

Pubblicato il 28/08/2017

N. 04077/2017REG.PROV.COLL.

N. 00796/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 796 del 2017, proposto da ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12

contro

DAP - Organismo di attestazione, non costituita in giudizio

per la riforma della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione II, n. 10859/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Favellato Claudio s.p.a. e il ricorso incidentale proposto dalla stessa Favellato Claudio s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2017 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Saverio Sticchi Damiani, su delega dichiarata dell'avvocato Petruzzi, e l'avvocato dello Stato Marco Stigliano Messuti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

La vicenda per cui è causa trae origine dalla pubblicazione della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Molise 11 aprile 2014, n. 244, che esaminava, in relazione a una gara pubblica aggiudicata alla Favellato Claudio s.p.a., la circostanza per la quale tale società partecipasse per l'uno per cento del socio sig. Claudio Favellato e per il novantanove per cento la Favellato Holding s.r.l., a sua volta partecipata al cento per cento dalla INTESA s.a.s. di Favellato Claudio & C. (Intesa), di cui il medesimo sig. Claudio Favellato deteneva all'epoca la maggioranza delle quote (cinquantadue per cento), risultandone anche l'amministratore.

In particolare, la sentenza, interpretando la novella di cui all'articolo 4 del decreto-legge n. 70 del 2001 (di modifica dell'articolo 38, comma 1, lettera c) del decreto legislativo n. 163 del 2006 in

tema di individuazione dei soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni ivi previste circa l'assenza di condanne penali ostative alla partecipazione a gare pubbliche) rilevava che l'obbligo dichiarativo opera non solo in caso di socio di maggioranza "diretto" della s.p.a., ma anche in caso di socio di maggioranza "indiretto" o "derivato" per via di partecipazioni azionarie incrociate.

Il Tribunale amministrativo perveniva quindi alla conclusione per cui prevale il profilo "sostanziale" sotteso alle intenzioni del legislatore e, pertanto, sussisteva in quella gara l'obbligo dichiarativo – non rispettato - in carico al signor Claudio Favellato, il quale risultava gravato da numerosi precedenti penali (fra cui: *i*) decreto penale di condanna del 7 agosto 1996 per violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro; *ii*) sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti del 1.7.1998 per abuso d'ufficio, turbata libertà degli incanti continuata, in concorso, corruzione continuata, associazione per delinquere; *iii*) sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti del 27 gennaio 2000 per corruzione; *iv*) sentenza del Tribunale di Campobasso del 7 giugno 2005 per violazione delle norme sulla disciplina igienica della produzione e vendita delle sostanze alimentari e delle bevande).

A seguito della richiamata sentenza, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) sollecitava la DAP - Organismo di Attestazione s.p.a., (DAP) - che a suo tempo, dal 2009, aveva rilasciato diverse attestazioni SOA e relative integrazioni in favore della Claudio Favellato s.p.a. - ad avviare un procedimento ai sensi dell'articolo 40, comma 9-ter del decreto legislativo n. 163 del 2006 finalizzato alla verifica delle attestazioni sulla base dell'interpretazione nel frattempo affermatasi in giurisprudenza.

La DAP in un primo momento disponeva l'archiviazione del procedimento; ma l'ANAC ne disponeva il riavvio, insistendo sulla necessità di rivalutare anche le attestazioni di qualificazione rilasciate in passato e non più attuali, sulla base delle quali erano state concesse le relative integrazioni.

Con nota del 9 febbraio 2016, quindi, la DAP, in ottemperanza a quanto disposto dall'Autorità e richiamando la suddetta interpretazione del Tribunale amministrativo del Molise, disponeva la decadenza delle attestazioni di qualificazione n. 2108/46/01 e n. 2109/46/01 del 30 marzo 2012 nonché di quella n. 2306/46/01 del 14 dicembre 2012 rilasciate alla Favellato Claudio s.p.a., per aver accertato la carenza del requisito di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c), con effetto "ora per allora".

Il provvedimento di decadenza veniva adottato nonostante l'intervenuta ordinanza del Tribunale di Isernia del 15 luglio 2015, con la quale era stata dichiarata l'estinzione dei reati e di ogni effetto penale delle sentenze di condanna sopra richiamate, a eccezione del solo decreto penale richiamato *subi*), e il mutamento dell'assetto sociale sia della Intesa (denominata quindi INTESA s.a.s. di Favellato Vincenzo & C.), di cui nell'ottobre 2015 il sig. Favellato Claudio aveva ceduto la propria quota, sia della Favellato Claudio s.p.a. (dal 23 luglio 2013 composta non più da due ma da cinque soci).

