

## **Non è possibile sostituire l'ausiliaria priva dei requisiti se la stessa "condiziona", in qualità di socio unico, l'operatore offerente**

di Oreste Masi

Data di pubblicazione: 7-2-2025

*"...a fronte di un motivo di esclusione dell'ausiliaria (diverso dall'ipotesi di dichiarazione inveritiera), l'art. 89, comma 3 [ora, articolo 104, comma 6, del decreto legislativo n. 36 del 2023] consente (anzi, impone) la sostituzione anche nell'ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto (per questo, è stato definito "istituto del tutto innovativo" da Cons. Stato, III, 25 novembre 2015, n. 5359...). La sostituzione dell'ausiliaria durante la procedura è istituto patentemente derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi: e, per questa via, della stessa offerta), ma risponde all'esigenza stimata superiore di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per solo questo fatto, escluso (Consiglio di Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527).*

*Più di recente il Consiglio di Stato ha precisato, con riguardo all'art. 63 (Affidamento sulle capacità di altri soggetti) della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che tale disposizione "punta a consentire la più ampia partecipazione alla gara degli operatori economici privi dei prescritti requisiti, mediante forme di collaborazione con altre imprese ausiliarie. Al tempo stesso la norma intende assicurare che l'esecuzione delle prestazioni sia svolta da soggetti effettivamente in possesso di adeguata capacità e moralità. A questa duplice esigenza risponde la possibilità di sostituire l'impresa ausiliaria che non soddisfi i requisiti o nei cui confronti sussista una causa di esclusione. La perentorietà della formula legislativa europea fa assurgere la stazione appaltante a garante del favor participationis, "imponendole" di consentire la sostituzione dell'ausiliario e, quindi, sollecitandola ad attivarsi per garantire la celere conclusione del contratto e la sua esecuzione, a guisa di tutrice del buon andamento e dell'efficienza della procedura di evidenza pubblica (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza 20 marzo 2020, n. 2005" (T.A.R. Campania - sezione staccata di Salerno, sezione prima, sentenza n. 1840 del 2020)."*

N. 04342/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01771/2024 REG.RIC

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1771 del 2024, proposto da

-OMISSIS-. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Saverio Sticchi Damiani e Walter Perrotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;;

**contro**

Comune di Castellammare di Stabia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Antonella Verde e Giuseppina Moccia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

sul ricorso numero di registro generale 1773 del 2024, proposto da

-OMISSIS-. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Saverio Sticchi Damiani e Walter Perrotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**contro**

Comune di Castellammare di Stabia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Antonella Verde e Giuseppina Moccia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**nei confronti**

Nivi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia*

quanto al ricorso n. 1771 del 2024:

- della nota -OMISSIS-- Uscita - 11/03/2024 del Comune di Castellammare di Stabia, avente a oggetto "*PROCEDURA APERTA EX ART. 71 D.LGS. N. 36/2023 CON AGGIUDICAZIONE SECONDO IL CRITERIO DELL'OFFERTA ECONOMICA PIÙ VANTAGGIOSA EX ART. 108, COMMA 2, D.LGS. N. 36/2023 FINALIZZATA ALL'AFFIDAMENTO PER ANNI CINQUE DELLA GESTIONE PROCEDURE CONNESSE CON L'ACCERTAMENTO DELLE SANZIONI ALLE NORME DEL CODICE DELLA STRADA - CUI -OMISSIS-GARA N. -OMISSIS-*" - Lotto n. 1 CIG -OMISSIS- Servizio di gestione del ciclo globale del procedimento sanzionatorio originato dagli atti di accertamento per le violazioni alle norme del Codice della Strada;

- di ogni atto altro connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi inclusi: la determinazione -OMISSIS-del 12 marzo 2024 del Settore VII Area Polizia Municipale del Comune di Castellammare di Stabia; il verbale di seggio monocratico n. 5 dell'11 marzo 2024; la nota prot. n-OMISSIS-

nonché per la declaratoria d'inefficacia del contratto, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 121 e 122 del codice del processo amministrativo;

e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica mediante la riammissione della ricorrente alla procedura di gara oggetto di gravame, ovvero in subordine al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 124 del codice del processo amministrativo;

quanto al ricorso n. 1773 del 2024:

- della nota -OMISSIS- - Uscita - 11/03/2024 del Comune di Castellammare di Stabia, avente a oggetto "*PROCEDURA APERTA EX ART. 71 D.LGS. N. 36/2023 CON AGGIUDICAZIONE SECONDO IL CRITERIO DELL'OFFERTA ECONOMICA PIÙ VANTAGGIOSA EX ART. 108, COMMA 2, D.LGS. N. 36/2023 FINALIZZATA ALL'AFFIDAMENTO PER ANNI CINQUE DELLA GESTIONE PROCEDURE CONNESSE CON L'ACCERTAMENTO DELLE SANZIONI ALLE NORME DEL CODICE DELLA STRADA - CUI -OMISSIS-GARA N. -OMISSIS-*" - Lotto n. 2 CIG-OMISSIS- Notificazione atti di accertamento all'Estero delle sanzioni amministrative derivanti dalle violazioni alle norme del Codice della Strada;

- di ogni atto altro connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi inclusi il verbale di seggio monocratico n. 5 dell'11 marzo 2024 e la nota prot. n-OMISSIS-

nonché per la declaratoria d'inefficacia del contratto, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 121 e 122 del codice del processo amministrativo;

e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica mediante la riammissione della ricorrente alla procedura di gara oggetto di gravame, ovvero in subordine al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo

124 del codice del processo amministrativo;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castellammare di Stabia;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli articoli 74 e 120 del codice del processo amministrativo;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2024 la dott.ssa Valeria Ianniello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue;

### FATTO e DIRITTO

1. Il Collegio ritiene, in primo luogo, di disporre la riunione dei ricorsi, per ragioni di connessione soggettiva e oggettiva.

