

Pubblicato il 27/11/2020

N. 07471/2020REG.PROV.COLL.
N. 03268/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3268 del 2020, proposto da

-OMISSIS-in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Calculli e Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

-OMISSIS-in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, 11;

nei confronti

Ministero della giustizia, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Matera, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 28 del 2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della giustizia, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Matera, e di -OMISSIS-;

Visto l'appello incidentale del Ministero della giustizia;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 12 novembre 2020, tenuta con le modalità di cui agli artt. 25 d.l. n. 137 del 2020, 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020 e 4, comma 1, d.l. n. 28 del 2020 come da verbale, il Cons. Elena Quadri;

Ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d.l. n. 28 del 2020 e dell'art. 25 d.l. n. 137 del 2020, è data la presenza degli avvocati Calculli, Clarizia, Pellegrino e Testa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

-OMISSIS-aggiudicataria provvisoria della procedura negoziata telematica, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. *b*), del d.lgs. n. 50 del 2016, con l'utilizzo di R.D.O. su M.E.P.A., per l'affidamento dei servizi di vigilanza attiva armata presso il Palazzo di giustizia di Matera, per l'importo a base d'asta di euro 685.068,00, I.V.A. esclusa, impugnava innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata il provvedimento con cui la stazione appaltante l'aveva esclusa dalla gara in sede di verifica dei requisiti, nonché la segnalazione all'ANAC ai sensi dell'art. 80, comma 12, d.lgs. n. 50 del 2016 e la successiva aggiudicazione all'-OMISSIS-seconda classificata, che proponeva, a sua volta, ricorso incidentale.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata accoglieva il ricorso principale e respingeva quello incidentale con sentenza n. 28 del 2020, appellata dall'-OMISSIS-per i seguenti motivi:

I) *errores in iudicando*; omessa pronuncia; contraddittorietà; omessa od insufficiente considerazione dei presupposti di fatto, di diritto, processuali e delle emergenze istruttorie; erronea applicazione dei canoni ermeneutici; ultrapetizione;

II) *errores in iudicando*; omessa pronuncia; contraddittorietà; omessa od insufficiente considerazione dei presupposti di fatto, di diritto, processuali e delle emergenze istruttorie; erronea applicazione dei canoni ermeneutici; infrapetizione.

Si sono costituiti in giudizio -OMISSIS- e il Ministero della giustizia, la prima per resistere all'appello e il secondo in adesione all'appello.

Il Ministero ha, altresì, proposto appello incidentale.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza del 12 novembre 2002, tenuta con le modalità di cui agli artt. 25 d.l. n. 137 del 2020, 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020 e 4, comma 1, d.l. n. 28 del 2020 come da verbale, l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto dall'-OMISSIS-contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata n. 28 del 2020, che ha accolto il ricorso di -OMISSIS- (aggiudicataria provvisoria) per l'annullamento della sua esclusione – avvenuta in sede di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione - dalla procedura negoziata telematica, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. *b*), del d.lgs. n. 50 del 2016, con l'utilizzo di R.D.O. su M.E.P.A., per l'affidamento dei servizi di vigilanza attiva armata presso il Palazzo di giustizia di Matera, per l'importo a base d'asta di euro 685.068,00, I.V.A. esclusa, nonché contro la segnalazione all'ANAC ai sensi dell'art. 80, comma 12, d.lgs. n. 50 del 2016 e la successiva aggiudicazione a -OMISSIS- seconda classificata, respingendo, altresì, il ricorso incidentale di -OMISSIS-

La stazione appaltante, in sede di verifica dei requisiti, ha, invero, accertato che il Tribunale di Avellino, con sentenza del marzo 2016, ha condannato il sig. -OMISSIS- per il reato di cui all'art. 629 del codice penale alla pena della reclusione di anni due e mesi otto per il delitto di estorsione. Il sig. -OMISSIS-era il socio di maggioranza (per

il 98,5% del capitale sociale) del socio unico (-OMISSIS-) della concorrente - OMISSIS- Lo stesso aveva effettuato le dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali di moralità ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, ma la succitata sentenza di condanna non era stata dichiarata.

