



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta
(Sezione Unica)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8 del 2024, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG -OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati C. P., P. S. e J. G., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...), rappresentato e difeso (...), domiciliataria *ex lege* in (...);

per l'annullamento

– della determinazione -OMISSIS- del -OMISSIS- del Capo Servizio Amministrativo del 1° Reparto Infrastrutture del (...), con la quale è stata esclusa la società ricorrente dal Lotto -OMISSIS- (CIG -OMISSIS-) della procedura negoziata afferente ad un accordo quadro biennale per l'effettuazione dei lavori di -OMISSIS- – categorie OG1 ed OG11 – riguardanti -OMISSIS- nelle Regioni Piemonte, Liguria e Valle D'Aosta;

– di ogni altro atto presupposto, conseguente, preordinato o comunque connesso, anche non conosciuto, e, in particolare, ove ritenuta lesiva, della segnalazione del -OMISSIS- all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) per falsa dichiarazione, effettuata, ai sensi dell'art. 96, comma 15, d.lgs. n. 36/2023, dal 1° Reparto Infrastrutture del Ministero della Difesa;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 maggio 2024 il dott. Pietro Buzano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il (...) ha indetto una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. d), d.lgs. 36/2023, avente ad oggetto la stipulazione di un accordo quadro biennale mono-operatore “*per l'effettuazione dei lavori di -OMISSIS- – categorie OG1 ed OG11 – riguardanti -OMISSIS- nelle regioni Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta*”.

Alla gara, suddivisa in -OMISSIS- lotti, ha partecipato la società -OMISSIS- presentando la domanda per il lotto n. -OMISSIS- (-OMISSIS-) e per il lotto n. -OMISSIS- (Valle d'Aosta).

In sede di presentazione della domanda la predetta società ha dichiarato “...*anche ai fini di quanto disposto dall'art. 80, co. 5., d.lgs. n. 50/2016, e quanto contenuto nel nuovo D. Lgs. 36/2023 agli art. 94/95, che il -OMISSIS-, socio ed ex amministratore unico della società -OMISSIS-, è stato coinvolto, quale rappresentante della società -OMISSIS-, nel procedimento penale n. -OMISSIS- della Procura della Repubblica presso il Tribunale di -OMISSIS- e risulta indagato per i seguenti reati: art. -OMISSIS-, -OMISSIS- c.p. (-OMISSIS-), art. -OMISSIS- c.p. (-OMISSIS-) e art. -OMISSIS- c.p. (-OMISSIS-) per fatti risalenti agli anni -OMISSIS- [...] al medesimo è stato notificato l'avviso di conclusione delle indagini e pendono i termini per l'eventuale rinvio a giudizio ovvero l'archiviazione [...] Ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, co. 7, d.lgs. n. 50/2016, si sottolinea che -OMISSIS- ha prontamente adottato idonee misure di self*

cleaning, sostituendo all'amministratore unico un consiglio di amministrazione composto da tre membri presieduto da professionista estraneo alla compagine sociale".

In relazione a tale dichiarazione, il (...), con nota del -OMISSIS-, ha richiesto alla predetta società chiarimenti al fine di valutare "...se le dette misure di self-cleaning consentano di superare i dubbi di inaffidabilità suscitati dalle vicende penali sopra richiamate...". In particolare, è stato richiesto all'operatore economico di fornire "le controdeduzioni in merito ai seguenti punti: a) Il ruolo e le competenze effettive del -OMISSIS- quale socio di maggioranza della -OMISSIS-; b) Trasmettere il contratto di lavoro del -OMISSIS- e specificare i compiti lavorativi effettivi del nominato di cui sopra, quale dipendente della Società. Si forniscano, inoltre, chiarimenti in merito alla possibilità di reiterazione delle condotte illecite quale dipendente di codesto Operatore Economico e, inoltre, il contatto che egli avrebbe con gli eventuali subappaltatori; c) Rendere noti eventuali ulteriori provvedimenti da parte dell'autorità giudiziaria, come l'applicazione di una misura cautelare o l'avvenuto esercizio dell'azione penale, eventi questi espressamente contemplati nell'art. 98 del D. Lgs. 36/2023; d) Fornire qualsiasi prova utile a provare che le misure di self-cleaning adottate siano sufficienti a dimostrare l'affidabilità dell'Operatore Economico".

In riscontro a tale comunicazione, la società -OMISSIS-, con lettera del -OMISSIS-, ha presentato le proprie controdeduzioni con riferimento a ciascuno dei punti sopra indicati.

Successivamente, con nota del -OMISSIS-, l'Amministrazione ha richiesto la trasmissione degli atti concernenti il modello di organizzazione, gestione e controllo di cui al d.lgs. n. 231/2001, al cui invio la società ha provveduto.

