

-OMISSIS- s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro, Alice Volino e Francesco D'Amelio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

-OMISSIS- s.p.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento prot. -OMISSIS-del 31.12.2020, trasmesso in pari data, con cui Aeroporti di Puglia s.p.a. ha disposto l'annullamento in autotutela del provvedimento prot.-OMISSIS-del 6.10.2020, di aggiudicazione al RTI -OMISSIS-s.p.a. - --OMISSIS- s.p.a. della "Procedura aperta per l'affidamento del servizio di controllo di sicurezza dei passeggeri e dei bagagli a mano e da stiva presso gli Aeroporti Civili costituenti la "rete aeroportuale pugliese" ai sensi del D.M. n. 6 del 18.01.2018 (Bari, Brindisi, Foggia e Grottaglie) – CIG: -OMISSIS-", e ha incamerato la cauzione provvisoria prestata dal citato raggruppamento;

- di ogni atto e provvedimento presupposto (ivi compresa la nota prot. -OMISSIS-del 30.11.2020, di avvio del procedimento di autotutela), connesso e consequenziale, tra cui la nota prot.-OMISSIS-del 18.1.2021, con cui Aeroporti di Puglia s.p.a. ha avanzato l'escussione della cauzione provvisoria costituita dal suddetto RTI -OMISSIS- s.p.a.; la successiva nota prot. -OMISSIS-del 20.1.2021 e relativi allegati, con cui Aeroporti di Puglia s.p.a. ha segnalato -OMISSIS- s.p.a. all'ANAC ai sensi degli artt. 80, comma 12 e 213, commi 10 e 13 dlgs n. 50/2016; nonché, ove occorra, la proposta di aggiudicazione al RTI -OMISSIS-s.p.a. - - OMISSIS- s.p.a. di cui alla nota prot. -OMISSIS-del 15.1.2021, e l'eventuale aggiudicazione ove intervenuta;

e per la declaratoria di nullità, invalidità e inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per il conseguimento dell'aggiudicazione in capo alla ricorrente con suo subentro;

sul ricorso per motivi aggiunti depositato in data 18.2.2021, per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della nota prot.-OMISSIS-del 18.1.2021, con cui Aeroporti di Puglia s.p.a. ha avanzato l'escussione della cauzione provvisoria costituita dal RTI -OMISSIS-s.p.a. - --OMISSIS- s.p.a. in relazione alla "Procedura aperta per l'affidamento del servizio di controllo di sicurezza dei passeggeri e dei bagagli a mano e da stiva presso gli Aeroporti Civili costituenti la "rete aeroportuale pugliese" ai sensi del D.M. n. 6 del 18.01.2018 (Bari, Brindisi, Foggia e Grottaglie) – CIG: -OMISSIS-", già impugnata con il ricorso introduttivo;
 - di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale, ancorché non conosciuto;
 - del provvedimento prot. -OMISSIS-del 31.12.2020, con cui Aeroporti di Puglia s.p.a. ha disposto l'annullamento in autotutela del provvedimento prot.-OMISSIS-del 6.10.2020, di aggiudicazione della procedura al RTI -OMISSIS- s.p.a.;
 - di ogni atto e provvedimento presupposto (ivi compresa la nota prot. -OMISSIS-del 30.11.2020, di avvio del procedimento di autotutela), connesso e consequenziale, tra cui la nota prot.-OMISSIS-del 18.1.2021, con cui Aeroporti di Puglia s.p.a. ha avanzato l'escussione della cauzione provvisoria costituita dal suddetto RTI -OMISSIS- s.p.a.; la successiva nota prot. -OMISSIS-del 20.01.2021 e relativi allegati, con cui Aeroporti di Puglia s.p.a. ha segnalato -OMISSIS- s.p.a. all'ANAC ai sensi degli artt. 80, comma 12 e 213, commi 10 e 13 dlgs n. 50/2016; nonché, ove occorra, la proposta di aggiudicazione al RTI -OMISSIS-s.p.a. - - OMISSIS- s.p.a. di cui alla nota prot. -OMISSIS-del 15.1.2021, e l'eventuale aggiudicazione ove intervenuta;
- e per la declaratoria di nullità, invalidità e inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per il conseguimento dell'aggiudicazione in capo alla ricorrente con suo subentro;

--OMISSIS- il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

--OMISSIS- gli atti di costituzione in giudizio di Aeroporti di Puglia s.p.a. e di -
OMISSIS- s.p.a.;

--OMISSIS- tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2021, svolta in modalità da remoto, il dott. Francesco Cocomile e dato atto della presenza, ai sensi di legge, dei difensori delle parti come da verbale dell'udienza;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza in forma semplificata, ricorrendone le condizioni previste;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - Con bando pubblicato in data 16.9.2019 Aeroporti di Puglia s.p.a. indiceva la "procedura aperta per l'affidamento del servizio di controllo di sicurezza dei passeggeri e dei bagagli a mano e da stiva presso gli Aeroporti Civili costituenti la "rete aeroportuale pugliese" ai sensi del D.M. n. 6 del 18.01.2018 (Bari, Brindisi, Foggia e Grottaglie)", per una durata di due anni, con opzione per altri due, con valore a base d'asta comprensivo dell'opzione pari ad € 42.000.000,00.

Nel termine fissato all'8.11.2019 la ricorrente -OMISSIS- s.p.a. presentava domanda di partecipazione in RTI con mandante --OMISSIS- s.p.a.

Superato positivamente l'esame della documentazione amministrativa, con nota - OMISSIS-del 28.1.2020 il RTI guidato dalla ricorrente veniva ammesso al prosieguo della gara e, in esito all'apertura delle offerte, risultava primo graduato migliore offerente.

Veniva effettuata la verifica di congruità dell'offerta con esito positivo.

Con determinazione-OMISSIS-del 6.10.2020 la stazione appaltante aggiudicava la procedura al RTI -OMISSIS-.

Con ricorso proposto dinanzi a questo T.A.R. r.g. n. 1304/2020 il raggruppamento con mandataria -OMISSIS- s.p.a. e mandante -OMISSIS- s.p.a., secondo in graduatoria, contestava la suddetta aggiudicazione, lamentando una omessa segnalazione, da parte del RTI -OMISSIS-, di alcune vicende pregresse, in tesi costituenti possibili gravi illeciti professionali. Il riferimento era:

- a una sanzione *antitrust* (impugnata e *sub iudice*) a carico della mandante --OMISSIS-, intervenuta dopo il termine di partecipazione alla gara;
- alla sussistenza di una condanna non definitiva alla reclusione di 2 anni e 8 mesi del Tribunale di Avellino del 24.3.2016 per il reato di -OMISSIS-*ex art.* -OMISSIS-cod. pen. (condanna *sub iudice* in appello) a carico di -OMISSIS- che aveva in passato ricoperto il ruolo di socio di maggioranza di -OMISSIS-, sentenza relativa a condotte compiute nell'interesse di altra società (-OMISSIS- s.p.a.) in cui all'epoca dei fatti il -OMISSIS- rivestiva una carica gestoria.

In relazione a tali vicende la stazione appaltante con nota -OMISSIS-del 30.11.2020 comunicava l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione prot.-OMISSIS-del 6.10.2020.

Nel termine assegnato le imprese costituenti il raggruppamento ricorrente fornivano le proprie deduzioni.

Con l'atto impugnato in questa sede la stazione appaltante concludeva per il ritiro dell'aggiudicazione con esclusione del raggruppamento.

In particolare, se da un lato riteneva irrilevante la vicenda della sanzione *antitrust* a carico della mandante --OMISSIS- per l'assorbente profilo delle misure di *self-cleaning* dalla stessa adottate e apprezzate positivamente dall'Autorità competente, dall'altro opinava nel senso della rilevanza e idoneità a rendere inaffidabile il

concorrente la non dichiarata condanna di primo grado (e *sub iudice* in appello) dell'ex socio di maggioranza (-OMISSIS-) della mandataria -OMISSIS-.

