

L'esercizio dei poteri connessi all'attività di vigilanza sul sistema di qualificazione da parte dell'ANAC ed il principio di proporzionalità

di Semiramide Pace

Data di pubblicazione: 20-5-2024

Nell'esercizio dei poteri connessi all'attività di vigilanza sul sistema di qualificazione, l'Autorità ha il dovere di agire nel rispetto del principio di proporzionalità, ovvero «nel rispetto del principio secondo cui gli obiettivi corrispondenti ai fini istituzionali ad essa demandati devono essere raggiunti con il minor sacrificio possibile per i contrapposti interessi privati»

N. 06816/2024 REG.PROV.COLL.

N. 13122/2022 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima *Quater*)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13122 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Bentley SOA s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Alberto Zito e Jacopo Vavalli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto

presso lo studio dell'avv. Alberto Zito in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina 26;

contro

Anac – Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della nota dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 10 agosto 2022, fasc. n. 3025/2022, trasmessa via PEC alla ricorrente in pari data;

- di ogni altro atto e/o provvedimento prodromico, collegato, consequenziale e/o successivo, anche non conosciuto;

per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 6 febbraio 2023:

- della nota dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 19 gennaio 2023, fasc. n. 3963/2022, deliberata nell'adunanza consiliare del 17 gennaio 2023, trasmessa via PEC alla ricorrente in data 19 gennaio 2023;

- di ogni altro atto e/o provvedimento prodromico, collegato, consequenziale e/o successivo, anche non conosciuto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Anac – Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2024 il dott. Agatino Giuseppe Lanzafame e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con nota 6 luglio 2022 – acquisita al protocollo dell'ANAC in data 7 luglio 2022, al n. 55835 – Bentley SOA s.p.a. (d'ora in poi anche solo “ Bentley SOA” o “la SOA”) ha presentato all'Autorità Nazionale Anticorruzione istanza al fine di ottenere il rilascio del nulla osta al conferimento dell'incarico di componenti del Collegio sindacale al dott. Alessandro Rossi e al dott. Gianpaolo Davide Rossetti (già individuati dall'assemblea dei soci svolta in data 28 giugno 2022, rispettivamente come Presidente del Collegio, il primo, e come componente effettivo dello stesso, il secondo).

2. A seguito dell'istruttoria svolta, con nota 25 luglio 2022, prot. n. 60667, l'Autorità ha rilasciato il nulla osta con riferimento alla posizione del dott. Rossetti.

3. Con nota 25 luglio 2022, prot. n. 60729, l'Autorità ha invece comunicato alla SOA e al dott. Rossi preavviso di diniego ex art. 10-bis, l. n. 241/1990, osservando:

- che il dott. Rossi riveste «*cariche e detiene partecipazioni in numerose imprese, alcune delle quali aventi un oggetto sociale potenzialmente incompatibile, consistente nell'esecuzione di lavori o, più in generale, nello svolgimento di attività in astratto "attestabili"*» e precisamente è «socio al 30% e amministratore unico di Bariocis s.r.l.; socio al 12,25% di Volpi s.r.l.; amministratore unico di mc s.r.l.; amministratore unico di dobule p.p. s.r.l.; liquidatore di S.A.A.P.A. s.r.l. in liquidazione»;

- che «*tale circostanza è idonea ad ingenerare un possibile conflitto di interessi e ad incidere, conseguentemente, sul rispetto del requisito dell'indipendenza di giudizio di cui all'art. 64, comma 4, del d.p.r. n. 207/2010*»;

- che «*trattandosi di partecipazioni riferibili "in via diretta" al dott. Rossi, non risulta sufficiente la mera imposizione di un obbligo di astensione dall'esercizio dell'attività di attestazione nei confronti delle suddette imprese, né, tanto meno, può valere a escludere la riscontrata incompatibilità la dichiarazione della SOA di non avere mai intrattenuto rapporti commerciali o finalizzati all'attività di attestazione con le società/imprese individuali sopra citate*».

4. Con nota del 28 luglio 2022 – acquisita al protocollo dell'ANAC in data 29 luglio 2022, al n. 62090 – Bentley SOA s.p.a.:

- ha rimarcato il proprio impegno ad astenersi dall'attestazione delle imprese nelle quali il dott. Rossi detiene cariche e/o partecipazioni;

- ha trasmesso ad ANAC le osservazioni ricevute in pari data dal dott. Rossi, con cui lo stesso ha evidenziato – tra l'altro – che: a) nessuna delle società in cui lo stesso rivestiva cariche o deteneva partecipazioni si occupava effettivamente dell'esecuzione di lavori; b) che nessuna delle predette società aveva mai «*trattenuto rapporti commerciali o finalizzati all'attività di attestazione*» con Bentley SOA; c) che nessuna delle citate società intendeva richiedere nessun tipo di attestazione.