La sentenza ha ritenuto illegittima l'esclusione perché l'omessa dichiarazione, assunta a presupposto del provvedimento, riguarderebbe il socio unico persona giuridica e non persona fisica, richiamando un recente orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato. Inoltre, la ricorrenza di eventuali gravi illeciti professionali potrebbe assumere rilievo, ai fini dell'esclusione, solo se riferibili al concorrente ad ai soggetti indicati dall'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016. Pertanto, nella specie, non potrebbe assumere rilievo la circostanza che la -OMISSIS- abbia prodotto in gara la dichiarazione reticente del socio di maggioranza -OMISSIS-

Con il primo motivo l'appellante ha censurato la sentenza assumendo che nella fattispecie, secondo la motivata valutazione discrezionale dell'amministrazione, verrebbe in rilievo sia il cosiddetto illecito professionale endoprocedimentale (art. 80, comma 5, lett. c) *bis*, d.lgs n. 50 del 2016) correlato all'omessa dichiarazione di una pregressa vicenda dell'attività professionale astrattamente significativa del grave illecito professionale, sia la fattispecie tipizzata dall'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, in quanto i fatti accertati dalla sentenza del Tribunale di Avellino inciderebbero sulla sostanziale integrità ed affidabilità dell'impresa.

La circostanza che la -OMISSIS- abbia prodotto in gara una dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000, reticente ed incompleta, non potrebbe essere considerata irrilevante solo sul presupposto che è stata rilasciata da un soggetto asseritamente non tenuto a rendere siffatta dichiarazione, atteso che, una volta consegnata all'amministrazione, tale dichiarazione non potrebbe essere considerata *tamquam non esset*.

Per l'appellante, inoltre, l'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 estende il novero dei soggetti delle società di capitali, nei confronti dei quali occorre accertare il requisito della moralità professionale, ricomprendendo sia "il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci" sia il "socio unico persona fisica". Per

quanto concerne il socio di maggioranza, in assenza di specificazioni, il termine “socio” sarebbe relativo sia alla persona fisica che alla persona giuridica.

Alla medesima conclusione dovrebbe pervenirsi con riferimento al socio unico, atteso che lo stesso, a prescindere dall'essere persona fisica o giuridica, determina e condiziona la volontà, le scelte e l'operatività della società controllata. Pertanto, anche in ossequio ai principi di trasparenza, buon andamento e correttezza, nonché ai principi derivanti dall'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, il controllo dei requisiti di carattere generale si imporrebbe nei confronti del socio unico sia persona fisica che persona giuridica.

Per l'appellante, inoltre, la fattispecie dell'illecito professionale, anche per quanto concerne i mezzi di rilevazione, non sarebbe tipica e tassativa, a differenza delle altre cause ostative tipizzate ai primi due commi dell'art. 80 del Codice. La stazione appaltante potrebbe, quindi, trarre elementi significativi del grave illecito professionale, idoneo ad infrangere l'indefettibile vincolo fiduciario, sia dalle dichiarazioni reticenti prodotte dal concorrente, sia dalle pregresse vicende professionali dei soggetti che, nella sostanza, esercitano il potere di rappresentanza, di decisione e di controllo del concorrente; tanto più qualora, come nel caso di specie, si registri una sostanziale immedesimazione tra i due soggetti. E tale immedesimazione risulterebbe comprovata dalla circostanza che -OMISSIS- è socio unico di -OMISSIS- e, quindi, esercita attività di direzione e coordinamento sulla controllata, ai sensi dell'art. 2497 *bis* c.c.; conseguentemente, i rapporti giuridici sarebbero riconducibili ad un unico centro decisionale che accentra la gestione di soggetti formalmente distinti ma fra loro collegati da un nesso economico – funzionale che fa capo ad un socio unico. E tale connotazione sarebbe ulteriormente dimostrata dalla sostanziale identità dell'organo amministrativo della controllante e della controllata.

