

**APPALTI: Contratti della p.a. - Esclusione dalla gara - Collegamento tra le società - Teoria del contagio - Limiti.**

**Tar Lazio - Roma, Sez. II bis, 2 agosto 2021, n. 9121**

*“[...] l’ampliamento del novero dei soggetti le cui condotte possono influire in modo ostativo sulla partecipazione dei concorrenti alle gare pubbliche è previsto, in via eccezionale, dall’art. 80, co. 3, unicamente per le ipotesi “di cui ai commi 1 e 2”, ovvero per le ipotesi, affatto diverse e più gravi rispetto a quelle del comma 5, in cui l’esclusione sia conseguenza di una condanna definitiva per uno dei reati elencati dal co. 1 o dell’esistenza di una delle misure interdittive previste al co. 2.*

*L’Amministrazione si è invero determinata ad operare l’espulsione sulla base della regola giurisprudenziale meglio descritta come “teoria del contagio” [...] secondo la quale un comportamento illecito di un amministratore di una persona giuridica, in grado per la sua posizione di determinarne le scelte, non può che considerarsi illecito della persona giuridica stessa; e tale condizione è suscettibile di estendersi, viziandone la partecipazione, anche ad altre persone giuridiche che dalla prima siano controllate [...]”.*

**FATTO**

La società ricorrente espone che, dopo essersi resa aggiudicataria della gara d’appalto di cui in epigrafe, ne veniva esclusa con il provvedimento impugnato in pretesa applicazione di quanto disposto ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. “c” del d.lgs. 50/2016.

Più precisamente, la -OMISSIS- le addebitava un “grave illecito professionale” per una condanna non definitiva riportata dal dott. -OMISSIS--OMISSIS-, uno degli amministratori con poteri congiunti della società -OMISSIS--OMISSIS- s.l. che era il socio unico di -OMISSIS-al momento della presentazione dell’offerta; la condanna veniva inflitta per bancarotta fraudolenta di altra società, estranea al gruppo-OMISSIS-, ovvero la -OMISSIS-srl (operante nel settore della realizzazione e commercializzazione impianti di energia; mentre la gara di cui si discute attiene a servizi di pulizia e sanificazione).

Precisa in fatto che:

- la stessa-OMISSIS-, all’atto della partecipazione alla gara, dando atto della propria composizione societaria, riferiva che a carico dell’Amministratore congiunto di -OMISSIS-(socio unico della-OMISSIS-) dott. -OMISSIS--OMISSIS- pendeva procedimento penale presso il Tribunale di -OMISSIS- per bancarotta fraudolenta in relazione al fallimento della -OMISSIS-, della quale il dott. -OMISSIS- era prima liquidatore e poi amministratore fino a gennaio 2015;

- dopo istruttoria sul punto, la -OMISSIS- ammetteva la -OMISSIS- alla gara (-OMISSIS-) senza alcuna riserva (provvedimento del 28.10.2019);

- a seguito della formazione della graduatoria delle offerte, nella quale -OMISSIS- risultava prima, la -OMISSIS- chiedeva aggiornamenti sulla situazione del dott. -OMISSIS-, che -OMISSIS- riscontrava fornendo l'intervenuta pubblicazione del dispositivo della sentenza del Tribunale di -OMISSIS- che assolveva l'imputato da due delle imputazioni e lo condannava per la terza (non corretto adempimento di oneri di natura previdenziale e tributaria); -OMISSIS- precisava, inoltre, che -OMISSIS- era nel frattempo divenuta socio di minoranza (non era più socio unico); il dott. -OMISSIS- non rientrava nel novero dei soggetti contemplati nell'art. 80 comma 3 cod.appalti; non ricorrevano le condizioni del menzionato art.80 comma 1 e 2 perché la sentenza era non definitiva e riguardava ipotesi di reato diverse da quelle di cui al comma 1;

- seguiva il deposito delle motivazioni della sentenza e, in data 12.4.2021, perveniva l'esclusione della ricorrente dalla gara per sussistenza di grave illecito professionale (art. 80, comma 5, lett. c, del Codice).

Le censure sono come di seguito formulate:

I) l'art. 80, comma 3, non menziona, ai fini escludenti, il socio unico persona giuridica, ma soltanto il socio unico persona fisica.

Sul punto la giurisprudenza è divisa tra quanti seguono una interpretazione letterale della norma (assumendo che il legislatore ha compiuto una scelta di equilibrio tra interessi contrapposti) e quanti propendono per una interpretazione estensiva ai casi di socio unico persona giuridica, per identità di ratio. La ricorrente argomenta diffusamente circa la correttezza del primo orientamento.

