

Pubblicato il 07/05/2021

N. 00825/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01436/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1436 del 2020, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'Avvocato Saverio Francesco Ressa in Bari, via Alessandro Maria Calefati n. 1;

contro

la Fondazione Lirico Sinfonica Petruzzelli e Teatri di Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giuseppe Cozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Bari, corso Cavour n. 31;
l'ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari, con domicilio *ex lege* presso la sede di quest'ultima in Bari, via Melo n. 97;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Luigi Giuseppe Decollanz, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicili fisico eletto presso il suo studio in Bari, via Alessandro Maria Calefati n. 6 ;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione del Sovrintendente della Fondazione resistente - OMISSIS-, comunicata in pari data, con cui è stata revocata a-OMISSIS- l'aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio di pulizia delle sedi di pertinenza della Fondazione Lirico Sinfonica Petruzzelli e Teatri di Bari, con contestuale aggiudicazione del servizio in favore dell'odierna controinteressata;

di tutti gli atti presupposti, consequenziali e/o comunque connessi, ancorché non conosciuti;

- ove occorra, delle Linee Guida ANAC n. 6, approvate con deliberazione del Consiglio dell'Autorità n. 1293 del 16 novembre 2016, da ultimo aggiornate con deliberazione n. 1008 dell'11 ottobre 2017, nella parte in cui al punto 3.1 dispongono che i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara non solo quando sono riferiti direttamente all'operatore

economico, ma anche ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del d.lgs. n.50/2016;

- nonchè per la dichiarazione di inefficacia e nullità del contratto, se stipulato tra la Fondazione resistente e la -OMISSIS-;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione Lirico Sinfonica Petruzzelli e Teatri di Bari, di -OMISSIS-. e dell'ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Tricarico nell'udienza del giorno 14 aprile 2021 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 4, comma 1, del d.l. n. 28/2020, e dall'art. 25 del d.l. n. 137/2020 mediante la piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa, uditi i difensori de-OMISSIS-e della Fondazione Petruzzelli e presente a verbale il difensore di -OMISSIS-, a seguito di deposito di note d'udienza, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con determina del Sovrintendente del -OMISSIS-, la Fondazione Lirico Sinfonica

Petruzzelli e Teatri di Bari ha indetto una gara europea a procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia delle sedi di pertinenza (CIG 7985546905), da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e con un importo a base di gara pari ad € 600.00,00.

Alla procedura di gara hanno partecipato-OMISSIS-S.p.a., avvalendosi dei requisiti speciali di partecipazione della -OMISSIS-

Coop.

All'esito delle operazioni di gara, con determina del Sovrintendente del -OMISSIS-il servizio è stato aggiudicato alla Società -OMISSIS-..

In data 28.04.2020 la Fondazione Petruzzelli ha appreso dagli organi di stampa che il -OMISSIS-, legale rappresentante e socio unico in comunione *pro indiviso* de -OMISSIS-., era stato sottoposto alla misura della custodia cautelare per effetto di un'ordinanza emessa dal G.i.p. di-OMISSIS-S.r.l. in relazione ad attività che il -OMISSIS-.

Tale circostanza è stata altresì comunicata in data 30.04.2020 alla stazione appaltante dalla stessa Società -OMISSIS-., che ha, tuttavia, dichiarato la propria estraneità alle condotte che avevano portato all'applicazione della misura cautelare nei confronti del Sig.-OMISSIS-.

In data 4.5.2020 la Fondazione Petruzzelli ha chiesto di produrre la copia dell'ordinanza cautelare adottata nei confronti del Sig. -OMISSIS- e qualsiasi documentazione relativa al procedimento penale in corso.

In data 11.05.2020, -OMISSIS-, ha riscontrato la suddetta nota, comunicando – tra l'altro - di non poter trasmettere copia degli atti del procedimento penale, *“ostandovi la persistenza anche nei confronti della scrivente del segreto istruttorio sino alla chiusura delle indagini (art. 329 c.p.p.)”*.

In data 27.05.2020, la Fondazione Petruzzelli ha evidenziato alla Società di non ritenere sussistente alcun “segreto istruttorio”, posto che il Sig. -OMISSIS- aveva avuto conoscenza dell'esistenza delle indagini nei suoi confronti e che la notizia era stata diffusa dagli organi di stampa, e ha invitato nuovamente l'impresa a trasmettere copia dell'ordinanza, precisando come la produzione del provvedimento fosse necessaria per la valutazione dell'affidabilità dell'impresa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016.

In data 3.6.2020-OMISSIS- ha riscontrato la suddetta nota, affermando di non essere in possesso di copia dell'ordinanza in parola.

Pertanto, in data 19.06.2020 la Fondazione resistente ha presentato al Giudice per le

Indagini Preliminari del Tribunale di -OMISSIS- ed al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di -OMISSIS- istanza di autorizzazione al rilascio di copia degli atti del procedimento penale a carico del Sig. -OMISSIS- nell'ambito dell'operazione “-OMISSIS-”.

Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di -OMISSIS- ha fornito alcune indicazioni circa la misura cautelare originariamente adottata (custodia cautelare in carcere), con la relativa sostituzione (arresti domiciliari). Il Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di -OMISSIS- in data 27.06.2020 ha autorizzato la Fondazione Petruzzelli ad ottenere copia dell'ordinanza di applicazione di misura cautelare del Tribunale di -OMISSIS-

– Sezione dei Giudici per le indagini preliminari n. -OMISSIS-R.G.N.R., n. - OMISSIS-R.G. G.I.P. del 15.04.2020.

