

Consiglio di Stato, Sezione Terza, Sentenza n. 2010 del 12 marzo 2026

Appalti pubblici – Grave illecito professionale – Amministratore di fatto – Rinvio a giudizio –
Rilevanza – Dies a quo – Self cleaning

Pubblicato il 12/03/2026

N. 02010/2026REG.PROV.COLL.

N. 04029/2025 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4029 del 2025, proposto da -OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG -OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio eletto presso lo studio del primo in (...),

contro

l'Azienda Sanitaria Locale di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio eletto presso il suo studio in (...),

nei confronti

di -OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza)
n. 3233/2025, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della -OMISSIS- S.r.l. e dell'Azienda Sanitaria Locale di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2025, il Cons. Sebastiano Zafarana e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Il giudizio ha ad oggetto l'esclusione dell'appellante società -OMISSIS- S.r.l. (di seguito per brevità -OMISSIS-) dalla procedura aperta, indetta ai sensi dell'art. 71 del D.lgs. n. 36/2023, per l'affidamento del servizio di trasporto protetto e trasferimento dei pazienti presso altre strutture sanitarie e trasporto di materiale sanitario e non per la ASL (...), per la durata di 36 mesi (CIG -OMISSIS-).

Nell'ambito della procedura di gara in questione, per la quale presentavano offerta n. 4 operatori economici, perveniva alla stazione appaltante una segnalazione da parte della -OMISSIS- S.r.l. in ordine a un presunto procedimento penale a carico della società ricorrente. Di conseguenza, la stazione appaltante l'ammetteva con riserva alla procedura, instaurando con la stessa un contraddittorio ai sensi dell'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023, che si concludeva con la determina dirigenziale dell'ASL (...) -OMISSIS- luglio 2024, la quale recepiva le conclusioni del RUP, escludendo la ricorrente ai sensi degli artt. 95, comma 1, lett. e), e 98 del d.lgs. n. 36 del 2023, per avere questa commesso, ad avviso della stazione appaltante, un *“illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*.

Ciò, in particolare, in conseguenza dell'esistenza di un decreto di rinvio a giudizio,

emesso dal GUP del Tribunale di (...) il 20 febbraio 2023 *ex art. 429 c.p.p.*, per i reati di cui agli artt. 353, 356, 603 *bis*, comma 1, n. 2), e comma 4, n. 1), 416 c.p., nei confronti dei -OMISSIS-, soci di minoranza della -OMISSIS- qualificati nel medesimo decreto di rinvio a giudizio quali “*amministratori di fatto*”.

1.2. Con ricorso proposto innanzi al Tar per il Lazio -OMISSIS- ha impugnato la determinazione dirigenziale -OMISSIS- luglio 2024, con cui è stata disposta la sua esclusione dalla procedura aperta, indetta ai sensi dell’art. 71 del d.lgs. n. 36 del 2023 dalla ASL di (...).

1.3. Si sono costituite in giudizio sia la ASL di (...), sia la controinteressata -OMISSIS- S.r.l., instando per la reiezione del ricorso.

1.4. Con successivo ricorso per motivi aggiunti, la -OMISSIS- impugnava, per illegittimità derivata dagli atti di gara gravati con il ricorso principale, la determinazione -OMISSIS- 2024, con cui la procedura in oggetto veniva aggiudicata alla -OMISSIS- S.r.l..

1.5. Con sentenza n. 3233 del 13 febbraio 202 il Tar per il Lazio - ritenute non meritevoli di accoglimento le richieste di rimessione alla Corte costituzionale o rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, formulate nel corso del giudizio da -OMISSIS- - ha concluso “*che il provvedimento di esclusione gravato risulti motivato – in ordine al profilo soggettivo e oggettivo dell’illecito professionale, ai mezzi di prova, alla sua gravità e alla sua incidenza sull’integrità della -OMISSIS- – in modo coerente, ragionevole, congruo e adeguato*”, con conseguente reiezione tanto del ricorso principale quanto anche di quello per motivi aggiunti, siccome avente ad oggetto, quest’ultimo, censure di illegittimità in via derivata.