5. Con provvedimento 10 agosto 2022, prot. n. 65971, l'Autorità – valutato quanto dedotto dalla SOA e dal dott. Rossi – ha ritenuto di dovere definitivamente rigettare la richiesta di nulla osta avanzata da Bentley SOA s.p.a. in relazione alla nomina del dott. Rossi quale Presidente del Collegio sindacale della società, osservando:

- che «*in materia di SOA il requisito dell'indipendenza deve essere posseduto anche dai componenti del Collegio sindacale ai sensi dell'art. 64, comma 4, d.p.r. n. 207/2010*»;

- che «*nell'ipotesi in esame le partecipazioni e le cariche problematiche riferibili al dott. Rossi sono svariate e riguardano società che, indipendentemente dall'attività di fatto attualmente*

esercitata, hanno tutte un oggetto sociale incompatibile essendo abilitate all'esecuzione di lavori»;

- che «in ragione del ruolo ricoperto all'interno delle medesime società, il candidato sindaco appare come soggetto portatore di interessi "personali" astrattamente confliggenti con quelli collegati all'esercizio dell'attività di attestazione»;

- che, in particolare, la partecipazione del 30% di Barocis s.r.l. «non può considerarsi irrisoria» e che comunque è particolarmente problematico il fatto che il dott. Rossi «ricopre l'incarico di amministratore unico, dotato di pieni poteri gestori, di quattro delle cinque società ritenute a rischio»;

- che «il fatto che non siano stati "mai intrattenuti rapporti" tra tali soggetti economici e la Soa è una circostanza che riguarda "il passato" e che, conseguentemente, non può costituire indice di garanzia per il "futuro"» e che «allo stesso modo non consente di superare il riscontrato conflitto di interessi il riferito proposito delle società suindicate di non attestarsi, trattandosi di una dichiarazione di intenti che non tiene conto di possibili ed imprevedibili (ad oggi) evoluzioni societarie».

6. Con l'atto introduttivo del presente giudizio, Bentley SOA s.p.a. ha impugnato la decisione adottata dall'ANAC in data 10 agosto 2022 e ne ha chiesto l'annullamento – previa adozione delle opportune misure cautelari – sulla base di due motivi in diritto.

6.1. Con il primo motivo ha lamentato l'illegittimità del provvedimento per «*eccesso di potere derivante dalla violazione del principio di proporzionalità*», rilevando che «*l'ANAC ha previsto una misura particolarmente invasiva (consistente, cioè, nell'impedire a Bentley di nominare il dottor Rossi quale Presidente del Collegio sindacale) e soprattutto più invasiva di altre che avrebbero potuto garantire il medesimo risultato, come quella di imporre a Bentley stessa ... di astenersi dall'attestare le società in cui il dottor Rossi è socio e/o amministratore*» e richiamando – a tal proposito – la sentenza Consiglio di Stato, V, 14 febbraio 2020, n. 1180, con cui il giudice d'appello ha ritenuto che l'Autorità non possa imporre ad una SOA la sostituzione di un sindaco senza valutare l'adeguatezza di una misura meno afflittiva quale, appunto, l'imposizione di obblighi di astensione.

6.2. Con il secondo motivo, ha contestato la decisione impugnata per «*violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990*», richiamando ancora una volta la sentenza Consiglio di Stato, V, n. 1180/2020 ed evidenziando che anche in questo caso «*l'ANAC non è stata in grado di indicare quali motivazioni supportino la misura più invasiva rispetto alla sfera giuridica del destinatario, così reiterando un modus operandi già censurato dalla menzionata pronuncia del Consiglio di Stato*».

7. Con memoria del 24 novembre 2022, l'Autorità resistente ha spiegato le proprie difese e ha insistito per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare, sottolineando la differenza tra la vicenda oggetto del presente giudizio e quella decisa da Consiglio di Stato, V, n. 1180/2020, in quanto «*l'Autorità non ha invitato la SOA a sostituire un sindaco già "operativo" e precedentemente autorizzato dall'ANAC ... ma ha espresso il diniego a che un soggetto*

ritenuto incompatibile potesse ab origine assumere tale carica».

8. Con ordinanza Tar Lazio, I-quater, 30 novembre 2022, n. 7332, questo Tribunale ha accolto la domanda cautelare – disponendo il riesame del diniego gravato da parte dell'ANAC – «*in considerazione del principio affermato dal giudice d'appello (in una vicenda sovrapponibile a quella oggetto del presente giudizio) secondo cui i provvedimenti adottati dall'ANAC al fine di garantire l'indipendenza degli organismi di attestazione ex art. 64, comma 4, d.P.R. n. 207/2010 devono perseguire tale finalità con il minor sacrificio possibile per i contrapposti interessi della società e dei professionisti operanti nella stessa (cfr. Consiglio di Stato, V, 14 febbraio 2020, n. 1180, che ha affermato che l'ANAC può imporre a una SOA la sostituzione dei componenti del Collegio sindacale in situazione di conflitto di interessi solo nel caso in cui indichi espressamente le ragioni per cui non ritiene sufficiente imporre la diversa misura dell'obbligo di astensione)*».