Secondo la P.A. il -OMISSIS-, quale ex socio di maggioranza, avrebbe rivestito il ruolo di “socio sovrano”, e in quanto tale avrebbe dovuto dichiarare il precedente, la cui rilevanza renderebbe inaffidabile -OMISSIS-; da qui l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e l'esclusione del RTI ricorrente.

Con successive determinazioni la stazione appaltante riteneva, da un lato, di richiedere l'escussione della cauzione provvisoria costituita dal raggruppamento, nonché di segnalare -OMISSIS- all'ANAC; dall'altro, di adottare la proposta di aggiudicazione in favore del secondo graduato RTI -OMISSIS-.

Con l'atto introduttivo del presente giudizio -OMISSIS- contestava gli atti in epigrafe indicati, deducendo censure così riassumibili:

- 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 80, commi 5, 10 e 10-*bis* dlgs n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 57, § 7 della direttiva 2014/24/UE; eccesso di potere per manifesta carenza dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di motivazione; violazione manifesta dei principi di logicità, ragionevolezza e proporzionalità;
- 2) violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5 dlgs n. 50/2016 sotto diverso profilo; violazione degli artt. 7 e ss. legge n. 241/1990; eccesso di potere per manifesta carenza dei presupposti di fatto e di diritto; radicale difetto di motivazione e d'istruttoria; violazione manifesta dei principi di logicità e ragionevolezza;
- 3) violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 3 dlgs n. 50/2016, in combinato disposto con il comma 5 del medesimo articolo; eccesso di potere per manifesta carenza dei presupposti di fatto e di diritto; radicale difetto di motivazione e d'istruttoria; violazione manifesta dei principi di logicità e ragionevolezza;

4) violazione di legge sotto ulteriore motivo; violazione e falsa applicazione dell'art. 93, comma 6 dlgs n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 12 dlgs n. 50/2016; eccesso di potere per manifesta carenza dei presupposti di fatto e di diritto.

La ricorrente formulava domanda risarcitoria in forma specifica.

L'impugnazione veniva estesa agli atti con cui Aeroporti di Puglia aveva ritenuto di poter segnalare -OMISSIS- all'ANAC ai sensi dell'art. 80, comma 12 dlgs n. 50/2016, nonché di richiedere l'escussione della cauzione provvisoria.

Avverso tali ultimi atti la ricorrente proponeva motivi aggiunti, deducendo un'unica censura:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 93 dlgs n. 50/2016; eccesso di potere per radicale carenza dei presupposti in fatto e in diritto.

Infine, la ricorrente reiterava la domanda risarcitoria in forma specifica.

2. - Si costituivano in giudizio Aeroporti di Puglia s.p.a. e la controinteressata -OMISSIS- s.p.a., resistendo al gravame.

3. - Alla camera di consiglio del 17 marzo 2021 la causa passava in decisione ai sensi dell'art. 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137.

4. - Si ritiene di definire il presente giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 cod. proc. amm. e 25 decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, ricorrendone i presupposti.

5. - Ciò premesso, ritiene questo Tribunale che il ricorso introduttivo, integrato da motivi aggiunti, debba essere respinto in quanto infondato.

5.1. - È, infatti, determinante la circostanza - correttamente evidenziata nel gravato provvedimento del 31.12.2020 - della omessa dichiarazione, da parte della -OMISSIS- s.p.a., della condanna in primo grado del sig. -OMISSIS- (socio di maggioranza della società ricorrente, sia pure "cessato" nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara) per il reato di -OMISSIS-di cui all'art. -

OMISSIS-cod. pen., quale fattispecie autonomamente apprezzabile da parte della stazione appaltante come causa di esclusione *ex art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis)* dlgs n. 50/2016 alla luce di quanto condivisibilmente affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza -OMISSIS-/2020 con riferimento al principio di onnicomprensività della dichiarazione di partecipazione:

«... 4. Il Collegio, per dirimere la controversia, ritiene di dovere dare continuità al consolidato orientamento della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sez. III, nn. 1174/2020, 3331/2019; id., sez. V, nn. 70/2020, 1644/2019; 1649/2019) volto ad includere nel concetto di “*grave illecito professionale*” qualunque condotta, collegata all’esercizio dell’attività professionale, che si riveli contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa (sez. V, n. 586/2019; n. 591/2019; n. 727/2019; id., sez. III, n. 3908/2019; n. 7231/2018; n. 4192/2017), e che risulti in grado di mettere in dubbio l’integrità e l’affidabilità dell’operatore economico.

Tra queste si inquadrano anche le condanne per reati in sé non ostativi ai sensi dell’art. 80, comma 1, d.lgs. 50/2016.

Sulla base di questa premessa (meglio indagata nei precedenti innanzi citati ai quali per brevità ci si riporta, anche ai sensi dell’art. 88, comma 2 lett. d) c.p.a.), non è configurabile in capo all’impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scelta circa i fatti da indicare, sussistendo, al contrario, un principio di doverosa onnicomprensività della dichiarazione tale da consentire alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le opportune valutazioni di sua competenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 4532/2018; n. 3592/2018; n. 6530/2018).

4.1. Logico corollario di questa impostazione è quello per cui il limite temporale dei tre anni previsto dall’art. 80, comma 10, non può intendersi riferito alle ipotesi di esclusione per gravi illeciti professionali e al conseguente onere dichiarativo (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 3331/2019). ...».

Ciò premesso, la condanna del -OMISSIS- (sia pure in primo grado), diversamente da quanto ritenuto dalla ricorrente con il secondo e il terzo motivo di gravame, non può essere considerata irrilevante ai fini dichiarativi di cui all'art. 80 dlgs 50/2016, dovendosi pertanto prescindere dal limite temporale dei tre anni (oggetto della prima doglianza), come evidenziato dalla citata sentenza del Consiglio di Stato -OMISSIS-/2020.

5.1.1. - Con il secondo motivo di ricorso -OMISSIS-censura la presunta illegittimità della valutazione svolta dalla stazione appaltante in merito al “precedente” taciuto in sede di gara (*rectius* la sentenza di condanna pronunciata il 24.3.2016 dal Tribunale di Avellino nei confronti del sig. -OMISSIS-), valutazione ritenuta viziata anche in ragione delle disposizioni contenute nel disciplinare, che avrebbe asseritamente circoscritto “le vicende rilevanti in punto di precedenti penali (i) alle sole sentenze definitive e (ii) soltanto se relative ai reati elencati dalla norma” (cfr. pag. 10 del ricorso introduttivo).

Tale doglianza è infondata alla luce delle seguenti considerazioni.

In generale, si rileva che i) il disciplinare di gara ha correttamente previsto, al suo punto 4 (“Requisiti di ordine generale”), che “Sono esclusi dalla gara gli operatori economici per i quali sussistono cause di esclusione di cui all'art. 80 del Codice”; ii) ai sensi dell'art. 85, comma 1, lett. a) dlgs n. 50/2016, l'operatore economico deve presentare, unitamente alla domanda di partecipazione alla gara, il “documento di gara unico europeo (DGUE)”, onde attestare che lo stesso “non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80”; iii) il disciplinare di gara ha correttamente richiesto, al suo punto 10 (“Documentazione da produrre per la partecipazione alla gara”), la presentazione del DGUE da parte dei concorrenti “ai fini dell'attestazione dei requisiti dell'articolo 80”, ivi riportando pressoché letteralmente il testo dell'art. 80 dlgs n. 50/2016.

Stante ciò, non corrisponde al vero che «il Disciplinare di gara a pag. 10, nel circoscrivere precisamente il contenuto delle dichiarazioni dovute “ai fini dell’attestazione dei requisiti dell’art. 80”, ha richiesto di segnalare esclusivamente la ricorrenza di eventuale “sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile” a carico dei rappresentanti legali o degli amministratori muniti di potere di rappresentanza del concorrente, peraltro limitatamente alle fattispecie ivi tassativamente elencate (e riproduttive dell’art. 80, co. 1, D.Lgs. n. 50/16)» (cfr. pagg. 10 e 11 del ricorso introduttivo). Parimenti destituita di fondamento risulta, altresì, l’affermazione alla cui stregua “giammai potrebbe qualificarsi come valutabile un elemento che la *lex specialis* ha escluso essere tale definendo il perimetro delle circostanze da dichiarare” (cfr. pag. 11 del ricorso introduttivo).