2.1. -OMISSIS- ha proposto appello avverso la suddetta sentenza articolando sette motivi di ricorso così rubricati:

1) In ordine al capo della sentenza secondo cui il decreto di rinvio a giudizio documenterebbe in maniera puntuale le circostanze a dimostrazione del ruolo di amministratori di fatto della -OMISSIS-.

II) In ordine al capo della sentenza secondo cui il provvedimento impugnato avrebbe valutato, per confermare il ruolo di amministratori di fatto della -OMISSIS-, elementi ulteriori rispetto al testo del decreto di rinvio a giudizio.

III) In ordine al capo della sentenza secondo cui il provvedimento impugnato ha correttamente considerato il tempo trascorso dall'asserita violazione.

IV) In ordine al capo della sentenza secondo cui le misure di self cleaning adottate da -OMISSIS- sarebbero insufficienti.

V) In ordine al capo della sentenza secondo cui -OMISSIS- avrebbe tenuto in sede di gara una condotta reticente in merito al decreto di rinvio a giudizio.

VI) In ordine al capo della sentenza che rifiuta di sollevare richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE ai sensi dell'art. 267 TFUE, rispetto all'art. 57, par.1, della direttiva 2014/24/UE.

VII) In ordine al capo della sentenza che dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 94, comma 3, lett. b), del d.lgs. n. 36 del 2023.

2.2. Si è costituita nel giudizio di appello la ASL di (...), che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso in appello per pretesa violazione dell'obbligo di specificazione dei motivi di cui all'articolo 101, comma 1, c.p.a., instando comunque per la reiezione dell'appello nel merito.

2.3. Si è costituita in giudizio anche la controinteressata -OMISSIS- S.r.l., instando per la reiezione del ricorso.

2.4. Alla pubblica udienza del 4 dicembre 2025 l'appello è stato trattenuto in decisione.

3. In via preliminare va esaminata l'eccezione di inammissibilità dell'appello sollevata dall'Amministrazione (nonché, con riguardo a specifiche censure, anche dalla controinteressata) per pretesa violazione dell'obbligo di specificazione dei motivi di cui all'articolo 101, comma 1, c.p.a..

L'eccezione è infondata in quanto da una piana lettura dell'appello emerge che, sia pure riproponendo in chiave critica i motivi di censura articolati in primo grado,

l'istante ha certamente censurato in modo specifico le opposte statuizioni del primo giudice.

4. Il primo ed il secondo motivo di ricorso possono essere esaminati congiuntamente.

4.1. Con il primo motivo di appello, l'appellante sostiene che la sentenza del T.A.R. Lazio - così come il provvedimento di esclusione - sarebbe viziata poiché si sarebbe “appiattita” su una lettura del decreto di rinvio a giudizio che non corrisponderebbe ai reali contenuti di quest'ultimo. Secondo l'appellante, il decreto su cui l'Azienda Sanitaria ha fondato l'esclusione non indicherebbe in alcun punto, neppure in via embrionale, circostanze idonee a dimostrare il ruolo di amministratori di fatto della -OMISSIS- ricoperto dai soggetti rinviati a giudizio; aggiunge, inoltre, che la vicenda penale riguarderebbe esclusivamente la diversa società -OMISSIS-.

L'appellante richiama, a sostegno della propria tesi, la sentenza di questo Consiglio di Stato n. 3537 del 24 aprile 2025, sostenendo che, ai fini dell'accertamento del grave illecito professionale, l'Amministrazione avrebbe dovuto svolgere ulteriori approfondimenti istruttori, verificare gli sviluppi del processo penale, ricostruire i fatti all'origine del procedimento e considerare gli ulteriori provvedimenti del giudice penale. Secondo tale prospettazione, la stazione appaltante si sarebbe quindi “auto-esonerata” dall'effettuare qualsiasi reale approfondimento, limitandosi ad aderire acriticamente al contenuto del decreto di rinvio a giudizio. La -OMISSIS- lamenta altresì che il provvedimento di esclusione sarebbe viziato anche nella parte in cui imputa all'operatore il grave illecito professionale in ragione dell'asserito ruolo di amministratori di fatto dei -OMISSIS-. La società aggiunge infine che il fatto che il decreto di rinvio a giudizio non menzioni l'amministratore di diritto della -OMISSIS- - ma solo quello della -OMISSIS-, qualificato come “*prestanome*” - dimostrerebbe che il provvedimento penale non intendesse riferirsi alla situazione societaria della -OMISSIS-.