L'1.9.2020, acquisita direttamente dal GIP del Tribunale di -OMISSIS- l'ordinanza di custodia cautelare, la Fondazione ha comunicato alla Società-OMISSIS-l'avvio del procedimento teso alla revoca dell'aggiudicazione.

In data 11.09.2020 -OMISSIS-. ha presentato le proprie osservazioni, comunicando le misure di *self cleaning* adottate e deducendo l'irrilevanza della condotta del Sig. -OMISSIS-con riguardo all'affidabilità professionale della Società; essa ha inoltre precisato che la misura degli arresti domiciliari era stata sostituita con l'obbligo di dimora, senza fornire copia del relativo provvedimento.

In data 8.10.2020-OMISSIS-ha trasmesso ulteriore nota, comunicando che il G.I.P. aveva revocato anche la misura cautelare dell'obbligo di dimora nei confronti del Sig.-OMISSIS-.

La Fondazione Petruzzelli, con determina del Sovrintendente del 27.10.2020, comunicata in pari data, ha disposto la revoca dell'aggiudicazione in favore de-OMISSIS-e proceduto allo scorrimento della graduatoria a vantaggio di -OMISSIS-.

Detto provvedimento è stato impugnato col ricorso in epigrafe, unitamente, *in parte qua*, alle Linee Guida ANAC n. 6.

Sono stati chiesti altresì la dichiarazione di inefficacia e nullità del contratto, ove stipulato tra la Fondazione resistente e la -OMISSIS-, nonché il risarcimento del danno.

Sono stati dedotti i seguenti motivi di censura:

1) Violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016. Difetto di motivazione e di istruttoria. Ingiustizia manifesta, difetto assoluto dei presupposti. Eccesso di potere per travisamento dei fatti.

La ricostruzione dei fatti contenuta nel provvedimento di revoca gravato sarebbe errata.

In data 2.9.2019,-OMISSIS-ha preso parte alla procedura di gara e il -OMISSIS-ne ha conseguito l'aggiudicazione.

I fatti per i quali l'ex Presidente del CdA -OMISSIS-è stato attinto da misura cautelare sono riferiti al marzo 2020 (sei mesi dopo) in occasione dell'affidamento del servizio di pulizia del Comune di -OMISSIS-; il 27.04.2020 è intervenuta la misura cautelare nei confronti del suo Presidente del CdA e lo stesso giorno-OMISSIS-avrebbe espresso la dissociazione dalle condotte a questi ascritte, rimuovendolo da qualsiasi carica, e avrebbe assunto tutte le successive misure di *self cleaning*, immediatamente portate a conoscenza della stazione appaltante.

Non corrisponderebbe, perciò, al vero che *“Il Sig.-OMISSIS-, Presidente del C.d.A. e socio unico della comunione pro indiviso con il -OMISSIS-della-OMISSIS-S.p.a. al momento della partecipazione alla gara e dell'aggiudicazione del servizio, risulta essere indagato per il reato di corruzione ex art. 321 c.p.”*, perché anche la commissione dei fatti per i quali questi è stato poi sottoposto ad indagini è successiva (marzo 2020) all'aggiudicazione del servizio (gennaio 2020).

-OMISSIS-è indagato in qualità di “socio de La -OMISSIS- S.r.l.”, per presunti illeciti commessi “in -OMISSIS-” e in asserita collaborazione di un dipendente del Comune di -OMISSIS- in relazione ad un affidamento diretto disposto in favore della predetta Società.

Né il “salto logico” si supererebbe valorizzando degli *“stretti legami fra le due società, posto che, come risultante dalle visure camerali, la compagine sociale è la medesima (Sig. -OMISSIS-e Sig. -OMISSIS-), nell'anno 2011 La -OMISSIS- S.r.l. ha effettuato una cessione del ramo d'azienda a-OMISSIS-S.p.a., in data 13/1/2020-OMISSIS-S.p.a. ha depositato progetto di fusione per incorporazione della La -OMISSIS- S.r.l.; peraltro quest'ultima ha anche prestato tramite avalimento ... i requisiti speciali di partecipazione alla-OMISSIS-S.p.a. per partecipare alla procedura che ci occupa”* (revoca aggiudicazione, pag. 9).

I rilievi della Fondazione non sarebbero, infatti, idonei ad evidenziare alcun vincolo societario tra le due Società (che non sussisterebbe), ma, a tutto

concedere, unicamente la (di per sé irrilevante) comunanza di alcune persone fisiche che ricoprono cariche differenti.

Inoltre l'incorporazione per fusione inizialmente deliberata non è mai stata attuata.

La sussistenza di motivi di esclusione imputabili all'ausiliaria, giammai potrebbe riverberarsi sulla concorrente-OMISSIS-, ostandovi l'art. 89, comma 2, del d.lgs n. 50/2016.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 - Violazione delle Linee Guida ANAC n. 6. Difetto di motivazione e di istruttoria. Ingiustizia manifesta, difetto assoluto dei presupposti. Violazione degli artt. 27, comma 2, Cost. e 6, comma 2, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Le condotte ascritte al Sig. -OMISSIS-non sarebbero idonee ad intaccare l'affidabilità professionale della Società ricorrente, anzitutto perché contenute in un provvedimento cautelare adottato nella fase delle indagini preliminari: detta misura cautelare non sarebbe dunque idonea a costituire quello "adeguato mezzo di prova" del "grave illecito" suscettibile di cagionare l'esclusione dalla gara, in contrasto proprio con l'art. 80, comma 5, lett. c), del codice e dei presupposti ivi normati.

