

Appalti: T.A.R. Campania -Salerno- -Sezione Seconda – Sentenza 3 febbraio 2025, n. 227.

1. Appalto di lavori – Gara Omessa dichiarazione di fatti penalmente rilevanti – Amministratore di fatto – Esclusione art. 94, comma 3, lett. h) del codice dei contratti pubblici – Istruttoria: mere presunzioni -Insufficienza.

2. Appalto di lavori -Gara –Omessa dichiarazione di fatti penalmente rilevanti – Amministratore di fatto ai sensi dell’art. 94, comma 3, lett. h) del codice dei contratti pubblici –Nozione – Individuazione.

3. Appalto di lavori –Gara –Dichiarazione del concorrente di esclusione da una precedente gara per “grave illecito professionale” -Esclusione automatica -Non sussiste -Istruttoria compiuta - Necessità.

1. L’esclusione da una gara di appalto di una società a cagione di fatti non dichiarati, penalmente rilevanti e che abbiano riguardato il suo amministratore di fatto, prevista dall’art. 94, comma 3, lett. h) del codice dei contratti pubblici presuppone la previa dimostrazione della simulazione gestoria, da avvalorare mediante l’allegazione di elementi estrinseci e concreti, non potendosi fare invece ricorso a mere presunzioni non integrate da ulteriori dimostrazioni. (1).

2. La nozione di amministratore di fatto introdotta dal legislatore all’art. 94 comma 3, lett h) del codice dei contratti pubblici mutua dalle precedenti figure di elaborazione giurisprudenziale del “socio sovrano” e del “gestore di fatto”. (2).

3. In sede di gara pubblica, a fronte di una dichiarazione con la quale un operatore economico abbia comunicato la propria esclusione da una precedente gara per “grave illecito professionale” causata da presunte fattispecie di reato commesse dall’ex amministratore nella gestione dell’impresa, la stazione appaltante è tenuta a svolgere un’istruttoria compiuta, tesa a verificare la sussistenza di elementi di contagio sull’attività dell’operatore economico e se del caso, a valutare le eventuali misure di self cleaning adottate. (3).

(1) Conformi: T.a.r. per la Campania, sez. IX, 13 gennaio 2025, n. 308.

(2) Conformi: Cons. Stato, sez. V, n. 768 del 2022; n. 7471 del 2020.

(3) Conformi: T.a.r. per la Lombardia, sez. I, 14 maggio 2020, n.811; Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della controinteressata e delle Amministrazioni intime;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2025 il dott. Roberto Ferrari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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. Il Comune di Montecorvino Rovella, con la determina n. -OMISSIS- del 15.10.2024, ha indetto una procedura negoziata senza bando (-OMISSIS-), ai sensi dell’art. 50 comma 1 lett. c) del D.lgs. n.

36/2023, per l'affidamento dei lavori di demolizione e ricostruzione dell'edificio ex Scuola Elementare, in Via -OMISSIS- (Unione -OMISSIS-OMISSIS-).

2. Tra le cinque società invitate alla competizione si sono presentate soltanto la -OMISSIS-srl e la -OMISSIS- -OMISSIS- s.r.l. e al termine delle operazioni di gara l'offerta di quest'ultima è stata valutata come più conveniente, avendo peraltro la stessa proposto un ribasso del 33,358%. Cosicché con determina n. -OMISSIS-del 21.11.2024 l'Amministrazione ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore della stessa società.

3. Tuttavia l'altra concorrente società -OMISSIS-srl ha impugnato gli atti di gara, censurando, in particolare, che la -OMISSIS- -OMISSIS- s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura a causa della posizione del suo ex amministratore (sig. -OMISSIS-). Quest'ultimo, difatti, in ragione di vicende giudiziarie che avevano peraltro avuto un'ampia eco sui mezzi di comunicazione, risultava attinto da un provvedimento cautelare consistente nel divieto di contrattare per un anno con la pubblica amministrazione.