4.2. Con il secondo motivo l'appellante censura il capo della sentenza con cui il T.A.R. ha ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione anche nella parte in cui l'ASL avrebbe valorizzato ulteriori elementi, oltre al decreto di rinvio a giudizio, per confermare il ruolo di amministratori di fatto dei -OMISSIS- rispetto alla -OMISSIS-. Secondo l'appellante:

- gli ulteriori elementi sarebbero meramente *obiter*, non contestualizzati e comunque insufficienti o inutilizzabili;
- l'ASL avrebbe errato “per difetto”, non approfondendo i fatti emergenti dal procedimento penale, e “per eccesso”, utilizzando circostanze estranee al giudizio penale, quali verbali sindacali acquisiti da altro concorrente e documentazione relativa ad altra procedura di gara;
- la dimostrazione dell'asserito illecito professionale avrebbe richiesto un approfondimento istruttorio autonomo e completo degli atti penali, ai sensi dell'art. 98 del D.Lgs. n. 36/2023;
- gli elementi valorizzati dall'ASL (partecipazione a tavoli sindacali, deleghe occasionali, presenza alle sedute di gara del 2019) sarebbero comunque inidonei a dimostrare la qualità di amministratori di fatto dei -OMISSIS-;
- la ricostruzione dell'ASL integrerebbe una sorta di “*presunzione di ingerenza*”, irragionevole perché fondata su mere collaborazioni episodiche.

4.3. Passando all'esame dei primi due motivi di appello, il Collegio rileva che l'adeguatezza degli elementi di prova considerati dalla stazione appaltante nella specie va verificata non già con riferimento alla vicenda in sé (per la quale ricorreva certamente la condizione di cui all'articolo 98, comma 6, lettera g), del d.lgs. n. 36/2023) bensì con riguardo al presupposto di fatto a monte, costituito dalla qualità di amministratori di fatto dei soggetti interessati, ai sensi dell'articolo 94, comma 3, lettera b), del medesimo decreto, di modo che certamente l'Amministrazione poteva tenere conto di qualsiasi elemento disponibile, ivi comprese le circostanze documentate dalla controinteressata in ordine al ruolo

determinante svolto dai soggetti in questione nella gestione dell'impresa.

Sotto questo profilo non corrisponde al vero che il giudice di prime cure si sarebbe “appiattito” sul decreto di rinvio a giudizio, avendo invece complessivamente riconosciuto la coerenza della più ampia valutazione svolta dalla stazione appaltante che ha riguardato, oltre al decreto di rinvio a giudizio, anche la reticenza nella comunicazione del procedimento penale, l'inadeguatezza delle misure di *self-cleaning*, il ruolo effettivo dei -OMISSIS- e la stretta pertinenza delle condotte contestate rispetto ai servizi oggetto di gara.