Con provvedimento comunicato in data -OMISSIS- il (...) ha escluso la società -OMISSIS- dalla procedura di gara (lotto -OMISSIS- e lotto -OMISSIS-) per i seguenti motivi: "a) Esclusione non automatica ex artt. 95 comma 1 let. e), 98 comma 3 let b) del D. Lgs. 36/2023, con conseguente violazione dei commi 12 e 14 dell'art. 96 del D. Lgs. 36/2023, per aver reso false ed omesse dichiarazioni in merito al rinvio a giudizio del -OMISSIS-, che avrebbe altrimenti impedito alla Stazione Appaltante la valutazione della causa di esclusione non automatica, alla luce dell'impossibilità di escludere dalle gare d'appalto i soggetti iscritti nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., fermo restando quanto previsto dal citato art.110-quater disp. att. c.p.p.; b) Esclusione non automatica, ai sensi dell'art. 96 comma 6 del D. Lgs. 36/2023, per insufficienti misure di c.d. self cleaning, inidonee a determinare quell'effettiva dissociazione rispetto alla pregressa gestione societaria, espressione di gravi illeciti professionali, cui solo può essere attribuita valenza sanante".

A seguito di tale provvedimento, il Ministero, con nota del -OMISSIS-, ha effettuato una segnalazione all'ANAC "ai sensi dell'art. 96, comma 15, e dell'art. 222, comma 13, del d.lgs. n. 36/2023, per l'omessa/falsa dichiarazione o documentazione, rese nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, in merito al possesso dei requisiti generali o per giustificare l'anomalia delle offerte".

Avverso il provvedimento di esclusione dalla gara relativa al lotto -OMISSIS- ed "ogni altro atto presupposto, conseguente, preordinato o comunque connesso", la società -OMISSIS- ha presentato ricorso davanti a questo Tribunale chiedendone, previa sospensione e ammissione con riserva alle successive fasi della procedura di gara, l'annullamento.

Si è costituito in giudizio il Ministero della Difesa, eccependo in via preliminare l'incompetenza di questo Tribunale e chiedendo nel merito il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. -OMISSIS- dell'-OMISSIS- questo Tribunale ha preso atto della dichiarazione di rinuncia alla domanda cautelare depositata da parte ricorrente in data 8.04.2024.

In vista dell'udienza pubblica la società ricorrente ha depositato memoria e documenti.

All'udienza pubblica del 16 maggio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

In via pregiudiziale, il Ministero resistente eccepisce il difetto di competenza di questo Tribunale in favore del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte.

Sotto un primo profilo, l'Amministrazione sostiene che, ai sensi dell'art. 13, comma 1, c.p.a., la competenza per la presente controversia sarebbe attribuita al TAR Piemonte, avendo sede a Torino l'autorità amministrativa che ha emesso il provvedimento impugnato, il 1° Reparto Infrastrutture.

L'eccezione è infondata.

Occorre innanzitutto rilevare che, secondo la giurisprudenza pronunciata in materia, "...ai sensi dell'art. 13, comma 1 c.p.a. tra i due criteri di riparto della competenza territoriale, quello del luogo della sede dell'autorità emanante,

e quello del luogo di produzione degli effetti dell'atto impugnato, si deve dare prevalenza a quest'ultimo in virtù del dato letterale costituito dall'uso dell'espressione "comunque". Pertanto, ai fini dell'individuazione del Tribunale amministrativo regionale competente a conoscere del ricorso avverso gli atti di una procedura di evidenza pubblica, deve aversi riguardo al luogo di produzione degli effetti diretti cui è preordinato l'atto finale della procedura, ossia all'ambito territoriale di esplicazione dell'attività dell'impresa aggiudicataria conseguente all'emanazione dell'atto di aggiudicazione e alla stipula contrattuale, e dunque al luogo di esecuzione dei lavori, servizi e forniture, indipendentemente dalla sede della stazione appaltante, dal luogo di svolgimento delle operazioni di gara e/o dalla sede dei partecipanti alla gara (Cons. Stato, Sez. VI, 11/07/2012, n. 4105, Sez. IV, 16 febbraio 2011 n. 1018, Sez. VI, 23 marzo 2010 n. 1690)" (Cons. di Stato, sent. n. 3555/2023, cfr. punto 4.3. della motivazione).

La giurisprudenza ha inoltre chiarito che "...un bando di gara pubblica suddiviso in lotti è un atto ad oggetto plurimo e determina l'indizione non di un'unica gara, ma di tante gare, per ognuna delle quali vi è un'autonoma procedura che si conclude con un'aggiudicazione (v., ex multis, Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1070; Cons. St., sez. V, 12 gennaio 2017, n. 52; Cons. St., sez. V, 26 giugno 2015, n. 3241)" (così di recente Cons. Stato, sez. III, 23 febbraio 2022, n. 1281; Cons. Stato, sez. V - ordinanza 22 agosto 2022 n. 7363)" (Cons. di Stato, sent. n. 3555/2023, cfr. punto 4.1 della motivazione).