Inoltre, mentre Banca d'Italia ritiene che l'esclusione per grave illecito professionale ex art. 80, comma 5, lett. c) possa essere disposta anche per un (presunto) illecito commesso da amministratore del socio unico (persona giuridica) del concorrente, la ricorrente evidenzia che l'art. 80, comma 5, si riferisce solo all'operatore economico che partecipa; l'art. 80 comma 3 prevede l'ampliamento del novero dei soggetti le cui condotte possono influire in modo ostativo alla partecipazione solo per le ipotesi "di cui ai commi 1 e 2" ovvero per fattispecie di reato diverse (e più gravi) di quelle di cui al comma 5.

Secondo il provvedimento impugnato, deporrebbero in favore dell'interpretazione estensiva la sentenza del consiglio di Stato nr. 3507/2020 (c.d. teoria del contagio) e le linee guida ANAC n. 6.

La prima, però, riguarderebbe un illecito riconducibile alla persona fisica, non solo socio unico della concorrente, ma procuratore e rappresentante di quest'ultima (il dott. -OMISSIS- non riveste, né mai ha rivestito, alcun ruolo nella-OMISSIS-).

Le linee guida ANAC sono non vincolanti e comunque sarebbero *contra legem*.

La c.d. “teoria del contagio” collide con la tassatività delle clausole di esclusione, sarebbe inapplicabile al caso di specie attesa la profonda diversità di settore e ambito operativo della -OMISSIS-, nella quale si è verificato l’illecito, e la -OMISSIS-socio unico della -OMISSIS- (sarebbe al limite un “contagio” mediato), come si evincerebbe anche dalla disciplina della responsabilità degli enti per illeciti amministrativi derivanti da reato D.lgs 231/2001.

I fatti di cui si discute sono terminati nel 2015 (oltre il triennio dalla gara, da computarsi dall’evento e non dalla sentenza di condanna come ha fatto Banca d’Italia).

Lamenta poi la violazione del contraddittorio sotto diversi profili.

Banca d’Italia, costituitasi in giudizio, resiste al ricorso avversario, del quale chiede il rigetto, replicando quanto segue.

Precisa, intanto, che l’ammissione alla gara era scaturita dalla circostanza che – in quel momento - il procedimento penale era ancora pendente; una volta definitosi, con la sentenza di condanna, l’esclusione era atto dovuto.

Quanto al primo motivo, Banca d’Italia aderisce all’interpretazione estensiva dell’art. 80 comma 5 del codice appalti, considerando anche che:

- a) la -OMISSIS- fa capo allo stesso gruppo proprietario di -OMISSIS-(in ordine ai rapporti tra le diverse società, nelle memorie depositate in giudizio, Banca d’Italia si sofferma diffusamente);
- b) la condanna, per operazioni dolose, consistite nella ripetuta e sistematica omissione del versamento degli oneri previdenziali e tributari, per oltre 2 milioni di euro, ha comportato, in capo al dott. -OMISSIS-, l’inabilitazione all’esercizio dell’impresa commerciale, incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa, interdizione dai pubblici uffici, il tutto per cinque anni;
- c) il comma 3 dell’art. 80, dopo aver fatto riferimento al socio unico “persona fisica”, contempla – ai medesimi fini – anche il “*socio di maggioranza in caso di società con numero di soci pari o inferiori a quattro*”. Sarebbe quindi del tutto contraddittorio sostenere che le condotte del socio persona giuridica “*solo*” di maggioranza possano essere sottoposte a valutazioni a cui sfuggirebbero, invece, quelle del socio persona giuridica che detenga l’intero capitale della società partecipante alla gara;
- d) la Direttiva 2014/24/UE art. 57, par 1, ultimo periodo, prevede che l’obbligo di esclusione vale per tutti gli operatori economici che abbiano effettivi poteri di controllo, a prescindere dalla loro natura.

Quanto al secondo e terzo motivo, la fattispecie di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) è aperta e innominata, essendo finalizzata a dar rilevanza alle condotte tali da rendere dubbia l’affidabilità o

l'integrità dell'operatore. Il dott. -OMISSIS- era amministratore congiunto nella -OMISSIS- insieme a (solo un) altro soggetto, con la conseguenza che deve ritenersi provata la possibilità di influenza del socio unico della concorrente e, quindi, di quest'ultima.

Si è costituita anche la società controinteressata che svolge argomenti simili e propone un ricorso incidentale per l'esclusione della concorrente con riserva di articolarne i motivi a seguito dell'accesso (che sollecita ex art. 116 c.p.a).