È infatti dato leggere a pag. 8 della determina dirigenziale n. 1689/2024 che:

- *“il Seggio di gara, ai fini della prova della posizione di amministratore di fatto, ha inoltre tenuto conto di taluni documenti trasmessi dall'operatore economico -OMISSIS- unitamente alla segnalazione sopra citata, agli atti di questo Ufficio, e, nello specifico, dei verbali relativi ad incontri/ accordi sindacali in cui la -OMISSIS- S.r.l. risulta rappresentata da -OMISSIS- o da -OMISSIS-”;*

- *“...il Seggio di gara, sempre ai fini della prova della posizione di amministratore di fatto della -OMISSIS- Srl della sig.ra -OMISSIS-, ha dato atto che questa Stazione Appaltante è in possesso di documentazione relativa ad altra procedura di gara, avente il medesimo oggetto dell'appalto di che trattasi, indetta con atto deliberativo -OMISSIS-2019 ed aggiudicata con deliberazione -OMISSIS-2020, in cui emerge chiaramente che la gestione diretta dell'appalto in fase di gara viene condotta da -OMISSIS-, la quale, per delega acquisita agli atti di questo ufficio, partecipa in più occasioni alle sedute pubbliche in rappresentanza del costituendo RTI -OMISSIS- S.r.l., quale mandataria, -OMISSIS- (sempre riconducibile ai -OMISSIS- — cfr. sopra capo di imputazione 16) Decreto di rinvio a giudizio) e --OMISSIS-, quali mandanti associate del costituendo R.T.I.”.*

Gli elementi sopra indicati - lungi dall'essere “episodici” o “estranei” - costituiscono indizi idonei a rafforzare la ricostruzione già emergente dal decreto di rinvio a giudizio circa il ruolo effettivo dei -OMISSIS- nella gestione della -OMISSIS-: la partecipazione attiva di -OMISSIS- a trattative sindacali costituisce indice tipico di

funzioni gestorie, non compatibile con un ruolo meramente esecutivo; la documentazione relativa alla gara del 2019 conferma che la gestione della fase di gara era svolta direttamente da -OMISSIS-, in piena coerenza con il ruolo apicale a lei attribuito dal G.U.P. nel decreto che dispone il giudizio. Considerati nel loro insieme, tali elementi dimostrano una stabile e continuativa ingerenza dei -OMISSIS- nella gestione societaria e confermano integralmente il quadro delineato dal decreto penale, che li qualifica come amministratori di fatto della -OMISSIS- e, pertanto, soggetti rilevanti ai sensi degli artt. 94 e 98 del Codice.

Non risulta invece rilevante la circostanza che le condotte contestate riguardino la -OMISSIS-: lo stesso decreto inserisce la -OMISSIS- nella medesima organizzazione imprenditoriale riconducibile ai -OMISSIS-, evidenziando una gestione unitaria e accentrata da parte degli stessi e qualificandoli espressamente come “*amministratori di fatto della -OMISSIS- S.r.l.*”; non potendosi esigere – come vorrebbe l’appellante - un approfondimento istruttorio finalizzato all’esame di tutti gli atti del procedimento penale, posto che il nuovo Codice impone all’Amministrazione di effettuare invece una valutazione di carattere fiduciario sull’affidabilità dell’operatore.

Ricorrevano dunque tutte le condizioni stabilite dall’art. 98, commi 2 e 8, del D.Lgs. n. 36/2023 per disporre l’esclusione dell’operatore economico:

- a) la sussistenza di elementi sufficienti a integrare un grave illecito professionale (ossia la contestata commissione, da parte dell’operatore o dei soggetti di cui all’art. 94, comma 3 - tra i quali rientra l’amministratore di fatto - di uno dei reati indicati nel comma 1 dell’art. 94);
- b) l’idoneità del grave illecito a incidere sull’affidabilità dell’operatore (tra i reati indicati nel comma 1 dell’art. 94 certamente rientrano quelli di cui agli artt. 353 c.p., 356 c.p. e 416 c.p., oggetto di contestazione ai -OMISSIS- nel decreto di rinvio a giudizio del 20 febbraio 2023);
- c) la presenza di adeguati mezzi di prova (l’art. 98, comma 6, lett. g), qualifica

espressamente quale mezzo di prova adeguato anche il decreto che dispone il giudizio *ex art. 429 c.p.p.*).

5. Con il terzo motivo l'appellante censura il capo della sentenza con il quale il giudice di prime cure ha considerato il tempo trascorso dall'asserita violazione.