Il provvedimento di decadenza, nonché gli atti allo stesso connessi, sono stati impugnati dalla Favellato Claudio s.p.a. dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio il quale, con la sentenza in epigrafe, ha accolto il ricorso annullando gli atti impugnati.

La sentenza è stata impugnata in appello dall'ANAC la quale ne ha chiesto la riforma articolando il seguente motivo:

*1) Violazione e falsa applicazione degli articoli 38 e 40 del decreto legislativo n. 163 del 2006 – Erronea interpretazione e applicazione dei principi di affidamento e certezza del diritto, nonché di parità di trattamento, imparzialità, equità, correttezza e buona fede – Vizio di motivazione.*

Si è costituita in giudizio la Favellato Claudio s.p.a. la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

La stessa ha altresì proposto appello incidentale avverso il capo della sentenza con cui sono stati

respinti taluni dei motivi articolati in primo grado e ha riproposto (ai sensi dell'articolo 101, comma 2 Cod. proc. amm.) i motivi già articolati in primo grado e non esaminati dal Tribunale amministrativo.

Alla pubblica udienza del 6 luglio 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dall'Autorità Nazionale Anticorruzione - ANAC (la quale aveva sollecitato ed ottenuto la revoca dell'attestazione SOA in danno di una società riconducibile a un soggetto attinto da alcuni precedenti penali) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo del Lazio con cui è stato accolto il ricorso proposto dalla società Favellato (riconducibile signor Claudio Favellato) e, per l'effetto, è stata annullata l'iscrizione della stessa nel casellario informatico di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 (a causa di alcuni precedenti penali specifici che interessavano la persona dello stesso Favellato)
2. L'appello principale è fondato.
3. In punto di fatto giova qui ribadire che, con sentenza della V Sezione, n. 4425/2014, questo Consiglio di Stato ha respinto l'appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo del Molise n. 224 del 2014 (resa nei confronti dello stesso signor Claudio Favellato) e, per l'effetto, ha confermato l'approccio 'sostanzialistico' sotteso a tale decisione per ciò che riguarda il contenuto degli oneri dichiarativi gravanti sui soci ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera c) del decreto legislativo n. 163 del 2006 (a seguito della novella di cui all'articolo 4 del decreto-legge n. 70 del 2011).

In particolare, con la richiamata sentenza n. 4425/2014 questo Consiglio di Stato ha confermato l'assunto per cui la disposizione da ultimo richiamata va interpretata nel senso di imporre le dichiarazioni in ordine ai reati ostativi ivi contemplati anche da parte di chi, pur risultando formalmente socio di minoranza della società partecipante a una pubblica gara, ne detenga comunque il controllo indiretto attraverso un 'gioco' di partecipazioni societarie (nel caso in esame, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il signor Claudio Favellato – socio all'uno per cento della Favellato Claudio s.p.a. - fosse comunque tenuto a rendere le dichiarazioni di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c) in quanto amministratore e titolare del cinquantadue per cento delle quote della Intesa s.a.s. la quale deteneva a propria volta il cento per cento delle quote della Favellato Holding la quale deteneva a propria volta il novantanove per cento delle quote della Favellato Claudio s.p.a.).

Ebbene, risulta agli atti di causa che il signor Favellato era stato destinatario di alcuni precedenti penali in concreto idonei ad incidere sulla sua moralità professionale e, in via mediata, a impedire il rilascio delle attestazioni SOA in favore delle società da lui controllate.

Con la richiamata sentenza questo Consiglio di Stato ha altresì risolto la questione se una tale interpretazione 'sostanzialistica' dilatasse oltre misura l'ambito di applicazione di disposizioni di carattere restrittivo per le imprese partecipanti alle pubbliche gare e ha risolto la questione in senso negativo.

La Sezione ha statuito al riguardo che *“non si tratta [di] dilatare il senso e la portata delle norme sul possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici, ma di interpretarle in conformità alla finalità degli scopi che con esse si intende perseguire, quale enucleabile nel caso di specie non solo dalla formulazione aperta della lett. c) dell'art. 38 nel testo risultante dal decreto sviluppo del 2011 sopra richiamato, ma anche in coerenza con il principi che presiedono all'applicazione delle norme . Questi sono certamente di carattere altrettanto generale quali quelli di matrice costituzionale in virtù dei quali è riconosciuto il diritto di proprietà e la libertà di impresa, attenendo, oltre al buon interesse dell'amministrazione anche a quelli, di derivazione europea, ad una effettiva concorrenza nel mercato delle commesse pubbliche tra operatori economici affidabili (cfr. l'art. 45, comma 1, direttiva 2004/18/CE).*

*Interpretazione che, inoltre, è imposta dall'esigenza di evitare facili aggiramenti che una lettura eccessivamente legata al dato formale della partecipazione nella singola società potrebbe determinare".*

La decisione richiamata, quindi, ha indicato la corretta portata normativa del rinnovato articolo 38, comma 1, lettera *c*) del *Codice dei contratti pubblici* del 2006 e ne ha contestualizzato la portata applicativa, sottolineando che mira, *inter alia*, a contrastare comportamenti opportunistici finalizzati a eludere gli obblighi dichiarativi attraverso un'interpretazione tanto formalistica quanto sostanzialmente elusiva dell'articolo 38.