2. Con bando di gara pubblicato il 17 novembre 2023, il Comune di Castellammare di Stabia - Settore VII Area Polizia Municipale ha indetto una "PROCEDURA APERTA EX ART. 71 D.LGS. N. 36/2023 CON AGGIUDICAZIONE SECONDO IL CRITERIO DELL'OFFERTA ECONOMICA PIÙ VANTAGGIOSA EX ART. 108, COMMA 2, D.LGS. N. 36/2023 FINALIZZATA ALL'AFFIDAMENTO PER ANNI CINQUE DELLA GESTIONE DEI SERVIZI CONNESSI CON IL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO RELATIVO ALLE VIOLAZIONI ALLE NORME DELLA CIRCOLAZIONE STRADALE - CUI -OMISSIS-", suddivisa in:

- LOTTO 1 CIG -OMISSIS- Servizio di gestione del ciclo globale del procedimento sanzionatorio originato dagli atti di accertamento per le violazioni alle norme del Codice della Strada;

- LOTTO 2 CIG-OMISSIS- Gestione afferente la procedura relativa alle sanzioni amministrative per le violazioni alle norme del Codice della Strada accertate a carico di residenti all'Estero.

2.1 Con l'impugnato provvedimento -OMISSIS-- Uscita - 11/03/2024, lo stesso Comune ha disposto "l'esclusione dell'operatore economico offerente-OMISSIS-. srl. dalla partecipazione alla procedura aperta ex art. 71 d.lgs. n. 36/2023 con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa ex art. 108, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 finalizzata all'affidamento per anni cinque della gestione procedure connesse con l'accertamento delle sanzioni alle norme del codice della strada - CUI -OMISSIS-gara n. -OMISSIS- sia per il LOTTO 1 (Servizio di gestione del ciclo globale del procedimento sanzionatorio originato dagli atti di accertamento per le violazioni alle norme del Codice della Strada) che per il LOTTO 2 (Notificazione atti di accertamento all'Estero delle sanzioni amministrative derivanti dalle violazioni alle norme del Codice della Strada)".

L'esclusione, disposta ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera e), del decreto legislativo n. 36 del 2023, si fonda sulle seguenti circostanze, emerse dalla documentazione trasmessa a mezzo busta amministrativa telematica sul portale "TUTTOGARE":

a) gravi illeciti professionali a carico della -OMISSIS- s.r.l. – socio unico e ausiliaria della ricorrente – nel corso di precedenti appalti finalizzati all'espletamento del medesimo servizio, rientranti nelle fattispecie di legge relative alle cause di esclusione non automatiche, "che hanno dimostrato in maniera inconfutabile significative e persistenti carenze nell'esecuzione di precedenti contratti di appalto", idonee "ad incidere sull'affidabilità dell'operatore", segnatamente:

a.1) in relazione all'affidamento del "Servizio di gestione del procedimento sanzionatorio delle violazioni amministrative alle norme del Codice della Strada, leggi e regolamenti di competenza della Polizia Municipale (CIG -OMISSIS-)" da parte del Comune di Cosenza:

- inadempimento contrattuale per aver "unilateralmente sospeso il servizio pubblico di notifica degli atti giudiziari a fronte di un mancato pagamento dei propri crediti", con la "mancata stampa e spedizione di n. 5110 atti giudiziari per un importo di € 326.552,34 cui la SA ha aggiunto € 163.276,17 a titolo di penale contrattuale pari al 50% dell'importo accertato per una somma totale di € 489.828,51";

- conseguente annotazione da parte dell'ANAC, con nota prot.-OMISSIS- del 3 gennaio 2022, nella sezione B del Casellario Informatico, a decorrere dal 4 gennaio 2022;

- contestazione di un debito per inadempimento contrattuale in favore del Comune di Cosenza pari a 432.056,57 euro per l'anno 2019 e a euro 224.264,65 per l'anno 2020;

- ingiunzione di pagamento da parte del Comune di Cosenza per sanzioni da inadempimento contrattuale a carico della RTI per una somma complessiva di 489.828,51 euro;

a.2) in relazione all'affidamento del "Servizio di gestione dei procedimenti sanzionatori relativi alle violazioni amministrative delle norme del CDS, per i veicoli con targa italiana, leggi e regolamenti di competenza della Polizia Locale e servizio di riscossione coattiva per anni sei. CIG -OMISSIS-" da parte del Comune di Afragola:

- inadempimento per la mancata notifica di verbali (a causa di gravi e reiterate carenze organizzative nella gestione del servizio affidato), per mancata trasmissione di alcuni atti, per ritardato avvio del servizio "SANA" e del servizio di "MIGRAZIONE DEI DATI", per cui l'Ente ha applicato una serie di penali e un risarcimento danni quantificato in 25.000,00 euro per mancati introiti;