Premette l'appellante che ai sensi dell'art. 98, comma 4, del D.lgs. n. 36/2023, *“la valutazione di gravità tiene conto [...] del tempo trascorso dalla violazione”*.

Inoltre l'art. 96, comma 10, lett. c), n. 1), del D.lgs. n. 36/2023 stabilisce che il *dies a quo* da cui far decorrere i tre anni deve essere calcolato:

- *“dalla data di emissione di uno degli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale”*, ossia dalla data in cui il P.M. procede alla formulazione dell'imputazione ovvero adotta la richiesta di rinvio a giudizio;
- *“oppure [dalla data di emissione] di eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale, se antecedenti all'esercizio dell'azione penale”*.

Deduce quindi che nella sentenza appellata, il TAR avrebbe erroneamente affermato che, da parte della stazione appaltante, *“è stato correttamente fatto riferimento, come dies a quo del termine in questione, all'emissione del decreto di rinvio a giudizio, avvenuta in data 20.2.2023, da cui emerge in modo chiaro, preciso e puntuale, il ruolo dei -OMISSIS- nell'impianto accusatorio, la loro “qualifica” di amministratori di fatto della -OMISSIS-, le ipotesi di reato commesse”*.

In tesi la sentenza meriterebbe riforma sul punto perché il termine di rilevanza, da apprezzare e considerare ai fini della valutazione di gravità, decorrerebbe non già dalla data di emissione del decreto di rinvio a giudizio, bensì, *“del tutto in linea con l'interpretazione della direttiva 2014/24/UE fornita nell'elaborazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 36 del 2023”* e facendo riferimento alla “Relazione al Codice” (D.lgs. 36/2023) della Commissione costituita presso il Consiglio di Stato:

- dalla data della *“richiesta di rinvio a giudizio”*;
- *“ovvero, se anteriore”* dalla data della *“emissione di una misura cautelare di carattere*

personale o reale”;

- dunque, *“dando rilevanza a fatti processuali anteriori alla richiesta di rinvio a giudizio, il dies a quo per il decorso del triennio può essere fatto retroagire, ove anteriore, durante il periodo di svolgimento delle indagini preliminari, al momento dell’adozione di misure cautelari personali o reali”.*

Ne inferisce pertanto che, nel caso in esame, il provvedimento di esclusione della ASL reca la data dell’11 luglio 2024, con la conseguenza che esso è stato adottato oltre tre anni dopo la data dell’ordinanza del GIP (18 marzo 2021) che aveva disposto le misure cautelari personali.

5.1. Il motivo è infondato.

Infatti il comma 3 dello stesso art. 96 fa riferimento all’ipotesi in cui la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell’offerta ovvero dopo.

Deve condividersi l’interpretazione dell’articolo 96, comma 10, lettera c), n. 1, del d.lgs. n. 36/2023 data dall’Amministrazione, nel senso che il triennio di riferimento va considerato a ritroso con riferimento all’epoca di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e non a quello – magari molto successivo – in cui la stazione appaltante decide di escludere il concorrente, diversamente finendo per essere avvantaggiato chi omette di dichiarare l’eventuale circostanza potenzialmente ostativa, in modo da “ritardare” le verifiche e le valutazioni della stazione appaltante;

Nel caso in esame la procedura è stata indetta con atto deliberativo -OMISSIS- dicembre 2023 e parzialmente modificata con atto deliberativo -OMISSIS- gennaio 2024 e, successivamente, con atto deliberativo -OMISSIS- febbraio 2024.

Per cui anche prendendo in considerazione la data dell’ordinanza del GIP (18 marzo 2021) che aveva disposto le misure cautelari personali si rientra entro i tre anni dalla data di presentazione dell’offerta e il provvedimento per tale profilo è legittimo.

Inoltre - ai sensi dell’art. 96, comma 12, del D.Lgs. n. 36/2023 - laddove

l'operatore contravvenga all'onere di comunicazione, *“il triennio inizia a decorrere dalla data in cui la stazione appaltante ha acquisito taluno di detti provvedimenti”*. Ne consegue che, nel caso di specie, il termine triennale dovrebbe addirittura decorrere dalla data di acquisizione del decreto, avvenuta in seguito alla richiesta di chiarimenti del 29 maggio 2024.