4. Tanto premesso in via generale, si osserva che ai fini del presente ricorso non viene in rilievo l'adesione al richiamato 'approccio sostanzialistico' (condiviso anche in sede di appello), quanto – piuttosto – l'efficacia temporale della sua operatività.

In particolare, si tratta di vagliare se, una volta accertata in giurisprudenza la corretta latitudine degli obblighi dichiarativi rivenienti dal rinnovato articolo 38, comma 1, lettera *c*), quell'interpretazione sia idonea a travolgere anche gli effetti di attestazioni SOA che erano state rilasciate prima del chiarimento giurisprudenziale, pur se nella pacifica assenza dei presupposti e delle condizioni da ultimo fornite da questo giudice di appello.

Il primo giudice ha statuito in senso negativo, perché l'applicazione alle vicende pregresse del 'principio sostanzialistico' da ultimo invalso nella giurisprudenza di primo grado e di appello (e il conseguente travolgimento delle attestazioni SOA rilasciate prima che tale orientamento si formasse) si porrebbe in contrasto con i generali principi dell'affidamento e della certezza del diritto.

Il Tribunale amministrativo ha sottolineato al riguardo:

- che le attestazioni SOA rilasciate in favore dell'impresa appellata risultavano, appunto, finalizzate alla verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti di legge per il relativo rilascio e che del tutto correttamente la società di attestazione le aveva rilasciate sulla base degli orientamenti *illo tempore* prevalenti;

- che, pur dovendosi confermare la sussistenza in capo alle imprese dei generali doveri di responsabilità e di diligenza, "*tali principi oper[ano] in massimo grado soltanto in relazione ai fatti e alle circostanze che siano nella diretta conoscenza e disponibilità dell'impresa*" (si tratta, secondo la sentenza, di un presupposto che difetterebbe nel caso in esame);

- che, al tempo del rilascio delle attestazioni della cui decadenza si discute, la giurisprudenza sfavorevole alla ricorrente in primo grado non si era ancora affermata e che "*la stessa SOA non aveva elementi per rilevare la violazione dell'art. 38 cit. nel senso poi prospettato*" (pagina 13 della sentenza appellata)

5. La sentenza in epigrafe è meritevole di riforma: non risultano nel caso in esame violati i generali principi dell'affidamento e della certezza del diritto, dovendosi – al contrario – ritenere che l'applicazione del più volte richiamato 'principio sostanzialistico' anche alle precedenti attestazioni valesse *ex se* ad impedire la perpetuazione degli effetti di condotte elusive (quali quelle imputabili alla Favellato Claudio s.p.a.) e, in quanto tali, contrastanti in radice con gli stessi principi di legittimo affidamento e buona fede in senso oggettivo di cui la ricorrente in primo grado ha lamentato la violazione.

Del resto, l'orientamento giurisprudenziale definito con la più volte richiamata sentenza di appello n. 4425/2014 non ha introdotto un *novum ius* (in quanto tale, tendenzialmente inidoneo a proiettare i propri effetti nel passato), ma ha soltanto chiarito e accertato – con valenza nomofilattica e non nomopoietica – la corretta portata degli obblighi dichiarativi incombenti sulle imprese ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera *c*), anche ai fini del rilascio delle attestazioni SOA. In un sistema di diritto scritto e non giurisprudenziale, il giudice dice e non pone il diritto: sicché non si può attribuire a un tale mutamento di giurisprudenza una portata che concerne esclusivamente il futuro:

specie quando, come nel caso presente, ne va non di preclusioni processuali (cfr. Cass. SS.UU., 11 luglio 2011, n. 15144) ma di caratterizzazioni sostanziali circa l'abilitazione alla partecipazione a gare per contratti pubblici: vale a dire di elementi che stabilmente dimostrano, nell'interesse generale, l'affidabilità del contraente con una pubblica amministrazione per realizzare un'opera o un servizio pubblici.