Anche per le Linee Guida n. 6 il mezzo di prova "*adeguato*", in caso di "*illecito di natura penale*", è solo la condanna.

3) Violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 57, par. 4, della Direttiva UE n. 24/2014, con riferimento ai relativi presupposti applicativi soggettivi. Erronea ed illegittima applicazione delle Linee Guida ANAC n. 6. Difetto di motivazione e di istruttoria. Ingiustizia manifesta, difetto assoluto dei presupposti. Violazione dei generali principi di proporzionalità e trasparenza di derivazione euro-unitaria e del generale principio della natura soggettiva e personale della responsabilità (divieto della c.d. "responsabilità oggettiva").

La revoca sarebbe illegittima anche perché non potrebbe scattare la misura espulsiva di cui al comma 5, lett. c), allorché i fatti (astrattamente rientranti nei “gravi illeciti professionali”) siano ascrivibili a soggetti individuati nel comma 3 dello stesso art. 80.

L’art. 80 prevede quattro tipologie di cause di esclusione: il comma 3 perimetra il piano soggettivo delle fattispecie contemplate nei primi due commi, disponendo che i relativi fatti (sentenza, decreto, misura interdittiva) sono rilevanti ai fini dell’esclusione (automatica) se relativi ai titolari, ai soci, ai direttori tecnici, ai legali rappresentanti, ecc., con impossibilità di estendere la previsione alle ulteriori cause di esclusione previste dai successivi commi 4 e 5.

La Fondazione avrebbe violato le prescrizioni poste dai richiamati commi dell’art. 80, utilizzando un fatto commesso da uno dei soggetti individuati dal comma 3 per applicare una fattispecie rientrante nelle (“elastiche”) cause di esclusione previste dal comma 5.

Le clausole di esclusione dovrebbero invece essere oggetto di stretta interpretazione, in ossequio al principio del *favor participationis*.

La tassatività delle cause di esclusione sarebbe del resto sancita nel comma 8 dell’articolo 83 del d.lgs. n. 50/2016 (*“I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*).

Invero le fattispecie (anche elasticamente) contenute nel comma 5 sarebbero esclusivamente riferite allo “operatore economico” che concorre alla gara, nella specie la società per azioni denominata “-OMISSIS-”.

Né a tale conclusione osterebbero le Linee Guida ANAC, secondo cui i gravi illeciti professionali assumono rilevanza anche quando sono riferiti ai soggetti individuati nel comma 3 dell’art. 80, poiché esse, oltre a non avere natura vincolante, si porrebbero in contrasto non solo con il comma 5 dell’art. 80, ma anche con il dettato dello stesso comma 3, che si riferisce testualmente alle sole ipotesi tassative di esclusione previste ai commi 1 e 2 dell’art. 80. Tale

disposizione non potrebbe essere oggetto di interpretazioni estensive o analogiche.

L'estensione ai soggetti individuati al comma 3 dell'art. 80 si porrebbe anche in contrapposizione con l'art. 57, par. 4, lett. c), della direttiva n. 24/2014, secondo cui *“le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: ... c), se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità”*.

4) Violazione sotto altro profilo dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016. Ingiustizia manifesta, difetto assoluto dei presupposti. Violazione dei generali principi di proporzionalità e trasparenza.

Vi sarebbe un'ulteriore argomentazione che renderebbe invalutabile la condotta ascritta a-OMISSIS-, quindi illegittima la revoca dell'aggiudicazione. Posto che l'art. 80, comma 5, dettato in tema di “illecito professionale”, si riferirebbe a condotte relative al solo operatore economico (ossia il soggetto imprenditoriale che concorre alla gara), per poter ampliare la nozione di “operatore economico”, così da attribuire rilevanza anche alle condotte poste in essere delle “persone fisiche” che lo rappresentano, in assenza di una previsione normativa, dovrebbe farsi ricorso al principio di “immedesimazione organica”, il quale postula che le condotte tenute dalle persone fisiche rappresentanti dell'ente siano poste in essere nell'interesse dello stesso ente; in particolare nell'interesse dell'impresa concorrente.

-OMISSIS- sarebbe invece del tutto estranea alle vicende ascritte al suo ex Presidente del Consiglio di Amministrazione, atteso che la misura cautelare è stata applicata in relazione a condotte che lo stesso avrebbe posto in essere nell'esclusivo (presunto) interesse di una diversa società, La -OMISSIS- S.r.l., nella cui compagine il -OMISSIS- è socio.

In subordine si chiede si chiede di formulare rinvio ex art. 267 T.F.U.E., al fine di acquisire il parere della Corte di Giustizia sulla seguente questione: *“se, ai sensi degli artt. 57, par. 1 e 4 della Direttiva 26 febbraio 2014 n. 2014/24/UE e dell’art. 80, commi 1, 3 e 5 lett. c) del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, i <<gravi illeciti professionali>> rilevanti ai fini dell’esclusione dalle gare siano solo quelli direttamente riferibili all’<<operatore economico>> che partecipa alla gara (ad es. le risoluzioni contrattuali, le penali, le an-notazioni nel casellario informatico dell’ANAC) o anche quelli realizzati dalle <<persone>> indicate all’art. 57, par. 1 della Direttiva 26 febbraio 2014 n. 2014/24/UE e all’art. 80, comma 3 D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in quanto posti in essere da persone fisiche che agiscono in nome e per conto dell’operatore economico o esercitano funzioni di amministrazione e controllo dello stesso. E nel caso si opti per tale seconda soluzione se rileva qualunque condotta commessa dalla persona fisica o solo quelle commesse nell’interesse dell’operatore economico”*.