Nel prosieguo del giudizio, le parti hanno scambiato memorie.

La ricorrente contesta la posizione della controinteressata, che non sarebbe legittimata a proporre ricorso incidentale in quanto non risulta a tutt'oggi emanato il provvedimento di aggiudicazione; il ricorso incidentale andrebbe dichiarato inammissibile.

Insiste nel resto e così pure le altre parti.

Nella pubblica udienza del 20 luglio 2021, i procuratori delle parti hanno approfondito oralmente i rispettivi argomenti, insistendo nelle domande ed eccezioni formulate. La causa è stata quindi trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

Nell'odierno giudizio, le parti controvertono in ordine alla legittimità del provvedimento impugnato, con il quale Banca d'Italia ha revocato l'aggiudicazione a suo tempo disposta alla odierna ricorrente, sancendone l'esclusione dal procedimento di gara per grave illecito professionale, desunto da una condanna subita da un amministratore di altra società facente parte o comunque riconducibile al medesimo "gruppo proprietario" della concorrente.

I) Per migliore ordine espositivo, il Collegio può immediatamente prendere in esame il ricorso incidentale per respingerlo in quanto inammissibile.

Come eccepito dalla difesa di -OMISSIS-spa, assente allo stato una aggiudicazione della gara (all'esito della quale la -OMISSIS- ha legittimamente differita l'ostensione della documentazione dell'offerta della ricorrente ex art. 53, comma 2, lett. "c" e "d" del d.lgs. 50/2016), il ricorso incidentale risulta al momento del passaggio in decisione privo di motivi di doglianza (che la ricorrente incidentale aveva di fatto riservato di proporre).

Nella fase attuale del procedimento (connotata dall'adozione di un provvedimento di esclusione della ricorrente, già individuata quale aggiudicataria della gara), la proposizione di eventuali censure da parte dell'-OMISSIS- avverso l'aggiudicazione l'ammissione della ricorrente per profili diversi da quelli accolti nel provvedimento impugnato rimane comunque possibile al momento in cui, una volta accolto il ricorso di -OMISSIS-, quest'ultima potrà ottenere l'aggiudicazione della

gara (che, quale atto conclusivo, potrà essere impugnata da parte di chi vi abbia interesse, con piena conoscibilità, a quel momento, della documentazione tecnica).

II) La risoluzione della controversia dipende, in primo luogo, dalla questione interpretativa dell'art. 80, comma 3, del d.lgs. 50/2016 che ha ad oggetto l'ambito e l'estensione dell'obbligo dichiarativo meglio ivi disciplinato e più precisamente se tale previsione regoli anche il caso in cui l'amministratore del socio unico persona giuridica di un concorrente (amministratore privo di ruoli nella compagine societaria dell'operatore economico che partecipa alla gara) subisca una condanna (in primo grado) per bancarotta fraudolenta, in relazione al fallimento di una terza società (a sua volta controllata dalla medesima socia unica persona giuridica di detto concorrente), operante in altro settore.

In altri termini, nel caso in esame, una società controllava, al momento della presentazione delle offerte, sia la odierna ricorrente concorrente nella gara, che una terza società; l'amministratore della controllante subiva condanna di primo grado per aver provocato la bancarotta fraudolenta di quest'ultima società terza; la -OMISSIS- ne desumeva la sussistenza di un grave illecito professionale della concorrente controllata, pur non avendo l'amministratore condannato un ruolo ("formale") in essa (ma possedendo, secondo l'Amministrazione, un potere di fatto, esercitabile in virtù della posizione ricoperta nel socio unico persona giuridica controllante l'operatore concorrente).

II.a) Per la migliore comprensione della fattispecie, è bene riferire, in punto di fatto, quanto allegato da Banca d'Italia, ovvero che le azioni della società ricorrente, all'inizio della procedura, erano interamente in mano alla società-OMISSIS--OMISSIS- che aveva come soci i sig.ri -OMISSIS- -OMISSIS-, -OMISSIS- -OMISSIS-, -OMISSIS- -OMISSIS-, -OMISSIS- -OMISSIS- e -OMISSIS--OMISSIS-, tutti per quote uguali del 20%.

Medesima composizione societaria aveva la società "Gruppo -OMISSIS-s.p.a." (ora in fallimento), menzionata nella sentenza di condanna a carico del sig. -OMISSIS- quale «holding del c.d. gruppo -OMISSIS-» e quale socia, dal 2008 all'80% e dal 2013 al 100%, della-OMISSIS-S.r.l.