Invero, sono infondate le argomentazioni addotte dalla ricorrente laddove sostiene che l’addebito penale a carico del sig. -OMISSIS- i) “non riguarda nessuno degli specifici reati tassativamente elencati dall’art. 80, co. 1, D.Lgs. n. 50/16, al cui solo ricorrere la legge fa discendere causa di esclusione dalle procedure pubbliche di appalto”; ii) non “rientra tra le fattispecie che l’ANAC ha individuato come potenzialmente suscettibili di porre in dubbio l’affidabilità professionale del concorrente, non potendo dunque nemmeno in astratto ritenersi apprezzabile dalla PA in termini di grave illecito professionale ai sensi del successivo co. 5 del citato art. 80 (cfr. Linee guida ANAC n. 6, par. 2.2)”; iii) “non è contenuto in alcuna sentenza definitiva, ma solo di primo grado, impugnata con appello pendente” (cfr. pag. 11 del ricorso introduttivo).

Quanto all’asserita “tassatività” dei reati elencati nell’art. 80 dlgs n. 50/2016 (e, quindi, nel disciplinare di gara), vale il “generale principio (*ex multis*, Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6016) per cui tra le condanne rilevanti ai sensi dell’art. 80, comma 3, ai fini dell’esclusione dalla gara, vanno incluse non solo quelle

specificamente elencate ai commi 1 e 2, ma anche quelle comunque incidenti, ai sensi del comma 5, sull'affidabilità dell'impresa" (*ex multis*, Cons. Stato -OMISSIS-/2019).

Si è evidenziato a tal proposito l'impossibilità di distinguere concettualmente l'impresa quale "entità giuridica" - "operatore economico" di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) dlgs n. 50/2016 dai soggetti (aventi cariche gestorie) di cui all'art. 80, comma 3 dlgs n. 50/2016 per il cui tramite, in ragione delle loro funzioni di amministrazione e controllo, essa concretamente opera. Diversamente opinando si addiverrebbe all'effetto aberrante di escludere la rilevanza di qualsiasi sentenza di condanna ai fini della valutazione di affidabilità sottesa al precetto dell'art. 80, comma 5, lett. c) dlgs n. 50/2016, posto che la responsabilità penale riguarda le sole persone fisiche e non le imprese. Pertanto, le figure gestorie la cui attività rileva ai fini di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) dlgs n. 50/2016 non possono non essere le stesse individuate dall'art. 80, comma 3 dlgs n. 50/2016 (cfr. Cons. Stato -OMISSIS-/2019; Cons. Stato--OMISSIS-/2019).

In questo senso si è orientato anche il T.A.R. Lazio, Roma con sentenza-OMISSIS-/2019.

Peraltro, va evidenziato che - come nella fattispecie oggetto della sentenza del Consiglio di Stato--OMISSIS-/2019 - già il disciplinare di gara (par. 10) richiedeva genericamente ai concorrenti, a pena di esclusione, di attestare, tra l'altro, nella "Busta n. 1 - Documentazione amministrativa" l'insussistenza delle cause di esclusione previste dall'articolo 80 del codice dei contratti pubblici.

Inoltre, particolare rilevanza riveste ai fini del presente contenzioso il precedente specifico rappresentato dalla sentenza del Consiglio di Stato -OMISSIS-/2020 (successivamente analizzata nel dettaglio) che ha considerato legittima l'esclusione di --OMISSIS- s.r.l. da una gara (per l'affidamento dei servizi di vigilanza attiva armata presso il palazzo di giustizia di Matera) indetta dalla Procura della

Repubblica presso il Tribunale di Matera, essendo lo stesso sig. -OMISSIS- socio di maggioranza (per il 98,5% del capitale sociale) del socio unico (-OMISSIS-s.p.a.) della concorrente --OMISSIS- s.r.l., la quale aveva ommesso di indicare in sede di partecipazione alla gara il precedente penale del -OMISSIS- (*i.e.* sentenza di condanna per il reato di estorsione).

In detta sentenza -OMISSIS-/2020 (correttamente menzionata nel gravato provvedimento del 31.12.2020) il Consiglio di Stato, nel richiamare il precedente -OMISSIS-, evidenzia il carattere meramente esemplificativo della elencazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) dlgs n. 50/2016 e il principio del c.d. "contagio" in forza del quale la condotta riprovevole di coloro che sono in grado di orientare le scelte del concorrente (figure gestorie di cui al comma 3) non può non influire sulla condotta complessiva dell'operatore economico anche ai fini della valutazione del grave illecito professionale di cui al comma 5, lett. c). Ne discende che i comportamenti censurabili sul piano giuridico di tutti coloro che hanno un ruolo centrale sulla vita della società (*i.e.* i soggetti indicati nel comma 3), anche al di là di un'investitura formale, non possono non incidere negativamente sulla valutazione del grave illecito professionale di cui al comma 5, lett. c) e, conseguentemente, non possono non determinare consequenziali obblighi dichiarativi ai sensi del comma 5, lett. c-*bis*).

In definitiva, come rimarcato da Cons. Stato -OMISSIS-, il tentativo di distinguere tra la condotta riprovevole del socio persona fisica e quella integerrima della società non coglie nel segno. Invero, quando l'illecito professionale è consequenziale a una condanna penale (pur non passata in giudicato) la valutazione di inaffidabilità morale è effettuata a carico dell'ente in virtù di una "*fictio iuris*", essendo essa indirizzata in realtà verso coloro che ne hanno la direzione o sono capaci di orientarne le scelte, come certamente accade in ipotesi di socio "sovrano" di maggioranza (pur cessato ma nell'anno antecedente la

pubblicazione del bando per cui è causa, e quindi comunque rientrante nella elencazione di soggetti muniti di cariche gestorie *ex art.* 80, comma 3 dlgs n. 50/2016), qual è stata la posizione del -OMISSIS-, e quindi capace di determinare il “contagio” della società di appartenenza.

Rileva a tal proposito la sentenza del Consiglio di Stato -OMISSIS-:

«... 3.5. In conclusione, le Linee guida dell’ANAC, paragrafo 3.1., stabilendo che *“I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell’esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all’operatore economico o ai soggetti individuati dall’art. 80, comma 3, del Codice”* non operano un’estensione soggettiva della causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti pubblici dall’operatore economico - persona giuridica alle persone fisiche componenti o titolari di organi sociali, ma specificano, in adesione alla logica fin qui esposta, che proprio per il loro ruolo di componenti o titolari di organi sociali le condotte illecite commesse dalle persone fisiche incidono sull’affidabilità dell’operatore economico concorrente.

L’esclusione disposta dalla stazione appaltante nella vicenda di cui è causa è, dunque, immune da censura in quanto l’-OMISSIS- nella sua veste di socia e procuratrice della -OMISSIS- s.r.l. rivestiva uno dei ruoli societari indicati dall’art. 80, comma 3, del codice dei contratti pubblici come rilevanti ai fini del giudizio di affidabilità morale dell’impresa (allo stesso modo giudica legittima l’esclusione di una società per inidoneità morale di un suo procuratore, Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2020, -OMISSIS-). ...».

Anche le Linee Guida dell’ANAC del 2016 (revisionate nel 2017) da un lato hanno rimarcato il carattere meramente esemplificativo e non tassativo dell’elencazione contenuta nelle stesse Linee Guida in ordine alla individuazione del concetto di grave illecito professionale *ex art.* 80, comma 5, lett. c) dlgs n. 50/2016 e la connotazione di clausola aperta propria del “grave illecito professionale” di cui al citato comma 5, lett. c) (cfr. par. II delle stesse Linee Guida) che può comprendere

sia le condanne non definitive per le fattispecie di reato di cui al comma 1, sia le condanne (anche non definitive) per fattispecie di reato diverse da quelle tassativamente indicate al comma 1, dall'altro lato, al par. III, hanno rilevato che “I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3 e comma 5, del Codice), e quindi con una affermazione perfettamente in linea con la giurisprudenza amministrativa prevalente.