Da tutto ciò conseguirebbe, per l'appellante, che, come ritenuto dalla stazione appaltante, la pregressa vicenda professionale del sig. -OMISSIS- non dichiarata in gara – che ha determinato una condanna penale a carico dello stesso per fatti gravi che attengono alla tutela dei lavoratori e dell'ambiente di lavoro, legittimamente sarebbe stata tenuta in considerazione poiché rilevante ai fini della valutazione

discrezionale relativa alla sussistenza o meno del requisito di integrità morale e professionale del concorrente e della correlata sussistenza o meno del vincolo fiduciario.

Con il secondo motivo l'appellante assume l'erroneità della sentenza anche nella parte in cui ha respinto il ricorso incidentale proposto dall'odierna appellante. Con il primo motivo dello stesso era stato dedotto che la -OMISSIS- ha prodotto in gara la dichiarazione, resa in data 30 novembre 2018 su carta intestata della -OMISSIS-, ai sensi e per gli effetti degli artt. 19, 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000, con la quale è stato attestato che il Sig. -OMISSIS- è cessato dalla carica di socio di maggioranza a far data dal 9 ottobre 2018, mentre risulterebbe comprovato in atti che, dopo aver ceduto in proprietà le azioni alla madre, il -OMISSIS- le avrebbe nuovamente ricevute dalla stessa in nuda proprietà, riacquisendo, dunque, la qualità di socio. -OMISSIS- avrebbe dovuto, quindi, essere esclusa in quanto ha prodotto, in gara, una dichiarazione non veritiera che avrebbe dovuto necessariamente comportare l'esclusione di chi l'ha utilizzata, innanzitutto in necessitata applicazione degli artt. 71, 75 e 76, del d.P.R. n. 445/2000, oltre che ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016.

Il Tar ha respinto il motivo poiché le circostanze evidenziate da Metronotte non potrebbero determinare l'esclusione *“in quanto, prescindendo dalla circostanza che il diritto di voto nelle assemblee delle Società di capitale spetta all'usufruttuario, come sopra già detto nell'esaminare il ricorso principale, il socio unico persona giuridica non deve rendere alcuna dichiarazione”*.

Con il secondo motivo del ricorso incidentale di primo grado si è dedotto che dal casellario Anac e dalla dichiarazione sostitutiva prodotta in gara risulta che la -OMISSIS- ha commesso gravi inadempimenti nell'esecuzione di contratti pubblici che hanno determinato risoluzioni da parte di svariate stazioni appaltanti; tuttavia, tali circostanze non sarebbero state indicate nella dichiarazione sostitutiva prodotta in gara. Con il terzo motivo del ricorso incidentale si è censurata l'illogicità, la manifesta irrazionalità e l'incoerenza con il disciplinare e con le emergenze istruttorie della valutazione di sufficiente, con coefficiente 0,6 ed il punteggio di 10,8 punti, che la Commissione ha attribuito all'offerta della -OMISSIS- in relazione al criterio di

valutazione correlato alla “struttura organizzativa territoriale e modalità di esecuzione (disponibilità di una sede operativa nel territorio comunale)”. Con il quarto motivo del ricorso incidentale si è dedotto che la -OMISSIS- sarebbe dovuta essere esclusa per violazione in materia di assunzione dei disabili. La stessa era, infatti, in regime di sospensione dall’obbligo di assunzione esclusivamente dall’ 1 maggio 2017 al 30 aprile 2019, ai sensi dell’art. 3, comma 5, della legge n. 68/1999, e non avrebbe dichiarato in gara di versare nell’eccezionale e limitato periodo di sospensione degli obblighi di assunzione, né comprovato di aver provveduto alle assunzioni al termine della scadenza della predetta sospensione né, tantomeno, di avere ottenuto una formale proroga, neppure in giudizio. Conseguentemente, -OMISSIS- sarebbe dovuta essere esclusa perché non sarebbe in possesso o, comunque, non avrebbe comprovato di essere in possesso del requisito *de quo* richiesto a pena di esclusione.