4. A seguito del provvedimento cautelare che lo aveva colpito il predetto amministratore era stato sostituito dal 10.7.2024, conservando tuttavia la propria quota del 33,334% della società, identica a quella posseduta dagli altri due soci e fratelli.

5. Su questa base la società -OMISSIS-srl ha instaurato il giudizio odierno contestando l'aggiudicazione in favore della -OMISSIS- -OMISSIS- srl e affidando il proprio gravame, munito di istanza cautelare, ad un unico motivo, composto da sottoparagrafi contenenti censure tra esse subordinate, così rubricato: "I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. Violazione e falsa applicazione dell'art. 94, 95, 96 e 98 del d.lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione degli artt. 5 e 15 del disciplinare di gara. violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l.241/1990. eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e difetto di motivazione".

5.1 Nel rinviare alla più diffusa trattazione dei singoli motivi preme fin d'ora evidenziare che l'elemento unificante su cui poggiano le argomentazioni attoree è costituito dall'affermazione secondo la quale l'ex amministratore attinto dal provvedimento interdittivo cautelare si sarebbe dovuto qualificare ancora come "amministratore di fatto" della società, nonostante la sua sostituzione fosse avvenuta già nel mese di luglio del 2024 e quindi ben prima dell'indizione della gara oggetto di causa.

5.1.2 Di qui la deduzione principale in base alla quale la -OMISSIS- Strutture srl avrebbe dovuto essere estromessa dalla competizione, in quanto, in violazione dell'art. 94.3 del codice dei contratti, avrebbe mancato di comunicare alla SA l'interdittiva che aveva attinto il suo amministratore. In subordine la società ha poi dedotto che, in ogni caso, la fattispecie sarebbe stata inquadrabile nell'ambito delle clausole di esclusione non automatica previste all'art. 96.3 dello stesso codice, in

quanto, comunque, la mancata comunicazione avrebbe impedito alla SA di conoscere un “grave inadempimento contrattuale” ascrivibile alla stessa aggiudicataria.

Infine, in via ulteriormente gradata (capi da -OMISSIS-) la ricorrente ha lamentato che l’Amministrazione non avrebbe posto in rilievo, neppure sotto il profilo procedimentale, le criticità della posizione dell’aggiudicataria e che in ogni caso quest’ultima non avrebbe indicato, a fronte della situazione data, le misure necessarie di self-cleaning che avrebbe messo in campo per evitare il contagio dell’attività sociale.

6. Si sono costituite in giudizio l’Amministrazione comunale e la società controinteressata. Si è altresì costituita l’Avvocatura dello Stato per conto del Ministero dell’Istruzione e del Merito, del Ministero dell’Economia e delle Finanze, del Ministero dell’Interno, del Ministero delle -OMISSIS- e dei Trasporti, del Ministero per gli Affari -OMISSIS-pei, le politiche di coesione e il PNRR e della Presidenza del Consiglio dei Ministri. La difesa erariale, sul presupposto che l’unico Ministero coinvolto nei finanziamenti al progetto fosse il Ministero dell’Istruzione e del Merito, ha chiesto l’estromissione dal giudizio delle altre Amministrazioni statali costituite.

7. La vertenza è stata chiamata alla camera di consiglio odierna per la discussione della domanda cautelare. Nel corso dell’udienza, sentite le parti come da verbale in atti, il Collegio ha preannunciato la possibile definizione della controversia con sentenza in forma semplificata ai sensi dell’art. 60 cod.proc. amm. e così la causa è stata posta in decisione.