9. Con provvedimento 19 gennaio 2023 – depositato in atti il successivo 20 gennaio 2023 – l'Autorità resistente, all'esito del riesame disposto da questo Tribunale, ha confermato la decisione di rigetto dell'istanza di nulla osta alla nomina del dott. Rossi a componente del Collegio sindacale della società Bentley SOA s.p.a., evidenziando:

- che «*non vi è dubbio che il caso di specie integri la situazione di rischio connotata dalla gravità massima, atteso che il conflitto di interesse non solo è riconducibile "direttamente" ... al soggetto facente parte della composizione o struttura organizzativa della SOA ma anche perché riguarda il Collegio Sindacale*»;

- che il rischio era massimo «*in considerazione di molteplici non trascurabili fattori quali, il numero delle imprese presso le quali il sindaco riveste cariche e detiene partecipazioni, l'oggetto sociale astrattamente incompatibile, la carica di amministratore unico rivestita in ben quattro delle cinque imprese ritenute a rischio, la quota di partecipazione al capitale sociale che pur non essendo maggioritaria non è tuttavia trascurabile*» e che proprio per tali ragioni «*il candidato sindaco appare come soggetto portatore di molteplici interessi personali astrattamente confliggenti con quelli collegati all'esercizio dell'attività di attestazione, per cui non può ritenersi sufficiente l'imposizione della più blanda misura dell'obbligo di astensione*»;

- che «*in sede di bilanciamento degli interessi coinvolti, in un'ottica di proporzionalità, non si può non tenere conto del fatto che, nel caso di specie, il sacrificio imposto all'operatore economico è minimo, atteso che, diversamente dalla fattispecie di cui alla sentenza del Consiglio di Stato n. 1180/2020, in cui i sindaci erano già incardinati nella società, nel caso di specie il provvedimento di rigetto è intervenuto in una fase antecedente all'effettiva assunzione dell'incarico*»;

- e che «*nessun interesse del dott. Rossi è stato leso dalla decisione dell'ANAC in quanto non si tratta di un soggetto già incardinato nell'organismo di vigilanza*».

10. Con motivi aggiunti depositati in data 6 febbraio 2023, la società ricorrente ha impugnato la nuova decisione adottata da ANAC in data 19 gennaio 2023 e ne ha chiesto l'annullamento – previa adozione di misure cautelari – sulla base di quattro motivi in diritto.

10.1. Con i primi tre motivi ha lamentato l'illegittimità della nuova decisione adottata da ANAC per «*violazione di legge, eccesso di potere, difetto di motivazione, violazione del principio di proporzionalità rispetto alla disciplina di cui all'art. 64, comma 4, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, e con riferimento ai principi affermati nella sentenza Consiglio di Stato, V, 14 febbraio 2020, n. 1180*», e ne ha dedotto altresì la «*nullità ex art. 21-septies l. 7 agosto 1990, n. 241, per violazione e/o elusione dell'ordinanza Tar Lazio, I-quater, 30 novembre 2022, n. 7332*, osservando che:

- nel provvedimento di riesame l'ANAC si era limitata a sottolineare la gravità del rischio nella presente fattispecie ma non aveva spiegato in concreto perché la misura dell'astensione non era dalla stessa ritenuta sufficiente a evitare quel rischio (v. *motivi aggiunti sub I*, pagg. 5-6);

- che in ogni caso i fattori di gravità del rischio individuati dall'Autorità come ostativi all'adozione della più blanda misura dell'obbligo di astensione (numero delle imprese in cui il dott. Rossi aveva cariche e/o partecipazione e oggetto sociale delle stesse) erano i medesimi che ricorrevano nella fattispecie decisa da Consiglio di Stato, V, n. 1180/2020 (v. *motivi aggiunti sub II*, pagg. 7-9);

- che il fatto che nella vicenda odierna il provvedimento ostativo di ANAC fosse intervenuto quando il Presidente del Collegio sindacale non era ancora insediato non rendeva inapplicabile alla presente fattispecie il principio sancito da Consiglio di Stato, V, n. 1180/2020 in quanto il diniego di nulla osta incideva comunque in modo significativo sulla libertà di impresa della SOA e sul diritto al lavoro dell'interessato (v. *motivi aggiunti sub III*, pagg. 9-11).

10.2. Con il quarto motivo ha lamentato l'illegittimità del provvedimento impugnato e/o la sua nullità ex art. 21-septies l. 7 agosto 1990, n. 241 per «*violazione e/o elusione dell'ordinanza Tar Lazio, I-quater, 30 novembre 2022, n. 7332*», osservando che lo stesso era stato adottato dopo il termine di 45 giorni indicato da questo Tribunale per il riesame.