-OMISSIS- resiste a tutte le suesposte deduzioni, ritenendo del tutto legittima la sentenza appellata in ragione della assenza in radice di qualsivoglia onere dichiarativo da parte di tale società in merito ad un carico pendente – peraltro non ancora definitivo – riguardante il dott. -OMISSIS- in quanto la posizione di quest’ultimo era ed è del tutto irrilevante rispetto alla deducente, trattandosi non già di un socio del concorrente, bensì solo di un socio (peraltro cessato) della persona giuridica che è a sua volta socio del concorrente medesimo.

Alla luce di tali elementi di fatto i primi giudici avrebbero, dunque, condivisibilmente rilevato come tale soggetto non sia riconducibile ad alcuno dei ruoli cui l’ordinamento attribuisce rilievo ai fini della valutazione di moralità e affidabilità professionale dell’operatore economico. L’art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, infatti, nel circoscrivere i soggetti che assumono rilievo ai fini della verifica dei motivi ostativi e dei relativi oneri informativi, sarebbe inequivoco nell’individuare le sole posizioni “del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci”.

La sentenza appellata avrebbe dunque correttamente rilevato come alcuna omissione dichiarativa fosse configurabile nei confronti di -OMISSIS- Basilicata in merito alla vicenda sopra richiamata, atteso che in radice alcuna dichiarazione poteva ritenersi

nemmeno astrattamente dovuta rispetto al “socio del socio” e tanto meno al socio del socio persona giuridica, come invece illegittimamente preteso dalla stazione appaltante.

Né da una siffatta applicazione potrebbe discendere un qualche contrasto con i principi eurounitari, in base ai quali l'inadempimento ad eventuali oneri dichiarativi potrebbe essere legittimamente sanzionato con l'esclusione solo laddove detti oneri siano stati espressamente previsti “in maniera chiara, precisa e univoca” dalla legge ovvero dalla disciplina speciale della singola gara, senza potere viceversa essere desunti da una mera interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, non essendo ammissibile introdurre una causa espulsiva non prevista dalla legge.

Inoltre, la determina di esclusione avrebbe fatto proprio un parere dell'Avvocatura distrettuale dello Stato che però presupponeva che il -OMISSIS- fosse stato “amministratore” del concorrente e come tale figura sicuramente rilevante ai fini dei requisiti generali, laddove invece lo stesso non ha mai assunto alcun ruolo nella società concorrente, ma è stato unicamente socio della persona giuridica a sua volta socia della deducente, per cui giammai potrebbe rinvenirsi una qualche ragione espulsiva nel carattere asseritamente incompleto di una dichiarazione in realtà non dovuta e quindi del tutto irrilevante e ininfluyente ai fini della partecipazione alla gara e della valutazione dei requisiti di affidabilità in capo al concorrente.

Neanche con riferimento a -OMISSIS- il -OMISSIS- potrebbe essere fatto rientrare tra i soggetti la cui posizione è ritenuta rilevante ai sensi del citato art. 80, comma 3, ai fini della verifica dei requisiti, in quanto la compagine societaria di -OMISSIS-, alla data di partecipazione alla gara *de qua* era di quattro soci, mentre la disposizione normativa (nella formulazione applicabile *ratione temporis*) prevede un onere dichiarativo solo a carico del solo socio di maggioranza e soltanto in caso di società con meno di quattro soci.

Il provvedimento impugnato evidenzerebbe agevolmente come l'esclusione della deducente sia stata fondata esclusivamente sulla asserita integrazione di un assunto grave illecito “endoprocedurale” derivante dalla omessa dichiarazione del carico pendente. In alcun modo l'amministrazione avrebbe invece valutato in concreto se il

menzionato precedente abbia effettivamente inciso sulla affidabilità professionale della concorrente -OMISSIS- Basilicata rispetto allo specifico appalto controverso.