Inoltre, anche la stessa giurisprudenza richiamata dalla ricorrente, ha riconosciuto che “l'art. 80, comma 5, lett. c) - ora lett. c-*bis*), cod. contr. pubbl. (e, nel precedente codice dei contratti pubblici, D. Lgs.--OMISSIS-del 2006, l'art. 38, lett. f) - allorché fa riferimento alla nozione di “grave illecito professionale”, costituisce una norma tendenzialmente “aperta”, che introduce una clausola generale, che dà rilievo ad ogni possibile accadimento idoneo a incidere sull'affidabilità del concorrente, purché esso abbia attinenza con la vita professionale dell'impresa” (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 31 dicembre 2020, n. 8563).

Va, altresì, rilevato che secondo T.A.R. Lazio, Roma -OMISSIS-/2020 i “fatti di rilievo penale (...) sono in sé indice di una potenziale attitudine alla più severa infrazione delle regole della convivenza civile, così riflettendosi sull'affidabilità professionale del soggetto dichiarante”, ragion per cui “è da ritenere che, in linea di principio, il partecipante alla gara abbia l'obbligo di dichiarare tutte le condanne penali subite, o anche solo le contestazioni mosse nell'ambito di procedimenti penali, anche qualora la *lex specialis* di gara non lo stabilisca espressamente”.

Peraltro, la riferita circostanza, secondo cui il reato di -OMISSIS- nei confronti dei propri dipendenti (per il quale - si ricorda - il sig. -OMISSIS- è stato condannato in primo grado a 2 anni e 8 mesi di reclusione) non rientra tra quelli indicati dall'ANAC “come potenzialmente suscettibili di porre in dubbio l'affidabilità professionale del concorrente” (cfr. pag. 11 del ricorso introduttivo), non assume

rilevanza, visto che è la stessa Autorità ad esplicitare (in quel medesimo punto 2.2 delle Linee Guida ANAC n. 6 menzionato dalla ricorrente) che vanno considerate, quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) dlgs n. 50/2016, in particolare “le condanne non definitive per i reati di seguito indicati a titolo esemplificativo, salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l'automatica esclusione dalla procedura di affidamento ai sensi dell'art. 80”.

In ogni caso non è possibile sostenere che il delitto di -OMISSIS-(perpetrato, per di più, ai danni dei propri dipendenti) non configuri un grave illecito professionale. Infatti, in altra fattispecie analoga a quella oggetto di causa, in cui l'operatore economico era stato condannato per il medesimo reato di -OMISSIS-*ex art.* -OMISSIS-cod. pen. commesso ai danni dei propri dipendenti, minacciati di licenziamento “al fine di ottenere indebiti e illegittimi vantaggi patrimoniali in danno dei diritti dei lavoratori (paga inferiore a quella delle buste paga - fogli di dimissioni firmati preventivamente)”, il giudice amministrativo ha avuto modo di osservare che i “fatti a contenuto estorsivo a danno dei dipendenti dell'impresa (poi dichiarati penalmente rilevanti), per loro natura [sono] potenzialmente integranti grave illecito professionale” (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 14 agosto 2019, n. 10533, principi non contestati dal Consiglio di Stato in sede di riforma della sentenza peraltro per mere questioni di rito).

In quel caso, peraltro, il T.A.R. adito ha significativamente ritenuto che la condotta estorsiva tenuta dall'operatore economico ai danni dei lavoratori fosse suscettibile di integrare, oltre al grave illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) dlgs n. 50/2016, altresì la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. a) dlgs n. 50/2016 per aver leso diritti fondamentali dei propri dipendenti (come i diritti ad una adeguata retribuzione e a svolgere la prestazione lavorativa senza la costante minaccia del licenziamento ritorsivo).

Inoltre, preme evidenziare l'irrilevanza anche di quanto dedotto dalla ricorrente in merito al modello dell'istanza di partecipazione alla gara, che, «con riferimento ai “soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente l'indizione della presente gara”», come il sig. -OMISSIS-, avrebbe «previsto che “la dichiarazione di insussistenza è riferita ai casi previsti dall'art. 80 comma 1, lett. b)”» (cfr. pagg. 11-12 dell'atto introduttivo).

Il rilievo è privo di pregio.

Infatti, posto che, in ogni caso, non è certamente da quel modulo che discendono gli obblighi dell'operatore economico (stabiliti, invece, a monte dalle fonti normative e dalla *lex specialis* di gara, come è ovvio), si deve qui tornare a ribadire che, trattandosi in specie di un grave illecito professionale commesso dall'operatore economico, a venire in rilievo non è il comma 1 dell'art. 80 dlgs n. 50/2016 impropriamente invocato dalla ricorrente, bensì il comma 5.

Pertanto, quell'illecito sarebbe dovuto essere segnalato alla stazione appaltante al momento della presentazione del DGUE, onde consentirle lo svolgimento della (necessaria) valutazione discrezionale di sua esclusiva spettanza.

Ne consegue che l'azione posta in essere dalla P.A. risulta pienamente legittima e conforme al (chiaro ed inequivocabile) dettato normativo, oltre che alla giurisprudenza amministrativa citata anche dalla ricorrente. Infatti, dagli stessi richiami presenti nel ricorso introduttivo emerge che:

- i) talora il Giudice amministrativo ha ritenuto all'uopo sufficienti anche dei semplici provvedimenti penali cautelari (cfr. Cons. Stato n. 8563/2020);
- ii) secondo l'ANAC, ai fini che qui interessano, “rilevano le condanne non definitive per i reati di seguito indicati a titolo esemplificativo” (cfr. punto 2.2. delle Linee Guida ANAC n. 6).

Ciò premesso, si può quindi affermare che:

i) la condanna del -OMISSIS- si appalesa grave e impingente sull'attività professionale dello stesso;

ii) a nulla vale ad escluderne la rilevanza il fatto che sia pendente appello, tanto più che -OMISSIS-non ha addotto - sebbene ripetutamente richiesta dalla stazione appaltante - alcuna misura di *self-cleaning* che avrebbe potuto addurre per scongiurare l'esclusione.

Non solo, come si dirà successivamente, ha invece dimostrato, mediante cessioni di quote a familiari e interposizione di schermi societari fittizi, una chiara volontà elusiva e volta a celare alle stazioni appaltanti interessate la circostanza che ancora oggi la proprietà della società è saldamente nelle mani della cerchia ristretta dei suoi familiari (*i.e.* la madre -OMISSIS-, attuale socio sovrano e legale rappresentante). In tutto questo non vi è, invece, alcuna volontà di discontinuità. Ben diverso è stato, invece, il caso della mandante -OMISSIS- che, sebbene destinataria di un provvedimento AGCM che gli contestava una grave violazione in materia di concorrenza, non si è trincerata nella sola argomentazione della pendenza di un appello dinanzi al Consiglio di Stato, bensì ha prodotto alla P.A. documentazione comprovante l'implementazione di misure di *self-cleaning* tempestivamente adottate, documentazione che difatti è stata valutata positivamente.

iii) per pacifica giurisprudenza il comma 5 dell'art. 80 costituisce una elencazione aperta; ne consegue che qualsiasi riferimento all'art. 80, comma 1, da parte della ricorrente non è condivisibile.

Per tutte le argomentazioni suesposte, il secondo motivo di ricorso deve essere respinto.

5.1.2. - Con il terzo motivo di ricorso -OMISSIS-seguita a perorare la causa dell'irrilevanza del "precedente" *de quo* ai fini dichiarativi di cui all'art. 80 dlgs n.

50/2016, sulla scorta di un ulteriore argomento, anch'esso non condivisibile, al pari di quelli già esaminati.