6. Con il quarto motivo l'appellante impugna il capo della sentenza con il quale il giudice di prime cure ha ritenuto che le misure di *self-cleaning* adottate da -OMISSIS- sarebbero insufficienti.

In particolare il TAR ha ritenuto che *“le modifiche medio tempo intervenute nell'assetto societario, in forza delle quali -OMISSIS- sono soci di minoranza, con quote del 24% ciascuno, sono insufficienti a garantire l'affidabilità della società e a prevenire, per il futuro, la commissione di ulteriori illeciti, perché la minoranza della quota non incide sui poteri di gestione e direzione della società di fatto esercitati”*, e che *“la governance societaria non risulta modificata, in considerazione del fatto che l'attuale presidente e legale rappresentante della -OMISSIS- ed altri soci già avevano rappresentato la stessa in altre procedure di gara indette, nel 2019, dalla ASL di (...)”*.

La sentenza, in tesi:

- non terrebbe conto della giurisprudenza amministrativa dalla cui radice è gemmata la figura (oggi codificata dal legislatore nella lett. *b*] dell'art. 98, comma 3, del D.lgs. n. 36/2023) del cd. amministratore o gestore *“di fatto”*, ossia quella relativa al cd. *“socio sovrano”*;
- sarebbe gravemente carente ed insufficiente, in quanto omette di considerare nel loro complesso le numerose misure adottate da -OMISSIS-, volte a prevenire e scongiurare in radice rischi di eterodirezione gestoria di fatto (da parte di chiunque);
- sarebbe irragionevole, in quanto sembra precludere a chi (l'attuale presidente e legale rappresentante della -OMISSIS-, -OMISSIS-) non è stato mai coinvolto nei procedimenti penali, il diritto di poter rivestire, a pieno titolo ed effettivamente, il

ruolo di organo amministrativo di vertice nella Società, sol perché costui aveva assunto in passato limitati ruoli di rappresentanza della -OMISSIS- in specifici procedimenti di gara.

6.1. Il motivo è infondato.

Nel caso in esame il Tar ha ritenuto che la partecipazione minoritaria dei due soci non è sufficiente a garantire la terzietà dell'organo amministrativo laddove nel rinvio a giudizio se ne assume il ruolo di amministratori di fatto. Al riguardo non risultano pertinenti le difese dell'appellante nella misura in cui ricollega la nozione di amministratore di fatto alla titolarità della maggioranza delle quote o alla diversa figura del c.d. "socio sovrano".

Sotto un primo profilo va osservato che l'accertamento della qualifica di "amministratore di fatto" risponde a criteri sostanzialistici e non formalistici e, dunque, costituisce oggetto di una "*valutazione di fatto insindacabile in sede di legittimità*" a condizione che sia "*sostenuta (...) da congrua e logica motivazione*". In particolare un soggetto deve essere qualificato quale amministratore di fatto ogniqualvolta emerga il suo inserimento organico nella gestione societaria, desumibile da condotte che rivelino, in modo apprezzabile e non episodico, l'esercizio di poteri propri dell'organo amministrativo (Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2025, n. 4863; Cass. pen., Sez. V, 28 febbraio 2024, n. 16414). Peraltro, in materia di contratti pubblici, l'individuazione della figura dell'amministratore di fatto non richiede il medesimo rigore probatorio richiesto in sede penale o civile perché la verifica è fondata su un giudizio fiduciario di integrità e affidabilità, che può basarsi su un quadro indiziario coerente, ragionevole e complessivamente significativo.

In definitiva deve convenirsi che le misure di *self-cleaning* sono state ragionevolmente ritenute dal primo giudice inidonee o insufficienti, tanto più che la stessa appellante ritiene di non essere stata tenuta ad adottarne ulteriori dopo il rinvio a giudizio per cui è causa, ritenendo quest'ultimo evento circostanza di cui poteva disinteressarsi.