Va dunque condivisa la tesi dell'ANAC per cui i provvedimenti di decadenza adottati dalla SOA DAP su impulso della stessa Autorità e qui impugnati in primo grado non risultano fondati su un fatto o comportamento sopravvenuto, ma rappresentino la doverosa conseguenza dell'accertamento dell'originaria insussistenza delle condizioni per il rilascio delle attestazioni, in ragione della carenza – in capo alla Favellato Claudio s.p.a. – dei presupposti di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c) del *Codice dei contratti pubblici* del 2006.

Non può quindi venire in rilievo lo stato soggettivo di pretesa *buona fede* invocato dalla ricorrente in primo grado (il quale appare oltretutto insussistente per le ragioni dinanzi esposte), quanto – piuttosto – l'oggettiva carenza dei presupposti di legge per il rilascio delle SOA (presupposti in ordine ai quali il richiamato orientamento giurisprudenziale ha svolto una funzione meramente ricognitiva).

6. Non si può pervenire a conclusioni diverse da quelle appena delineate in base all'argomento (enfaticizzato dalla sentenza) per cui i generali doveri di responsabilità e di diligenza, "*oper[ano] in massimo grado soltanto in relazione ai fatti e alle circostanze che siano nella diretta conoscenza e disponibilità dell'impresa*".

Al riguardo vale osservare che l'enucleazione giurisprudenziale del richiamato 'approccio sostanzialistico' è appunto volta a contrastare comportamenti opportunisticamente finalizzati all'elusione della normativa di settore. Ne consegue che l'impresa cui siano imputabili di tali comportamenti non potrà poi invocare in proprio favore l'applicazione del principio di legittimo affidamento, a meno di non voler determinare una inammissibile aporia di sistema.

7. Deve altresì essere riformato il capo della sentenza che ha affermato l'illegittimità dei provvedimenti di decadenza impugnati in primo grado "*in quanto non risulta approfondita [nei provvedimenti impugnati] la nuova situazione societaria della ricorrente a partire dal 31.07.2013, con conseguente carenza di istruttoria e di motivazione*".

7.1 Al riguardo vale osservare che gli ulteriori provvedimenti di decadenza impugnati con i motivi aggiunti in primo grado risultavano anch'essi evidentemente adottati in coerente applicazione del più volte richiamato principio sostanzialistico.

Ciò, in quanto:

- le modifiche all'assetto societario apportate nel luglio del 2013 (attraverso le quali il numero dei soci era passato da due a cinque) risultavano a propria volta finalizzate ad escludere – e in modo surrettizio – l'applicabilità dell'articolo 38, comma 1, lettera c) (attraverso il formalistico superamento del numero-soglia di quattro soci ivi contenuto);

- in ogni caso, le modifiche alla composizione sociale apportate nel 2013 riguardavano di fatto la sola composizione della quota relativa dell'uno per cento (artificiosamente frazionata fra quattro nuovi soci, vorosimilmente riconducibili allo stesso Favellato), mentre restava intatta la quota del novantanove per cento riconducibile in via indiretta allo stesso Claudio Favellato, che consentiva *ex se* di individuare in capo a lui la qualifica soggettiva di 'socio di maggioranza'.

8. Le ragioni esposte palesano altresì l'infondatezza dell'appello incidentale della Favellato Claudio s.p.a..

9. Con il primo motivo di appello l'impresa ha anzitutto affermato che i provvedimenti impugnati in primo grado si porrebbero in contrasto con il generale principio della irretroattività dei provvedimenti amministrativi di carattere pregiudizievole per il destinatario (in tal senso l'articolo 21-bis l. n. 241 del 1990 e, prima ancora, l'articolo 11 delle Preleggi).

Più in generale, l'appellante incidentale assume che la decadenza dalle attestazioni SOA sarebbe qualificabile come *'pena'* ai sensi dell'Ordinamento CEDU, in tal modo giustificando l'applicazione del rigoroso orientamento giurisprudenziale della Corte EDU in tema di irretroattività delle misure di carattere *lato sensu* *'penale'*.

9.1. Il motivo non può essere condiviso: si deve piuttosto ritenere che, nelle circostanze di fatto e di diritto che qui rilevano, la decadenza dall'attestazione non assuma un carattere *lato sensusanzionatorio*, vale a dire aggiuntivo, ma sia solo la conseguenza naturale e originaria dell'indebito rilascio di un'attestazione che, semplicemente, non aveva titolo per essere emessa e il cui rilascio si è reso possibile grazie all'indebita mancata dichiarazione, da parte dell'interessato, di numerosi precedenti penali ostativi.

9.2. Non può del resto ritenersi che il tendenziale principio di irretroattività degli atti amministrativi sfavorevoli possa impedire all'amministrazione di adottare un atto idoneo a privare di effetti un atto vantaggioso in precedenza indebitamente conseguito grazie all'illegittima omessa dichiarazione da parte dell'interessato di circostanze a lui sfavorevoli (anche se tale obbligo è definitivamente accertato in sede giudiziale).