8. Deve preliminarmente disporsi l’estromissione dal giudizio del Ministero dell’Economia e delle Finanze, del Ministero dell’Interno, del Ministero delle -OMISSIS- e dei Trasporti, del Ministero per gli Affari -OMISSIS-pei, le politiche di coesione e il PNRR e della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Difatti, come correttamente eccepito dall’Avvocatura dello Stato, ai sensi dell’art. 12-bis del D.L. n. 68 del 2022, nei contenziosi aventi ad oggetto interventi finanziati con fondi PNRR sono parti necessarie del giudizio “le amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel PNRR” individuate nella Tabella A del D.M. del 6 agosto 2021. E rispetto alla vicenda odierna, in base all’antescritta Tabella, peraltro depositata in atti nella sua più aggiornata versione, l’Amministrazione centrale titolare dell’intervento PNRR in questione (Missione 4 “Istruzione e ricerca”, Componente 1 “Potenziamento dell’offerta dei servizi di istruzione: dagli Asili nido alle Università” - Investimento 1.1. “Piano per asili nido e scuole dell’infanzia e servizi di educazione e cura per la prima infanzia”), è il solo Ministero dell’istruzione e del merito. Solo quest’ultimo è dunque stato correttamente evocato rispetto all’odierno giudizio e rimane in esso regolarmente costituito.

9. Si può così passare alla disamina del merito della controversia, rilevando come il ricorso si presenti manifestamente fondato con riguardo alla sua censura subordinata di difetto d’istruttoria contenuta ai

punti da-OMISSIS-, limitatamente alle parti di essi in cui la ricorrente ha contestato all'Amministrazione di non aver in alcun modo valutato l'integrità ed affidabilità di -OMISSIS- -OMISSIS- srl alla luce delle vicende penali che avevano recentemente interessato l'ex amministratore nel periodo in cui egli risultava ancora in carica e che avevano riguardato l'attività dallo stesso svolta nell'interesse della società aggiudicataria. La restante parte delle censure, con le quali la ricorrente ha affermato la sussistenza dei presupposti per l'esclusione dell'aggiudicataria, sono invece infondate.

10. Prima di esaminare il decisivo e appena indicato mezzo di gravame conducente al limitato accoglimento del ricorso, il Collegio reputa comunque utile muovere dallo scrutinio delle ulteriori doglianze, tutte da respingere, rivolte ad affermare che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere recta via esclusa dalla competizione.

10.1 In primo luogo non sussistono i presupposti per la sua automatica espulsione ai sensi dell'art. 94 comma 3 lett. h) d.lgs. 36/2003. Il ragionamento della ricorrente è costruito sull'assunto secondo il quale il sig. -OMISSIS-, nonostante la perdita delle cariche gestorie fin dal 10.7.2024, avrebbe continuato a svolgere funzioni di amministratore di fatto della società aggiudicataria senza soluzione di continuità, financo al momento dell'indizione della gara. In questa prospettiva, a seguito della misura cautelare che aveva attinto l'ex amministratore e stante la carenza della dichiarazione che ne sarebbe dovuta indefettibilmente scaturire ai sensi della precitata disposizione, la società -OMISSIS- -OMISSIS- avrebbe dovuto essere automaticamente esclusa dalla competizione.

11. Tuttavia, come correttamente sottolineato dalle difese resistenti, la ricorrente non ha fornito elementi decisivi, né singolarmente considerati, né se valutati nella loro complessità tali da dimostrare il proprio assunto: non conducono verso l'accoglimento della tesi attorea né il mantenimento di una rilevante quota sociale in capo all'ex amministratore (pari al 33,34 % paritaria rispetto agli altri due quotisti) dopo la sua sostituzione, né il fatto che lo stesso sia fratello degli stessi due soci.

Si tratta, invero, di aspetti estrinseci privi di decisiva attinenza rispetto alla necessaria dimostrazione della continuità gestoria, ai sensi dell'art. 94 comma 3 lett. h).

La disposizione ora citata, nell'introdurre l'anzidetto riferimento alla figura dell'amministratore di fatto tra i soggetti per i quali risulta necessario rendere le c.d. "dichiarazioni di garanzia" e che possono determinare situazioni di "contagio" anche ai fini dell'attribuzione (come si vedrà nel prosieguo) di "gravi illeciti professionali" ha ripreso un costante avviso giurisprudenziale che aveva valorizzato agli stessi fini appena indicati le figure del c.d. "gestore di fatto" o del c.d. "socio sovrano" (Consiglio di Stato Sez. V, n. 768/2022) (e dello stesso "amministratore di fatto") identificati come "il socio persona fisica o giuridica che soddisfa al contempo i seguenti requisiti: (i) detiene la larga maggioranza del capitale di una società e ha, dunque, il potere di nominare in via esclusiva gli