In altri termini, l'odierna ricorrente, all'inizio della procedura di gara e fino a gennaio 2020, risultava partecipata in via esclusiva da-OMISSIS--OMISSIS- S.L., a sua volta di proprietà dei quattro sig.ri -OMISSIS- e della sig.ra -OMISSIS-, i quali erano altresì proprietari della "Gruppo -OMISSIS-s.p.a. (in fallimento dal 30.5.2019), proprietaria esclusiva della-OMISSIS-S.r.l.

Nelle more della procedura di gara, a gennaio 2020, nell'azionariato della -OMISSIS-S.p.A. entrava, con una partecipazione pari al 51,61%, la sig.ra -OMISSIS- -OMISSIS- (come visto, già socia della stessa-OMISSIS--OMISSIS-), sicché la quota partecipativa di-OMISSIS--OMISSIS-

scendeva al 48,39% (secondo Banca d'Italia l'operazione sembrerebbe essersi realizzata in coincidenza con un aumento di capitale della -OMISSIS-S.p.A.).

Tale modifica veniva comunicata alla -OMISSIS- solo a seguito della richiesta di aggiornamenti di quest'ultima sulla posizione del dott. -OMISSIS-: da qui, secondo Banca d'Italia, la irrilevanza ai fini della condizione della concorrente al momento della presentazione dell'offerta, perché i requisiti di partecipazione devono essere mantenuti per tutta la durata della gara e, comunque, la insufficienza di tale mutamento societario ai fini per cui è causa, in quanto l'ingresso nella compagine sociale di-OMISSIS--OMISSIS-, in corso di gara, della sig.ra -OMISSIS- non muterebbe l'effettivo assetto decisionale, dal momento che si risolverebbe in una mera riallocazione di quote partecipative all'interno di un unico, unitario e immutato gruppo societario-imprenditoriale di controllo.

III) L'esposizione che precede conduce il Collegio, per definire con immediatezza l'ambito di valutazione dal quale dipende l'esito del presente giudizio, a respingere la tesi difensiva della ricorrente secondo la quale l'allontanamento del dott. -OMISSIS- dalla organizzazione sociale ed il mutamento di assetto della partecipazione della -OMISSIS-nella -OMISSIS-sarebbero tali da far mancare nell'attualità il presupposto della "controllabilità" di quest'ultima dalla prima (e quindi dal dott. -OMISSIS-): depone in contrario il principio della necessaria continuità del possesso dei requisiti di partecipazione (inclusa quindi l'assenza di illeciti professionali) durante tutto l'andamento della gara, essendo irrilevanti mutamenti favorevoli alla concorrente laddove, medio tempore verificatisi, abbiano fatto eventualmente venire meno condizioni ostative presenti al momento dell'apertura del procedimento con la presentazione delle offerte.

IV) L'apprezzamento circa la denunciata illegittimità del provvedimento impugnato dipende soltanto dalla soluzione ermeneutica dell'art. 80, commi 3 e 5 del d.lgs. 50/2016 in rapporto all'odierna fattispecie.

Secondo l'orientamento di una parte di giurisprudenza, non è dovuta, ai sensi dell'art. 80, comma 3, d. lgs. n. 50 del 2016, la dichiarazione sulla mancanza di cause d'esclusione da parte del socio unico persona giuridica, prevedendo la disposizione che siffatta dichiarazione sia resa dal solo socio unico persona fisica (TAR Palermo, 17 luglio 2021, nr. 612; T.A.R. , Firenze , sez. III , 05/03/2020 , n. 279; T.A.R. , Roma , sez. I , 16/01/2020 , n. 509; TAR, Roma, II-ter, 17 giugno 2019, n. 7836; Consiglio di Stato , sez. III , 21/07/2017 , n. 3619 ed altre).

A favore dell'orientamento "estensivo", depongono ordini di ragioni volte ad assicurare una parità di trattamento a situazioni ritenute uguali in funzione della garanzia di tutela della -OMISSIS-. (cfr.

Consiglio di Stato, sez. V, 23 giugno 2016, n. 2813 e Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2017, n.3178, richiamate da Banca d'Italia; cfr. anche T.A.R. , -OMISSIS- , sez. IV , 05/12/2019 , n. 2598).