5) Violazione e falsa applicazione dell’art. 80, commi 5, 7 e 8, del d.lgs. n. 50/2016. Violazione dell’art. 57, par. 6, della direttiva UE n. 24/2014. Difetto di motivazione e di istruttoria. Eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti e manifesta irragionevolezza. Ingiustizia manifesta.

Il 27.05.2020 è intervenuta la misura cautelare nei confronti del suo Presidente del CdA e lo stesso giorno-OMISSIS-avrebbe espresso la dissociazione dalle condotte a questi ascritte, rimuovendolo da qualsiasi carica.

La dissociazione e le successive misure di *self cleaning* sarebbero state tempestivamente assunte dalla Società e tutte comprovate alla stazione appaltante da idonea documentazione.

Il Consiglio di Amministrazione, infatti, convocato d’urgenza lo stesso 27.04.2020, avrebbe immediatamente deliberato di adottare tutte le necessarie misure di *self cleaning*, tra cui la dissociazione dalla condotta del socio, la rimozione dello stesso da tutte le cariche sociali (in tale senso, sono state accolte le sue dimissioni volontarie), nonché l’avvio di un’azione di

responsabilità per il risarcimento del danno ex art. 2043 c.c., preceduta da una diffida inviata al socio, con cui gli è stata preannunciata l'imminente azione.

In data 15.05.2020, -OMISSIS- abbia notificato un atto di citazione nei confronti del Sig. -OMISSIS- dinanzi al Tribunale civile di Bari, volto a incardinare il giudizio teso ad ottenere il risarcimento dei danni subiti dalla società.

Infine -OMISSIS- ha altresì aggiornato la stazione appaltante circa la definitiva rimozione della potenziale causa ostativa, rappresentando l'intervenuta revoca della misura cautelare precedentemente emessa nei confronti del Sig. -OMISSIS-, nonché che entro la metà di novembre 2020 si sarebbe perfezionata la già avviata cessione delle sue partecipazioni in seno alla società.

Non troverebbe, fondamento nella previsione richiamata che le misure di *self cleaning* potrebbero valere solo per il futuro.

Il comma 7 dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 stabilisce che *“l'operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, ... o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti”* (c.d. misure di *self cleaning*).

Ancor più chiara sarebbe la norma euro-unitaria: *“l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti”* (art. 57, par. 6, della direttiva 24/2014).

Non potrebbe dunque aderirsi alla pretesa della Stazione appaltante ove, al cospetto di una (potenziale) causa di esclusione, pretende: i) di farne “retroagire” gli effetti al momento della partecipazione alla procedura nonostante la causa fosse sopravvenuta alla stessa; ii) di contro, di

riconoscerne la capacità “redentiva” solo ai fini della partecipazione alle gare successive.

Quindi si contesta non soltanto l’assenza dei presupposti dell’operato della Fondazione resistente – che non troverebbe appiglio normativo nel comma 7 dell’art. 80 – ma anche l’insufficienza della motivazione in cui sarebbe incorsa, in violazione anche del successivo comma, il quale subordina l’esclusione dell’operatore che abbia posto in essere le misure di *self cleaning* ad una rigorosa motivazione circa il giudizio di (in)sufficienza delle stesse ai fini del giudizio di permanenza dei requisiti di cui all’art. 80, comma 5, d.lgs. 50/2016. Non vi sarebbe nel provvedimento impugnato alcun riferimento alle ragioni per le quali le molteplici misure di dissociazione de-OMISSIS-, rispetto alle condotte ascritte al suo socio, siano inidonee a “salvaguardare” il vincolo fiduciario con la stazione appaltante.

A nulla rileverebbe in primo luogo il possesso della quota societaria, che non soltanto sarebbe stata totalmente neutralizzata quanto ai poteri gestori esercitabili, ma sarebbe stata poi anche definitivamente ceduta, come già preannunciato dalla società in occasione dell’interlocuzione con la Fondazione resistente.

Inoltre con la rappresentata definitiva revoca della misura cautelare, intervenuta in data 30.09.2020, sarebbe venuto meno il presupposto stesso del potenziale illecito professionale.

Né una valida motivazione della non effettiva discontinuità nella gestione potrebbe rintracciarsi nel legame di parentela intercorrente tra i Signori -OMISSIS- e -OMISSIS-, in quanto detto legame non assumerebbe alcuna valenza al fine di determinare le scelte gestionali della Società se, come nella specie, non sia accompagnato da un effettivo potere di incidere sull’assunzione delle decisioni e dalla spendita di un potere di rappresentanza. Sarebbe solo il neo rappresentante della comunione, il Sig. -OMISSIS-, a prendere parte alle Assemblee degli azionisti ed a esprimere per la comunione il proprio voto nelle deliberazioni assunte dall’organo assembleare nelle

materie ad esso spettanti dallo statuto e dalla legge. Di converso, il comproprietario, che non riveste il ruolo di rappresentante comune – nella specie il Sig. -OMISSIS—, sarebbe inibito dal poter esercitare un qualsivoglia diritto sia di tipo sostanziale che processuale.

Si sono costituite in giudizio l'ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, la -OMISSIS- e la Fondazione Lirico Sinfonica Petruzzelli e Teatri di Bari.