amministratori e i sindaci, di decidere le modifiche dell'atto costitutivo e di determinare le decisioni più rilevanti per la società stessa; (ii) non si limita ad esercitare i diritti amministrativi e patrimoniali che derivano dalla sua partecipazione sociale, ma utilizza la propria posizione dominante all'interno della compagine societaria per impartire direttive agli amministratori della società e, dunque, per esercitare il potere di governo della stessa, svolgendo - di fatto - l'amministrazione della società (o del gruppo societario) (Consiglio di Stato, Sez. III n. n. 7471/2020).

Nel caso in esame parte ricorrente non ha soddisfatto la prova circa la sussistenza dei predetti requisiti in capo all'ex amministratore dell'aggiudicataria. Di conseguenza l'assunto dell'obbligo di esclusione automatica non può essere pertanto condiviso e conduce al rigetto delle correlate doglianze che ne sono scaturite.

12. L'acclarata carenza della dimostrazione del divisato elemento soggettivo, invece indefettibilmente necessario per comminare la sanzione espulsiva prevista dall'art. 94 comma 3 lett. h), consente al Collegio di ritenere con essa assorbita la doglianza correlata, con la quale parte ricorrente ha affermato che la tipologia di sanzione comminata all'ex amministratore avrebbe comunque condotto all'esclusione automatica della società una volta dimostrata la continuità gestoria ai sensi dello stesso art. 94 comma 3.

13. Si può così passare alla disamina dell'altro versante delle doglianze contenute nel ricorso, per verificare, con rilievo assorbente rispetto alle ulteriori questioni poste dalla ricorrente, se la SA in ragione della specifica situazione data, fosse tenuta a svolgere un approfondimento istruttorio per inferire se effettivamente vi fosse stata una simulazione gestoria addebitabile alla -OMISSIS- -OMISSIS- tale da determinarne l'esclusione dalla gara.

A questo più specifico scrutinio conducono le censure proposte all'interno dei capi da-OMISSIS- del ricorso nei quali, come anticipato, la ricorrente ha contestato all'Amministrazione di non aver in alcun modo valutato l'integrità ed affidabilità di -OMISSIS- -OMISSIS- srl alla luce delle già ricordate vicende penali che avevano recentemente interessato l'ex amministratore nel periodo in cui risultava ancora in carica e che peraltro avevano riguardato precipuamente l'attività dallo stesso svolta nell'interesse della medesima società.

Nel limitato perimetro di esame appena ora indicato il Collegio reputa fondata la censura.

14. Nell'attuale codice la valutazione circa la presenza di una simulazione gestoria ha assunto a maggior ragione particolare pregnanza nell'istruttoria che le Amministrazioni appaltanti sono chiamate a compiere circa la sussistenza dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche. Difatti l'art. 94 comma 3, rispetto al previgente art. 80, c. 3 del d.lgs. n. 50/2016, ha escluso dal novero dei soggetti cd "rilevanti" (per i quali l'art. 80 del D.Lgs. 50/20165 prevedeva uno specifico obbligo dichiarativo), sia gli amministratori (e i dirigenti) cessati dalla carica nell'anno antecedente

l'indizione della gara, che il socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro. Per questi casi, difatti, non si devono ora più rendere - contrariamente a quanto stabilito nel sistema previgente - le predette dichiarazioni di "garanzia".

14.1 Ebbene, reputa il Collegio che la novella normativa non abbia inteso svalutare l'importanza della verifica sulle possibili fonti di contagio determinate da vicende penali che abbiano attinto l'amministratore della società. Detta affermazione trova un sostegno ermeneutico nella relazione al codice dei contratti del 2023, nella quale in proposito si legge che la scelta legislativa non implica "...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".