Una volta che, come dimostrato, la posizione ricoperta dal dott. -OMISSIS- risulta del tutto irrilevante ai sensi del citato art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, sarebbe altrettanto ininfluyente il fatto che lo stesso, dopo la cessione delle quote che deteneva in -OMISSIS-, ne abbia successivamente potuto acquisire la nuda proprietà.

In relazione all'assunta omissione della segnalazione in gara del beneficio della sospensione degli obblighi di assunzione di persone disabili in ragione del contratto di solidarietà riguardante i propri dipendenti con efficacia fino al 30 aprile 2019, l'art. 80, comma 5, lett. i), d.lgs. n. 50/2016, ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, richiede ai concorrenti esclusivamente di presentare una dichiarazione che, ai sensi dell'art. 17 l. n. 68/1999, attesti che l'impresa è in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili. E tanto avrebbe fatto anche -OMISSIS- Basilicata, essendo pacificamente in regola con tale disciplina e venendo dunque del tutto correttamente ammessa alla procedura controversa. Né il fatto che il regime di sospensione dei suddetti obblighi occupazionali sia terminato il 30 aprile 2019 avrebbe determinato automaticamente che a partire da tale data l'impresa non fosse più ottemperante agli obblighi medesimi. Peraltro, nulla avrebbe impedito a -OMISSIS- Basilicata di rimanere comunque in regola con la suddetta normativa anche dopo la scadenza del menzionato regime di sospensione, ben potendo ad esempio l'impresa provvedere all'assunzione di persone disabili, nell'ipotesi in cui tale regime non fosse prorogato.

Né potrebbe valere il tentativo avversario di affermare che la carenza del requisito deriverebbe dal fatto che la deducente non ha depositato in giudizio un nuovo provvedimento di sospensione ex art. 3 l. n. 68/1999, ovvero la proroga di quello precedentemente adottato, in ragione della vigenza anche nel processo amministrativo del principio dell'onere della prova, per cui graverebbe sul ricorrente fornire idonea dimostrazione in ordine alla pretesa sussistenza dei vizi lamentati.

L'appello è fondato.

La stazione appaltante, in sede di verifica dei requisiti, ha accertato che il Tribunale di Avellino, con sentenza del marzo 2016, ha condannato il sig. -OMISSIS- per il reato di cui all'art. 629 del codice penale alla pena della reclusione di anni due e mesi otto per il delitto di estorsione (in quanto: *“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”*). Il sig. -OMISSIS- era il socio di maggioranza (per il 98,5% del capitale sociale) del socio unico (-OMISSIS-) della concorrente -OMISSIS-. Lo stesso aveva effettuato le dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali di moralità ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, ma la succitata sentenza di condanna non era stata dichiarata.

La Stazione Appaltante, quindi, richiamando il richiesto parere dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Potenza, ha escluso la -OMISSIS- S.r.l. dalla gara ritenendo sussistenti due distinte cause ostative: innanzitutto, per la motivata valutazione della stazione appaltante, l'omessa dichiarazione della sentenza di condanna penale configura la causa escludente ora tipizzata dall'art. 80, comma 5, lett. c) *bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016, poiché la vicenda penale e soprattutto i fatti ad essa sottesa, avrebbero dovuto essere menzionati nella dichiarazione resa, siccome elementi necessari e strumentali ai fini della valutazione, da parte dell'amministrazione, della sussistenza del grave illecito professionale e del vincolo fiduciario; nel contempo, la stazione appaltante, con valutazione discrezionale, ha ritenuto che i gravissimi fatti ritraibili dalla sentenza del Tribunale di Avellino, incidessero negativamente sulla serietà professionale, l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico. Per tale ragione è stata ritenuta sussistente anche l'ulteriore causa d'esclusione ora prevista ex art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici.