Appare evidente che si tratta di un contrasto che, per le sue conseguenze in ordine alla disciplina effettiva delle gare d'appalto, implica la necessità che della sua soluzione si faccia carico l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che il Collegio ritiene quindi di sollecitare apertamente. Nelle more di tale intervento, alla luce della trattazione svolta dalle parti e della discussione orale, il Collegio ritiene di aderire al primo orientamento, a favore del quale depongono diversi ordini di considerazioni.

IV.a) Che la formulazione testuale della norma comporti che *“L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti”* di una serie di soggetti tra i quali – per quel che qui rileva – il *“socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro”* (ovvero di una società “a base ristretta”, come la definisce condivisibilmente Banca d'Italia), è innegabile ed è ovviamente riconosciuto anche dall'orientamento estensivo, tanto che quest'ultimo ricorre ad argomenti di tipo esegetico indiretto per fondare una applicazione della norma (consapevolmente) più ampia.

Gli argomenti a sostegno della tesi “sostanzialista” che accoglie una interpretazione estensiva della previsione di legge, tale da equiparare il “socio unico persona giuridica” (non contemplato) al “socio unico persona fisica” o al socio unico con ristretta base societaria (contemplati), si rivelano in sostanza come delle vere e proprie critiche di merito al legislatore (si consideri, a tal proposito, uno dei principali argomenti valorizzati da Banca d'Italia, tratto da Consiglio di Stato 2813/2016, laddove essendo *“lo spirito del Codice dei contratti pubblici ...improntato ad assicurare legalità e trasparenza nei procedimenti degli appalti pubblici”* è necessario assicurare medesimo trattamento al concorrente, sia esso persona fisica che giuridica).

E' anche tale aspetto che induce il Collegio a propendere per la tesi ristretta o testuale.

IV.b) La neutralità del giudice, che ne definisce il ruolo, deve sussistere non solo in rapporto alle parti del giudizio, ma anche rispetto alla norma, della quale – salve le situazioni di ambiguità lessicale o incertezza interpretativa – la sentenza deve costituire applicazione quanto più prevedibile ed uniforme, a pena di divenire – la sentenza stessa – uno strumento delle sensibilità soggettive del giudicante, che si erge di fatto (consapevolmente o meno) a legislatore egli stesso.

Non va sottaciuto che un ruolo di integrazione della norma, per via interpretativa, nell'attuale ordinamento amministrativo, è sicuramente (e condivisibilmente) immanente alla giurisprudenza amministrativa (che appare ripetere fisiologicamente quei connotati tipici della giurisprudenza

dello *ius honorarium* che - nell'assenza però di un sistema legislativo centralizzato sovrapponibile a quello parlamentare odierno – provvede per secoli all'adattamento delle norme arcaiche dello *ius civile* alle mutate esigenze di una collettività in crescita): ma ciò dipende dalla (invero frequente) carenza di tipicità, qualità tecnica e (quindi) tassatività delle disposizioni normative (specie di rango latamente regolamentare, della legislazione regionale o della produzione degli enti locali e territoriali), che a volte spingono l'esegesi a farsi carico di un ruolo (di fatto) assimilabile alla supplenza del legislatore.

Tale ruolo (espansivo dei poteri) del giudice, trova però il proprio limite in presenza di una norma univoca, laddove la scelta del legislatore non si presta ad equivoci o dubbi interpretativi e come tale si impone al comportamento degli operatori ed al processo.

E' questo il caso dell'art. 80, comma 3, del d.lgs. 50/2016, che riproduce, traslandola nella riformulazione del codice, l'analogia disposizione di cui all'art 38, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 163 del 2006, nella vigenza della quale si era già delineato il contrasto di giurisprudenza in ordine all'estensione dell'obbligo dichiarativo degli amministratori di cui si discute.

IV.c) Non è possibile ritenere che l'identità di testo delle due norme legittimi la perdurante sussistenza del suddetto contrasto di giurisprudenza: anzi, la circostanza che, pendente tale contrasto, il legislatore abbia mantenuto il testo originario della norma (senza neppure cogliere l'espressa richiesta di modifica che si rinviene nell'atto di segnalazione dell'ANAC nr. 5 del 12 dicembre 2018), deve indurre l'interprete a riconoscere che quella norma è frutto di sintesi di opposte esigenze (quelle di speditezza e celerità nei controlli di gara e quelle di certezza e prevedibilità del comportamento degli operatori, nonché l'esigenza di assicurare in concreto, sotto tali aspetti, l'applicazione del principio di tassatività delle fattispecie di esclusione).