In applicazione di tali principi, considerato che la presente controversia ha ad oggetto la sola gara per il lotto n. -OMISSIS-, relativo ai lavori di -OMISSIS- nel territorio della Valle d'Aosta, e che pertanto gli effetti del provvedimento impugnato si esplicano limitatamente a tale ambito regionale, deve ritenersi sussistente la competenza di questo Tribunale.

Non risulta invece condivisibile l'affermazione del Ministero resistente secondo la quale, in base ai principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 13/2021, dovendo essere qualificato il (...), quale "Autorità periferica avente efficacia ultraregionale", dovrebbe ritenersi prevalente, ai fini della determinazione della competenza a conoscere dei suoi atti, il criterio della sede dell'autorità emanante rispetto a quello dell'efficacia dell'atto.

La citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria ha infatti chiarito che "...quando l'efficacia spaziale di un provvedimento è circoscritta ad una Regione diversa da quella in cui ha sede l'Autorità emanante, sarà il Tribunale nel cui ambito territoriale si esplicano gli effetti dell'atto ad essere investito della relativa competenza e non il Tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'Autorità emanante..." (cfr. punto 5 della motivazione).

Tale è proprio il caso di specie, atteso che, come si è sopra rilevato, l'efficacia spaziale dell'impugnato provvedimento del 1° Reparto Infrastrutture, con sede (...), è circoscritta all'ambito regionale della Valle d'Aosta.

Il Ministero resistente ha sollevato l'eccezione di incompetenza territoriale di questo Tribunale anche per un diverso aspetto. In particolare, l'Amministrazione sostiene che la competenza del TAR Piemonte dovrebbe ritenersi radicata in base alla previsione di cui alla lett. o) della determina a contrarre del -OMISSIS-, ai sensi della quale "...Ai sensi dell'art. 25 del c.p.c. il foro in via esclusiva competente è quello di Torino, ove ha sede l'Avvocatura dello Stato".

Anche sotto tale profilo, l'eccezione risulta infondata.

La competenza dei Tribunali Amministrativi Regionali individuata dalla legge è inderogabile (art. 13 c.p.a.) e il suo difetto è rilevabile d'ufficio finché la causa non è decisa in primo grado (art. 15 c.p.a.). Non è pertanto consentito alle parti derogare ai criteri di competenza stabiliti dalla legge né implicitamente in corso di causa, non sollevando la relativa eccezione, né espressamente in via preventiva, mediante una clausola contrattuale.

Quanto indicato nella determina a contrarre non può, di conseguenza, radicare la competenza presso un Tribunale diverso rispetto a quello individuato in base al codice del processo amministrativo.

Peraltro, la citata previsione di cui alla lett. o) contenuta nella determina a contrarre del -OMISSIS- non può comunque essere interpretata quale "clausola di deroga del foro", limitandosi a richiamare la regola di attribuzione della competenza prevista dall'art. 25 c.p.c. per le cause in materia civile in cui è parte un'amministrazione dello Stato, non applicabile al processo amministrativo.

Per le suesposte considerazioni, si deve ritenere pertanto che la società ricorrente abbia correttamente individuato il Tribunale competente a conoscere della presente controversia.

Superata l'eccezione pregiudiziale, si deve ora passare all'esame del merito del ricorso.

Con il primo motivo la società ricorrente denuncia l'illegittimità dell'esclusione per non essere stata disposta dal responsabile unico di progetto (RUP), in violazione dell'art. 15 d.lgs. n. 36/2023 e dell'art. 7 dell'allegato I.2 al predetto decreto.

In particolare, la ricorrente lamenta che, sebbene sia stato indicato nella lettera di invito, quale RUP, il -OMISSIS- (Comandante), il provvedimento di esclusione è stato invece adottato dal -OMISSIS- (Capo del servizio amministrativo). Il medesimo vizio affliggerebbe la segnalazione effettuata all'ANAC ai sensi dell'art. 96, comma 15, d.lgs. n. 36/2023, parimenti sottoscritta dal capo del servizio amministrativo e non dal RUP.

Sul punto, il Ministero resistente ha rilevato che l'adozione del provvedimento di esclusione da parte del "capo del servizio amministrativo", nominato responsabile del procedimento per l'affidamento ai sensi dell'art. 15, comma 4, d.lgs. n. 36/2023, e non da parte responsabile unico del progetto (RUP) e comandante di corpo sarebbe giustificata dalla particolare disciplina prevista per l'ordinamento militare di cui al d.p.r. n. 90/2010 (*"Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare"*) e di cui al d.p.r. n. 236/2002 (*"Regolamento recante disciplina delle attività del Ministero della difesa in materia di lavori, servizi e forniture"*).