11. Con relazione depositata in data 27 febbraio 2023, l'Autorità ha insistito per il rigetto dei *motivi aggiunti*.

12. Con ordinanza Tar Lazio, I-quater, 9 marzo 2023, n. 1406 questo Tribunale ha accolto la nuova istanza cautelare avanzata dalla ricorrente, sottolineando – tra l'altro – che «*parte ricorrente ha evidenziato e provato che il provvedimento annullato dalla richiamata sentenza Consiglio di Stato, V, 14 febbraio 2020, n. 1180, riguardava sindaci che versavano in condizioni non dissimili da quelle del dott. Rossi, sia per quanto riguarda il numero delle imprese con riferimento alle quali si sarebbe realizzato il rischio di conflitto di interessi, sia con riferimento all'oggetto sociale delle predette imprese*»; che «*tale sostanziale sovrapposibilità delle due fattispecie sotto il profilo della gravità del rischio, non è stata in alcun modo smentita dall'amministrazione nelle difese depositate in data 27 febbraio 2023*»; che «*la circostanza che il provvedimento annullato da Consiglio di Stato, V, n. 1180/2020 avesse a oggetto la rimozione di sindaci già in carica non appare dirimente, atteso che anche il diniego di nulla osta – al pari dell'ordine di rimozione – appare incidere in maniera significativa sulle situazioni giuridiche soggettive tanto di Bentley Soa, quanto del dott. Rossi*»; e che quindi «*il divieto opposto dall'amministrazione non appare ragionevole, né congruamente motivato, sotto il*

profilo della concreta indicazione delle ragioni per cui l'ANAC – nel caso di specie – non ha ritenuto sufficiente imporre la diversa misura dell'obbligo di astensione».

13. Tale ultimo provvedimento è stato impugnato dall'Autorità con appello cautelare iscritto al r.g. n. 3939/2023.

14. Con ordinanza Consiglio di Stato, V, 26 maggio 2023, n. 2124, il giudice d'appello ha evidenziato che *«le ragioni di differenziazione della fattispecie oggetto del presente giudizio da quella oggetto della sentenza di questa Sezione V, 14 febbraio 2020, n. 1180, così come prospettate dall'Anac nell'atto di appello, unitamente alle ulteriori ragioni di gravame, appaiono meritevoli di approfondimento in sede di merito»* e ha riformato il provvedimento cautelare gravato, osservando che lo stesso aveva *«a oggetto il compimento di un ulteriore riesame dell'istanza di rilascio di nulla osta da parte dell'Autorità, che, allo stato, pare opportuno differire eventualmente all'esito del giudizio di merito»*.

15. Con memoria del 24 novembre 2023, l'ANAC ha ulteriormente argomentato a sostegno dell'infondatezza del ricorso, insistendo nell'affermare che *«la fattispecie in esame sia del tutto diversa da quella analizzata dal Consiglio di Stato, già solo per il fatto che la misura adottata dall'ANAC non è stata la richiesta di sostituzione di un sindaco già “operativo”, quanto piuttosto il diniego all'assunzione ex novo di tale carica da parte di un soggetto ritenuto potenzialmente incompatibile ab origine, in linea con le previsioni del d.pr. n. 207/2010, del “Manuale” e del [comunicato alle SOA del 1 aprile 2015]»* e sottolineando che nelle more della definizione del presente giudizio il dott. Rossi *«è divenuto medio tempore ... socio e Presidente del Consiglio di amministrazione di un'altra società avente anch'essa oggetto sociale incompatibile con l'attività di attestazione della SOA»*.

16. Con memoria del 4 gennaio 2024, Bentley SOA s.p.a. ha insistito nelle proprie domande, riservandosi di svolgere controdeduzioni rispetto alle difese della p.a. con successiva memoria di replica.

17. Con repliche dell'11 gennaio 2024, la ricorrente ha insistito nelle sue tesi, evidenziando che l'imposizione di un obbligo di astensione a Bentley SOA sarebbe sufficiente a evitare il rischio paventato dall'amministrazione, anche in ragione delle *«gravi conseguenze che si produrrebbero qualora, in violazione dell'impegno assunto, la SOA attestasse una delle imprese suscettibili di ingenerare il paventato conflitto di interessi: vale a dire, l'irrogazione di sanzioni, che potrebbero giungere persino alla revoca dell'autorizzazione all'esercizio della funzione pubblica di attestazione (cfr. art. 73 d.P.R. n. 207/2010)»*.

18. All'udienza pubblica del 23 gennaio 2024, il ricorso è stato discusso e trattenuto in decisione.

19. In via preliminare, deve evidenziarsi l'improcedibilità del ricorso introduttivo, atteso che il primo provvedimento di diniego adottato dall'ANAC è stato superato dalla successiva decisione, sempre di diniego, adottata all'esito del riesame disposto da questo Tribunale con ordinanza Tar Lazio, I-quater, 30 novembre 2022, n. 7332.

20. Ciò premesso, il Collegio – all’esito dello scrutinio approfondito proprio della fase di merito, svolto tenuto conto delle indicazioni fornite da Consiglio di Stato, V, 26 maggio 2023, n. 2124 – ritiene che le doglianze con cui la ricorrente ha lamentato l’illegittimità del provvedimento impugnato con i *motivi aggiunti* per violazione del principio di proporzionalità, eccesso di potere e difetto di motivazione (cfr. *motivi aggiunti*, sub I, II e III) siano fondate e vadano accolte per i motivi di seguito illustrati.