Deve ritenersi, invero, che il redattore del Codice abbia identificato un punto di equilibrio, limitando i controlli "regressivi" della -OMISSIS-. sull'operatore economico in rapporto ad altri operatori che possano in tesi controllarne l'operato, entro i limiti che la stessa norma esplicitamente predispone, in difetto dei quali le -OMISSIS-. sarebbero tenute a porre in essere verifiche societarie anche molto complesse, evidentemente ritenute incompatibili (o comunque sacrificabili) a vantaggio delle esigenze di concentrazione e speditezza della procedura di gara che sono notoriamente sottese all'attuale disciplina.

IV.d) Sostiene inoltre tale orientamento la circostanza che il principio di tipicità, la necessità di concentrazione e speditezza dell'affidamento dei contratti della PA e l'esigenza di assicurare la ragionevole prevedibilità del comportamento dell'Amministrazione, con ogni conseguenza in ordine alla certezza dei rapporti giuridici e dell'affidamento degli operatori e dei cittadini nei

confronti dell'azione amministrativa, sono assurdi a valori ed esigenze quanto mai rilevanti nell'attuale contesto sociale e storico, equivalenti all'esigenza di selezionare operatori in possesso dei necessari requisiti di affidabilità professionale (esigenza che, nella materia degli appalti, si è espressa in notorie ipotesi di revisione del Codice appalti e dello stesso rito processuale di fronte al giudice amministrativo, tutte rivolte a semplificare le procedure di gara nell'assunto che eccessivi controlli ne rallentino l'andamento).

IV.e) In questo senso, la giurisprudenza è chiamata a farsi carico di una risoluzione del contenzioso che sia coerente con le previsioni testuali delle norme, così da assicurare l'attuazione di principi fondamentali del sistema codicistico degli appalti, tra cui la tipicità delle clausole di esclusione; principio che, a sua volta, osta ad interpretazioni estensive di norme non equivoche ed osta, laddove la norma sia incerta, ad interpretazioni che siano contrarie alla massima partecipazione possibile nell'ottica del confronto concorrenziale.

IV.f) La necessità di una interpretazione uniforme della norma codicistica non esclude, naturalmente, la possibilità che il giudice, ravvisando nella scelta legislativa profili di incompatibilità comunitaria o costituzionale, sollevi la relativa questione, così da assicurare – ancora una volta – per via dell'appropriata sollecitazione delle rispettivi Corti e per il tramite di un giudizio incidentale, la correzione della norma con effetti *erga omnes*, ove ne sussistano i presupposti (prevenendo così la grave incertezza che deriva da contrasti della giurisprudenza di merito).

Presupposti che, però, nel caso di specie non si ravvisano, perché, anche ad aderire alla tesi sostanzialista, è comunque necessario che la condanna riportata dall'amministratore del socio unico persona giuridica del concorrente sia valutata dalla -OMISSIS-. con motivazione congrua ed adeguata alle circostanze del caso di specie, senza automatismi; e tale condizione non si ravvisa nel provvedimento impugnato.

Prima di approfondire quest'ultimo profilo, deve ancora esaminarsi il secondo argomento di gravame, che è parimenti fondato.

V) A questo proposito, la parte ricorrente si duole del fatto che la -OMISSIS-. non ha solamente osservato una interpretazione estensiva del comma 3 del d.lgs. 50/2016; ma ha ulteriormente esteso l'applicazione del comma 5, lett. "c" (*"Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora...c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si e' reso colpevole di gravi illeciti*

*professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*”), considerando grave illecito professionale della (società che controlla la) concorrente la condanna subita da un amministratore.

Come puntualmente dedotto dalla ricorrente, l’art. 80, comma 5, lett. “c” riferisce la circostanza ed il presupposto espulsivo ad una condotta dell’”operatore”, non già del proprio amministratore (o, ancora di più, dell’amministratore della controllante persona giuridica).

Coglie quindi nel segno la deduzione difensiva della ricorrente, a fondamento della censura sub II, secondo cui l’ampliamento del novero dei soggetti le cui condotte possono influire in modo ostativo sulla partecipazione dei concorrenti alle gare pubbliche è previsto, in via eccezionale, dall’art. 80, co. 3, unicamente per le ipotesi “*di cui ai commi 1 e 2*”, ovvero per le ipotesi, affatto diverse e più gravi rispetto a quelle del comma 5, in cui l’esclusione sia conseguenza di una condanna definitiva per uno dei reati elencati dal co. 1 o dell’esistenza di una delle misure interdittive previste al co. 2.