In replica, la ricorrente ha rilevato che le sopra citate disposizioni di legge del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), in base alle quali è attribuita al RUP la competenza ad adottare il provvedimento di esclusione, non possono essere derogate da norme di natura regolamentare, come quelle richiamate dall'Amministrazione in tema di ordinamento militare.

Il motivo è infondato.

Ad avviso del Collegio, non è ravvisabile un'antinomia tra la nuova disciplina del responsabile unico del progetto (RUP) prevista dal nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) e la disciplina regolamentare in materia di ordinamento militare (art. 451, comma 5, d.p.r. n. 90/2010), che prevede l'incompatibilità tra la carica di comandante (nella presente procedura individuato quale RUP) e quella di capo del servizio amministrativo, cui compete l'adozione degli *"atti di spesa e quelli preparatori, anche a rilevanza esterna"*, degli *"atti negoziali connessi con la gestione del bilancio"* e degli *"atti negoziali per l'amministrazione e l'utilizzazione dei materiali"* (art. 451, comma 1, d.p.r. n. 90/2010).

Al riguardo, deve essere infatti valorizzata la previsione dell'art. 15, comma 4, del nuovo codice dei contratti pubblici, in base alla quale *"Ferma restando l'unicità del RUP, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono individuare modelli organizzativi, i quali prevedano la nomina di un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento. Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP"*.

Tale facoltà per le stazioni appaltanti, secondo quanto indicato nella relazione al codice del Consiglio di Stato, *"...presenta il vantaggio di evitare un'eccessiva concentrazione in capo al RUP di compiti e responsabilità direttamente operative, spesso di difficile gestione nella pratica. In caso di nomina dei responsabili di fase, infatti, rimangono in capo al RUP gli obblighi – e le connesse responsabilità – di supervisione, coordinamento, indirizzo e controllo, mentre sono ripartiti in capo ai primi i compiti e le responsabilità delle singole fasi a cui sono preposti. Si introduce, quindi, un principio di "responsabilità per fasi" (cfr. pag. 32).*

Nell'esercizio di tale facoltà prevista dal nuovo codice dei contratti pubblici, l'Amministrazione resistente, ha individuato un modello organizzativo compatibile con la particolare disciplina dell'ordinamento militare, nominando, ai sensi del sopra citato art. 15, comma 4, quale responsabile del procedimento per la fase di affidamento, il capo del servizio amministrativo, il quale è stato espressamente autorizzato dal comandante e responsabile unico del progetto *"...a ricorrere alla procedura di acquisizione entro il limite massimo, iva esente, di € -OMISSIS- (-OMISSIS-), avendo cura di porre in essere gli atti di gestione propria, anche a rilevanza esterna, previsti dall'art. 451 del D.P.R. n. 90/2010 e s.m.i., con relativa redazione e pubblicazione degli atti prodromici all'espletamento della procedura negoziata, utile alla conclusione dell'accordo quadro di cui in oggetto..."* (cfr. determina a contrarre del -OMISSIS-, doc. 8 resistente).

In tale contesto organizzativo della stazione appaltante, l'emanazione del provvedimento di esclusione da parte del capo del servizio amministrativo non si pone quindi in contrasto con la sopra citata previsione dell'art. 15, comma 4, del nuovo codice dei contratti pubblici, rientrando l'attività di verifica delle cause

di esclusione dalla gara proprio nella fase di affidamento, per la quale il predetto capo del servizio amministrativo è stato nominato responsabile.

Tale conclusione, ad avviso del Collegio, non trova ostacolo nella circostanza, rilevata da parte ricorrente, che l'art. 7 dell'allegato I.2 al codice, nell'elencare i compiti del RUP per la fase dell'affidamento, menziona, alla lett. d), le esclusioni dalle gare.

Al riguardo, occorre infatti osservare che tale disposizione, da un lato, non prevede espressamente che tale compito non possa essere assolto dal responsabile per la fase di affidamento, qualora nominato dalla stazione appaltante, e dall'altro, deve essere letta in relazione all'art. 15 di cui costituisce attuazione ed esecuzione, il cui comma 4, come si è visto, prevede che, in caso nomina dei responsabili per le varie fasi, *“Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP”*.

Peraltro, a dimostrazione del fatto che le disposizioni del richiamato allegato al codice devono essere interpretate alla luce dell'art. 15 di cui è attuazione, si deve rilevare che il predetto allegato è definito espressamente, nella relazione elaborata dal Consiglio di Stato, *“...di natura regolamentare, assorbendo le linee guida n. 3 dell'ANAC”* (cfr. pag. 32), e che, in base all'art. 15, comma 5, sarà *“...abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice”*.