21. È noto che ai sensi dell’art. 64, comma 4, d.p.r. n. 207/2010 «*la composizione e la struttura organizzativa delle SOA deve assicurare, anche in presenza di eventuali situazioni di controllo o di collegamento, individuate secondo quanto previsto dall’articolo 2359 del codice civile, il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l’assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori*».

È poi noto che l’Autorità Nazionale Anticorruzione – cui il legislatore ha attribuito poteri in materia di vigilanza sull’intero sistema di qualificazione, riconoscendole il ruolo di «*garante dell’efficienza e del corretto funzionamento del sistema stesso*» (Tar Lazio, I, 7 febbraio 2019, n. 1570) – ha adottato il “Manuale sull’attività di qualificazione per l’esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro”, vigente a far data dal 29 ottobre 2014, nel quale:

- ha specificato che «*la nozione di indipendenza viene posta, dal comma 4 dell’ articolo 64 del Regolamento, direttamente in relazione con la composizione e la struttura organizzativa della SOA, nonché con l’assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario tale da determinare comportamenti non imparziali o discriminatori*», sottolineando che «*in questo contesto il requisito dell’indipendenza viene garantito attraverso due distinte modalità : a) il divieto di accesso alla struttura organizzativa, per soggetti che sono in linea generale detentori di interessi commerciali o finanziari incompatibili con la funzione della SOA; b) l’obbligo di astensione della SOA dall’attestare le imprese quando soggetti ammessi a far parte della struttura organizzativa della SOA, vengano a trovarsi, con riferimento a specifici casi di attestazione, in presenza di interessi commerciali o finanziari incompatibili*» (cfr. Manuale, pag. 28);

- ha ragionevolmente individuato tra i destinatari dei controlli finalizzati alla verifica dell’indipendenza delle SOA, anche i componenti del Collegio sindacale delle stesse (cfr. Manuale, pag. 43);

- ha precisato che «*ove vengano riscontrate circostanze destinate ad incidere negativamente sulla persistenza del requisito dell’indipendenza, l’Autorità potrà valutare se le stesse determinino una situazione di compromissione o di pericolo tale da richiedere che il soggetto, cui le circostanze si riferiscono, venga estromesso dalla società, oppure se le condizioni di indipendenza possano essere salvaguardate attraverso una condotta di astensione dallo svolgimento dell’attività di attestazione nei confronti di soggetti determinati*» (cfr. Manuale, pag. 41).

Con comunicato alle SOA dell’1 aprile 2015, n. 1, l’Autorità ha poi stabilito che «*in linea con le*

previsioni regolamentari di cui agli artt. 64, commi 4 e 6, 67, comma 2 e 68, comma 2 del d.p.r. 207/2010 ... le nomine di Amministratori e Sindaci delle SOA [devono] essere preventivamente comunicate all'Autorità ai fini della verifica della sussistenza dei requisiti di legge».

22. Ciò premesso sul quadro normativo di riferimento, va poi rilevato che il giudice d'appello – pronunciandosi su una controversia insorta tra le medesime parti del presente giudizio – ha sottolineato che, nell'esercizio dei poteri connessi alla propria attività di vigilanza sul sistema di qualificazione, l'Autorità ha il dovere di agire nel rispetto del principio di proporzionalità (ovvero «nel rispetto del principio secondo cui gli obiettivi corrispondenti ai fini istituzionali ad essa demandati devono essere raggiunti con il minor sacrificio possibile per i contrapposti interessi privati (cfr. in questo senso, di recente: Consiglio di Stato, III, 26 giugno 2019, n. 4403; V, 4 dicembre 2019, n. 8298; VI, 27 aprile 2018, n. 2576)», cfr. Consiglio di Stato, V, 14 febbraio 2020, n. 1180) e – sulla base di tale considerazione – ha dichiarato illegittimo un provvedimento con cui l'ANAC aveva imposto a Bentley SOA la sostituzione di tre componenti del Collegio sindacale (che detenevano quote e/o rivestivano cariche in società con oggetto sociale che le rendeva astrattamente attestabili) senza specificare adeguatamente le ragioni per cui l'indipendenza della SOA poteva essere garantita adeguatamente solo attraverso la rimozione dei sindaci, e non anche attraverso l'imposizione dell'obbligo di astensione (cfr. ancora Consiglio di Stato, V, 14 febbraio 2020, n. 1180).

23. Ciò chiarito, il Collegio ritiene che il principio affermato da Consiglio di Stato, V, n. 1180/2020 sia stato violato anche nel caso di specie, e che il diniego adottato dalla p.a. all'esito del riesame risulti sproporzionato, frutto di un'istruttoria non sufficiente e sorretto da una motivazione non adeguata.