- risoluzione contrattuale (giusta determinazione dirigenziale RCG n. -OMISSIS- dell'11 dicembre 2023) a norma dell'articolo 108 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e applicazione

in autotutela di una penale di 438.027,00 euro (giusta determina dirigenziale n. 1016 del 26 luglio 2023), e conseguente richiesta all'ANAC d'iscrizione nella sezione B del casellario informatico;

b) illecito amministrativo ai sensi dell'articolo 25, comma 2, del decreto legislativo n. 231 del 2001 per fatti risalenti al 2017, contestato alla -OMISSIS- s.r.l. (all'epoca denominata-OMISSIS- s.r.l.) nell'ambito del processo penale presso il Tribunale di Matera (R.G.N.R. n.-OMISSIS-), non seguito da una corretta attività di self cleaning, che sarebbe avvenuta solamente in maniera formale e non sostanziale;

c) violazioni fiscali a carico della -OMISSIS- s.r.l. definitivamente accertate, seppur rateizzate, per un debito residuo pari a circa 421.198,00 euro;

d) violazioni fiscali a carico della -OMISSIS- s.r.l. definitivamente accertate, seppur rateizzate, per un debito residuo pari a circa 312.170,00 euro, che rivelerebbero "seppur indirettamente una palese irregolarità di gestione finanziaria che non può essere sottaciuta".

Secondo l'Amministrazione resistente, alle predette circostanze non può porsi rimedio mediante sostituzione della ausiliaria -OMISSIS- s.r.l. con altro soggetto giuridico, ai sensi dell'articolo 104, comma 6, del decreto legislativo n. 36 del 2023, in ossequio alla c.d. "teoria del contagio", a causa della presenza di elementi inconfutabili volti a dimostrare il condizionamento operato dalla predetta ausiliaria nei confronti dell'operatore economico offerente -OMISSIS- s.r.l., della quale è socio unico, pertanto "in grado di orientare/influenzare in maniera pressoché diretta ogni decisione di gestione imprenditoriale di quest'ultima". Inoltre, il Comune contesta il comportamento della -OMISSIS-, in contrasto con il principio di buona fede e di leale collaborazione tra privato e pubblica amministrazione, per essersi avvalsa di un'impresa (-OMISSIS-) che sapeva essere "inaffidabile e non integra dal punto di vista dei gravi illeciti professionali commessi nella pregressa attività professionale, per giunta per la stessa tipologia di appalto".

2.2 Con la determinazione -OMISSIS-del 12 marzo 2024, il Comune di Castellammare di Stabia – preso atto dell'esclusione della -OMISSIS- s.r.l. – ha, *"esclusivamente per il Lotto n. 1 - CIG-OMISSIS-, [dichiarato] deserta la procedura di gara n. -OMISSIS-, finalizzata all'affidamento del Servizio di gestione del ciclo globale del procedimento sanzionatorio originato dagli atti di accertamento per le violazioni alle norme del Codice della Strada, per assenza di ulteriori offerte"*.

3. Con due distinti ricorsi (qui riuniti), la -OMISSIS- s.r.l. impugna la propria esclusione da entrambi i Lotti, muovendo al provvedimento del Comune le seguenti censure:

1) erroneità del richiamo alla c.d. teoria del contagio – per cui le vicende professionali della persona giuridica socia unica della società di capitali offerente si rifletterebbero automaticamente su quest'ultima – atteso che, alla stregua del nuovo codice dei contratti pubblici, la sussistenza di (presunti) illeciti professionali potrebbe assumere rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara solamente quando gli stessi siano riferiti direttamente all'operatore economico che presenta l'offerta e non anche all'eventuale persona giuridica che ne detiene

il capitale sociale (fatte salve le fattispecie penalmente rilevanti specificatamente enucleate); segnala, inoltre, il mancato rinvio alla previsione di cui all'articolo 94, comma 4, del decreto legislativo n. 36 del 2023, che indurrebbe a escludere la rilevanza in termini di grave illecito professionale delle condotte poste in essere dagli amministratori del socio unico persona giuridica;

2) violazione dell'articolo 98, comma 7, del decreto legislativo n. 36 del 2023, per avere la stazione appaltante "totalmente omesso di considerare l'impugnazione delle medesime sanzioni nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza dell'illecito professionale grave";

3) inidoneità delle sanzioni contrattuali a carico della -OMISSIS- a incidere sull'affidabilità e integrità dell'impresa, "essendo comunque rimesso alla stazione appaltante l'onere di puntuale ed esaustiva acquisizione in sede istruttoria di adeguato apprezzamento di rilevanza [anche prognostica], preceduta da effettivo contraddittorio endoprocedimentale con il soggetto interessato";

4) infondatezza, nel merito, delle contestazioni relative ai servizi prestati ai Comuni di Cosenza e Afragola;

5) impugnazione della richiamata annotazione ANAC dinanzi al giudice amministrativo; a tal riguardo, pendente il presente giudizio, l'annotazione è stata annullata con la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione prima quater, n. 11698 del 10 giugno 2024 ("fatte salve le ulteriori determinazioni"), secondo il quale l'irrogazione della penale e la risoluzione contrattuale in argomento, ove opportunamente valutati nel più ampio contesto delle numerose commesse gestite da -OMISSIS-, rappresenterebbero "episodi isolati e a sé stanti, che non possono quindi essere considerati inequivocabilmente come sintomatici di inaffidabilità professionale";

6) nessuna violazione dei doveri di buona fede e leale collaborazione da parte della -OMISSIS-., la quale si sarebbe comportata "con la massima diligenza esigibile, portando a conoscenza della stazione appaltante quelle notizie astrattamente idonee a incidere sull'integrità o l'affidabilità dell'impresa ausiliaria, sebbene le stesse ... non potevano comunque fondare un giudizio di inaffidabilità nei confronti dell'operatore economico offerente";