D'altra parte, la previsione (richiamata dall'appellante) di cui all'articolo 21-*bis* l. n. 241 del 1990 non è pertinente; tale disposizione, lungi dal declinare un generalizzato divieto di incidere su situazioni giuridiche pregresse, solo individua il momento di acquisto dell'efficacia di provvedimenti limitativi della sfera giuridica dell'interessato.

9.3. Per le ragioni esposte neppure si può ritenere che, nelle circostanze che qui rilevano, la decadenza delle attestazioni SOA ai sensi dell'articolo 40, comma 9-*ter* del decreto legislativo n. 163 del 2006 sia qualificabile quale misura afflittiva di carattere *lato sensu* *'penale'* ai sensi della giurisprudenza CEDU.

Al riguardo vale qui ribadire che la *decadenza* non è una misura sanzionatoria riconducibile alla nozione sostanzialistica e lata di *'pena'* della giurisprudenza CEDU, ma è soltanto una misura ripristinatoria che elide le ingiustificate, per difetto di titolo, conseguenze favorevoli all'interessato, lui derivanti dalla mancata sua dichiarazione di circostanze ostativa al riconoscimento di un determinato beneficio.

Non si tratta dunque di una retribuzione sanzionatoria afflittiva, volta ad arrecare al soggetto un male notevole connotato da *"un significativo grado di stigma"* (in tal senso: Corte EDU, 23 novembre 2006 – caso 73053/01 – *Jussila c/ Finlandia*); ma – piuttosto – di una misura restitutiva dell'ordine indebitamente alterato, che solo priva il soggetto di un beneficio conseguito in modo antiggiuridico, tacendo all'uopo circostanze che (laddove correttamente rappresentate) sarebbero risultate ostativa al riconoscimento di tale beneficio.

9.4. Ancora, non può trovare accoglimento il motivo con cui l'appellante incidentale ha invocato a sostegno della propria tesi un supposto principio di irretroattività in *malam partem* dei mutamenti giurisprudenziali sopravvenuti.

E' dirimente osservare che la giurisprudenza richiamata sul punto dall'appellante incidentale (e, segnatamente, la sentenza del 14 aprile 2015 – caso 66655/13 - *Contrada c/ Italia*) ha ad oggetto la violazione dell'articolo 7 della Convenzione EDU in tema di irretroattività delle sanzioni penali e non risulta quindi pertinente ai fini della definizione della presente controversia nel cui ambito – per le ragioni già esposte – non viene in rilievo l'adozione di misure di carattere *lato sensu* assimilabili a quelle penali.

Il primo motivo dell'appello incidentale deve dunque essere respinto.

10. Con il secondo motivo dell'appello incidentale la Favellato Claudio s.p.a. lamenta la reiezione del motivo di ricorso II (corrispondente al motivo aggiunto II di primo grado) con il quale si era lamentata sotto diversi profili la violazione delle regole sostanziali e procedurali che presiedono al sostanziale esercizio di autotutela in cui consiste il provvedimento di decadenza di cui all'articolo

40, comma 9-ter, del *Codice dei contratti pubblici* del 2006.

Al riguardo l'appellante incidentale osserva che anche a non riconoscere carattere *lato sensu* sanzionatorio ai provvedimenti impugnati in primo grado, l'ANAC avrebbe comunque realizzato plurime violazioni delle regole che presiedono all'esercizio di autotutela (atteso che i provvedimenti di decadenza delle SOA sarebbero comunque riconducibili al *genus* degli atti di ritiro).

10.1. Il motivo è infondato.

10.1.1. Si osserva in primo luogo che non risulta condivisibile, con riferimento ai provvedimenti di decadenza delle attestazioni SOA di cui all'articolo 40, comma 9-ter del decreto legislativo n 163 del 2006, il richiamo alle previsioni di cui al Capo IV-bis della l. n. 241 del 1990.

Ai sensi del comma 9-ter dell'articolo 40, cit., infatti, “(...) *le SOA hanno l'obbligo di dichiarare la decadenza dell'attestazione di qualificazione qualora accertino che la stessa sia stata rilasciata in carenza dei requisiti prescritti dal regolamento, ovvero che sia venuto meno il possesso dei predetti requisiti; in caso di inadempienza l'Autorità procede a dichiarare la decadenza dell'autorizzazione alla SOA all'esercizio dell'attività di attestazione*”.

La disposizione appena richiamata ha un evidente carattere di specialità rispetto alle ipotesi di cui al Capo IV-bis della l. n. 241 del 1990 e riconnette in modo doveroso l'esercizio del potere/dovere di dichiarare la decadenza al solo riscontro dei relativi presupposti (*i.e.*: alla rilevata insussistenza dei requisiti per l'originario rilascio dell'attestazione).