Con il secondo e il terzo motivo, che per la loro connessione possono essere esaminati congiuntamente, la società ricorrente censura il provvedimento di esclusione per violazione degli artt. 94, 95, 96 e 98 d.lgs. n. 36/2023.

In particolare, la ricorrente denuncia l'illegittimità della sua esclusione dalla gara in quanto il -OMISSIS-, ex amministratore unico della società e attuale socio di maggioranza, non sarebbe riconducibile a nessuno dei soggetti indicati dall'art. 94, comma 3, d.lgs. n. 36/2023, per i quali rilevano, quale causa di esclusione non automatica dell'operatore economico ai sensi dell'art. 96, comma 1, lett. e), i provvedimenti di cui al successivo art. 98, comma 6, lett. g), emessi nell'ambito di un procedimento penale per i reati elencati al primo comma dell'art. 94. Secondo parte ricorrente, di conseguenza, da un lato, il rinvio a giudizio disposto nei confronti del -OMISSIS- non potrebbe integrare l'ipotesi di illecito professionale grave di cui all'art. 95, comma 1, lett. e), e dall'altro, risulterebbe irrilevante la sua omessa dichiarazione in sede di presentazione dell'offerta, non essendo ipotizzabile alcuna situazione escludente riferibile a tale informazione.

Il motivo è infondato.

Il nuovo codice dei contratti pubblici, nell'elencare all'art. 94, comma 3, le figure soggettive societarie cui riferire le cause di esclusione, ha espunto dall'elenco contenuto nel previgente art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, sia i soci di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiori a quattro sia i soggetti cessati, nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, dalle corrispondenti cariche individuate dal codice.

Il legislatore, tuttavia, ha al contempo introdotto, all'art. 94, comma 4, lett. h), la figura *“dell'amministratore di fatto nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti”*.

Al riguardo, nella relazione al codice elaborata dal Consiglio di Stato, è stato sottolineato che l'eliminazione dei sopra indicati riferimenti ai soci di maggioranza e ai soggetti cessati dalle cariche sociali *“...non sembra implicare alcun indebolimento delle esigenze di tutela sociale e di legalità e trasparenza degli affidamenti pubblici, anche laddove si consideri che il comma 3, nel fare riferimento alla formulazione “casistica”, contempla (innovativamente rispetto al testo del “corrispondente” comma 3 dell'art. 80) la figura dell' “amministratore di fatto” (con ciò recependosi un consolidato quanto avveduto orientamento della giurisprudenza)”*. In sostanza, è sembrato che il riferimento ai soggetti cessati, per un verso comportasse un inutile appesantimento dei possibili oneri in capo agli offerenti, e, per altro verso, fosse privo di giustificazione, in quanto riferibile a soggetti non facenti (più) parte della compagine societaria e suscettibile di trovare “copertura”, nella ipotesi di strumentale cessazione dalla carica e continuazione dell'attività gestoria, nel riferimento all'amministratore di fatto e che analoghe considerazioni potessero traslarsi alla figura del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro” (cfr. pag. 134).

Inoltre, con particolare riferimento al problema del c.d. “contagio” per i soci di maggioranza, nella predetta relazione si precisa quanto segue: *“...la dottrina giustifica l'estensione, ad opera del decreto-legge n.*

70/2011, del contagio ai soci "per risolvere problemi di controllo" (quindi fa riferimento alla nozione contenuta in direttiva); - "l'obbligo di rendere le dichiarazioni in questione, prima previsto per i soli soci delle società di persone, è stato introdotto con il DECRETO-LEGGE 13 maggio 2011, n. 70, per evitare che partecipino alle gare società i cui soci con posizione azionaria idonea a influire sulle scelte gestionali abbiano precedenti penali pur non essendo rappresentanti legali delle società" (Consiglio di Stato, sez. VI, 28 gennaio 2013 n. 513); - anche la giurisprudenza ritenne a suo tempo necessaria, per assicurare la compatibilità con la direttiva del 2004, ricomprendervi i soci di maggioranza: "questa è l'unica esegesi compatibile con il diritto eurounitario, ed in particolare con il disposto dell'art. 45, dir. 2004/18/CE, laddove è inequivocabilmente precisato che le richieste della dimostrazione dei requisiti di moralità e carenza di pregiudizi penali devono riguardare"... le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi, se del caso, i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente" (Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975). Ma il riferimento espresso all'amministratore "di fatto" sembra in realtà eludere a monte le preoccupazioni sottese a tali considerazioni (non a caso, la giurisprudenza più recente si è saldamente orientata in tal senso, con riferimento anche alla figura del "gestore di fatto", o del "socio sovrano", cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 febbraio 2022, n. 768; Consiglio di Stato, Sez. V, 27 novembre 2020, n. 7471). Per tale ragione, si è preferito espungere l'espressione, contenuta al comma 3 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016 "ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, se si tratta di altro tipo di società o consorzio" (pag. 135). Dalla citata relazione, che costituisce un importante strumento interpretativo delle disposizioni contenute nel nuovo codice appalti, emerge come, alla perdita di rilievo delle sole qualifiche formali di socio di maggioranza in società con meno di quattro soci e di amministratore cessato da meno di un anno dalla pubblicazione del bando, non corrisponde l'assenza di tutela di legalità negli affidamenti pubblici nelle ipotesi di strumentale cessazione dalla carica, consentendo il riferimento all'amministratore di fatto di dare rilievo alle figure di elaborazione giurisprudenziale del "gestore di fatto" e del "socio sovrano".