L’Amministrazione si è invero determinata ad operare l’espulsione sulla base della regola giurisprudenziale meglio descritta come “teoria del contagio” (Consiglio di Stato, sent. nr.3507/2020), secondo la quale un comportamento illecito di un amministratore di una persona giuridica, in grado per la sua posizione di determinarne le scelte, non può che considerarsi illecito della persona giuridica stessa; e tale condizione è suscettibile di estendersi, viziandone la partecipazione, anche ad altre persone giuridiche che dalla prima siano controllate.

V.a) Si tratta di un orientamento che, con riguardo al caso di specie, non trova la condivisione del Collegio.

In linea di principio, esso si risolve, ancora una volta, nella creazione di una regola giurisprudenziale che, a tacere della sua reale ragionevolezza (nella sua applicazione più estrema appare espressione di una cultura di sospetto, più che di legalità), non trova fondamento nella legge, la quale è chiara (ed inequivoca) nel riferire la necessità di accertare il grave illecito professionale in capo all’”operatore” che partecipa alla gara.

Vero è che l’accertamento dell’illecito professionale ex art. 80, comma 5, d.lgs. 50/2016 è fattispecie aperta, essendo consentito alla -OMISSIS-. di accertarlo “con ogni mezzo”; ma, proprio perché si tratta di un potere ampio della P.A., il suo esercizio non può prescindere da una motivazione “forte”, adeguata alle circostanze del caso concreto e senza automatismi, come invece la tesi del “contagio”, nella sua accezione “assoluta” (ossia sganciata dal contesto concreto) finisce con l’implicare.

VI) Nel caso di specie, l’Amministrazione si è limitata ad inferire la inattendibilità professionale della odierna ricorrente in dipendenza dei reati (pur indubbiamente gravi) per i quali è stato condannato l’amministratore di altra società che, a sua volta, è socio unico della-OMISSIS-, avendo

disposto l'esclusione *“in considerazione del carattere reiterato e sistematico delle omissioni in parola, nonché del relativo consistente importo (come evidenziato nella sentenza di condanna), l'illecito in esame riveste carattere di gravità ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c, d.lgs. n. 50/2016, applicabile ratione temporis al caso di specie”* (pag. 4/7; il resto delle motivazioni contenute nel provvedimento impugnato sono riferite ai presupposti di interpretazione della norma in senso estensivo, secondo l'orientamento di giurisprudenza che si è riportato dapprima ed al rapporto societario tra la -OMISSIS-e la -OMISSIS-).

VI.a) Appare evidente che, a dispetto di una motivazione testualmente estesa (che si sostanzia nel riepilogo dei presupposti di fatto della vicenda, anche in relazione alla condanna dell'amministratore ed alle variazioni del gruppo di società che si sono dapprima descritte), il punto essenziale dell'analisi che ha condotto l'Istituto ai fini dell'esclusione della ricorrente si limita al passaggio che si è riportato e che costituisce quindi un mero automatismo tra il reato dell'amministratore (che peraltro quest'ultimo dichiara di voler contestare in appello) e la posizione della concorrente.

VI.b) Viene altresì in rilievo quanto paventato nell'atto di segnalazione n. 15 del 12 dicembre 2018 ANAC (non a caso, richiamato nel provvedimento impugnato) laddove l'Autorità rileva (a proposito della ermeneutica dell'art. 80, comma 3, cit.) che ove non si operasse in senso estensivo, potrebbe essere sufficiente *“la creazione intenzionale di una sola società, da anteporre all'impresa che partecipa alla gara, per consentire all'imprenditore che effettivamente ne detiene il controllo e sul quale gravano precedenti penali escludenti di accedere agli appalti pubblici”*.

VI.c) Ai fini di una corretta applicazione del principio secondo cui l'accertamento dell'illecito professionale deve rifuggire da automatismi, dovrebbe indagarsi in concreto se, nella fattispecie verificatasi in gara, si possa o si debba presumere ragionevolmente che la società con socio unico sia uno schermo *“intenzionale”* volto a dissimulare che l'amministratore condannato sia effettivamente il *“dominus”* della concorrente in gara (in tutto o in maniera sufficiente a condizionarne le scelte).

Tale ultimo principio postula, come indicato, un accertamento in concreto e da svolgersi sulla base delle circostanze del caso in concreto, che, come si è appena indicato, non è dato rinvenire negli atti dell'Amministrazione, nella tesi della quale, invece, il grave illecito professionale è desunto in capo alla concorrente sulla base di un doppio automatismo (tra la condanna, non definitiva, dell'amministratore e la sua posizione nella società controllante; tra quest'ultima e la concorrente) giustificato dalla riconducibilità di tutte le imprese al medesimo gruppo proprietario.