Ne consegue che correttamente l'Autorità appellata ha fatto conseguire la decadenza delle attestazioni alla verifica in concreto in ordine all'iniziale insussistenza dei requisiti per il rilascio.

10.1.2. Ai ben limitati fini che qui rilevano si osserva comunque che non potrebbe in ogni caso essere accolto il motivo di ricorso con il quale si è lamentata la violazione da parte dell'Autorità del termine di diciotto mesi per l'adozione dei provvedimenti di annullamento d'ufficio di cui all'articolo 21-nonies della l. n. 241 del 1990 nel testo risultante dalla novella di cui alla l. n. 124 del 2015.

Al riguardo deve essere qui richiamato il condiviso orientamento secondo cui il termine di diciotto mesi per l'esercizio del potere di annullamento di ufficio previsto dall'attuale versione dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 non può applicarsi in via retroattiva, nel senso di computare anche il tempo decorso anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 124 del 2015, atteso che tale esegesi, oltre a porsi in contrasto con il generale principio di irretroattività della legge (articolo 11 delle Preleggi), finirebbe per limitare in maniera eccessiva ed irragionevole l'esercizio del potere di autotutela amministrativa.

Conseguentemente, rispetto ai provvedimenti asseritamente illegittimi (di primo grado) adottati anteriormente all'attuale versione dell'articolo 21-nonies della legge n. 241 del 1990, il termine dei diciotto mesi non può che cominciare a decorrere dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione (in tal senso: Cons. Stato, VI, 13 luglio 2017, n. 3462).

In base a quanto appena esposto, anche laddove potesse trovare applicazione alla vicenda per cui è causa l'articolo 21-nonies della l. n. 241 del 1990, non potrebbe comunque trovare accoglimento il motivo con il quale si è lamentato il nuovo limite legale di diciotto mesi.

11. E' altresì infondato il terzo motivo di appello (corrispondente al motivo di ricorso III del primo grado e al motivo aggiunto III), con il quale l'appellante ha lamentato della sentenza in epigrafe per avere il primo giudice respinto il motivo con cui si era lamentata l'impossibilità di disporre la decadenza di attestazioni SOA ormai non più in corso di validità.

11.1. Al riguardo ci si limita ad osservare – conformemente a quanto statuito dal Giudice amministrativo – che il parametro di legittimità invocato dall'appellante (si tratta del comma 5 dell'articolo 78 del d.P.R. n. 207 del 2010) è chiaramente inconferente in relazione alla vicenda di causa in quanto disciplina l'ipotesi (diversa da quella che qui ricorre) in cui la decadenza venga

disposta per falsità nella dichiarazione sottesa al suo rilascio.

Nemmeno si può ritenere che la richiamata disposizione (dalla portata chiaramente puntuale) possa assurgere al rango di previsione di carattere generale, in quanto tale suscettibile di applicazioni estensive o analogiche.

12. Con il quarto motivo dell'appello incidentale la Favellato Claudio s.p.a. lamenta la reiezione del motivo di ricorso con il quale si era contestata l'enucleazione operata dalla sentenza del Tribunale amministrativo del Molise n. 244/2014 della figura del c.d. 'socio indiretto' ai fini dell'applicazione dell'articolo 38 del *Codice dei contratti pubblici* del 2006.

Per l'appellante, numerosi argomenti logici e giuridici deporrebbero nel senso di escludere la possibilità di configurare un socio indiretto (e una 'persona giuridica ponte') nel caso di persona giuridica di maggioranza rispetto a una società con meno di quattro soci. E ancora, secondo l'appellante, l'ipotesi – che qui ricorre – della persona giuridica-socio esulerebbe dall'ambito di applicazione dell'articolo 38, comma 1, lettera c) in caso di socio unico.

12.1. Il motivo è infondato.

Attraverso la sua articolazione, l'appellante incidentale pare mirare a negare fondamento alla figura stessa del socio di maggioranza "indiretto" o "derivato" per via di partecipazioni azionarie incrociate, per come enucleata dalla più volte richiamata sentenza del Tribunale amministrativo del Molise, n. 244 del 2014, confermata dalla sentenza di questo Consiglio di Stato n. 4425/2014.

Osserva, tuttavia il Collegio che la richiamata figura del socio di maggioranza "indiretto" o "derivato" sia certamente individuabile nel caso in esame in cui il signor Claudio Favellato deteneva la maggioranza delle quote della Intesa s.a.s. la quale – a sua volta – deteneva per intero il capitale della Favellato Holding s.r.l. la quale – a sua volta – deteneva il novantanove per cento del capitale della società Favellato Claudio s.p.a. (delle cui attestazioni SOA qui si discute).