Le ultime due hanno anche prodotto memoria difensiva e documentazione in vista della camera di consiglio del 13.01.2021, fissata per la trattazione della domanda cautelare.

Con ordinanza n. 18 del 15.01.2021, quest'ultima è stata respinta.

L'appello proposto avverso la richiamata ordinanza è stato respinto dal Consiglio di Stato, sezione V, con ordinanza n. -OMISSIS-.

Anche l'ANAC ha depositato memoria difensiva e la Fondazione resistente memorie ex art. 73 c.p.a..

Nell'udienza tenutasi in modalità da remoto il 14.04.2021 il ricorso è stato rattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso in esame la Società-OMISSIS-impugna la determina del Sovrintendente della Fondazione resistente in data 27.10.2020, con cui è stata disposta la revoca dell'aggiudicazione in suo favore della procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia delle sedi di pertinenza e si è proceduto allo scorrimento della graduatoria a vantaggio di -OMISSIS-, nonché, *in parte qua*, le Linee Guida ANAC n. 6 e chiede altresì la declaratoria di inefficacia e nullità del contratto, ove stipulato tra la Fondazione resistente e la -OMISSIS-, nonché il risarcimento del danno.

1.1. Il ricorso è destituito di fondamento.

1.2. Occorre preliminarmente inquadrare l'istituto del grave illecito professionale, per individuarne la disciplina generale, per poi vagliare il caso specifico qui in rilievo.

2. Già sotto la previgente disciplina l'art. 45, paragrafo 2, lett. d), della direttiva 2004/18/CE stabiliva:

“2. Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico ...d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice” e, in sua attuazione, l'art. 38, comma 1, lett. f), 2° periodo, del d.lgs. n. 163/2006 prevedeva: “sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: ... che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”.

Si rimarca il carattere ampiamente discrezionale che già connotava il requisito generale così come era configurato nella precedente disciplina e la cui sussistenza o meno in concreto dipendeva anche dall'effettiva valutazione di una determinata condotta che la stazione appaltante eseguiva.

2.1. Nella direttiva n. 2014/24/UE la condotta in questione, dall'accezione molto ampia (potendo riferirsi a diverse tipologie di situazioni), viene qualificata come grave illecito professionale, integrante una causa di esclusione facoltativa, secondo il diritto europeo.

Segnatamente l'art. 57, par. 4), lett. c), prevede: *“4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico ...:*

c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità”.

Tale disposizione va poi letta contestualmente alle affermazioni contenute nel Considerando 101 della direttiva stessa: *“Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali,*

comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale. È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto.

Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale. Dovrebbero anche poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico...”.

2.2. Nel nostro ordinamento nazionale il Codice dei Contratti di cui al d.lgs n. 50/2016, che ha dato attuazione alla predetta direttiva UE, all'art. 80 ha individuato le cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di appalti pubblici, prevedendo, per quanto di interesse, al comma 5, lett. c): “5. *Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico ... qualora:*

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”.

2.3. Il grave illecito professionale evidentemente integra una causa di esclusione; la sua assenza rappresenta uno dei requisiti generali di

partecipazione alle gare tese all'attribuzione di contratti pubblici.

Dall'esatta individuazione della natura del grave illecito professionale derivano determinate conseguenze.

3. In primo luogo occorre precisare che, come affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 8 del 20.07.2015, che richiama le decisioni n. 10 del 2014, nn. 15 e 20 del 2013; nn. 8 e 27 del 2012; n. 1 del 2010), il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, in quanto, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col principio del *favor participationis*, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente, dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica.

Tale previsione è a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e, perciò, della sicurezza, per la stazione appaltante, dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la Pubblica Amministrazione.

4. Con specifico riguardo alla causa di esclusione ed al correlato requisito di partecipazione in esame, diversamente da quanto avviene per gli altri casi previsti *ex lege* ed enucleati nel menzionato art. 80 del Codice dei Contratti, la formulazione della norma è tale da consentirne un'interpretazione elastica, così da ricomprendere ogni ipotesi in cui, sulla base di una valutazione discrezionale, della quale viene data contezza attraverso un'idonea motivazione, la stazione appaltante ravvisi appunto un grave illecito professionale.

La disposizione di cui al citato art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei Contratti, infatti, non indica la fattispecie astratta in maniera esaustiva, ma

rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, che utilizza allo scopo elementi o criteri extragiuridici.

Perciò può attribuirsi rilevanza ad ogni tipologia di illecito che, per la sua gravità, sia in grado di minare l'integrità morale professionale e/o l'affidabilità del concorrente, dovendo ricomprendersi nel concetto di grave illecito professionale ogni condotta collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria, in particolare, ad un dovere imposto da una norma giuridica (cfr.: Cons. Stato, sez. III, 5.9.2017, n. 4192).

5. Proprio l'evidenziato carattere estremamente elastico della previsione normativa in esame, tale da ricomprendere qualsiasi ipotesi in cui la stazione appaltante ravvisi ragioni per ritenere l'inaffidabilità o l'immoralità della ditta concorrente nell'ambito di una procedura di gara di appalto, unitamente alla ratio alla stessa sottesa, comporta che, differentemente da quanto assunto in ricorso, non possa limitarsi la sua estensione ai casi strettamente e letteralmente riferibili all'operatore economico, inteso come ditta concorrente, dovendo l'illecito professionale concernente, come nella specie, un fatto di rilevanza penale, fisiologicamente necessariamente essere ascritto ad una persona fisica.