15. Riportando questi spunti interpretativi alla dinamica delle vicende di causa il Collegio osserva che effettivamente, nella situazione data, l'Amministrazione avrebbe dovuto svolgere un'istruttoria compiuta, tesa a valutare, in disparte gli esiti che ne fossero conseguiti, la sussistenza di elementi di contagio sull'attività d'impresa a cagione delle recentissime vicende giudiziarie che avevano colpito l'ex amministratore, consistenti in episodi di presunta corruzione correlati a interessi diretti della società -OMISSIS- -OMISSIS- srl.

16. Nel corso del procedimento, del resto, l'Amministrazione aveva avuto cognizione della sussistenza di elementi, quantomeno, di criticità in ragione delle dichiarazioni rese in sede di gara dall'aggiudicataria.

17. La stessa ricorrente, in proposito, ha depositato in atti il doc. 6 ("Dichiarazione integrativa al DGUE..."), contenente la dichiarazione - prodotta in sede di gara - circa la "Cessazione anticipata, risarcimento danni o altre sanzioni comparabili", con la quale la -OMISSIS- -OMISSIS- aveva per l'appunto comunicato all'Amministrazione la circostanza della recente risoluzione di un altro contratto pubblico. Nella dichiarazione quest'ultima aveva altresì esplicitato che il provvedimento, sub iudice, fosse da ascrivere alla contestazione di un grave inadempimento

contrattuale (art. 98 d.lgs. 36/2023) determinato proprio dalle vicende riguardanti lo stesso ex amministratore.

17.1 Al cospetto dell'esplicita dichiarazione resa dalla partecipante non è certamente possibile aderire alla ricostruzione svolta sul punto dalla ricorrente, la quale ha invece lamentato la sussistenza in capo all'aggiudicataria di un obbligo informativo circa l'esistenza di un potenziale "grave inadempimento contrattuale" rimasto incompiuto, facendone derivare i presupposti per la cd. esclusione non automatica. Su questo punto vanno dunque condivise le considerazioni svolte in sede difensiva dall'Amministrazione e dalla resistente.

17.1.1 Non di meno il Collegio evidenzia l'incidenza patologica sul provvedimento finale di aggiudica della carenza istruttoria censurata dalla ricorrente. Non è difatti controverso inter partes che nei confronti dell'ex amministratore fosse stata emessa di recente un'ordinanza cautelare : i) derivante dal presunto compimento di fatti connessi all'amministrazione della società; ii) ancora vigente al momento della partecipazione alla gara e solo successivamente revocata per mere ragioni cautelari; iii) riferita a fatti talmente rilevanti da comportare la misura interdittiva del divieto di contrattare per un anno con la Pubblica Amministrazione ai sensi dell'art. 289 c.p.p.

17.2 Cosicché, entro il ristretto limite della sussistenza di un vulnus istruttorio nel dispiegamento del procedimento, vanno condivise le argomentazioni attoree, nella sola parte in cui le stesse si dirigono ad ottenere l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione. Ciò, a cagione della carenza d'istruttoria che ha connotato il procedimento a seguito della esplicita ed appena richiamata dichiarazione integrativa presentata dalla società aggiudicataria e nella quale era stata segnalata l'esistenza del provvedimento interdittivo emesso nei confronti dell'ex amministratore.

17.3 Proprio muovendo dal contenuto e dalle possibili implicazioni della prefata dichiarazione resa dalla società aggiudicataria, l'Amministrazione avrebbe dovuto senz'altro avviare un supplemento di istruttoria. Come affermato sul punto al capo-OMISSIS-del ricorso "l'Amministrazione aveva il dovere, specifico, vista la natura dei reati contestati al -OMISSIS-, di verificare se, alla cessazione formale di tale carica, corrispondesse anche un effettivo venir meno del potere di fatto di influire sulla gestione della società..."; inoltre, nella peculiare situazione data, l'Amministrazione avrebbe dovuto valutare, in ragione della gravità dei fatti e della tipologia di reato contestati all'ex amministratore, se sotto il profilo soggettivo e oggettivo, ci fossero i presupposti per ritenere sussistente un "contagio" prodotto sull'attività d'impresa e, se del caso, per valutare le eventuali misure di self cleaning applicate dalla società.