-OMISSIS-sostiene che “la mera titolarità di una quota maggioritaria del capitale sociale da parte di un socio è del tutto insufficiente e inidonea a conferirgli il potere di disporre della società come cosa sua”, non solo perché il sig. -OMISSIS-sarebbe stato socio di maggioranza - in sostanza - per troppo poco tempo (solo due mesi), ma anche perché, in base alle “norme di legge (...) in materia di società di capitali”, varrebbe la “regola che vuole concentrata la gestione dell'impresa sociale nel solo organo amministrativo” e non anche nell'assemblea dei soci, nella cui “competenza generale” non sarebbero quindi “comprese decisioni di tipo direttamente gestorio” (cfr. pagg. 15-16 del ricorso introduttivo). Ne deriverebbe - secondo la prospettazione della ricorrente - anche la totale ininfluenza del socio di maggioranza nel governo della società.

L'argomento non è meritevole di positivo apprezzamento.

Infatti, anche a voler ammettere che la gestione “diretta” dell'impresa sia rimessa all'organo amministrativo, l'ultima parola spetterebbe in ogni caso all'assemblea, in quanto è proprio alla competenza generale dell'assemblea - si noti, il solo organo chiamato a rappresentare la collettività dei soci - che la legge a monte (artt. 2364 e ss. cod. civ.) e i singoli statuti societari a valle rimettono tutta una serie di determinazioni nient'affatto marginali rispetto alla vita della società e all'economia della sua gestione.

Si tratta, infatti, come detto, di uno degli organi sociali fondamentali.

Peraltro, è bene osservare che quell'organo amministrativo - in cui la ricorrente identifica il centro gravitazionale dell'impresa detentore esclusivo di tutti i poteri e le responsabilità - “dipende” proprio dall'assemblea dei soci, alla quale sola spetta deliberare su nomina e revoca degli amministratori - così come, del resto, anche di

tutte le altre cariche sociali - nonché sulla loro responsabilità, ai sensi degli artt. 2364 e 2479 cod. civ. e dell'art. 14 dello statuto della -OMISSIS- s.p.a.

Alla luce di quanto rilevato, è quindi evidente l'infondatezza della censura secondo cui l'assemblea dei soci non rivestirebbe alcun ruolo nella gestione dell'impresa.

Dunque, considerata la centralità dell'assemblea e delle sue decisioni rispetto alle vicissitudini societarie, va da sé che la titolarità della quota "sovra" del capitale sociale risulta tutt'altro che ininfluente.

Sul punto, peraltro, la ricorrente omette di considerare un dato dirimente: nella fattispecie in esame non viene in rilievo un semplice socio di maggioranza, bensì di un socio di maggioranza che detiene (*rectius*: deteneva) ben oltre i 2/3 del capitale sociale. Fatto che, in ragione della disciplina dettata dal legislatore sull'assemblea e sui relativi *quorum* costitutivi e deliberativi, risulta in sé più che sufficiente a collocare il sig. -OMISSIS- (socio proprietario del 74% delle azioni di -OMISSIS- s.p.a.) in una posizione di incontrastato dominio all'interno dell'assemblea - quindi, della società - e che pertanto lo ha reso il "socio sovrano" della stessa -OMISSIS- s.p.a., detentore a tutti gli effetti del «potere di disporre della società come "cosa sua"».

Si rende, quindi, necessario richiamare la normativa recante la disciplina dell'assemblea dei soci e dei relativi *quorum* costitutivi e deliberativi, onde chiarire definitivamente l'effettiva portata che ha in concreto la titolarità di oltre 2/3 del capitale sociale.

Difatti, stanti i *quorum* richiesti dagli artt. 2368, 2479 e 2479 *bis* cod. civ. e dagli artt. 18 e 19 dello statuto, detenere - come il sig. -OMISSIS- - il 74% delle azioni equivale ad avere un potere decisionale in assemblea (ordinaria e straordinaria) pressoché illimitato ed incondizionato.

In conclusione, nel caso in cui - come nella fattispecie in esame - il socio di maggioranza detenga oltre i 2/3 del capitale sociale, la "sovranità" può

pacificamente ritenersi *in re ipsa* (non risultando a tal fine necessario che l'Amministrazione alleggi alcuna ulteriore prova, come invece più volte sostenuto dalla ricorrente).

Ciò si ricava pacificatamente anche dalla sentenza del Consiglio di Stato -OMISSIS-/2020 pronunciata proprio nei confronti del sig. -OMISSIS-, in quella circostanza in veste di socio di maggioranza (con oltre il 98% delle azioni) di -OMISSIS- (oggi società controllante il 96% della ricorrente -OMISSIS-).

Infatti, secondo la citata sentenza:

«... E' ritenuto "socio sovrano" il socio persona fisica o società che detiene la larga maggioranza del capitale di una società; dunque il socio che in una società in cui vige il principio maggioritario, avendo il dominio dell'assemblea ordinaria e straordinaria, ha il potere di nomina esclusiva degli amministratori e dei sindaci e può decidere le modifiche dell'atto costitutivo e determinare le decisioni più rilevanti. Svolge, quindi, per effetto della propria partecipazione di maggioranza, un ruolo dominante all'interno della compagine societaria, determinando e condizionando, con scelte personali, l'attività della società.

"Il socio di società di capitali che partecipi al capitale sociale in una misura capace di assicurargli la maggioranza richiesta per la validità delle deliberazioni assembleari (in sede ordinaria e straordinaria), sicché, in concreto, dalla sua volontà finiscono per dipendere la nomina e la revoca degli amministratori, l'irrogazione delle sanzioni disciplinari, l'assunzione di lavoratori e il loro licenziamento, l'esercizio del potere direttivo e di controllo sul personale, si presenta come l'effettivo e solo titolare del potere gestionale, si da risultare vero e proprio "sovrano" della società stessa" (Cass. civ., sez. lavoro, 5 maggio 1998, n. 4532).

Il socio sovrano non si limita ad esercitare i diritti amministrativi e patrimoniali che derivano dalla sua partecipazione sociale, ma utilizza il potere in godimento per impartire direttive agli amministratori della società e, dunque, per esercitare il potere di governo della stessa.

Qualora dall'esercizio delle sue prerogative consegua una violazione dei principi del diritto societario o derivino danni alla società, la giurisprudenza ammette la possibilità di utilizzare l'art. 2497 cc., potendosi configurare la fattispecie di responsabilità da abuso della personalità giuridica che deriva dalla direzione unitaria della società, nonché l'art. 2476 c.c., fattispecie di responsabilità in cui incorre il soggetto che, con la sua azione dolosa o colposa, provoca danni nell'amministrazione della società.

Sono entrambe azioni di responsabilità risarcitoria per danni provocati alla società, non potendo al socio sovrano di una società di capitali essere imputata alcuna forma di responsabilità patrimoniale.

“La circostanza che un socio disponga, direttamente e/o indirettamente - nella specie attraverso un'Anstalt dal medesimo fondata - dell'intero capitale sociale di una società di capitale, non comporta la confusione del patrimonio personale del primo con quello della seconda, e perciò i creditori dell'uno, pur se socio sovrano o tiranno, non possono aggredire i beni dell'altra, sottraendoli alla loro primaria funzione di garanzia dell'adempimento delle obbligazioni sociali. Invece, proprio per rafforzare questa funzione, a norma dell'art. 2497 secondo comma, cod. civ., nella formulazione previgente a quella introdotta dall'art. 7 del DLG 3 marzo 1993 n. 88, nel caso di insolvenza di una società a responsabilità limitata, per le obbligazioni sorte nel periodo in cui le quote sociali siano appartenute ad un solo socio, questi ne rispondeva illimitatamente con il suo patrimonio” (Cass. Civ., sez. II, 16 novembre 2000, n. 14870).