7) illegittimità del provvedimento impugnato nella parte in cui ha riscontrato negativamente la richiesta della -OMISSIS-. di procedere alla sostituzione dell'ausiliaria ai sensi dell'articolo 104, comma 6, del decreto legislativo n. 36 del 2023, il quale, in applicazione del principio del favor participationis, mira a "evitare l'esclusione dell'operatore economico per cause a lui non direttamente riconducibili, e in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento, e per questa via, la più ampia partecipazione delle imprese, anche di dimensioni medio-piccole, alle procedure di affidamenti di appalti pubblici";

8) quanto alla non corretta attività di self cleaning, le vicende penali del socio unico persona giuridica non potrebbero rilevare quali illecito professionale a carico dell'operatore economico

offerente, considerata la netta limitazione alla c.d. “teoria del contagio” operata dall’articolo 98 del nuovo codice dei contratti pubblici, che circoscrive la rilevanza dell’illecito professionale grave solamente all’operatore economico offerente, e che estende la rilevanza delle condotte penali di cui alle lettere g) e h) alle sole persone fisiche di cui al comma 3 dell’articolo 94, con esclusione quindi del socio persona giuridica menzionato dal successivo comma 4; in ogni caso: il relativo procedimento penale (Tribunale di Matera RGNR-OMISSIS-) avrebbe cessato la propria rilevanza ostativa essendo decorso il triennio normativamente previsto, le misure di self cleaning adottate da -OMISSIS- (rinnovazione degli organi societari, implementazione dei modelli di organizzazione e di gestione ai sensi del decreto legislativo n. 231 del 2001 idonei a prevenire reati della specie di quello contestato, ottenimento della certificazione della conformità del proprio sistema di gestione dell’anticorruzione alla norma UNI EN ISO 37001:2016 e della propria compliance alla norma UNI EN ISO 37301:2021) sarebbero sufficienti a dimostrarne l’affidabilità professionale (atteso che al precedente socio non potrebbe comunque attribuirsi la qualità di amministratore “di fatto” della Società solo perché coniuge dell’attuale Presidente del Consiglio d’amministrazione);

9) intervenuta rateizzazione dei debiti fiscali a carico della -OMISSIS- e della -OMISSIS- prima della partecipazione alla gara, sicché essi non possono essere presi in esame ai fini dell’esclusione dalla procedura, ai sensi degli articoli 94, comma 6 e 95, comma 2, del decreto legislativo n. 36 del 2023.

4. ricorsi sono infondati, per le ragioni di seguito esposte.

Giova, in primo luogo, rammentare – per quanto d’interesse in questa sede – che il richiamato articolo 95 (Cause di esclusione non automatica) del decreto legislativo n. 36 del 2023 prevede che:

*“1. La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti: ...e) che 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”.*

A sua volta, l’articolo 98 (*Illecito professionale grave*) stabilisce che:

*“1. L’illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall’operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h).*

*2. L’esclusione di un operatore economico ai sensi dell’articolo 95, comma 1, lettera e) è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:*

*a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;*

*b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull’affidabilità e integrità dell’operatore;*

c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6.

3. *L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi: ...*

*c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale;*

*4. 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.*

*5. Le dichiarazioni omesse o non veritiere rese nella stessa gara e diverse da quelle di cui alla lettera b) del comma 3 possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità riferita agli elementi di cui al comma 3.*

*6. Costituiscono mezzi di prova adeguati, in relazione al comma 3: ...*

*e) quanto alla lettera e), l'accertamento definitivo della violazione; ...*

*7. La stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente.*

*8. Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2".*

4.1. In ordine alla rilevanza degli illeciti professionali contestati, occorre premettere che la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato "ravvisa il carattere pienamente discrezionale della valutazione spettante alla stazione appaltante in ordine all'integrazione di gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 [ora, articolo 95, comma 1, lettera e), del decreto legislativo n. 36 del 2023] (Ex multis, cfr. Cons. Stato, V, 24 marzo 2022, n. 2154; 15 dicembre 2021, n. 8360; CGA, 11 ottobre 2021, n. 842; Cons. Stato, III, 7 dicembre 2020, n. 7730; cfr. anche Id., Ad plen., 28 agosto 2020, n. 16; V, 12 aprile 2019, n. 2407; 6 aprile 2020, n. 2260; 12 marzo 2020, n. 1762). Detta valutazione è volta in particolare ad apprezzare "se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità" (Cons. Stato, Ad. plen. n. 16 del 2020, cit., par. 15, che esamina il profilo insieme con quello inerente alle falsità od omissioni dichiarative)" (T.A.R. Campania, sezione prima, sentenza n. 3109 del 14 maggio 2024).

4.1.1. Nella richiamata sentenza n. 11698 del 2024, il T.A.R. Lazio rileva che:

*“- il Comune di Cosenza non ha contestato che, al momento della sospensione del servizio, era inadempiente rispetto al pagamento del corrispettivo, circostanza che trova anche conferma nella determinazione -OMISSIS-del 27.7.2020 in cui il Comune medesimo ha espressamente ammesso la sussistenza del credito maturato (si veda il passaggio in cui si afferma "per l'anno 2019 di € 432.056,57 per fatture, comprensive di IVA come per legge e relative ai servizi svolti, non ancora pagate; per l'anno 2020 di € 224.264,65 per fatture, comprensive di IVA come per legge e relative ai servizi svolti, non ancora pagate", per un importo complessivo riconosciuto pari a ben € 656.321,22), importi che la ricorrente aveva chiesto di compensare con quelli che sono stati oggetto dell'ordinanza ingiunzione, ai sensi dell'art. 22 del contratto di affidamento del servizio;*