18. Le contestazioni rivolte nei confronti dell'ex amministratore, difatti, avrebbero potuto in astratto concretizzare effettivamente una possibile ipotesi di grave inadempimento contrattuale. Le norme (prima contenute nell'art. 80 D.lgs. 50/2016) oggi trasfuse nel D.lgs. 36/2023 sono sul punto chiare.

L'art. 95 comma 3 lett. e) prevede che l'Amministrazione possa addivenire alla esclusione (non automatica) dell'operatore economico nelle ipotesi in cui "l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi". In proposito la lettera g) del comma 3 dell'art. 98 consente l'esclusione non automatica allorquando vi sia la "contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94". E sempre nei confronti dell'operatore economico agisce la previsione di cui alla lett. g) del III comma dello stesso art. 98 lì dove prevede la possibilità che l'esclusione consegua anche all'emissione di un provvedimento cautelare, allorquando vi sia stata la contestazione delle ipotesi di reato individuate al comma 3 dell'art. 94, tra le quali rientra anche il delitto di corruzione contestato all'ex amministratore.

Infine, il comma 4 dell'art. 98 prevede che "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".

18.1 Dalla piana lettura delle norme appena citate il Collegio desume che in continuità con quanto previsto dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, l'attuale disciplina, negli articoli appena citati, non escluda che determinati fatti, aventi o meno rilievo penale, possano essere valorizzati ai fini del giudizio di affidabilità professionale attualmente disciplinato dagli artt. 96 e 98 del codice dei contratti vigente. E giova aggiungere, sullo specifico tema qui in rilievo, che la giurisprudenza aveva poi già affermato in vigenza del precedente codice degli appalti che "...l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati" (Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367), precisando, inoltre, che alla nozione di grave errore professionale fosse sicuramente ascrivibile la condotta del gestore di fatto di una società se ad essa riferibile (ex multis, T.A.R. Milano, Lombardia Sez. I, 14 maggio 2020, n.811).

Il Collegio condivide l'avviso espresso in proposito da un recentissimo arresto della giurisprudenza, in base al quale nella ricerca di elementi di sussistenza di un amministratore di fatto (simulazione gestoria) trovi "applicazione la cd. teoria del contagio...secondo cui "allorché una persona fisica, titolare di carica rilevante, sia coinvolta in procedimenti penali ma per condotte tenute nella qualità di organo di un operatore economico diverso da quello che partecipa alla gara o addirittura per conto proprio, la giurisprudenza risulta propensa ad adottare, a tale specifico riguardo, la teoria c.d. del "contagio". In pratica la presenza stessa, in determinate cariche, di una persona fisica non dotata in

sé della necessaria affidabilità/integrità, trasmetterebbe tale caratteristica all'operatore economico "per contagio", ossia de facto e dunque prescindendo dalla tematica dell'imputazione degli atti" (TAR Campania, Napoli. Sez. IX n. 308/2025, che richiama Consiglio di Stato sez. V, 22 aprile 2022, n.3107).

18.1.1 Inoltre, utilizzando considerazioni che mutatis mutandis si attagliano anche all'attuale disciplina normativa, in precedenti occasioni la Sezione ha ritenuto che, sotto il profilo oggettivo e cioè dei provvedimenti e delle contestazioni dalle quali possono muovere le valutazioni circa il grave inadempimento rilevano "anche gli atti da cui emergano le risultanze di un'indagine penale e da cui siano ricavabili specifici, circostanziati e gravi indizi, senza necessità di attendere un provvedimento di rinvio a giudizio o un provvedimento, anche non definitivo, di condanna. Gli atti di indagine infatti rilevano in quanto veicolo di informazioni rilevanti e utili per la Stazione appaltante ai fini dell'autonoma verifica della sussistenza della causa di esclusione» (TAR Campania, Salerno n. -OMISSIS-). E simili considerazioni erano state svolte dall'ANAC a proposito della pendenza di indagini penali o il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società (delibera n. -OMISSIS-) o anche del socio di maggioranza della società aggiudicataria destinatario di una misura cautelare interdittiva (divieto temporaneo di contrattare con la Pubblica Amministrazione) (delibera n.-OMISSIS-).