Non v'è dubbio che una società possa essere esclusa da una procedura di gara ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 per un grave illecito professionale commesso da un suo esponente, non tanto in virtù del 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, per altro principio già definito del “contagio” (cfr.: Cons. Stato, sez. V, 4.6.2020, n. 3507; *id.* 3.12.2018, n. 6866).

5.1. Secondo quest'impostazione, che si condivide, 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 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.

È dato in questo modo seguito a quanto affermato dall'Adunanza plenaria 6.11.2013, n. 24, già in relazione al vecchio codice dei contratti pubblici (ove si rammenta che analoga disposizione era contenuta all'art. 38, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 163/2006), secondo cui la finalità della normativa sui requisiti di idoneità morale è quella di *“assicurare che non partecipino alle gare, né stipulino contratti con le amministrazioni pubbliche, società di capitali con due o tre soci per le quali non siano attestati i previsti requisiti di idoneità morale in capo ai soci aventi un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società; dovendosi accedere ad un'interpretazione teleologica delle disposizioni de qua che, senza fermarsi al dato meramente letterale, si armonizzino con la ratio specifica della normativa sugli appalti pubblici, per la quale è ostativo il mancato possesso dei requisiti morali da parte di soci idonei a influenzare, in termini decisivi e ineludibili, le decisioni societarie”*.

6. Se questa è la ragione del giudizio di inaffidabilità dell'ente, è del tutto irrilevante stabilire se la condotta sanzionata in sede penale sia stata commessa dalla persona fisica per interesse proprio ovvero per avvantaggiare la Società di appartenenza, in quanto conta soltanto che essa abbia avuto luogo nell'esercizio dell'attività professionale; accertata questa condizione, quale che fosse il beneficiario del reato, l'aver riportato una condanna penale è indice di carenza di integrità e di affidabilità morale che la stazione appaltante può apprezzare per decidere se tenere in gara l'operatore economico ovvero escluderlo (in tal senso Corte di Giustizia dell'Unione europea, 20.12.2017 nella causa C-178/16 Impresa di costruzioni ing. E. Mantovani S.p.A., cfr. par. 34: *“ il diritto dell'Unione muove dalla premessa che le persone giuridiche agiscono tramite i propri rappresentanti. Il comportamento contrario alla moralità professionale di questi ultimi può quindi costituire un elemento rilevante ai fini della valutazione della moralità professionale di un'impresa.”*).

7. Alla luce di quanto sin qui evidenziato, non si ritiene neppure di dover rimettere alla Corte di Giustizia UE la questione pregiudiziale segnalata da parte ricorrente.

Sebbene con la direttiva siano state delineate due distinte cause di esclusione facoltative, assoggettate a due differenti regimi probatori, non appare incompatibile la scelta compiuta dal legislatore italiano che ha disciplinato l'esclusione per grave illecito professionale in termini di obbligatorietà ed ha costruito la figura come un *genus* (pressoché coincidente con la causa di esclusione individuata dall'art. 57, comma 4, lett. c), della direttiva) al cui interno è possibile collocare le più diverse fattispecie.

La scelta del Codice dei Contratti pubblici, oltre a non contrastare con la previsione dell'art. 57, comma 4, della direttiva, è conforme ai principi desumibili dal considerando 101 della stessa direttiva in precedenza citato.

Deve ribadirsi che la stazione appaltante correttamente vaglia l'intera esperienza professionale dei soggetti apicali mediante la quale la Società partecipante opera, in quanto sono costoro a determinarne il comportamento sul mercato e conseguentemente ben può ritenere integrata un'ipotesi di grave illecito disciplinare nel caso in cui abbia costituito oggetto di procedimento penale la condotta del proprio legale rappresentante, anche se censurata specificamente nell'ambito di un'azione posta in essere per altra Società.

8. Conseguentemente sono legittime le Linee Guida n. 6 dell'ANAC, pure impugnate in questa sede, laddove, per la configurabilità della fattispecie del grave illecito professionale, attribuiscono rilevanza alle condanne degli organi dei soggetti concorrenti.

9. In ragione del carattere lato della previsione normativa in esame, qualsiasi condotta, di cui venga contestata dall'Autorità la contrarietà alla legge e collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere sul processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti in ordine alla valutazione dei concorrenti come operatori complessivamente

affidabili (cfr.: Cons. Stato, sez. III, 29.11.2018, n. 6787), a prescindere dall'esito dell'eventuale procedimento penale instaurato.

9.1. Pertanto non si rende necessaria, ai fini di detta valutazione, l'intervenuta condanna penale a carico dei soggetti apicali, ben potendo rilevare anche solo la pendenza di un procedimento penale; è evidente che in tale ipotesi non si determina un'esclusione automatica dalla gara dell'operatore economico, bensì l'esclusione potrà essere disposta solo all'esito di una doverosa valutazione dei fatti oggetto di procedimento penale e della loro incidenza sulla professionalità dell'operatore economico, valutazione che, con adeguata motivazione, deve dare conto proprio delle ragioni dell'eventuale esclusione disposta. In altre parole, i fatti di rilevanza penale presi in considerazione dalla stazione appaltante devono risultare, all'esito di un'attenta istruttoria e di un approfondito esame e di una circostanziata valutazione, espressivi appunto di un grave illecito professionale.

Quindi la dimostrazione "con mezzi adeguati" di grave illecito professionale deve avvenire proprio nei modi appena illustrati.