*- nel verbale dei Revisori dei Conti -OMISSIS-del 30.12.2019... a pagina 2, è stato evidenziato che "il comportamento adottato dall'ente appare palesemente in contrasto con i principi di una corretta amministrazione, visto che l'ente ha anteposto altri pagamenti rispetto al servizio di postalizzazione, provocando la sospensione del servizio stesso, ciò nonostante fossero stati informati settori di competenza, oltre che il sindaco, evidenziando la mancanza di coordinamento tra i settori di competenza";*

*- all'ingiunzione di pagamento del Comune di Cosenza non ha fatto seguito la risoluzione del contratto, tuttora in corso di esecuzione, circostanza che sembrerebbe dimostrare la persistenza del rapporto fiduciario tra la S.A. e l'operatore economico;*

*- si tratta di un episodio del tutto isolato, non ripetutosi nel tempo: secondo quanto emerge dagli atti del procedimento, infatti, il servizio è svolto regolarmente dalla ricorrente (si veda, al riguardo, la certificazione di regolare esecuzione rilasciata dal Comune di Cosenza in data 27.5.2020, allegata in atti da parte ricorrente) circostanza non contestata dal Comune costituitosi nel presente giudizio;*

*- non si è tenuto conto delle contestazioni dedotte giudizio civile avverso l'ordinanza applicativa della penale irrogata dal Comune di Cosenza (- violazione del sinallagma contrattuale da parte dell'Ente comunale; - violazione, da parte del Comune di Cosenza, della buona fede negoziale, dell'esecuzione e dell'interpretazione del contratto secondo buona fede; - violazione e nullità della "penale" applicata dall'Ente; - richiesta di riduzione della medesima penale "ad equità", in quanto manifestamente sproporzionata, in ragione del disposto di cui all'art. 1384 c.c.);*

*- il Comune ha segnalato tardivamente il fatto un anno dopo il suo accadimento; sebbene sia noto che il termine di trenta giorni per la trasmissione della segnalazione sia da reputarsi ordinatorio (si veda, in proposito Tar Lazio, sez. I quater, 17 luglio 2023, n. 12061), ciò nonostante il tempo trascorso dai fatti segnalati impone all'ANAC un onere motivazionale e di istruttoria in ordine all'utilità della notizia, proporzionale rispetto al tempo trascorso".*

Da tutto quanto sopra, il T.A.R. desume *“l'illegittimità dell'annotazione tenuto conto dell'evidente difetto di istruttoria e di motivazione circa l'utilità della notizia; l'ANAC, infatti, avrebbe dovuto considerare quanto rappresentato dalla ricorrente nel corso del procedimento al fine di verificare l'eventuale sussistenza di indici sintomatici della persistente affidabilità*

*dell'operatore economico e, quindi, ai fini di motivare l'utilità dell'annotazione: tale considerazione, in tutta evidenza, è completamente mancata, il che conferma che l'ANAC, errando, ha attribuito rilevanza dirimente al fatto che la penale ha superato la soglia dell'1%".*

4.1.2. Non può essere, invece, in questa sede obliterata la rilevanza degli inadempimenti – sopra riportati – contestati dal Comune di Afragola, che hanno condotto, oltre all'applicazione di ingenti penali, e a “un risarcimento danni quantificato in euro 25.000,00 per mancati introiti”, anche alla risoluzione contrattuale a norma dell'articolo 108 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

Non giova alla ricorrente la pendenza di un giudizio dinanzi al Tribunale di Napoli, con il quale la -OMISSIS- s.r.l. chiede di “*dichiarare la illiceità, la infondatezza e la illegittimità della determinazione rcg n. -OMISSIS- del 11/12/2023 di risoluzione del contratto a norma dell'art. 108 del decreto legislativo 50/2016 e 4 e 12 del C.S.A. a danno della -OMISSIS- s.r.l. ed i precedenti provvedimenti di rideterminazione delle penali*”.

Il Comune di Castellammare di Stabia ha agito tenendo conto delle circostanze così come accertate al momento dell'esclusione della ricorrente. Né questo T.A.R. potrebbe in alcun modo compiere una valutazione di illiceità della comminata risoluzione contrattuale, riservata alla giurisdizione del Giudice ordinario, dinanzi al quale pende il relativo giudizio.

In generale, “*non è ostativo alla considerazione dei gravi illeciti professionali la circostanza, evidenziata da parte ricorrente, che i provvedimenti di risoluzione siano stati oggetto di contestazione giurisdizionale.*”

*Come segnalato dalla giurisprudenza di merito (cfr. TAR Catania, 19.04.2021 n. 1227), ai fini della valutazione dei gravi illeciti professionali qualora contestati giudizialmente o in via extragiudiziale per stabilire l'affidabilità dell'operatore economico è intervenuta [...] la Corte di Giustizia (pronuncia 19/06/2019, causa C-41/18) [la quale] ha statuito espressamente che il contenzioso giudiziale sulla risoluzione anticipata di un precedente contratto, assunta da un'Amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, non può escludere il potere della Pubblica Amministrazione (che indice una nuova gara d'appalto) di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce.*

*In particolare – ritiene la Corte – che tale potere (che l'art. 57, paragrafo 4, della Direttiva 2014/24/UE conferisce all'Amministrazione aggiudicatrice) non può essere "paralizzato" dalla semplice proposizione di un'azione giudiziale o extragiudiziale volta alla contestazione della risoluzione anticipata del contratto.*

*Ne deriva – secondo il ragionamento della Corte di Giustizia – che la Stazione appaltante ha il potere-dovere di effettuare comunque le valutazioni sull'affidabilità dell'operatore economico, ai fini della sua ammissione o esclusione dalla gara, anche in caso di pendenza del giudizio in ordine alla risoluzione anticipata di un precedente contratto.*