Non risulta pertanto condivisibile la tesi prospettata dalla ricorrente, secondo la quale la circostanza che il -OMISSIS- non rivesta più la qualifica formale di amministratore unico escluderebbe la possibilità per la stazione appaltante di verificare se, alla cessazione formale di tale carica, corrisponda anche un effettivo venir meno del potere di fatto di influire sulla gestione della società.

Ciò posto, nel caso di specie, il provvedimento impugnato risulta adeguatamente motivato in ordine agli elementi, gravi, precisi e concordanti, in base ai quali ritenere che il -OMISSIS-, ex amministratore unico, abbia mantenuto un potere di fatto nella gestione e direzione della società.

In particolare, l'Amministrazione resistente ha rilevato che: il nuovo consiglio di amministrazione, nominato a seguito delle dimissioni dello -OMISSIS-, è composto, per 2/3, dalla -OMISSIS- (presso -OMISSIS-) e dal -OMISSIS-; il -OMISSIS- detiene il -OMISSIS-% delle quote societarie, la -OMISSIS- il -OMISSIS-% e il -OMISSIS- il -OMISSIS-% (che sommati arrivano a comporre il 99% delle quote societarie); successivamente alle dimissioni e alla revoca della -OMISSIS-, il -OMISSIS- è stato assunto dalla società con mansioni di "-OMISSIS-".

Ad avviso del Collegio, tali elementi, unitariamente considerati, escludono l'illogicità e l'irrazionalità della valutazione compiuta dall'Amministrazione nel provvedimento di esclusione dalla gara.

Ed invero, il -OMISSIS-, oltre a detenere la maggioranza delle quote societarie e la loro quasi totalità unitamente alla -OMISSIS-, che gli consente di esercitare i poteri del c.d. "socio sovrano", svolgendo un ruolo determinante all'interno della compagine societaria, risulta avere tuttora un potere di influenza di fatto nel consiglio di amministrazione, composto per 2/3 dalla -OMISSIS- e dal -OMISSIS-. Inoltre, allo stesso è stato attribuito l'incarico, quale lavoratore dipendente della società, di "-OMISSIS-", il quale, per la genericità delle mansioni indicate nel contratto di lavoro e per la loro attinenza agli appalti, gli attribuisce il potere di influenzare le decisioni relative a tale ambito.

A fronte di tali risultanze, non possono ritenersi condivisibili le argomentazioni di parte ricorrente volte a sostenere che, ai fini dell'individuazione della figura dell'amministratore di fatto contemplata dall'art. 94, comma 3, lett. h), d.lgs. n. 36/2023, sia richiesto necessariamente lo stesso rigore probatorio preteso in sede penale e in sede civile per l'accertamento delle connesse responsabilità derivanti da tale qualifica. Ed invero, tale impostazione si scontra con la sopra illustrata ratio dell'introduzione di tale figura nell'ambito dell'art. 94 d.lgs. n. 36/2023, in relazione alla quale la relazione al codice, come si è visto, ha espressamente richiamato l'orientamento giurisprudenziale formatosi in tema di "gestore di fatto" e "socio sovrano".

Con il quarto motivo la società ricorrente denuncia l'illegittimità del provvedimento di esclusione per non avere motivato in ordine all'incidenza sulla propria moralità professionale dei due gravi illeciti professionali alla stessa addebitati.

In particolare, la ricorrente lamenta che la stazione appaltante si sarebbe limitata a rilevare la sussistenza del decreto che dispone il giudizio nei confronti del -OMISSIS- e la falsità della relativa dichiarazione in sede di presentazione della domanda di partecipazione, senza avere svolto la valutazione richiesta dall'art. 98, comma 2, lett. b), ovvero *“l'idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore”*, in base ai criteri di cui al successivo comma 4, a norma del quale *“La valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa”*.

Il motivo risulta infondato.

Dalla motivazione del provvedimento impugnato, emergono infatti le ragioni che hanno portato a ritenere nel caso di specie i fatti di reato contestati e le false dichiarazioni idonee ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore economico.