10. Non ostano a tale conclusione le Linee guida dell'ANAC n. 6, che, occupandosi proprio del grave illecito professionale, attribuiscono rilevanza alle condanne non definitive, non considerando invece la mera pendenza di un procedimento penale e/o la adozione di misure cautelari.

10.1. Occorre considerare che, all'art. 80, comma 13, del d.lgs n. 50/2016, si prevede soltanto: *"Con linee guida l'ANAC [...] può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)."*

10.2. Sono poi le stesse Linee Guida, nella premessa, a rilevare: *"Le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta"*

indicata dall'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi”.

10.3. Della natura non vincolante delle Linee Guida si ha riscontro nel parere del Consiglio di Stato 3.11.2016, n. 2286, dal quale non vi è ragione di discostarsi.

10.3. Può pertanto sostenersi che non è pertanto corretta l'affermazione secondo cui l'adozione di misura cautelare *“non costituisce adeguato mezzo di prova della commissione di grave illecito professionale”* idoneo all'esclusione dell'operatore economico.

11. Occorre infine appurare come possa incidere, nel senso di obliterare l'assenza del requisito di partecipazione de quo, l'adozione di misure di *self cleaning*.

Occorre evidenziare al riguardo che la finalità di dette misure è quella di legittimare le imprese alla dimostrazione della propria concreta affidabilità, superando l'attitudine preclusiva della sussistenza di una o più cause di esclusione dalla procedura di gara.

11.1. Si richiama sul punto il considerando 102 della direttiva, il quale prevede: *“è opportuno consentire che gli operatori economici possano adottare misure per garantire l'osservanza degli obblighi volte a porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e a impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verifichino di nuovo. Tali misure potrebbero consistere, in particolare, in misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento. Qualora tali misure offrano garanzie sufficienti, l'operatore economico interessato non dovrebbe più essere escluso solo sulla base di tali motivi. Gli operatori economici dovrebbero avere la possibilità di chiedere che siano esaminate le misure adottate per garantire l'osservanza degli obblighi ai fini di una possibile ammissione alla procedura di aggiudicazione.”.*

11.2. In primo luogo deve affermarsi che l'adozione di misure di *self cleaning* non consente automaticamente di eliminare la rilevanza escludente degli illeciti professionali commessi dal concorrente, perché l'idoneità sanante di tali misure deve essere a sua volta oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante, mediante un provvedimento espresso (cfr: T.a.r. Lazio n. 8288/2018).

11.3. Il momento *ne ultra quem* per l'adozione delle misure di *self cleaning* e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte.

Esse valgono, perciò, per le gare bandite successivamente alla loro adozione; ove invece fosse diversamente ammessa una sua allegazione successiva, si paleserebbe una violazione della par condicio dei concorrenti (cfr. *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, n. 2260 del 2020; T.a.r. Lazio, sez. II, n. 13166 del 2020).

12. Fatto il dovuto inquadramento della causa di esclusione del 'grave illecito professionale', deve vagliarsi la specifica vicenda qui in oggetto, concernente la ricorrente Società-OMISSIS-, per verificare la legittimità o meno della revoca dell'aggiudicazione disposta dalla Fondazione resistente nei suoi confronti.

12.1. In data 27.04.2020 il -OMISSIS-, legale rappresentante e socio unico in comunione pro indiviso di detta Società, è stato sottoposto alla misura della custodia cautelare per effetto di un'ordinanza emessa dal G.i.p. di -OMISSIS-, per i reati di cui all'art. 110, 81 cpv, e 321 c.p. (corruzione in concorso - reato continuato) con riferimento ad un affidamento del Comune di -OMISSIS-(TO) in favore della Società La -OMISSIS- S.r.l. in relazione ad attività che il -OMISSIS-.

Tale circostanza è stata altresì comunicata in data 30.04.2020 alla stazione appaltante dalla stessa Società -OMISSIS-, che, tuttavia, ha dichiarato la propria estraneità alle condotte che avevano portato all'applicazione della misura cautelare nei confronti del Sig.-OMISSIS-.

12.2. L'applicazione della misura cautelare della custodia in carcere è del tutto pacifica, come pacifico è il titolo di reato contestato, particolarmente grave e afferente all'attività professionale - ed infatti la condotta che vi ha dato luogo consisteva nell'attivazione del Sig. -OMISSIS- per far consegnare denaro contante ad un funzionario pubblico nel contesto di una gara di appalto nell'interesse della società La -OMISSIS-.

12.3. Né rileva in alcun modo la circostanza, rimarcata in ricorso, che la misura cautelare a carico del Sig. -OMISSIS- è stata revocata, essendo, ai fini della decisione sul vaglio di legittimità degli stessi, irrilevante la sopravvenuta cessazione delle esigenze cautelari rispetto alla situazione di fatto sottostante, pacificamente sussistente al momento di emissione dei medesimi, per nulla mutata.

Va, infatti, tenuto conto che ciò è avvenuto, non per una nuova valutazione dei profili di responsabilità penale del medesimo, bensì per il venir meno del rischio di inquinamento delle prove e di reiterazione del reato ed anzi (elemento valutato dalla stazione appaltante) in virtù proprio delle dichiarazioni di parziale ammissibilità rese dallo stesso.