Si legge, invero, nel provvedimento di esclusione della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Matera del 22 luglio 2019, versato in atti, che, come aveva fatto

presente il richiamato parere dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Potenza: *“preliminarmente si evidenzia che l'art. 80, comma 5, lett c] del D.lgs. 50/2016 stabilisce che le Stazioni appaltanti escludono dalla procedura un operatore economico qualora dimostrino "con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità", individuando tale disposizione una serie di condotte che possano dar luogo a "gravi illeciti professionali"; elencazione, che la giurisprudenza ha chiarito essere meramente esemplificativa e che la stazione appaltante può desumere il compimento di "gravi illeciti" da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui è stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, se essa ne mette in dubbio l'integrità e l'affidabilità”*.

La stazione appaltante richiama, poi, ampiamente, la porzione di parere che si riferisce alla falsa o omessa dichiarazione dei soggetti tenuti a renderla, sul presupposto erroneo che il -OMISSIS-fosse l'amministratore cessato della -OMISSIS- S.r.l.

Infine, conclusivamente, afferma: *“Constatata, nel caso di specie, la mancanza del possesso dei requisiti di ordine generale ovvero la sussistenza di motivi di esclusione di cui all'art 80, comma V, lett. c) del D.lgs. 50/2016”*.

Dunque, sebbene nell'originaria formulazione e anche al momento della pubblicazione dell'avviso di gara la lettera c) del comma 5 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 (*Codice dei contratti pubblici*) disciplinasse entrambe le ipotesi di esclusione ora previste dalle lettere c) e c-bis) - essendo stata sostituita con le attuali lettere c), c-bis) e c-ter) solo dall'art. 5, comma 1, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019 - in realtà, dal disposto letterale del succitato art. 80, nonché dall'esame del provvedimento di esclusione di -OMISSIS-prodotto in primo grado, si evince chiaramente che la causa di esclusione nel caso concreto non è ascrivibile solo alla omessa o falsa dichiarazione di soggetto tenuto a renderla ai sensi dell'art. 80, comma 3 (attuale lettera c-bis del comma 5), bensì anche e, forse, soprattutto, all'ipotesi di cui all'attuale lett. c) *“la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*. E ciò, sia perché la condanna del dott. -

OMISSIS-non era avvenuta con sentenza definitiva, dunque non poteva costituire presupposto di applicazione del combinato disposto dei commi 3 e 5, lett. *c-bis*) (*c*) nell'originaria formulazione); sia perché il -OMISSIS-era socio per il 98,5% delle azioni di -OMISSIS-, socio unico di -OMISSIS-e, dunque, la controllava totalmente, determinando in concreto le scelte della società.

Infatti, nonostante, con atto del notaio Capaldo di Avellino Repertorio n. 21701, Raccolta n. 9206, del 9 ottobre 2018, registrato in Avellino il successivo 12 ottobre, il dott. -OMISSIS- titolare di 17.730.000 azioni della società -OMISSIS-, pari al 98,5% (la restante quota dell'1,5% era suddivisa equitativamente tra i soci -OMISSIS- che detenevano ciascuno 90.000 azioni della società) avesse ceduto 17.640.000 delle sue azioni alla madre -OMISSIS-e le restanti 90.000 al Sig. Perrotti Francesco, con successivo atto del 15 ottobre, sempre a rogito del notaio Capaldo di Avellino, Repertorio n. 21707, Raccolta n. 9210, registrato in Avellino il successivo 29 ottobre, la Sig. -OMISSIS-cedeva al dott. -OMISSIS-la nuda proprietà di tutte le sue 17.730.000 azioni dalla stessa detenute, pari al 98,5%. Nell'atto notarile del 15 ottobre 2018 era specificato che il capitale sociale della -OMISSIS- “appartiene ai soci”, e, quindi, soprattutto al Sig. Carlo -OMISSIS- socio di maggioranza, in quanto “titolare dei diritti di nuda proprietà di numero diciassettemilaseicentotrentamila azioni ...”. Quindi, la Sig. Argenziano, mera usufruttuaria, da quel momento non era più socio della -OMISSIS-, restando tale qualità in capo al nudo proprietario, ma avrebbe potuto solo esercitare il diritto di voto in assemblea, sempre che non fossero previste deroghe a favore del socio nudo proprietario, a cui comunque, restavano poteri determinanti, come, ad esempio, l'esercizio del diritto di recesso.