“È configurabile una holding di tipo personale allorquando una persona fisica, che sia a capo di più società di capitali in veste di titolare di quote o partecipazioni azionarie, svolga professionalmente, con stabile organizzazione, l'indirizzo, il controllo ed il coordinamento delle società medesime, non limitandosi, così, al mero esercizio dei poteri inerenti alla qualità di socio ... non sussiste incompatibilità tra la contemporanea sussistenza di un holder persona fisica e una società capogruppo delle società dirette dal primo: si tratta di una possibile coesistenza sia fenomenica (attenendo a due assetti organizzativi che possono emergere in fatto accanto alla

regolazione formale dell'assetto giuridico-societario), sia giuridico-valoriale (ciascuna entità essendo esposta a regole di responsabilità proprie di comparti non di per sé sovrapponibili)" (Cass. Civ., sez. I, 27 gennaio 2017, n. 5520).

Il socio sovrano può, dunque, esercitare, di fatto, l'amministrazione delle società del gruppo.

Da tanto consegue che è sicuramente riconosciuta la facoltà della stazione appaltante di desumere il compimento di "gravi illeciti" da ogni vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico (qui da intendersi complessivamente inteso, dunque anche in conseguenza degli illeciti del socio sovrano) di cui sia accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2020, n. 5967; 14 aprile 2020, n. 2389). E per giurisprudenza costante, spetta alla stazione appaltante, nell'esercizio di ampia discrezionalità, apprezzare autonomamente le pregresse vicende professionali dell'operatore economico, persino se non abbiano dato luogo ad un provvedimento di condanna in sede penale o civile, perché essa sola può fissare il "*punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente*" (Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2020, n. 4100; 6 aprile 2020, n. 2260; 17 settembre 2018, n. 5424; Cass. civ., Sez. Unite, 17 febbraio 2012, n. 2312). ...».

Peraltro, non assume alcun rilievo la circostanza che avverso la richiamata sentenza del Consiglio di Stato sia attualmente pendente ricorso per revocazione (cfr. pag. 17 del ricorso introduttivo). Detto ricorso, infatti, è stato proposto per meri asseriti errori di fatto che non scalfiscono i principi di diritto affermati dal Consiglio di Stato in quella sede, secondo cui il "socio sovrano" (-OMISSIS-) è tenuto all'obbligo dichiarativo: principio correttamente condiviso dalla stazione appaltante anche in virtù del grave episodio, penalmente rilevante, relativo all'ex socio - OMISSIS- di -OMISSIS-.

Dunque, così accertata la qualifica di “socio sovrano” del sig. -OMISSIS-, e disattesa la ricostruzione della ricorrente, deve parimenti ritenersi infondata la tesi della irrilevanza della posizione del -OMISSIS-, in ragione del breve arco temporale (febbraio-aprile 2019) in cui ha detenuto il pacchetto azionario di maggioranza (74%) di -OMISSIS- e, dunque, potuto esercitare l’influenza propria del “socio sovrano”.

Come chiarito in precedenza, il socio sovrano esercita il potere di governo della società: la durata di esplicazione di siffatto potere non assume alcuna rilevanza per il legislatore, purché detto potere sia esercitato, ai sensi del citato art. 80, comma 3 dlgs n. 50/2016, da un soggetto cessato dalla carica nell’anno antecedente la pubblicazione del bando di gara. La disposizione, infatti, non opera alcuna delle distinzioni “temporali” invocate dalla ricorrente, limitandosi invece a riferirsi genericamente ai “soggetti cessati dalla carica nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara”.

Sicché, essendo il sig. -OMISSIS- cessato dalla carica nell’aprile 2019 ed essendo stato il bando di gara pubblicato nel successivo settembre 2019, sussistono tutti gli elementi per ritenere che il caso di specie rientri perfettamente e pienamente nell’ambito di applicazione della norma *de qua* e, dunque, che il -OMISSIS- fosse soggetto all’obbligo dichiarativo.

Pertanto, non corrisponde al vero quanto sostenuto dalla ricorrente che “Nella specie in alcun modo la PA motiva come la vicenda considerata relativa ad un mero ex socio (per appena due mesi) inciderebbe sulla integrità e affidabilità professionale di -OMISSIS-” (cfr. pag. 18 del ricorso introduttivo).

All’opposto, la motivazione dell’Amministrazione resistente c’è stata e risulta corretta nel merito.

Vanno, altresì, rimarcate alcune circostanze sopravvenute che fanno chiarezza sulla vicenda in esame.

Dall'analisi delle visure camerali allegate emerge che -OMISSIS- s.p.a. è controllata per il 96% dalla -OMISSIS- s.p.a. (la società a capo della quale il -OMISSIS- aveva commesso l'-OMISSIS-aggravata ai danni dei propri dipendenti, venendo per questo condannato dal Tribunale di Avellino a 2 anni e 8 mesi di reclusione), la quale, a sua volta, è controllata al 100% dalla -OMISSIS-s.p.a. della quale la sig.ra -OMISSIS- detiene il 98% del pacchetto azionario.

La sig.ra -OMISSIS-, peraltro legale rappresentante della odierna ricorrente -OMISSIS- s.p.a., risulta essere la madre del sig. -OMISSIS-, come emerge dalla lettura in combinato disposto della sentenza del Consiglio di Stato -OMISSIS-/2020 e del ricorso per la revocazione della stessa (r.g. -OMISSIS-/2020), prodotto dalla stessa ricorrente in sede di interlocuzione con la stazione appaltante, quale allegato alle note integrative del 24.12.2020.

Premesso che la citata sentenza del Consiglio di Stato -OMISSIS-/2020 inerisce proprio alla posizione del sig. -OMISSIS-, come confermato dalla ricorrente nelle predette note, in questa si legge - in ben due passaggi - che egli ha “ceduto in proprietà le azioni [della -OMISSIS-, controllante il 96% della -OMISSIS-] alla madre”, sig.ra -OMISSIS-. Infatti, nel ricorso per revocazione viene evidenziato che il -OMISSIS- ha provveduto alla “cessione della proprietà del pacchetto azionario alla sig.ra -OMISSIS-” (cfr. pag. 8).

Risulta così dimostrato *per tabulas* che il -OMISSIS- non si è mai allontanato dalla vita societaria della -OMISSIS-, avendo ceduto le proprie quote della -OMISSIS-s.p.a., controllante il 96% della -OMISSIS-, a sua madre che ad oggi - per il tramite dei due schermi societari predetti (-OMISSIS- e -OMISSIS-) - continua a gestire la vita societaria della -OMISSIS-: l'-OMISSIS-, infatti, detiene il 98% dell'-OMISSIS-che controlla al 100% la -OMISSIS-, la quale possiede il 96% della -OMISSIS-.

Ebbene come affermato dalla giurisprudenza amministrativa, i legami di parentela “consentono di individuare nel nucleo familiare dagli stessi composto un unico centro di interessi che, con una partecipazione complessiva al consorzio nella misura del 75% circa, di fatto esercita un’influenza dominante non solo nell’individuazione degli organi di rappresentanza e di gestione del consorzio, ma altresì, attraverso tali soggetti, delle scelte aziendali dell’operatore economico” (cfr. T.A.R. Toscana, Firenze n. 77/2021).

Pertanto, non è condivisibile l’interpretazione fornita dalla società istante circa l’irrilevanza del breve arco temporale in cui il -OMISSIS- ha detenuto il pacchetto azionario di maggioranza della -OMISSIS- e del suo potere decisionale all’interno della compagine societaria.

Ciò depone ulteriormente a favore della legittimità dell’operato della stazione appaltante nella misura in cui conferma anche un ulteriore elemento posto a fondamento del provvedimento di annullamento dell’aggiudicazione.

Infatti, la circostanza che sia stata possibile la cessione del pacchetto azionario dal -OMISSIS- alla madre -OMISSIS- attesta la mancata adozione da parte dell’odierna ricorrente di alcuna misura di *self-cleaning* e di una qualche forma di dissociazione dalla condotta dell’ex socio, tale da poter essere positivamente valutata.