Quanto ai fatti di reato, viene sottolineato il ruolo non marginale nella vicenda rivestito dallo -OMISSIS- per i capi di imputazione riportati nel provvedimento e relativi ai reati di cui all'art. -OMISSIS-, comma -OMISSIS-, c.p. (-OMISSIS-) e agli artt. -OMISSIS- e -OMISSIS- c.p. (-OMISSIS-). Con specifico riguardo poi al rilievo di tale condotte in riferimento all'operatore economico escluso, nel provvedimento viene sottolineato quanto segue: *“Al primo capo di imputazione si ricorda che “[OMISSIS] contattava telefonicamente -OMISSIS- e con questo concordava con quale società o consorzio avrebbe dovuto partecipare alla gara – in modo che fosse in possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG10”. Potenzialmente, dunque, si reputa pura fatalità che la condotta penalmente rilevante sia stata perpetrata dal -OMISSIS- nell'ambito della -OMISSIS- e non nell'ambito della -OMISSIS-, solo in quanto quest'ultima non possedeva la categoria SOA OG10 e, come tale, impossibilitata a partecipare all'appalto in parola”*.

Inoltre, si deve rilevare come la particolare gravità di tali delitti e la loro diretta attinenza con lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica sorreggano la richiesta valutazione di cui all'art. 98, comma 4, in ordine al bene giuridico leso e all'intensità della lesione inferta.

Parimenti motivata risulta la gravità dell'illecito *“...anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa”* (art. 98, comma 4). Sul punto, il provvedimento dedica, infatti, un'intera sezione all'inidoneità del modello di organizzazione, gestione e controllo di cui al d.lgs. n. 231/2001 e delle misure di “self-cleaning” adottate dalla società.

Quanto alle contestate false dichiarazioni in merito al disposto rinvio a giudizio dello -OMISSIS-, il provvedimento risulta motivato, oltre che sulla rilevanza delle stesse in quanto idonee ad influenzare le decisioni della stazione appaltante, anche sulla gravità della falsità commessa in considerazione del risalto mediato della notizia del rinvio a giudizio e della circostanza che l'amministratore delegato che ha sottoscritto la contestata dichiarazione avrebbe dovuto essere a conoscenza della vicenda giudiziaria, anche per l'incarico di amministratore unico che rivestiva nella società direttamente coinvolta nel processo penale.

Con il quinto motivo la ricorrente censura il provvedimento di esclusione per violazione dell'art. 98 d.lgs. n. 36/2023 affermando che l'Amministrazione avrebbe erroneamente ritenuto falsa la dichiarazione resa in sede di gara con riguardo al procedimento penale a carico del -OMISSIS-.

Nella contestata dichiarazione si afferma in particolare: *“Ad oggi, in relazione al predetto procedimento penale, che interessa direttamente alcuni pubblici ufficiali e professionisti incaricati di pubblico servizio in relazione a numerose fattispecie di reato e in cui il signor -OMISSIS- è solo marginalmente coinvolto, al medesimo è stato notificato l'avviso di conclusione delle indagini e pendono i termini per l'eventuale rinvio a giudizio ovvero l'archiviazione”*.

Secondo la prospettazione della ricorrente, la suddetta dichiarazione non potrebbe ritenersi in sé oggettivamente falsa *“...perché affermare la pendenza di un termine non significa negare che siano intervenuti i provvedimenti che possono essere adottati nel termine predetto”* (cfr. pag. 16 del ricorso). Inoltre, la mancata indicazione nella stessa (presentata in data -OMISSIS-) del decreto di rinvio a giudizio disposto in data -OMISSIS- sarebbe dipesa dal tempo necessario al passaggio di informazioni tra gli avvocati dell'indagato, l'indagato stesso e la società.

Il motivo è infondato.

Affermare che, al momento della dichiarazione, “è stato notificato l’avviso di conclusione delle indagini” e che “pendono i termini per l’eventuale rinvio a giudizio ovvero l’archiviazione” equivale ad affermare che, fino a quel momento, non è stato ancora emesso il decreto di rinvio a giudizio, atteso che una volta emanato tale provvedimento non pende più alcun termine né può essere emesso un provvedimento di archiviazione.

Quanto poi alla giustificazione relativa ai tempi nei quali la società ricorrente avrebbe ricevuto la notizia del rinvio a giudizio, risulta dirimente la considerazione per la quale l’operatore professionale, nel momento in cui rende una dichiarazione in sede di gara relativa ad un procedimento penale, debba, prima di presentarla, verificare lo stato aggiornato di tale procedimento. Nel caso di specie, pertanto, a fronte di un’udienza preliminare già fissata in -OMISSIS-, la società avrebbe dovuto informarsi dell’esito della stessa prima di rendere la dichiarazione.