19. Applicando le precedenti considerazioni e riportando i principi fin qui richiamati all'attuale vicenda emerge dunque che la necessaria disamina istruttoria circa la sussistenza dell'illecito professionale sia stata del tutto deficitaria, fino ad arrivare all'assoluta carenza di essa, tenuto conto, peraltro, che i fatti che sarebbero emersi riguardavano, come già rilevato, condotte recenti dirette a favorire l'attività imprenditoriale dell'aggiudicataria e non costituivano segmenti di isolate vicende confinate nella sfera personale dell'ex amministratore.

Tanto a maggior ragione in presenza della novella normativa che ha inserito l'amministratore di fatto tra coloro verso cui sono riferite le cause di esclusione. Talchè, "...il grave illecito professionale imputabile allo stesso può riversarsi sull'operatore economico con la conseguente possibilità di disporre l'esclusione dalla procedura di gara) (TAR Campania, Napoli. Sez. IX n. 308/2025). Del resto, come sottolineato nella stessa decisione appena citata "Non è quindi un caso che l'art. 94 comma 3 del d.lgs. n. 36/2023, codificando l'anzidetta linea interpretativa, ha introdotto, tra i soggetti ai quali sono riferite le cause di esclusione, anche la figura dell'amministratore di fatto, stante il ruolo fondamentale che lo stesso può assumere all'interno delle compagini d'impresa".

20. Cosicché, conclusivamente, l'atto di aggiudicazione impugnato, in accoglimento delle censure contenute in alcuni dei più ampi argomenti dedotti ai punti da -OMISSIS-, va annullato nei soli limiti indicati in motivazione, dovendo per conseguenza l'Amministrazione procedere ad una nuova

valutazione della posizione della società aggiudicataria in ragione delle vicende che avevano interessato l'ex amministratore e secondo le direttive ermeneutiche fornite dalla motivazione della presente decisione. Per converso tutte le altre censure devono essere respinte perché infondate.

20.1 Il rigetto dei motivi conducenti all'esclusione della controinteressata determina l'improcedibilità della domanda risarcitoria ad essi correlata e la cui disamina ne avrebbe invece presupposto l'accoglimento. Per le stesse ragioni non v'è luogo a provvedere sull'istanza di subentro nel contratto di appalto e di dichiararne comunque l'efficacia visto che, peraltro, lo stesso non risulta medio tempore stipulato e che la sua eventuale caducazione opererebbe ipso facto in ragione della presente pronuncia di annullamento.

Del resto in ragione della tipologia di limitato accoglimento del ricorso, l'Amministrazione dovrà svolgere una nuova valutazione istruttoria ed addivenire ad un nuovo provvedimento di aggiudicazione.

21. Le tematiche vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al T.A.R., essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cass. Civ. II, n.3260/1995; per quelle più recenti, Cass. Civ., V, n. 7663/2012; Cons. St., VI, n. 3176/2016). Gli argomenti di doglianza o difesa non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione, e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

22. La complessità e la parziale novità delle vicende conducono il Collegio a disporre l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra tutte le parti in causa. Il contributo unificato versato, invece, è posto ex lege carico dell'Amministrazione soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, previa estromissione dal giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Ministero dell'Interno, del Ministero delle -OMISSIS- e dei Trasporti, del Ministero per gli Affari -OMISSIS-pei, le politiche di coesione e il PNRR e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione della gara, disponendo la rinnovazione dell'istruttoria procedimentale.

Compensa integralmente le spese di giudizio tra tutte le parti in causa.

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 9, paragrafo 1, 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 la denominazione delle società partecipanti e i dati identificativi dell'ex amministratore unico della società aggiudicataria.

All'uopo demanda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità secondo le indicazioni appena fornite.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Gaetana Marena, Primo Referendario

Roberto Ferrari, Referendario, Estensore