*Più specificatamente, la Corte ha ritenuto che la mera contestazione da parte dell'impresa*

*della risoluzione di un precedente contratto pubblico dinanzi a un giudice civile non priva la Stazione Appaltante del potere - dovere di valutare l'affidabilità del concorrente.*

*Pertanto, la Corte ha dichiarato la non compatibilità con il diritto dell'Unione (ed in particolare con l'art. 57, par. 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE) dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 nella parte in cui preclude alla Stazione Appaltante di valutare le risoluzioni contrattuali sub iudice pronunciate nei confronti di un operatore economico (statuendo il seguente principio di diritto: "L'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce")" (T.A.R. Campania, sezione prima, sentenza n. 3109 del 14 maggio 2024).*

Nel caso di specie la valutazione discrezionale operata dall'Amministrazione, seppure sintetica, risulta completa: nel provvedimento si legge infatti che, *"nei casi esaminati, ricorrono tutte le condizioni positivizzate dal legislatore per la formulazione dell'illecito professionale grave, ovvero:*

- 1) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;*
- 2) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore;*
- 3) adeguati mezzi di prova a dimostrarne la carenza".*

Segnatamente:

*- "in merito al punto 1), occorre precisare che la società ausiliaria si è resa responsabile di numerosi inadempimenti di natura contrattuale per il servizio oggetto della procedura di gara sia nei confronti del Comune di Cosenza che nei confronti del Comune di Afragola" (inadempimenti che vengono pedissequamente riportati, in uno a tutte le contestazioni mosse dalle Amministrazioni contraenti e alle singole misure correlativamente adottate);*

*- "in merito al punto 2), è evidente che l'appalto in essere per il servizio di gestione del ciclo globale del procedimento sanzionatorio originato dagli atti di accertamento per le violazioni delle norme al C.d.S., ivi compreso la notifica dei verbali esteri, a bando europeo di gara per un importo di € 907.000 oltre iva, comporta la necessità di selezionare un operatore economico integro e professionalmente affidabile, circostanza questa non rilevabile nella società -OMISSIS-per le persistenti carenze organizzative nella gestione del servizio affidato, tanto più verificatesi proprio in enti con le medesime dimensioni strutturali ed operative della stazione appaltante Comune di Castellammare di Stabia, quali sono il Comune di Cosenza ed il Comune di Afragola";*

- *“in merito al punto 3) costituiscono adeguati mezzi di prova la recentissima risoluzione contrattuale contestata alla -OMISSIS-dal Comune di Afragola nel scorso dicembre 2023, con la contestuale richiesta di iscrizione nella sezione B del Casellario informatico dell’ANAC. A ciò va aggiunta il grave inadempimento contrattuale contestato dal Comune di Cosenza con contestuale ingiunzione di pagamento nr. 20 del 27.07.2020 per un importo di € 489.828,51 ed iscrizione nella sezione B del Casellario Informatico dell’ANAC con nota prot.-OMISSIS- del 03.01.2022”.*

4.1.3. Il Collegio rileva, a questo punto, che la -OMISSIS- s.r.l. partecipava alla gara in esame insieme alla ausiliaria -OMISSIS- s.r.l. Ebbene, l’impresa ausiliaria, in quanto soggetto che mette a disposizione dell’impresa concorrente i requisiti di cui essa è priva, non può che essere, a sua volta, soggetta agli stessi requisiti di affidabilità professionale.

Al riguardo, *“in base all’opzione interpretativa più rigorosa, fondata sul principio costituzionale di buon andamento e sul principio comunitario di precauzione, occorre garantire l’affidabilità e l’onorabilità anche di chi, pur non assumendo il ruolo di concorrente, entri in rapporto con l’Amministrazione per effetto di un incarico conferito dalle imprese affidatarie della commessa pubblica, specialmente quando si tratti di un soggetto indicato per apportare requisiti altrimenti non posseduti dall’offerente, similmente ad un’impresa ausiliaria”* (T.A.R. Liguria, sezione prima, sentenza-OMISSIS-7 del 7 novembre 2022, confermata dal Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza n. 8296 del 13 settembre 2023).

Non ha pregio, dunque, l’affermazione della parte ricorrente, secondo cui nella nozione di “operatore economico offerente”, di cui all’articolo 98 del decreto legislativo n. 36 del 2023, non rientrerebbe l’impresa ausiliaria.

Diversamente opinando, si fornirebbe un agevole strumento di elusione delle norme relative alle cause di esclusione, mediante la creazione di un “filtro” tra la stazione appaltante e gli operatori privi dei requisiti di affidabilità, i quali dunque potrebbero partecipare a una gara – che altrimenti resterebbe loro preclusa – assumendo la diversa veste di impresa ausiliaria (cfr. T.A.R. Toscana, sezione seconda, sentenza n. 603 del 19 giugno 2023; T.A.R. Sicilia, sezione terza, sentenza n. 2234 del 2022).

4.2. I provvedimento di esclusione è legittimo anche per quanto concerne la questione relativa alla sostituzione dell’ausiliaria.