Peraltro, la prospettazione di parte ricorrente in ordine alla non conoscenza – alla data del -OMISSIS- in cui è stata resa la dichiarazione – del rinvio a giudizio dello -OMISSIS-, disposto in data -OMISSIS-, appare inverosimile considerati il ruolo di quest’ultimo nella società e i rapporti di parentela con i membri del consiglio di amministrazione, oltre alla risonanza mediatica che ha avuto la notizia del rinvio a giudizio. Con il sesto motivo la ricorrente censura il provvedimento impugnato per violazione dell’art. 96, comma 6, d.lgs. n. 36/2023 contestando la valutazione dell’Amministrazione in ordine all’inidoneità delle misure di *self-cleaning* adottate dalla società.

In particolare, la ricorrente sostiene che le misure adottate – da un lato, la sostituzione dell’amministratore unico, -OMISSIS-, con un consiglio di amministrazione di tre membri nel quale al presidente è stata attribuita una specifica funzione di garanzia nei rapporti con la pubblica amministrazione, e dall’altro, l’adozione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati – presenterebbero i caratteri della sufficienza e tempestività richiesta dall’art. 96, comma 6, d.lgs. n. 36/2023

Anche tale motivo risulta infondato.

Per quanto concerne la sostituzione dell’amministratore unico (indagato) con il consiglio di amministrazione, richiamando le considerazioni svolte in relazione al secondo e al terzo motivo di ricorso, si deve rilevare come risulti immune dalle censure sollevate la valutazione dell’Amministrazione sull’inidoneità di tale misura a garantire l’affidabilità dell’operatore economico e quindi la necessaria dissociazione dell’impresa dall’influenza decisionale del soggetto indagato. Ed invero, il consiglio di amministrazione risulta composto per 2/3 dalla -OMISSIS- di quest’ultimo e dal -OMISSIS-, i quali detengono insieme allo stesso il 99% delle quote societarie, esercitando così, come rilevato nel provvedimento, quale “unico centro di interessi”, “*un’influenza dominante non solo nell’individuazione degli organi di rappresentanza e di gestione della Società, ma altresì, attraverso tali soggetti, delle scelte aziendali dell’operatore economico*” (cfr. pag. 9 e 10).

Parimenti immuni da vizi di illogicità e irragionevolezza risultano i rilievi contenuti nella motivazione del provvedimento impugnato in ordine ai possibili rischi per l’autonomia e l’indipendenza dell’organismo di vigilanza derivanti dalla coincidenza tra il soggetto che ricopre tale ruolo e il difensore dell’ex amministratore unico nell’ambito procedimento penale instaurato nei confronti di quest’ultimo.

Con riguardo poi alla valutazione di idoneità del modello di organizzazione, gestione e controllo (MOGC) di cui al d.lgs. n. 231/2001, il provvedimento risulta specificamente motivato sulla mancata adozione di ulteriori misure a seguito delle vicende giudiziarie che hanno interessato la società. In particolare, si legge nella motivazione del provvedimento che “*Dall’analisi del Modello di Risk Assessment dell’anno -OMISSIS-, in particolare, risultano essere molteplici le aree in cui si riporta “No procedure interne formalizzate” ed, inoltre, i rischi potenziali, di controllo ed i rischi residui, recano praticamente in quasi tutte le aree gli stessi codici (M – A – B), lasciando intendere che non vi sia stata un’attenta e differenziata analisi della gestione dei rischi, soprattutto a seguito delle note vicende giudiziarie. Dagli atti, infatti, non risultano essere state formalizzate delle procedure interne anche in aree di rischio che coinvolgono categorie di reati gravi quali di criminalità organizzata, transnazionali, reati tributari, reati di P.A [...] Non si tralasci, inoltre, che sarebbe stato opportuno prevedere delle forme di prevenzione che potessero proteggere la -OMISSIS- da eventuali reati commessi da soggetti aventi cariche in società di cui la -OMISSIS- detiene una quota di partecipazione (ad esempio-OMISSIS- etc.) [...]”* (pag. 12).

A fronte di tali specifici rilievi, la società ricorrente non ha dedotto in giudizio elementi volti a dimostrare l'effettiva adozione delle misure la cui carenza le è stata contestata od eventualmente la non necessità delle stesse per l'assenza dei rischi alla cui prevenzione sono destinate.

Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, il ricorso deve essere respinto.

La novità delle questioni trattate relative all'applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici e la particolare complessità delle stesse giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di lite.

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 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 tutti i soggetti coinvolti nei fatti di causa.

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Silvia La Guardia, Presidente

Alessandro Cappadonia, Referendario

Pietro Buzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Pietro Buzano

IL PRESIDENTE

Silvia La Guardia

IL SEGRETARIO

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