Invero, secondo la costante giurisprudenza della Corte di cassazione: *“L'azione di società di capitali è un bene in senso economico e giuridico che attribuisce solo al soggetto cui appartiene in proprietà, e non anche all'usufruttuario, la qualità di socio ed il conferimento delle situazioni giuridiche che al socio fanno capo”* (Cass. civ., sez. I, 7 gennaio 1987, n. 4). Ai sensi dell'art. 2352 c.c., nel caso di usufrutto sulle azioni, il diritto di voto spetta, salvo convenzione contraria, all'usufruttuario; mentre i diritti amministrativi diversi da quelli previsti nel suddetto articolo spettano sia all'usufruttuario che al nudo proprietario.

Sicché, l'art. 2352 c.c. contempla una “dissociazione” tra la titolarità della partecipazione sociale con i connessi diritti e la legittimazione all'esercizio degli stessi. Risulta, quindi, provato che il dott. -OMISSIS- rivestisse la qualità di socio della -OMISSIS- al momento della presentazione in gara delle sue dichiarazioni il 30 novembre 2018.

Il dott. -OMISSIS- attraverso -OMISSIS-, ha, infatti, rivestito la posizione di cosiddetto “socio sovrano” della partecipata -OMISSIS- durante tutto lo svolgimento della procedura concorsuale di specie.

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), sicchè, 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).

L'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 rimette alla stazione appaltante il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un *“grave illecito professionale”*, tale da metterne in dubbio la sua integrità o affidabilità anche oltre le ipotesi elencate nel medesimo articolo, le quali, dunque, hanno carattere meramente esemplificativo.

Né può esservi differenziazione tra condotta riprovevole del socio persona fisica e quella della società. Ed invero, ai fini della ricorrenza del grave illecito professionale, occorre avere riguardo a tutti coloro che sono in grado di orientare le scelte del concorrente e non rileva di per sé il principio di immedesimazione organica, destinato ad operare propriamente nell'ambito negoziale come modalità di imputazione all'ente della volontà manifestata dalla persona fisica cui ne è affidata la rappresentanza, quanto, piuttosto, l'altro principio già definito del *“contagio”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 dicembre 2018, n. 6866). *“Secondo siffatta impostazione se la persona fisica che nella compagine sociale riveste un ruolo influente per le scelte della società, anche al di là di un'investitura formale e, dunque, anche se in via di fatto, è giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito nella pregressa attività professionale, inaffidabile può essere considerata – in virtù appunto del suo potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione – anche la società che dirige o è in grado di orientare con le sue indicazioni?”* (Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2020, n. 3507).

“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. A tal fine è necessario che la suddetta attività, di sola gestione del gruppo (cosiddetta holding pura), ovvero anche di natura ausiliaria o finanziaria (cosiddetta holding operativa), si espliciti in atti, anche negoziali, posti in essere in nome proprio, fonte, quindi, di responsabilità diretta del loro autore, e presenti altresì obiettiva attitudine a perseguire utili risultati economici, per il gruppo e le sue componenti, causalmente ricollegabili all'attività medesima” (Cass. civ., Sez. Unite, 29 novembre 2006, n. 25275).

Le precedenti considerazioni ricevono conferma dall'interpretazione dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, che, nella sostanza, riproduce il testo del previgente art. 45 della direttiva 2004/18, secondo cui le cause di esclusione dell'operatore economico rilevano anche nel caso in cui coinvolgano un membro del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza di tale soggetto o una persona avente poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo dello stesso.