Alla luce di quanto precede, emerge l’impossibilità di condividere l’ulteriore profilo di doglianza formulato dalla ricorrente in forza del quale il sig. -OMISSIS-, non essendo qualificabile come “socio sovrano”, risulterebbe del tutto estraneo alla società -OMISSIS- e, per l’effetto, quest’ultima sarebbe estranea al grave illecito professionale posto in essere dal primo. Tanto non è, essendo - come sopra rilevato - il -OMISSIS- ancora ampiamente presente, seppur indirettamente, nella vita della società e, con esso, la rilevanza della sua condotta penalmente sanzionata idonea a incidere sulla moralità e affidabilità della -OMISSIS-.

Stante ciò, del tutto inconferente è il riferimento operato dalla ricorrente al (diverso) tema della responsabilità degli enti di cui al dlgs n. 231/2001 (cfr. pagg. 19 e ss. del ricorso introduttivo) e alla presunta “ferma giurisprudenza” che si sarebbe formata, anch’essa evidentemente non pertinente al caso di specie.

Al contrario, gli unici dati rilevanti, ai fini degli obblighi dichiarativi previsti dall’art. 80 dlgs n. 50/2016, sono i seguenti:

- 1) il sig. -OMISSIS- è stato “socio sovrano” di -OMISSIS- s.p.a.;
- 2) lo è stato nell’anno antecedente la pubblicazione del bando di gara;
- 3) ha ceduto, attraverso la costruzione di un complesso schema societario strumentale all’elusione del suddetto obbligo dichiarativo, il pacchetto azionario di maggioranza della -OMISSIS- alla madre -OMISSIS-, attualmente anche rappresentante legale della società deducente.

A nulla rilevano le argomentazioni della ricorrente secondo cui il -OMISSIS- avrebbe compiuto l’-OMISSIS- ai danni di dipendenti di altra impresa e non di -OMISSIS-.

Invero, da un lato, entrambe le società operano nel settore della vigilanza e, dunque, nel medesimo segmento economico della gara bandita dall’Amministrazione resistente; dall’altro - come si è visto sopra nel ricostruire gli schermi societari che -OMISSIS- ha frapposto tra sé e -OMISSIS-- -OMISSIS- è a tutti gli effetti una società rientrante nel perimetro della galassia “-OMISSIS-/-OMISSIS-”, essendo ad oggi controllante di -OMISSIS-.

Va anche disattesa la censura secondo cui l’illecito professionale ascrivibile al socio non sarebbe imputabile alla società.

Difatti, “per costante e univoco orientamento giurisprudenziale (...), nelle fattispecie contemplate dall’art. 80, comma 5, lett. c), rileva la condotta del concorrente latamente inteso, con la naturale conseguenza che “...ciò che conta non è (...) un ruolo formale nella struttura societaria, ma il nesso sostanziale tra

soggetto ed impresa” (cfr. T.A.R. Toscana, Firenze n. 77/2021), che in specie risulta certamente sussistente tra la società ricorrente ed il soggetto condannato.

Infine, venendo in rilievo il (diverso) tema del grave illecito professionale omesso alla stazione appaltante in sede di gara, a nulla rilevano, evidentemente, i “numerosissimi certificati di regolare esecuzione” rilasciati negli anni scorsi dalla P.A. (cfr. pagg. 18 e 22 del ricorso introduttivo).

In definitiva, si può affermare che:

- il sig. -OMISSIS-, in quanto socio sovrano della società -OMISSIS- cessato nell'anno antecedente l'indizione del bando di gara, doveva rendere la relativa dichiarazione, e che tale dichiarazione è direttamente incidente sull'operatore economico partecipante alla gara (*i.e.* la ricorrente -OMISSIS- s.p.a.) in virtù del “contagio” tra il socio sovrano e la società stessa (cfr. Cons. Stato -OMISSIS- e -OMISSIS-/2020), tale da non poter separare le vicende professionali dell'uno dall'altra;
- il reato di cui si è macchiato il sig. -OMISSIS- e per il quale veniva condannato dal Tribunale di Avellino con sentenza del 24.3.2016 è stato commesso quando lo stesso era a capo di un'impresa (-OMISSIS- s.p.a.) operante nel settore della vigilanza proprio come la società ricorrente -OMISSIS- e, dunque, ha un diretto impatto sul servizio messo a gara sempre avente ad oggetto l'attività di vigilanza;
- la condotta posta in essere dall'ex socio -OMISSIS- (oggetto della citata sentenza di condanna del Tribunale di Avellino del 24.3.2016) si appalesa grave e attinente alla moralità professionale in quanto il medesimo: “dietro la minaccia della mancata assunzione o del licenziamento - che sarebbe stato in alcuni casi giustificato come dimissioni volontarie dei dipendenti, dimissioni fatte firmare già all'atto dell'assunzione senza data e quale condizione per essere assunti - costringeva i dipendenti a comprarsi la divisa presso una ditta, ad effettuare le visite mediche presso un Centro da lui indicato sostenendone il costo, ad effettuare

ore straordinarie non retribuite, ad effettuare turni senza che venisse garantito il riposo giornaliero e/o settimanale, procurandosi con la predetta condotta un ingiusto profitto” (cfr. motivazione del censurato provvedimento del 31.12.2020);

- la società (-OMISSIS- s.p.a.) presso la quale il -OMISSIS- ha compiuto l’-OMISSIS- nei confronti dei propri dipendenti non è terza e diversa società ma l’attuale controllante di -OMISSIS-;

- non solo -OMISSIS- non ha minimamente adottato alcuna misura di *self-cleaning* ovvero di dissociazione nei confronti dell’ex socio -OMISSIS-, ma mediante la cessione del pacchetto quote e l’interposizione fittizia di due schermi societari, lo stesso -OMISSIS- ha continuato attraverso la cerchia più ristretta dei suoi familiari a etero-dirigere la società persino al momento attuale;

- come emerge dalla menzionata sentenza del Consiglio di Stato -OMISSIS-/2020, il sig. -OMISSIS- era il socio di maggioranza (per il 98,5% del capitale sociale) del socio unico (-OMISSIS- s.p.a.) della ditta --OMISSIS- s.r.l. la cui esclusione dalla procedura di gara indetta dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Matera è stata ritenuta legittima dal Consiglio di Stato proprio con la citata sentenza, in considerazione della omessa dichiarazione del menzionato “precedente” penale (*rectius* sentenza di primo grado) da parte del sig. -OMISSIS-, e quindi in una fattispecie sostanzialmente sovrapponibile alla presente, con la conseguenza che non sussistono ragioni per discostarsi dalla suddetta decisione del Consiglio di Stato.

Pertanto, si può concludere che, alla luce dei principi di doverosa onnicomprensività della dichiarazione di partecipazione e della irrilevanza del limite temporale dei tre anni in relazione alle ipotesi di esclusione per gravi illeciti professionali *ex art.* 80, comma 5, lett. c) dlgs n. 50/2016 (principi sanciti dalla sentenza del Consiglio di Stato -OMISSIS-/2020 sopra esaminata), il “precedente” penale (in relazione ad una fattispecie incriminatrice diversa da quelle di cui al

comma 1 dell'art. 80 dlgs n. 50/2016), sia pure in primo grado, del sig. -OMISSIS-, in quanto socio di maggioranza dell'impresa ricorrente (pur cessato nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara), non poteva non essere dichiarato dalla stessa -OMISSIS- in sede di partecipazione alla gara per cui è causa (essendo attinente ad un "grave illecito professionale" rilevante ai sensi della lett. c) dell'art. 80, comma 5 dlgs n. 50/2016), con la conseguenza che l'omissione dichiarativa di per sé costituiva valido motivo di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) dlgs n. 50/2016 ("Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, ..., qualora: ... l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione") e rende quindi legittimo il censurato provvedimento di Aeroporti di Puglia s.p.a.

Come evidenziato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza-OMISSIS-/2020:

«... - la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-*bis*]) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

- in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo;

- alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico;

- la lettera f-*bis*) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-*bis*)] della medesima disposizione. ...».