Al riguardo il Collegio richiama integralmente le condivise conclusioni cui è pervenuta la sentenza di appello da ultimo richiamata.

Si è ivi osservato che, con la novella al *Codice dei contratti pubblici*, con cui è stato introdotto l'obbligo per i soci di società di capitali a ristretta base azionaria di rendere la dichiarazione sul possesso dei requisiti di affidabilità morale personali (si tratta del c.d. 'Decreto sviluppo', n. 70 del 2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 106 del 2011), il legislatore ha reso necessario estendere la verifica su tali requisiti anche nei confronti della proprietà azionaria.

Ciò è agevolmente spiegabile nella circostanza che il possesso del capitale in mano a pochi soci ("meno di quattro" ai sensi della lettera c) dell'articolo 38) rende questi titolari di un rilevante potere nei confronti degli amministratori, i quali sono soggetti al potere di nomina e revoca dei primi e sul promuovimento di azioni di responsabilità nei confronti degli stessi [art. 2364, nn. 2) e 4), Cod. civ.].

Questo profilo è stato tra l'altro debitamente evidenziato dall'Adunanza plenaria di Questo Consiglio di Stato con la sentenza 6 novembre 2013, n. 24, resa proprio con riguardo alla questione del socio di maggioranza ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, affermando che lo scopo di tale previsione "è quell[*o*] 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 armonizzi 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".

Questa è dunque la giusta lettura della disposizione in esame del *Codice dei contratti pubblici*, la quale, sul piano letterale, si limita a prescrivere il suddetto obbligo dichiarativo nei confronti del



socio di maggioranza *tout court*, senza ulteriori specificazioni. In particolare – è il caso di sottolineare – pur essendo ben noto il fenomeno dei gruppi societari, in cui alla pluralità giuridica di enti societari corrisponde una direzione economica unitaria, al punto che quest'ultima è presupposto di responsabilità per eventi pregiudizievoli occorsi a società facenti parte del gruppo, oltre che di obblighi pubblicitari (cfr. gli artt. 2497 e ss. Cod. civ.).

Non irrilevante sotto questo profilo è evidenziare che l'art. 2497-*sexies* Cod. civ. pone una presunzione di direzione e coordinamento del gruppo nel caso di società poste in rapporto di controllo “*ai sensi dell'articolo 2359*”.

Una simile presunzione è applicabile anche al caso di specie, tra l'odierna appellante e la Favellato Holding s.p.a., titolare del 99 per cento della prima, ed inoltre tra quest'ultima e la Intesa s.a.s., controllante in virtù del possesso dell'intero capitale sociale della stessa. Si tratta pertanto in entrambi i casi di un controllo di diritto ai sensi della previsione del n. 1) dell'art. 2359 Cod. civ..

Ne consegue che il socio di maggioranza dell'accomandita capo gruppo, quale pacificamente è il signor Claudio Favellato in virtù del cinquantadue per cento in questa, deve ritenersi del pari socio di maggioranza, in via indiretta, della società per azioni odierna appellante, posta alla base del gruppo medesimo. Ciò in virtù del potere di nominare gli amministratori della *holding*, a lui facente capo, ai sensi dell'articolo 2319 Cod. civ., grazie alla partecipazione dell'accomandita capogruppo. Questi poi rispondono allo stesso socio nel compimento di tutti i loro atti, ivi compresa la nomina degli amministratori della s.p.a. posta alla base del gruppo ed odierna appellante.

Il motivo in esame deve conclusivamente essere respinto.

13. Con il quinto motivo dell'appello incidentale la Favellato Claudio s.p.a. lamenta il mancato accoglimento del motivo con cui si era lamentata l'illegittimità degli impugnati provvedimenti di decadenza per la parte in cui non avevano tenuto conto dell'intervenuta estinzione dei reati per i quali, pur non essendo intervenuto un provvedimento di estinzione, fossero nondimeno maturati i presupposti di cui all'articolo 445, cpv., Cod. proc. pen. (mancata commissione di un reato della stessa indole nel quinquennio successivo).

13.1. Il motivo non può essere condiviso.

Pur dando infatti atto dell'esistenza di un orientamento (allo stato minoritario) di segno diverso, il Collegio ritiene che prevalenti ragioni sistematiche inducano a confermare il consolidato orientamento secondo cui ai fini della partecipazione alle gare pubbliche l'estinzione del reato (che consente di non dichiarare l'emanazione del relativo provvedimento di condanna), sotto il profilo giuridico, non è automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, sola figura cui l'ordinamento attribuisce di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, fino a quando non intervenga quel provvedimento giurisdizionale, non può legittimamente parlarsi di reato estinto e il concorrente non è esonerato dalla dichiarazione dell'intervenuta condanna (in tal senso – *ex multis* -: Cons. Stato, III, 29 maggio 2017, n. 2548; *id.*, V, 15 marzo 2017, n. 1172; *id.*, III, 5 ottobre 2016, n. 4118).