7. Con il quinto motivo l'appellante censura il capo della sentenza con il quale il primo giudice ha ritenuto che -OMISSIS- ha tenuto in sede di gara una condotta reticente in merito al decreto di rinvio a giudizio.

Lamenta vi sia stato un travisamento delle dichiarazioni rese in sede di gara da -OMISSIS- le quali sono state invece del seguente tenore: “-OMISSIS- ha appreso solo di recente che vi sarebbe un provvedimento di rinvio a giudizio (che è stato acquisito e si trasmette) nel quale si fa riferimento a due soggetti, attuali soci di minoranza di -OMISSIS-, considerandoli anche quali amministratori di fatto di -OMISSIS-”.

Ne inferisce che la Società avrebbe dichiarato di aver appreso di recente non già l'esistenza del decreto di rinvio a giudizio, bensì la circostanza che tale decreto coinvolgeva -OMISSIS- anche nella qualità di (supposti) amministratori di fatto di -OMISSIS-, e non solo di -OMISSIS-, assumendo pertanto che tale circostanza non era compiutamente emersa in precedenza.

-OMISSIS- sostiene, inoltre, che il T.A.R. avrebbe errato nell'escludere qualsiasi rilievo alla dedotta inefficacia temporanea del decreto di rinvio a giudizio nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando e la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, inefficacia che sarebbe derivata - secondo l'appellante - dalla pronuncia del Tribunale di (...) che aveva dichiarato la propria incompetenza.

7.1. Il motivo è infondato.

La documentazione prodotta in giudizio dalla stessa ricorrente (in particolare, l'ordinanza del GIP del 14 settembre 2022) dimostra in modo inequivoco che già nella fase delle indagini preliminari emergeva la riconducibilità della gestione della -OMISSIS- ai -OMISSIS-.

È inoltre infondata la deduzione secondo cui il decreto di rinvio a giudizio avrebbe “perso efficacia” nel periodo utile alla presentazione dell'offerta. L'efficacia del decreto è stata espressamente confermata dalla Corte di cassazione (Cass. pen., Sez. I, 28 maggio 2024, n. 21021), che - decidendo sul conflitto di competenza - ha

dichiarato competente il Tribunale di (...). Non è, pertanto, sostenibile che il decreto fosse medio tempore *tamquam non esset*.

8. Con il sesto motivo l'appellante impugna il capo della sentenza con il quale il giudice di prime cure ha ritenuto infondata la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art. 267 TFUE, rispetto all'art. 57, par. 1, della Direttiva 2014/24/UE.

Deduce l'appellante che:

- *“la fattispecie nazionale dell'amministratore di fatto, di cui alla lett. b) del comma 3 dell'art. 94 del D. Lgs. n. 36/2023, sarebbe totalmente indeterminata, in quanto priva di paletti e di parametri definitivi all'interno dello stesso art. 94”*;
- la figura gestoria dell'amministratore di fatto - del tutto deformatizzata, relegata alla sfera del mero fatto e per sua natura occulta - non sarebbe contemplata dall'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE;
- la giurisprudenza interna risulterebbe non univoca, generando incertezza applicativa;
- la previsione sarebbe *“inedita”* nel diritto dei contratti pubblici e si tradurrebbe in una clausola espulsiva in bianco, suscettibile di determinare esclusioni arbitrarie;
- da tutto ciò deriverebbe, secondo -OMISSIS-, la necessità di verificare in sede pregiudiziale la conformità dell'art. 94, comma 3, lett. b), del Codice all'art. 57, par. 1, della Direttiva 2014/24/UE e ai principi eurounitari di tassatività, certezza del diritto, proporzionalità e parità di trattamento.