L'informazione relativa alla sentenza penale a carico del -OMISSIS- era, pertanto, dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, in quanto evidentemente incidente sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico - OMISSIS-; l'omissione di detta informazione ha legittimamente determinato l'esclusione di quest'ultima.

Ne discende l'infondatezza della censura *sub* 3).

Come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. IV, 9.11.2020, n. 6907), in presenza di un atto plurimotivato ovvero fondato su una pluralità di autonomi motivi è sufficiente la legittimità di una sola delle ragioni per sorreggere l'atto in sede giurisdizionale, il che comporta che il rigetto delle censure proposte contro una di tali ragioni rende superfluo l'esame di quelle relative alle altre parti del provvedimento.

Si può, quindi, prescindere dalla disamina del motivo di gravame *sub* 1) relativo al decorso del tempo (tre anni) di rilevanza dell'illecito penale professionale addebitato al -OMISSIS-, tenuto conto che in base al principio di diritto di cui alla citata sentenza del Consiglio di Stato -OMISSIS-/2020 lo stesso andava comunque dichiarato in sede di partecipazione alla gara, la qualcosa viceversa non è avvenuta, con ciò determinando - come visto - la doverosa esclusione della ricorrente - OMISSIS-.

5.2. - Con il quarto motivo di ricorso principale e con il ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente si duole della illegittimità del provvedimento gravato sotto un duplice profilo, per violazione e falsa applicazione:

- dell'art. 80, comma 12 dlgs n. 50/2016, poiché non ricorrerebbero i presupposti per la segnalazione all'ANAC della -OMISSIS- s.p.a., relativa alla sola ipotesi "di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione";

- dell'art. 93, comma 6 dlgs n. 50/2016, nonché per eccesso di potere per radicale carenza dei presupposti in fatto e in diritto, poiché non ricorrerebbero le condizioni per l'escussione della cauzione provvisoria.

Quanto al primo profilo, deve essere preliminarmente evidenziato che, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, la segnalazione all'ANAC non deve essere effettuata solo nelle ipotesi "di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione", ma anche per la comunicazione delle informazioni obbligatorie, anche relative all'esecuzione dei contratti, che le stazioni appaltanti e gli Enti aggiudicatori devono trasmettere per la tenuta del casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'art. 213, comma 10 dlgs n. 50/2016 ("L'Autorità gestisce il Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituito presso l'Osservatorio, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 80. L'Autorità stabilisce le ulteriori informazioni che devono essere presenti nel casellario ritenute utili ai fini della tenuta dello stesso, della verifica dei gravi illeciti professionali di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c), dell'attribuzione del rating di impresa di cui all'articolo 83, comma 10, o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'articolo 84. L'Autorità assicura, altresì, il collegamento del casellario con la banca dati di cui all'articolo 81").

Trattasi, dunque, di attività informativa cui la stazione appaltante è tenuta senza alcuna discrezionalità.

Nel caso di specie Aeroporti di Puglia ha correttamente e legittimamente segnalato, utilizzando il “Modello A” rinvenibile sul sito internet dell’ANAC, l’evento inerente la società -OMISSIS-come notizia utile relativa ad un requisito di moralità, indicando quale motivo della segnalazione non le ipotesi di cui ai punti 7.1 e 7.2 del Modello A relative alle ipotesi di falsa dichiarazione/falsa documentazione, bensì quelle di cui ai punti 7.3 e 7.4 della omessa dichiarazione di un grave illecito professionale ritenuto rilevante dalla stazione appaltante ai fini dell’esclusione e della sussistenza di una o più cause di esclusione.

Invero, nella successiva sezione “8.12. Gravi illeciti professionali, causa di esclusione (art. 80, comma 5, lett. c)” ha selezionato, quale causa di esclusione, la sussistenza di “1. gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia l’integrità o affidabilità dell’o.e.”.

Ha, inoltre, specificato - nella sezione “8.3 Dati sul soggetto penalmente sanzionato (art. 80, comma 3)” - che trattasi di “11. Socio di maggioranza” cessato dalla carica nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara (8.4).

In ogni caso, deve rilevarsi che la comunicazione di notizia utile non determina l’immediata iscrizione dell’operatore economico nel casellario informatico e, dunque, un *periculum* diretto, concreto ed immediato, spettando l’iscrizione esclusivamente all’ANAC, previo contraddittorio con l’interessato.

Ne deriva l’infondatezza della censura.

Quanto all’escussione della cauzione provvisoria, non è condivisibile la tesi sostenuta dalla ricorrente che tenta di minare la legittimità della richiesta, sostenendo che la stessa si fonda su di un “opinabile” apprezzamento discrezionale operato dalla P.A. e non già su fatto riconducibile all’affidatario *ex art. 93, comma 6 dlgs n. 50/2016*.

Tanto evidentemente non è, atteso che vanno tenuti nettamente distinti i due profili rilevati dalla ricorrente: da un lato sussiste chiaramente la discrezionalità riconosciuta *ex lege* alla stazione appaltante nella valutazione della rilevanza della condotta posta in essere dall'operatore economico rispetto al possesso dei requisiti di moralità e affidabilità; dall'altro, esaurita detta fase discrezionale, non residua in capo alla stazione appaltante più alcun margine di discrezionalità nell'escutere la cauzione (cfr. art. 93, comma 6 dlgs n. 50/2016: "La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto").

Difatti la norma in esame è chiara nel prevedere che l'escussione della cauzione è conseguenza vincolata e automatica in presenza di una legittima esclusione dell'operatore economico per fatto riconducibile allo stesso.

Ne consegue che anche tale censura va disattesa.

Risulta, infine, non condivisibile l'ulteriore profilo di doglianza, secondo cui il "danno risarcibile non è comunque in alcun modo sussistente, atteso che Aeroporti di Puglia non ha indetto una nuova gara, ma da quanto consta ha proceduto a scorrere la graduatoria con proposta di aggiudicazione in favore del secondo graduato RTI -OMISSIS-- -OMISSIS-; e in ogni caso alcun maggiore esborso sarebbe in tal caso rinvenibile, avendo tale concorrente formulato in gara un ribasso maggiore rispetto al RTI deducente, che è risultato primo in graduatoria in ragione della migliore offerta tecnica. Di talché, la pretesa di escutere la cauzione finirebbe nel caso di specie per configurare un ingiustificato arricchimento in favore della stazione appaltante".

Orbene, anche in tal caso la ricorrente confonde i due distinti istituti del risarcimento del danno, da un lato, e della escussione della cauzione provvisoria, dall'altro lato.

Infatti, mentre il primo è volto a risarcire la stazione appaltante per i danni ulteriori subiti, il secondo consente una forfettizzazione del danno arrecato alla stazione appaltante - come nel caso di specie - a seguito della mancata stipulazione del contratto d'appalto per ogni fatto riconducibile all'operatore economico, senza bisogno di operare alcun tipo di quantificazione o giustificazione in ordine alla debenza (integrale o parziale) dell'importo.

D'altro canto - ancora una volta - le considerazioni della istante non trovano conforto nel quadro normativo il quale prevede che in qualsiasi caso non si sia addivenuti alla stipula "per fatto dell'aggiudicatario" la cauzione provvisoria è incamerata, senza alcuna ulteriore precisazione o condizione per la sua escussione.

Pertanto, anche tale censura deve essere respinta.

6. - In conclusione, dalle argomentazioni espresse in precedenza discende la reiezione del ricorso introduttivo, integrato da motivi aggiunti.

6.1. - Essendo stata riscontrata la piena legittimità degli atti impugnati, non può trovare positivo apprezzamento la domanda risarcitoria in forma specifica formulata dalla ricorrente.

7. - Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento in favore di Aeroporti di Puglia s.p.a. delle spese di lite che liquida in complessivi € 2.500,00, oltre accessori come per legge.

Condanna la società ricorrente al pagamento in favore di -OMISSIS- s.p.a. delle spese di lite che liquida in complessivi € 2.500,00, oltre accessori come per legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 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.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere

Francesco Cocomile, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Cocomile

IL PRESIDENTE
Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.