Al riguardo, la giurisprudenza afferma che *“a fronte di un motivo di esclusione dell’ausiliaria (diverso dall’ipotesi di dichiarazione inveritiera), l’art. 89, comma 3 [ora, articolo 104, comma 6, del decreto legislativo n. 36 del 2023] consente (anzi, impone) la sostituzione anche nell’ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l’esecuzione del contratto (per questo, è stato definito “istituto del tutto innovativo” da Cons. Stato, III, 25 novembre 2015, n. 5359...).* La sostituzione dell’ausiliaria durante la procedura è istituto patentemente derogatorio al principio dell’immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi: e, per questa via, della stessa offerta), ma risponde all’esigenza stimata superiore di evitare l’esclusione dell’operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili

*e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per solo questo fatto, escluso (Consiglio di Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527).*

*Più di recente il Consiglio di Stato ha precisato, con riguardo all'art. 63 (Affidamento sulle capacità di altri soggetti) della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che tale disposizione "punta a consentire la più ampia partecipazione alla gara degli operatori economici privi dei prescritti requisiti, mediante forme di collaborazione con altre imprese ausiliarie. Al tempo stesso la norma intende assicurare che l'esecuzione delle prestazioni sia svolta da soggetti effettivamente in possesso di adeguata capacità e moralità. A questa duplice esigenza risponde la possibilità di sostituire l'impresa ausiliaria che non soddisfi i requisiti o nei cui confronti sussista una causa di esclusione. La perentorietà della formula legislativa europea fa assurgere la stazione appaltante a garante del favor participationis, "imponendole" di consentire la sostituzione dell'ausiliario e, quindi, sollecitandola ad attivarsi per garantire la celere conclusione del contratto e la sua esecuzione, a guisa di tutrice del buon andamento e dell'efficienza della procedura di evidenza pubblica (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza 20 marzo 2020, n. 2005" (T.A.R. Campania - sezione staccata di Salerno, sezione prima, sentenza n. 1840 del 2020).*

Tuttavia, nella fattispecie in esame, la Stazione appaltante ha correttamente rilevato che ostano alla sostituzione della società ausiliaria -OMISSIS-con altro soggetto giuridico "elementi e circostanze inconfutabili" volti a dimostrare il condizionamento da parte di tale impresa ausiliaria nei confronti della -OMISSIS-. s.r.l., della quale è socio unico.

L'articolo 98 del decreto legislativo n. 36 del 2023 riferisce "l'illecito professionale grave" esclusivamente all'operatore economico offerente, senza ulteriori specificazioni nel caso in cui questo rivesta forma societaria. Secondo l'indirizzo giurisprudenziale al quale il Collegio ritiene di aderire, "così come, sul piano oggettivo, non sono tipizzati (se non in via esemplificativa) i gravi illeciti professionali, tanto meno possono essere circoscritti i soggetti le cui condotte sono rilevanti in caso di operatore economico avente forma societaria; essendo, anzi, insito nella ratio della norma che debba trattarsi di soggetti in grado di determinare o condizionare le scelte dell'impresa, ancorché diversi da quelli menzionati dal comma 3 [dell'articolo 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016, ora dall'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo n. 36 del 2023], ma nella condizione di orientare, di fatto, l'operato della società: tra i quali può certamente iscriversi anche il socio unico persona giuridica in relazione a tutte le figure che, al suo interno, sono in grado di determinare gli indirizzi significativi della società partecipata.

*La correttezza del costrutto è avallata, in retrospettiva, dal richiamato art. 94 comma 4 D.Lgs. 36/2023 che oggi espressamente valorizza, a fini di esclusione automatica, le condanne degli amministratori del socio unico persona giuridica; con ciò confermando, giocoforza, la rilevanza delle vicende coinvolgenti il medesimo soggetto e i titolari di incarichi apicali (in tal caso, non più circoscritti ai soli amministratori) pure nel quadro degli apprezzamenti discrezionali preordinati all'esclusione non automatica" (T.A.R. Piemonte, sezione seconda, sentenza-OMISSIS-2 del 22 novembre 20239).*

Il provvedimento impugnato non è quindi censurabile in parte qua.

5. Tutto quanto sin qui rilevato è idoneo a sorreggere il provvedimento di esclusione impugnato, atteso che la motivazione sottesa alla componente discrezionale del provvedimento espulsivo si palesa immune dai vizi denunciati. I ricorsi devono, pertanto, essere respinti, con assorbimento di ogni ulteriore censura.

6. La peculiarità e complessità della fattispecie giustifica, tuttavia, l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti:

a) li riunisce;

b) li respinge.

Spese compensate.

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 a identificare le parti del presente giudizio o altri soggetti comunque menzionati nella sentenza

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Michelangelo Maria Liguori, Presidente

Valeria Ianniello, Consigliere, Estensore

Cesira Casalanguida, Consigliere

## **Guida alla lettura**

Con pronuncia n. **4342** del 23 luglio 2024 la **Sezione VII del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania** si è occupato della **sostituzione della società ausiliaria priva dei requisiti di affidabilità con altro soggetto giuridico qualora tale impresa ausiliaria, in**

**qualità di socio unico, è in grado di condizionare l'operatore economico offerente.**

Secondo la ricostruzione operata dal Giudice campano, in questa ipotesi la sostituzione non sarebbe possibile.

Invero, il Collegio ha rilevato, che la -OMISSIS-. s.r.l. partecipava alla gara in esame insieme alla ausiliaria -OMISSIS- s.r.l.

L'impresa ausiliaria, in quanto soggetto che mette a disposizione dell'impresa concorrente i requisiti di cui essa è priva, non può che essere, a sua volta, soggetta agli stessi requisiti di affidabilità professionale.