12.4. Come si legge nel provvedimento impugnato: *“Il Sig.-OMISSIS-, Presidente del C.d.A. e socio unico della comunione pro indiviso con il -OMISSIS-della-OMISSIS-S.p.a. al momento della partecipazione alla gara e dell'aggiudicazione del servizio, risulta essere indagato per il reato di corruzione ex art. 321 c.p.”.*

La ricostruzione eseguita dalla stazione appaltante risulta corretta.

Tenuto conto della punteggiatura adoperata, quest'ultima ha correttamente inteso riferire al momento della partecipazione alla gara ed all'aggiudicazione la posizione ricoperta dal Sig. -OMISSIS- all'interno della Società-OMISSIS-, e non già, come si asserisce erroneamente in ricorso, il suo *status* di indagato.

13. L'adozione della misura cautelare *de qua* è stata attentamente vagliata dalla Fondazione Petruzzelli, che ne ha attribuito rilevanza determinante per ritenere integrato nella specie il grave illecito professionale, per la posizione

centrale ricoperta da -OMISSIS-all'interno della Società ricorrente, anche se la condotta che l'ha originata è riferibile ad altra Società – La -OMISSIS-.

13.1. Proprio per quanto appena evidenziato, non rileva ex se il fatto, rimarcato in ricorso, che nella specie la condotta di rilievo penale sia stata contestata al Sig. -OMISSIS-in relazione ad altro soggetto – Società La -OMISSIS- S.r.l..

Come già in precedenza è stato, infatti, evidenziato, una Società può essere esclusa da una procedura di gara, ex art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, per un grave illecito professionale commesso da un suo esponente, *“non tanto in virtù del 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, per altro principio già definito del “contagio”.*

È del tutto irrilevante stabilire se la condotta sanzionata in sede penale sia stata commessa dalla persona fisica per interesse proprio ovvero per avvantaggiare la Società di appartenenza; quel che conta è che essa abbia avuto luogo nell'esercizio dell'attività professionale:

Accertata questa condizione, quale che fosse il beneficiario del reato, l'aver riportato una condanna penale è indice di carenza di integrità e di affidabilità morale che la stazione appaltante può apprezzare per decidere se tenere in gara l'operatore economico ovvero escluderlo.

14. Peraltro tra -OMISSIS-. e La -OMISSIS- S.r.l. sussiste una fitta rete di rapporti: la -OMISSIS- risultava di proprietà al 50% di ciascuno degli stessi fratelli -OMISSIS- e -OMISSIS-, aveva gli stessi componenti ordinari del collegio sindacale (oltre ad avere in comune uno dei due supplenti), aveva il medesimo procuratore speciale (-OMISSIS-), con identici poteri, e tre unità locali in comune, tra cui quella di -OMISSIS-.

15. Neppure può rilevare la circostanza che la misura cautelare e gli stessi presunti fatti che l'hanno originata siano successivi all'aggiudicazione. In

proposito si rinvia a quanto già evidenziato nella presente disamina in ordine alla necessaria continuità nel possesso dei requisiti.

16. Dalla lettura del provvedimento gravato risulta che la stazione appaltante ha eseguito un'autonoma attenta e approfondita valutazione della vicenda penale che ha riguardato il Sig.-OMISSIS-, considerando le emergenti circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all'apprezzamento di integrità morale e affidabilità professionale della Società ricorrente.

16.1. Ne ha dato esaustiva contezza in un'articolata motivazione (il provvedimento consta di ben 11 pagine).

17. Infine parte ricorrente invoca, per sostenere l'insussistenza dei presupposti per disporre nei suoi riguardi la revoca dell'aggiudicazione della gara in parola, l'avvenuta adozione di misure di *self cleaning*, con dissociazione dalla condotta contestata al Sig.-OMISSIS-.

Come anche la stazione appaltante non ha mancato di evidenziare, esse non possono che valere per il futuro per le gare bandite successivamente alla loro adozione, altrimenti determinandosi la violazione della *par condicio* tra i concorrenti.

18. Deve peraltro considerarsi che dalla visura camerale storica emerge che solo in data 20.05.2020, cioè circa un mese dopo, il Sig. -OMISSIS-è formalmente cessato dalla carica di -OMISSIS- (per dimissioni volontarie); inoltre il mutamento del legale rappresentante della comunione *pro indiviso* in nulla ha inciso nella sostanza sull'assetto proprietario che, per vedere estromesso il socio -OMISSIS-, richiedeva una vera e propria modifica/scioglimento del patto di famiglia, con coerente necessaria rinuncia ai connessi benefici fiscali. Si fa presente al riguardo che solo il 13.11.2020, perciò successivamente all'adozione del provvedimento in questa sede gravato, la suddetta quota risulta essere stata altresì ceduta.

19. Deve concludersi che l'operato della Fondazione resistente appare immune da vizi e che pertanto il provvedimento censurato è legittimo.

19.1. Ne consegue che il ricorso è infondato e deve essere conseguentemente respinto.

20. Le spese di giudizio seguono la soccombenza, ponendosi a carico della ricorrente, e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso, come in epigrafe proposto;
- condanna la ricorrente-OMISSIS-alla refusione delle spese di giudizio, nella misura di € 2.000,00 (duemila/00) ciascuna, quanto alla resistente Fondazione ed alla controinteressata Società, e di € 1.000,00 (mille/00), quanto all'ANAC.

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 le persone fisiche citate in sentenza.

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio da remoto del giorno 14 aprile 2021, con l'intervento dei Magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Rita Tricarico, Consigliere, Estensore

Desirèe Zonno, Consigliere

L'ESTENSORE

Rita Tricarico

IL PRESIDENTE

Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO

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