La fondatezza della tesi dell'appellante non può, quindi, essere scalfita dalle pur pregevoli difese di -OMISSIS- atteso che, per quanto detto, la reticente dichiarazione rileva, nel caso di specie, perché indice della non integrità o affidabilità di -OMISSIS- ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) nell'attuale formulazione. E tanto risulta comprovato dalla dichiarazione non veritiera in merito alla perdita della qualità di socio di -OMISSIS- presentata dal sig. -OMISSIS- ai fini dell'ammissione in gara, atteso che, per il combinato disposto di cui agli artt. 71, 75 e 76 del d.P.R. n. 445/2000, nonché in omaggio al principio di autoresponsabilità, tale fatto oggettivo comporta l'esclusione dalla gara, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 perché indice di grave illecito professionale, che si pone in contrasto con l'esigenza di integrità e affidabilità dell'operatore economico con cui la stazione appaltante deve contrattare, oltre che per il disposto dell'art. 76, comma 2, del d.P.R. n. 445/2000, per il quale: “l'esibizione di un atto contenente dati non più rispondenti a verità equivale ad uso di atto falso”.

La piena legittimità del provvedimento di esclusione si fonda, dunque, su tali motivazioni, essendo noto l'insegnamento giurisprudenziale per il quale, anche in caso di vizi che affliggono una parte della motivazione degli atti plurimotivati, in omaggio al principio di conservazione degli atti provvedimentali, sintetizzabile attraverso il brocardo *utile per inutile non vitiatur*, è sufficiente la legittimità di una sola delle giustificazioni per sorreggere l'atto in sede giurisdizionale (cfr., fra le tante, Cons. Stato., sez. V, 7 giugno 2019, n. 3847; sez. III, 3 novembre 2016, n. 4611).

E' fondato, inoltre, il profilo di censura relativo alla violazione degli obblighi in materia di assunzione dei disabili.

La sentenza appellata ha, sul punto, così statuito: *“Anche la circostanza che la -OMISSIS- ha fruito della sospensione ex art. 3, comma 5, L. n. 68/1999 dell'obbligo di assunzione delle persone disabili dall'1.5.2017 al 30.4.2019, come certificato dall'Ufficio della Regione Campania Collocamento Mirato di Avellino con nota prot. n. 60364 dell'1.4.2019, non può essere sanzionata con l'esclusione dalla gara, in quanto, poiché l'art. 17 L. n. 68/1999 prevede l'esclusione soltanto per l'omessa allegazione al momento della presentazione dell'offerta della dichiarazione, attestante “di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili”, deve ritenersi che la situazione che ci occupa, relativa alla scadenza della predetta sospensione ex art. 3, comma 5, L. n. 68/1999 prima della conclusione del procedimento, può essere sanata, se non prorogata, con l'assunzione dei disabili prima della stipula del contratto”.*

Il Collegio non condivide tali statuizioni, atteso che la regolarità con gli obblighi in materia di assunzione dei disabili costituisce un requisito di partecipazione e non un mero presupposto per la stipula del contratto. Inoltre, per il principio della necessaria continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, lo stesso deve essere posseduto dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 20 luglio 2015, n. 8; sez. V, 12 maggio 2020, n. 2968), per cui era onere del concorrente comprovare il possesso del requisito anche dopo la presentazione dell'offerta, a pena di esclusione dell'offerente dalla procedura.

Entrambi i motivi dell'appello principale sono, quindi, fondati, potendosi assorbire gli ulteriori profili di censura dedotti.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello principale va accolto e quello incidentale va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, come in motivazione. Dichiaro improcedibile l'appello incidentale.

Condanna -OMISSIS- alla rifusione delle spese del doppio grado di giudizio nei confronti dell'-OMISSIS- e del Ministero della giustizia, in via solidale e per la stessa quota, che si liquidano nella somma complessiva pari ad euro 9.000, oltre ad oneri di 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 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 i soggetti privati.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2020, tenuta con le modalità di cui agli artt. 25 d.l. n. 137 del 2020, 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020 e 4, comma 1, d.l. n. 28 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO

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