VI.d) Ma così argomentando, appare evidente che l'espulsione altro non rappresenta che una sanzione di fatto del comportamento dell'amministratore condannato che viene presunto (senza possibilità di prova contraria) espressione di scelte dell'intero gruppo societario; impostazione che comporta il rischio di elevare a "schermo" intenzionale ogni società con socio unico persona giuridica.

VII) Quanto sin qui considerato porta poi a disattendere l'ulteriore argomento difensivo delle resistenti, secondo cui il provvedimento impugnato troverebbe conferma nella direttiva 2014/24/UE, all'art. 57, par. 1, ultimo periodo, secondo cui *"l'obbligo di escludere un operatore economico si applica anche nel caso in cui la persona condannata definitivamente è un membro del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza di tale operatore economico o è una persona ivi avente poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo"*.

L'argomento non è persuasivo proprio in base a quanto sin qui già esposto.

Che un soggetto privo di ruoli nella compagine societaria dell'operatore concorrente possa determinarne o condizionarne le scelte in quanto è amministratore o rappresentante di altra società, a sua volta socio unico dell'operatore, è una circostanza possibile: ma, laddove la direttiva 2014/24/UE, fonda un obbligo o potere di verifica in tal senso della -OMISSIS-, questa verifica deve pur sempre scaturire da un accertamento motivato della capacità della persona condannata definitivamente di influenzare le scelte dell'operatore concorrente.

VIII) Quanto sin qui esposto implica che, nel presente giudizio, come accennato, non sussistono i presupposti di rilevanza di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 3 e 5, d.lgs. 50/2016, nella parte in cui prevede un trattamento differenziato, ai fini dichiarativi per l'insussistenza di gravi illeciti professionali, tra l'amministratore di un socio unico persona giuridica ed il socio unico persona fisica dell'operatore concorrente.

In ordine a tale aspetto, che è stato oggetto di approfondito dibattito, su sollecitazione del Collegio, durante la discussione orale in udienza, deve darsi atto che la questione sarebbe rilevante (ai fini della proposizione del giudizio incidentale) solo laddove l'Amministrazione avesse correttamente operato quell'accertamento in concreto che si è descritto sin qui e si potesse quindi prefigurare che la norma di cui all'art. 80, comma 3, d.lgs. 50/2016, nella sua formulazione testuale, osti a dare seguito a tale accertamento, impedendo il giusto esercizio dei poteri di governo della gara.

Essendosi invece in presenza di un mero automatismo tra condanna dell'amministratore del socio unico della concorrente e la presunzione di illecito professionale grave di quest'ultima, appare evidente che, ai fini della risoluzione del giudizio, sarebbe irrilevante la giusta esegesi della norma

in esame, dovendosi annullare il provvedimento impugnato anche nell'ottica della lettura "sostanzialista" che il Collegio non condivide.

IX) Conclusivamente, si deve quindi affermare che in tema di obblighi dichiarativi e di clausole di esclusione di cui all'art. 80, comma 1 e 2, del d.lgs. 50/2016, non trova fondamento normativo la tesi dell'Amministrazione secondo cui le fattispecie di cui all'art. 80, comma 3 riguardino anche il socio unico persona giuridica, posto che tale interpretazione si risolve in una illegittima estensione della previsione di legge, in violazione della tassatività delle cause di esclusione.

Deve altresì affermarsi che le clausole di esclusione – ed i connessi obblighi dichiarativi – di cui all'art. 80, comma 5, lettera "c" del Codice dlgs. 50/2016, riguardano i soli operatori economici e che l'accertamento della sussistenza di un grave illecito professionale non può essere condotto sulla base di meri automatismi, ma richiede una motivazione adeguata alle specifiche circostanze del caso concreto.

A tanto consegue l'accoglimento del ricorso, con annullamento del provvedimento impugnato e con salvezza di ogni altra e motivata determinazione dell'Amministrazione ai fini della prosecuzione del procedimento di gara.

L'esposizione che precede e la sussistenza di diversi orientamenti di giurisprudenza, costituiscono evidente ragione per disporre la piena compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato, con salvezza di nuove determinazioni della -OMISSIS-..

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Vista la richiesta dell'interessato e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare il dott. -OMISSIS- e tutte le altre parti private.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2021, tenutasi in modalità di collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del DL 28 ottobre 2020, n. 137 ed art. 4, comma 1, del Dl 30 aprile 2020, n. 28, conv. in l. 25 giugno 2020, n. 70, con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere, Estensore

Brunella Bruno, Consigliere