Al riguardo, *“in base all'opzione interpretativa più rigorosa, fondata sul principio costituzionale di **buon andamento** e sul **principio comunitario di precauzione**, occorre garantire l'affidabilità e l'onorabilità anche di chi, pur non assumendo il ruolo di concorrente, entri in rapporto con l'Amministrazione per effetto di un incarico conferito dalle imprese affidatarie della commessa pubblica, specialmente quando si tratti di un soggetto indicato per apportare requisiti altrimenti non posseduti dall'offerente, similmente ad un'impresa ausiliaria”* (T.A.R. Liguria, sezione prima, sentenza-OMISSIS-7 del 7 novembre 2022, confermata dal Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza n. 8296 del 13 settembre 2023).

Non ha pertanto pregio l'affermazione della parte ricorrente, secondo cui nella nozione di *“operatore economico offerente”*, di cui all'articolo 98 del decreto legislativo n. 36 del 2023, non rientrerebbe l'impresa ausiliaria.

Diversamente opinando, si fornirebbe un agevole **strumento di elusione delle norme relative alle cause di esclusione**, mediante la creazione di un “filtro” tra la stazione appaltante e gli operatori privi dei requisiti di affidabilità, i quali dunque potrebbero partecipare a una gara – che altrimenti resterebbe loro preclusa – assumendo la diversa veste di impresa ausiliaria (cfr. T.A.R. Toscana, sezione seconda, sentenza n. 603 del 19 giugno 2023; T.A.R. Sicilia, sezione terza, sentenza n. 2234 del 2022).

Il provvedimento di esclusione è legittimo anche per quanto concerne la questione relativa alla sostituzione dell'ausiliaria.

Al riguardo, la giurisprudenza afferma che *“a fronte di un motivo di esclusione dell'ausiliaria (diverso dall'ipotesi di dichiarazione inveritiera), l'art. 89, comma 3 [ora, articolo 104, comma 6, del decreto legislativo n. 36 del 2023] consente (anzi, impone) la sostituzione anche nell'ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto (per questo, è stato definito “istituto del tutto innovativo” da Cons. Stato, III, 25 novembre 2015, n. 5359...).*

**La sostituzione dell'ausiliaria durante la procedura è istituto patentemente derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi: e, per questa via, della stessa offerta), ma risponde all'esigenza stimata superiore di evitare l'esclusione dell'operatore per**

**ragioni a lui non direttamente riconducibili** e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per solo questo fatto, escluso (Consiglio di Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527).

Più di recente il Consiglio di Stato ha precisato, con riguardo all'art. 63 (Affidamento sulle capacità di altri soggetti) della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che tale disposizione **“punta a consentire la più ampia partecipazione alla gara degli operatori economici privi dei prescritti requisiti, mediante forme di collaborazione con altre imprese ausiliarie**. Al tempo stesso la norma intende **assicurare che l'esecuzione delle prestazioni sia svolta da soggetti effettivamente in possesso di adeguata capacità e moralità**. A questa duplice esigenza risponde la possibilità di sostituire l'impresa ausiliaria che non soddisfi i requisiti o nei cui confronti sussista una causa di esclusione. La perentorietà della formula legislativa europea fa assurgere la stazione appaltante a garante del *favor participationis*, “imponendole” di consentire la sostituzione dell'ausiliario e, quindi, sollecitandola ad attivarsi per garantire la celere conclusione del contratto e la sua esecuzione, a guisa di tutrice del buon andamento e dell'efficienza della procedura di evidenza pubblica” (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza 20 marzo 2020, n. 2005” (T.A.R. Campania – sezione staccata di Salerno, sezione prima, sentenza n. 1840 del 2020).

Tuttavia, nella fattispecie in esame, l'Amministrazione ha correttamente rilevato che **ostano alla sostituzione della società ausiliaria con altro soggetto giuridico “elementi e circostanze inconfutabili” volti a dimostrare il condizionamento da parte di tale impresa ausiliaria nei confronti della -OMISSIS-. s.r.l., della quale è socio unico**.

L'articolo 98 del decreto legislativo n. 36 del 2023 riferisce *“l'illecito professionale grave”* esclusivamente all'operatore economico offerente, senza ulteriori specificazioni nel caso in cui questo rivesta forma societaria. Secondo l'indirizzo giurisprudenziale al quale il Collegio ritiene di aderire, *“così come, sul piano oggettivo, non sono tipizzati (se non in via esemplificativa) i gravi illeciti professionali, tanto meno possono essere circoscritti i soggetti le cui condotte sono rilevanti in caso di operatore economico avente forma societaria; essendo, anzi, insito nella ratio della norma che debba trattarsi di soggetti in grado di determinare o condizionare le scelte dell'impresa, ancorché diversi da quelli menzionati dal comma 3 [dell'articolo 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016, ora dall'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo n. 36 del 2023], ma nella condizione di orientare, di fatto, l'operato della società: tra i quali può certamente iscriversi anche il socio unico persona giuridica in relazione a tutte le figure che, al suo interno, sono in grado di determinare gli indirizzi significativi della società partecipata*.

*La correttezza del costrutto è avallata, in retrospettiva, dal richiamato art. 94 comma 4 D.Lgs. 36/2023 che oggi espressamente valorizza, a fini di esclusione automatica, le condanne degli amministratori del socio unico persona giuridica; con ciò confermando, giocoforza, la rilevanza delle vicende coinvolgenti il medesimo soggetto e i titolari di incarichi apicali (in tal caso, non più circoscritti ai soli amministratori) pure nel quadro degli apprezzamenti discrezionali preordinati all'esclusione non automatica”* (T.A.R. Piemonte, sezione seconda,

sentenza-OMISSIS-2 del 22 novembre 20239).

Il provvedimento impugnato non è quindi censurabile *in parte qua*.