23.1. A tal proposito, va innanzitutto rilevato che nel nuovo diniego – adottato dall'ANAC all'esito del riesame disposto da questo Tribunale con la prima ordinanza cautelare – l'Autorità ha notato che l'imposizione a Bentley SOA s.p.a. dell'obbligo di astenersi dall'attestare tutte le società in cui il dott. Rossi ha partecipazioni e/o incarichi non sarebbe sufficiente a garantire l'indipendenza della SOA in ragione della «gravità massima del rischio» che connota l'odierna fattispecie, avuto riguardo:

- al fatto che il conflitto di interessi «è riconducibile “direttamente” – e non indirettamente tramite legami familiari – al soggetto facente parte della composizione o struttura organizzativa della SOA»;

- al fatto che il conflitto di interessi «riguarda il Collegio sindacale, un organo ... investito del compito di vigilare sull'attività degli amministratori e controllare che la gestione e l'amministrazione della società si svolgano nel rispetto della legge e dell'atto costitutivo»;

- a una pluralità di fattori che caratterizzano l'odierna vicenda quali «numero di imprese potenzialmente “attestabili” presso le quali il sindaco riveste cariche e detiene partecipazioni, all'oggetto sociale astrattamente incompatibile, consistente nell'esecuzione di lavori, alla carica di amministratore unico rivestita in ben quattro delle cinque imprese ritenute a rischio, alla quota di partecipazione al capitale sociale che pur non essendo maggioritaria non è tuttavia trascurabile».

23.2. Va tuttavia notato che le circostanze enucleate dall'Autorità per sottolineare la dedotta gravità massima del rischio sotteso alla decisione impugnata nel presente giudizio sono del tutto simili (se non identiche) a quelle che caratterizzavano la situazione di "rischio" nell'ambito della quale era stata adottata la determina 19 dicembre 2018, n. 104483 (doc. 9, allegato ai *motivi aggiunti*), annullata dalla sentenza Consiglio di Stato, V, 14 febbraio 2020, n. 1180.

Anche nella vicenda in cui è stata pronunciata la sentenza Consiglio di Stato, V, n. 1180/2020, infatti, l'ANAC aveva ritenuto non sufficiente l'obbligo di astensione in presenza di una situazione di conflitto d'interessi:

- che riguardava tre componenti del Collegio sindacale;
- che era "diretta" (ovvero riguardava direttamente i componenti del Collegio e non loro familiari);
- che era caratterizzata dal fatto che i componenti del Collegio fossero titolari di quote (tre componenti su tre) o ricoprissero la carica di amministratore unico o presidente del Consiglio di amministrazione (un componente su tre) di società che avevano un oggetto sociale potenzialmente incompatibile;
- che coinvolgeva un numero di imprese "potenzialmente attestabili" pari a quattro (v. sempre doc. 9, allegato ai *motivi aggiunti*, pagg. 4-6).

In altri termini, gli elementi invocati dall'ANAC a sostegno della sua valutazione di «*massima gravità*» del rischio già sufficiente (secondo la prospettazione dell'Autorità) a rendere inadeguata l'imposizione di un obbligo di astensione (non solo – come si dirà ancora *infra sub* 23.2 – non appaiono idonei a dimostrare la necessità del diniego di nulla osta ma) caratterizzavano anche la situazione in cui è intervenuta la sentenza Consiglio di Stato, V, 14 febbraio 2020, n. 1180 (che – come si dirà ancora *infra sub* 23.3. – si distingueva da quella oggetto del presente giudizio solo perché la decisione di ANAC riguardava sindaci che erano già in carica).

È chiaro, allora, che l'elencazione di tali circostanze non è in alcun modo sufficiente ad integrare l'obbligo dell'Autorità di dare puntuale contezza delle ragioni per cui il diniego del nulla osta sarebbe l'unica misura adeguata a garantire l'indipendenza della SOA, ovvero a spiegare perché l'Autorità non avrebbe potuto rilasciare un nulla osta condizionato ad un obbligo di astensione con riferimento alle società in cui il dott. Rossi svolge attività.

23.2. Fermo quanto appena notato, va poi rilevato che il fatto che l'elenco di circostanze evidenziate dalla SOA non sia di per sé sufficiente a giustificare il diniego di nulla osta (in luogo del meno limitativo obbligo di astensione) è tanto più evidente se si considera che le stesse non paiono affatto concorrere a determinare un rischio di «*gravità massima*».

In disparte ogni considerazione sul fatto che il possesso di più incarichi professionali non è insolito per tutti i professionisti che esercitano le funzioni di componenti del Collegio sindacale

di una società (i quali proprio in ragione delle precise competenze professionali di cui sono in possesso e del carattere non totalizzante dell'impegno quale componente del Collegio sindacale, spesso svolgono più incarichi – anche da amministratore – in diverse imprese), infatti, non può non notarsi che la condizione di conflitto di interessi rilevata dall'ANAC si fonda sulla circostanza che il dott. Rossi rivesta cariche (in quattro imprese) e abbia partecipazioni in (una) società che hanno un oggetto sociale solamente «*astrattamente incompatibile*», ovvero – in altri termini – in «*imprese potenzialmente attestabili*».

A fronte di ciò, è però evidente che quanto dichiarato dal dott. Rossi in ordine al fatto che nessuna delle società in cui lo stesso ha partecipazioni o riveste cariche abbia mai richiesto o intenda richiedere alcun tipo di attestazione (cfr. doc. 4, allegato al ricorso), se non appare idoneo a fondare a una vera e propria valutazione di ineffettività del conflitto di interessi potenziale paventato dall'Autorità, appare quantomeno sufficiente a sfumare la "gravità" del rischio che caratterizza la vicenda, con ciò che ne sarebbe dovuto conseguire in termini di obbligo dell'Autorità di (non negare il nulla osta e di) adottare più proporzionate misure (quale appunto gli obblighi di astensione) che garantissero adeguatamente la salvaguardia dell'indipendenza della SOA (nella condizione di rischio presente nell'attualità) senza sacrificare irragionevolmente il diritto al lavoro del professionista coinvolto e la libertà di organizzazione dell'impresa.

In altri termini, se è evidente che l'Autorità aveva e ha il potere/dovere di svolgere i necessari approfondimenti istruttori su quanto dichiarato dal dott. Rossi (e quindi, ad esempio, di verificare che nessuna delle imprese in cui lo stesso ha interessi avesse mai effettivamente richiesto attestazioni e/o di acquisire esplicite dichiarazioni da parte della società interessate a conferma della loro intenzione di non richiedere nel prossimo futuro di essere attestate né da Bentley, né da altra SOA) è altrettanto evidente che – una volta verificato che il conflitto non era attuale e concreto ma solo "potenziale" (ovvero dipendente da future «*possibili e imprevedibili evoluzioni societarie*» delle cinque società in cui il dott. Rossi ha partecipazioni e/o cariche, allo stato del tutto estranee al sistema di qualificazione) – la stessa Autorità aveva il dovere di non adottare il diniego di nulla osta (che nel sistema delle misure adottabili da ANAC di cui al "Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro", è una *extrema ratio* da utilizzarsi solo per le situazioni di pericolo connotate dalla maggiore gravità, cfr. Manuale, pag. 41) e di limitarsi ad imporre degli obblighi di astensione.

D'altronde, è appena il caso di evidenziare che l'Autorità possiede rilevanti poteri di vigilanza e sanzionatori sull'attività delle SOA (cfr. artt. 64-73, d.p.r. n. 207/2010) idonei a garantire non solo l'effettivo rispetto dei predetti obblighi di astensione da parte di Bentley SOA, ma anche a verificare periodicamente gli eventuali mutamenti delle condizioni di fatto in cui il nulla osta condizionato è stato rilasciato (come ad esempio un sopravvenuto impegno di una delle società in cui ha interessi il dott. Rossi nel settore dei contratti pubblici che richieda alle stesse di relazionarsi con il sistema di qualificazione) che giustificano l'adozione di altre e più incisive misure a tutela dell'indipendenza della Bentley SOA (quale, appunto, la sostituzione "in corsa" del sindaco).

23.3. Infine, è appena il caso di rilevare che non è idonea ad elidere l'illegittimità del

provvedimento gravato la circostanza che lo stesso, a differenza di quello annullato dalla sentenza Consiglio di Stato, V, n. 1180/2020, abbia interessato un componente del Collegio sindacale che non era ancora in carica.

Se, infatti, a ben vedere questa è l'unica vera differenza che sussiste tra la fattispecie oggetto del presente giudizio (che riguarda un diniego di nulla osta) e quella oggetto del giudizio definito da Consiglio di Stato, V, n. 1180/2020 (che riguardava la sostituzione di sindaci già in carica), il Collegio – come già anticipato con l'ordinanza Tar Lazio, I-quater, n. 1406/2023 – ritiene che tale elemento di differenziazione tra le due fattispecie non giustifichi un'applicazione meno rigorosa del principio di proporzionalità nel caso oggetto del presente giudizio.

23.3.1. Per un verso, infatti, deve rilevarsi che la stessa sentenza Consiglio di Stato, V, n. 1180/2020:

- ha sottolineato come il fatto che l'eventuale provvedimento dell'ANAC intervenga "in corsa" non giustifichi un trattamento differenziato della fattispecie in ragione di un presunto affidamento consolidatosi nella SOA e nell'interessato (affermando che è sempre «*consentito all'Autorità di vigilanza di mutare il proprio precedente indirizzo su affari di sua competenza, allorché ne ravvisi i presupposti e che «non è corretto sostenere che [a fronte di un precedente nulla osta] il privato vanti un affidamento alla relativa stabilità»*»);

- ha affermato un generale dovere dell'Autorità di agire nel rispetto del principio di proporzionalità (cfr. Consiglio di Stato, V, n. 1180/2020, *sub* 14).

23.3.2. Per altro verso, poi, non può condividersi quanto affermato dall'ANAC in ordine al fatto che nella fattispecie oggetto del presente giudizio – a differenza di quella decisa da Consiglio di Stato, V, n. 1180/2020 – il «*sacrificio imposto all'operatore economico è minimo*» mentre «*nessun interesse del dott. Rossi è stato leso in quanto non si tratta di un soggetto già incardinato nell'organismo di vigilanza*».

A tal proposito, va infatti innanzitutto evidenziato che – pur essendo evidente il maggior impatto che un provvedimento di sostituzione di un sindaco ha nella vita dell'organizzazione aziendale – anche il diniego di nulla osta incide in maniera significativa sulla libertà di organizzazione della SOA, ovvero sulla libertà di iniziativa economica della stessa (art. 41 Cost.), che naturalmente si estrinseca anche nella libertà dell'assemblea dei soci di scegliere i professionisti cui affidare il delicato incarico di componente del Collegio sindacale.

Sotto altro profilo, va poi notato che il diniego di nulla osta incide evidentemente (e in maniera significativa) sul diritto al lavoro del dott. Rossi, atteso che non solo gli preclude (in maniera – come si è notato *supra* – irragionevole e sproporzionata) la possibilità di assumere l'incarico presso la SOA ricorrente, ma gli impedisce (avuto riguardo alle motivazioni sottese alla decisione dell'ANAC) di essere nominato negli organi di ogni altra SOA, con evidente compressione delle sue possibilità professionali.

23.4. Da ciò la fondatezza delle doglianze spiegate dalla ricorrente nei *motivi aggiunti sub* I, II,

e III.

24. Per tutte le ragioni sopra indicate:

- a) il ricorso introduttivo deve essere dichiarato improcedibile;
- b) i motivi aggiunti devono essere accolti e, conseguentemente, il provvedimento con gli stessi gravato deve essere annullato.

25. È appena il caso di precisare che – avuto riguardo a quanto notato dall'ANAC in ordine al fatto che nelle more della definizione del presente giudizio il dott. Rossi avrebbe assunto ulteriori incarichi in altre società (e considerato il fatto che l'attività di vigilanza dell'ANAC sull'indipendenza delle SOA ha carattere continuativo e importa una costante valutazione delle sopravvenienze) – l'annullamento del provvedimento impugnato con i *motivi aggiunti* comporta il dovere per l'ANAC di riesercitare il potere, in coerenza con i principi affermati nella presente decisione, previ i necessari approfondimenti istruttori da svolgersi in relazione alla situazione attuale del dott. Rossi.

26. Le spese processuali – tenuto conto della peculiarità della vicenda oggetto del giudizio e del complessivo andamento dello stesso – possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto:

- dichiara improcedibile il ricorso introduttivo;
- annulla il provvedimento impugnato con i *motivi aggiunti*, salvo il nuovo esercizio del potere da parte della p.a. secondo quanto indicato in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Agatino Giuseppe Lanzafame, Referendario, Estensore

Caterina Lauro, Referendario

Guida alla lettura

Con pronuncia n. 6816 dello scorso 8 aprile, la **Sezione I Quater del Tar Lazio** è tornata a pronunciarsi sull'esercizio dei poteri connessi all'attività di vigilanza sul sistema di qualificazione da parte dell'ANAC e sul principio di proporzionalità.

Come nel caso di specie, l'ANAC esercita i poteri di vigilanza e di controllo anche su motivata e documentata istanza di una impresa ovvero di una SOA o di una stazione appaltante. A tal proposito,

il Collegio ha ribadito quanto già affermato in precedente pronuncia, ossia il principio secondo cui nell'esercizio dei poteri connessi all'attività di vigilanza sul sistema di qualificazione, l'Autorità ha il dovere di agire nel rispetto del principio di proporzionalità (ovvero «*nel rispetto del principio secondo cui gli obiettivi corrispondenti ai fini istituzionali ad essa demandati devono essere raggiunti con il minor sacrificio possibile per i contrapposti interessi privati*»).

Conseguentemente, il Collegio ha censurato il provvedimento adottato dall'Autorità, in quanto sproporzionato, frutto di un'istruttoria non sufficiente e sorretto da una motivazione non adeguata, dunque in violazione del principio richiamato.

Di fatti, il Collegio ribadisce che l'Autorità ha il potere/dovere di svolgere i necessari approfondimenti istruttori. Vieppiù, nel caso di specie, secondo quanto previsto dal "Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro", l'adozione del provvedimento di diniego di nulla osta è una *extrema ratio* da utilizzarsi solo per le situazioni di pericolo connotate dalla maggiore gravità. Conseguentemente, l'Autorità avrebbe dovuto, piuttosto, concedere il nullaosta ed esercitare il potere di imporre taluni ed opportuni obblighi di astensione, di qui, il carattere sproporzionato del provvedimento adottato dall'Autorità.

Il Collegio, infine, ha altresì sottolineato che il potere di prescrizione dell'Autorità è infatti accompagnato dai poteri di vigilanza e sanzionatori sull'attività delle SOA (cfr. artt. 64-73, d.p.r. n. 207/2010) idonei a garantire non solo l'effettivo rispetto dei predetti obblighi di astensione dalla stessa prescritti, ma anche a verificare periodicamente gli eventuali mutamenti delle condizioni di fatto in cui il nulla osta condizionato è stato rilasciato .