8.1. Il motivo è infondato.

La sentenza impugnata ha correttamente rilevato che l'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE contempla, tra le cause di esclusione obbligatoria, anche la condanna definitiva per determinati reati quando l'autore sia un soggetto che, all'interno degli organi direttivi o di controllo dell'operatore economico, eserciti poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo, indipendentemente dalla qualifica formalmente rivestita.

Il dato testuale europeo incentra dunque l'attenzione non sulla formale investitura, ma sull'effettivo esercizio di poteri direttivi: esattamente il nucleo definitorio della figura dell'amministratore di fatto delineata dalla giurisprudenza penale, civile e amministrativa.

L'art. 94, comma 3, lett. *b*), del D.Lgs. n. 36/2023 costituisce, infatti, un recepimento pieno dell'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE, poiché: si basa su una nozione sostanziale, incentrata sull'esercizio effettivo di poteri gestori rilevanti; corrisponde alla figura europea del soggetto “*avente poteri di rappresentanza, decisione o controllo*”; ciò risulta precisato da una stabile elaborazione giurisprudenziale, che individua indici sintomatici chiari e consolidati (continuità, significatività ingerenza nei settori strategici dell'impresa, esercizio di poteri tipici dell'organo amministrativo).

Per tali ragioni, il T.A.R. ha correttamente escluso la necessità del rinvio pregiudiziale, non sussistendo alcun dubbio interpretativo “serio” né alcuna incertezza normativa in ordine alla conformità dell'art. 94, comma 3, lett. *b*), del D.Lgs. n. 36/2023 all'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE.

9. Con il settimo motivo l'appellante impugna il capo della sentenza che dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 94, comma 3, lett. *b*), del D.Lgs. n. 36/2023.

Secondo l'appellante, l'art. 94, comma 3, lett. *b*), introdurrebbe una causa di esclusione non prevista dalla Direttiva 2014/24/UE, attribuendo rilevanza alla figura dell'amministratore di fatto e realizzando così un indebito *gold plating*, mediante l'introduzione di un livello di regolazione superiore a quello minimo richiesto dalla disciplina eurounitaria in materia di motivi di esclusione dalle gare. Da questo assunto -OMISSIS- fa discendere la denuncia di violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega in quanto la norma in esame sarebbe eccedente i limiti e i criteri direttivi fissati dalla legge delega n. 78/2022.

9.1. Il motivo è infondato.

Correttamente la sentenza impugnata ha dichiarato manifestamente “*infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 94, comma 3, lett. b), del D.Lgs. n. 36/2023, nella parte in cui demanda alla P.A. la valutazione della sussistenza della figura dell’amministratore di fatto*”. Il giudice di prime cure ha infatti rilevato che tale valutazione implica semplicemente lo svolgimento, da parte dell’Amministrazione, delle fisiologiche verifiche giuridiche e tecniche inerenti ai requisiti di partecipazione alle procedure di gara, attività che rientrano pienamente nelle sue competenze.

Va al riguardo osservato che il legislatore delegato non ha introdotto una nuova o autonoma causa di esclusione, ma ha dato puntuale attuazione all’art. 57 della Direttiva 2014/24/UE, estendendo gli obblighi dichiarativi e gli effetti escludenti anche ai soggetti che, pur privi di formale investitura, esercitino in concreto poteri gestori, rappresentativi o di controllo e, dunque, poteri decisionali. Ne deriva che la disposizione in esame non integra la denunziata ipotesi di *gold plating* dovendo piuttosto affermarsi che la disciplina nazionale è pienamente aderente alla Direttiva 2014/24/UE e che l’art. 94, comma 3, lett. b), del D.Lgs. n. 36/2023 costituisce un’applicazione pienamente conforme ai principi e ai criteri direttivi della legge delega n. 78/2022.

10. Conclusivamente, per tutti i surriferiti motivi, l’appello è infondato e per l’effetto deve essere respinto.

11. Sussistono giustificate ragioni per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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 e giuridiche contemplate nel presente provvedimento.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 4 e 11 dicembre 2025, con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

Sebastiano Zafarana, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Sebastiano Zafarana

IL PRESIDENTE

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO

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