14. Con il sesto motivo dell'appello incidentale la Favellato Claudio s.p.a. ripropone in primo luogo il motivo con cui si era lamentata la mancata considerazione da parte dell'ANAC degli argomenti addotti con le memorie in data 19 giugno 2015, 9 novembre 2015, 10 dicembre 2015 e 19 maggio 2016). Si tratterebbe di argomenti che, laddove adeguatamente valorizzati, avrebbero consentito di pervenire a un diverso esito provvedimentoale.

In secondo luogo essa lamenta che i provvedimenti di decadenza impugnati in primo grado sarebbero illegittimi per violazione dei termini procedurali fissati dal comunicato AVCP/ANAC n. 61 del 15 settembre 2010.

In terzo luogo essa lamenta che, nel corso della vicenda amministrativa culminata con l'adozione dei provvedimenti impugnati in primo grado l'Autorità abbia travalicato i limiti dei propri poteri,

annullando di fatto ogni margine di autonomia valutativa in capo alla DAP SOA.

In quarto luogo essa lamenta che l'Autorità abbia agito in violazione del generale canone di leale collaborazione per avere dapprima superato il termine previsto per il rilascio del parere richiesto dalla DAP SOA 14 dicembre 2015 e, successivamente, fatto pervenire il parere (negativo) dopo che la stessa SOA aveva disposto l'archiviazione del procedimento anche in considerazione del mancato riscontro da parte dell'Autorità.

14.1. Il motivo è nel complesso infondato.

14.1.1. Quanto al primo ordine di argomenti, si osserva che l'appellante non dimostra (al di là di generiche formulazioni) quali argomenti contenuti nelle richiamate memorie in data 19 giugno 2015, 9 novembre 2015, 10 dicembre 2015 e 19 maggio 2016 avrebbero consentito di pervenire a un diverso esito della vicenda.

Per quanto riguarda, in particolare, l'assunto per cui l'Amministrazione avrebbe omesso di tenere conto dell'effetto estintivo già determinatosi per effetto del decorso del tempo (si tratta dell'unico argomento più analiticamente descritto a pagina 29 dell'appello incidentale) ci si limita qui ad operare integrale rinvio a quanto esposto *retro*, *sub* 13.1.

14.1.2. Quanto al secondo ordine di argomenti, se ne deve dichiarare l'infondatezza in considerazione del carattere ordinatorio (e non perentorio) del termine previsto per l'accertamento della decadenza in caso di insussistenza dei presupposti per l'iniziale rilascio della SOA.

Al riguardo (e ad escludere il carattere *lato sensu* sanzionatorio del provvedimento) ci si limita qui a richiamare quanto dinanzi esposto dinanzi, specie *sub* 9.1.

14.1.3. Per quanto riguarda il terzo ordine di argomenti vale qui osservare che – per le ragioni ampiamente esaminate in precedenza - l'Autorità ha correttamente interpretato ed applicato la normativa di settore e le relative ricadute sulla vicenda per cui è causa.

Pertanto, il fatto che l'Autorità sia dovuta intervenire a più riprese sulla DAP SOA per ripristinare un corretto *modus procedendo* non può certamente costituire indice di un contegno difforme rispetto al pertinente paradigma normativo.

14.1.4. Per quanto riguarda, infine, il lamentato superamento del termine per l'espressione da parte dell'ANAC del termine per l'espressione del parere richiesto dalla DAP SOA in data 14 dicembre 2015, si osserva che il superamento del termine di legge per l'espressione del parere non priva l'organi consultivo del potere di renderlo, ma lascia la facoltà all'amministrazione procedente di provvedere prescindendo dall'acquisizione dello stesso (articolo 16, comma 2, l. n. 241 del 1990).

Nel merito, non si può invece che confermare la correttezza del contenuto della nota in data 4 febbraio 2016 per le ragioni in precedenza esposte.

15. Per le ragioni esposte l'appello va accolto e conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

L'appello incidentale proposto dalla Favellato Claudio s.p.a. va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Respinge l'appello incidentale della Favellato Claudio s.p.a.

Condanna l'appellata alla rifusione delle spese di lite che liquida in complessivi euro 5.000 (cinquemila), oltre gli accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

L'ESTENSORE

Claudio Contessa

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO