

Publicato il 05/05/2020

N. 00950/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 01665/2019 REG.RIC.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**sezione staccata di Catania (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1665 del 2019, proposto da Cantieri Edili S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Messina e Manuela Loiacono, con domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Alessandro Navarra in Catania, via Gabriele D'Annunzio, 111;

***contro***

Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, presso i cui uffici domicilia in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

***nei confronti***

DLM. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Benedetto Calpona, con

domicilio digitale eletto presso l'indirizzo PEC  
avvbenedettocalpona@pec.giuffre.it;

*per l'annullamento,*

- per quanto riguarda il ricorso principale:
- del provvedimento di esclusione n. 85 del 10.09.2019, in pari data comunicato a mezzo PEC, e del verbale di gara n. 6 relativo alla seduta pubblica del 10.09.2019, con i quali è stata disposta l'esclusione della ditta Cantieri Edili s.r.l. dalla procedura di gara in oggetto;
- del verbale di gara n. 9 relativo alla seduta pubblica tenutasi in data 19.09.2019 e, in particolare, della graduatoria definitiva ivi stilata e della proposta di aggiudicazione in favore della "D.L.M. COSTRUZIONI S.R.L.";
- della nota prot. n. 29629 del 27.09.2019, a firma del R.U.P., e dell'allegata nota prot. n. 6622 del 25.09.2019, a firma del Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana, con le quali – a seguito delle contestazioni formulate dall'odierna ricorrente con PEC del 20.09.2019 – è stato confermato il provvedimento di esclusione della Cantieri Edili S.r.l. dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori di cui all'intervento "*CDC\_T1\_01\_Capo\_d'Orlando (ME) – CUP C17H19001010006 – CIG 79343229A3*";
- ove occorra, di tutti i verbali di gara, sia di seduta pubblica sia di seduta riservata, che possano in qualsiasi modo considerarsi lesivi dei diritti e/o degli interessi legittimi dell'odierna ricorrente;
- nonché, di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo, anche se ignoto e non

comunicato, che comunque incida sui diritti e/o sugli interessi legittimi della Cantieri Edili s.r.l.;

- - per quanto riguarda il ricorso incidentale depositato 31 ottobre 2019 da DLM. Costruzioni S.r.l.:

- del verbale di gara n. 6 relativo alla seduta pubblica del 10/09/2019 e del provvedimento di esclusione n. 85 del 10/09/2019 a firma del RUP e del Commissario del Governo con i quali è stata disposta la esclusione della ricorrente principale Cantieri Edili srl, nella procedura di gara relativa a CDC\_T1\_Capo D'Orlando (ME) *“Interventi urgenti ed integrati per la protezione dei litorali in erosione nel Comune di Capo D'Orlando, tramite consolidamento di tratti di muro di sostegno del Lungomare A. Doria nel Centro Urbano e San Gregorio”* CUP:C17H19001010006 - CIG 79343229°3 nella parte in cui il seggio di gara ed il RUP non hanno escluso la ricorrente principale Cantieri Edili srl anche per gli ulteriori profili e motivi di cui infra si dirà;

- della nota prot. n. 29629 del 27/09/2019 a firma del RUP e dell'allegata nota prot. N. 6622 del 25/09/2019 a firma del Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana con le quali è stato confermato il provvedimento di esclusione della ricorrente principale Cantieri Edili srl per l'affidamento dei lavori in questione nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della Cantieri Edili srl anche per gli ulteriori profili e motivi di cui infra si dirà;

- di qualsiasi altro presupposto e/o dipendente e/o esecutivo degli atti impugnati incidentalmente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana e di DLM. Costruzioni S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto da DLM. Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Visto l'art. 84 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18;

Vista la nota del Presidente del Consiglio di Stato prot. int. 1454 del 19 marzo 2020;

Vista la nota del Presidente del Consiglio di Stato prot. n. 7400 del 20 aprile 2020;

Visto il decreto del Presidente del T.A.R. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, n. 22 del 23 marzo 2020;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 aprile 2020 il dott. Giovanni Giuseppe Antonio Dato e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La ricorrente principale Cantieri Edili S.r.l. espone che con decreto a contrarre n. 781 del 10 giugno 2019 il Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana autorizzava la gara d'appalto per l'affidamento del contratto relativo alla realizzazione dell'intervento "*CDC\_T1\_01\_Capo\_d'Orlando (ME)*" ("*Interventi urgenti ed integrati per la protezione dei litorali in erosione nel Comune di Capo d'Orlando, tramite consolidamento di tratti di muro di sostegno del Lungomare A.Doria nel Centro Urbano e San Gregorio*"), meglio

identificato con CUP C17H1900101006 e CIG 79343229A3, da svolgersi mediante procedura di gara aperta, come definita dall'art. 3, comma 1, lett. sss), del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e disciplinata dall'art. 60, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo ai sensi degli artt. 36, comma 9-bis, e 95 del medesimo testo normativo; espone, inoltre, che con detto decreto veniva approvato il bando di gara, comprensivo del disciplinare ed i *“modelli, compreso il DGUE, predisposti dalla Stazione appaltante e allegati al presente bando, per partecipare alla gara e presentare l'offerta”*, con la precisazione che *“l'utilizzo di tali modelli non è obbligatorio ma consigliato”*.

Rappresenta la ricorrente principale di aver presentato in data 12 luglio 2019 domanda per la partecipazione – in forma singola – alla procedura in questione, utilizzando a tal uopo i modelli predisposti dalla stazione appaltante, corredando la domanda della integrale documentazione prescritta dal bando nonché, al fine di meglio precisare quanto dichiarato con i suddetti modelli prestampati, di aver depositato - come pure espressamente previsto dal sito istituzionale della stazione appaltante - una ulteriore *“DOCUMENTAZIONE AGGIUNTIVA (...) “ad integrazione, specifica o chiarimento della documentazione obbligatoria presentata. Es.: Situazione di Controllo”*.

Esponde altresì la ricorrente principale di aver allegato, allo scopo di mettere in risalto l'insussistenza di qualsivoglia causa di esclusione *ex art. 80 del codice*, una specifica *“Dichiarazione relativa all'articolo 2359 del Codice Civile”*, rappresentando compiutamente e dettagliatamente la situazione di controllo esistente tra la medesima, *“Helios Consorzio stabile Società Consortile a.r.l.”* ed *“Edilgeo s.r.l.”* (si da indicare puntualmente i soggetti con i quali, al momento della

presentazione della domanda, sussisteva una situazione di controllo ex art. 2359 cod. civ.).

Tuttavia, lamenta la ricorrente principale, il R.U.P., con provvedimento n. 85 del 10 settembre 2019, ne disponeva l'esclusione dalla gara *de qua*, alla luce della seguente motivazione: «*Il Servizio esclude codesto o.e., ai sensi dell'art. 80 Dlgs n. 50/16 comma 5 lett. m) a mente del quale le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico che "...si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale". Nel caso di specie il legale rappresentante della Cantieri Edili srl ha espressamente dichiarato che la società medesima è socio di maggioranza di Helios Consorzio Stabile società consortile arl nonché, che la medesima Cantieri Edili srl è socio di maggioranza della Edilgeo srl. Pertanto, atteso che tra soggetti partecipanti alla medesima gara compare il Consorzio Helios società Stabile Consortile arl che individua, a sua volta, quale impresa designata la ditta Edilgeo srl, sussiste quella situazione di controllo e collegamento di cui all'art. 2359 cc che impone l'esclusione della Cantieri Edili srl e del Consorzio Helios società consortile arl. L'operatore economico Cantieri Edili srl viene escluso altresì per falsa dichiarazione ai sensi dell'art. 80 Dlgs 50/16 comma 5 lett. f bis) atteso che nel modello 2) ha dichiarato espressamente di non trovarsi, rispetto ad un altro concorrente partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale. Ha dichiarato altresì "di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'art. 2359 rispetto ad alcun*

*soggetto e di aver formulato l'offerta autonomamente". Tali dichiarazioni risultano non veritiere alla luce del fatto che alla medesima procedura di gara partecipa il Consorzio Helios che ha designato come impresa consorziata l'impresa Edilgeo"».*

Afferma la ricorrente principale, che, solo dopo aver ricevuto il provvedimento di esclusione si è avveduta dell'errore materiale commesso in sede di compilazione del "Mod. 2" e che con atto di invito e diffida invitato a mezzo PEC il 20 settembre 2019 ha invitato – alla luce delle argomentazioni ivi articolate - la stazione appaltante ad annullare, in sede di autotutela, l'emanato provvedimento di esclusione.

Quindi, con nota prot. n. 29629 del 27 settembre 2019, in pari data comunicata alla ricorrente principale, il R.U.P., sulla base dell'allegato parere a tal uopo reso dal Commissario di Governo, ha disatteso le contestazioni mosse dalla Cantieri Edili S.r.l. e ha confermato il precedente provvedimento di esclusione.

Con ricorso spedito per la notifica in data 10 ottobre 2019 e depositato in data 24 ottobre 2019 Cantieri Edili S.r.l. ha proposto le domande in epigrafe.

1.1. DLM. Costruzioni S.r.l. - individuata quale concorrente prima in graduatoria con verbale n. 9 del 19 settembre 2019 - ha proposto ricorso incidentale, notificato e depositato in data 31 ottobre 2019, avverso gli atti in epigrafe, nella parte in cui la ricorrente principale non è stata esclusa per ulteriori profili non rilevati dal seggio.

1.2. Si è costituito in giudizio il Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana chiedendo il rigetto del ricorso introduttivo del giudizio.

1.3. Con ordinanza 14 febbraio 2020, n. 361, pronunciata all'esito dell'udienza pubblica del 13 febbraio 2020, l'Amministrazione resistente è stata onerata della trasmissione di documentati chiarimenti circa l'esito della gara in caso di riammissione della società ricorrente principale e circa la comunicazione eventualmente inoltrata alla medesima ricorrente principale dell'aggiudicazione definitiva.

L'Amministrazione resistente ha prodotto i documentati chiarimenti richiesti in data 11 marzo 2020.

1.4. All'udienza pubblica del 23 aprile 2020, come da verbale, ai sensi dell'art. 84, comma 5, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di improcedibilità del ricorso principale frapposta dalla ricorrente incidentale (note depositate in data 27 gennaio 2020) in ragione della mancata impugnazione da parte di Cantieri Edili S.r.l. dell'aggiudicazione disposta con decreto n. 1610 del 7 novembre 2019 in favore di DLM. Costruzioni S.r.l..

1.1. L'eccezione è infondata.

Va premesso che la parte resistente, in adempimento della sopra richiamata ordinanza 14 febbraio 2020, n. 361, ha depositato in data 11 marzo 2020 un documento a comprova dell'invio - in data 7 novembre 2019 - alla società ricorrente principale del decreto n. 1610 del 7 novembre 2019 di aggiudicazione in favore di DLM. Costruzioni S.r.l.; nella stessa data la parte resistente ha altresì depositato il verbale datato 11 marzo 2020 nel quale si evidenzia che ove Cantieri Edili S.r.l. fosse riammessa si collocherebbe alla

posizione n. 81 della graduatoria, mentre in caso di congiunta riammissione di Cantieri Edili S.r.l. e di Helios Consorzio stabile Società consortile a r.l., la prima si posizionerebbe al n. 86 della graduatoria.

Ciò premesso, va osservato che la società ricorrente principale ha condivisibilmente argomentato che residua in capo alla stessa l'interesse all'annullamento del provvedimento di esclusione non in quanto ciò sia funzionale al conseguimento dell'aggiudicazione, bensì in quanto lo stesso provvedimento di esclusione è foriero di autonomi effetti lesivi.

Sul punto, infatti, la ricorrente principale ha posto in risalto l'interesse alla caducazione del provvedimento di esclusione per “dichiarazione non veritiera” in ragione dei correlati pregiudizi che possono derivarle dalla segnalazione all'A.N.A.C. e, quindi, dalla eventuale conseguente iscrizione della “falsa dichiarazione” nel casellario informatico; ha altresì osservato che proprio in seguito alla pubblicazione dell'esclusione sul Sistema informativo telematico degli appalti della Sicilia (SITAS) e sulla piattaforma degli appalti, il Dipartimento Regionale della Protezione Civile ha escluso “a cascata” la medesima compagine societaria da altre procedure di gara adducendo le (testualmente) identiche motivazioni indicate nel provvedimento avverso (cfr., in particolare, memoria di replica depositata in data 31 gennaio 2020).

L'eccezione in esame si rivela infondata, dunque, atteso che la ricorrente principale conserva *“l'interesse ad ottenere l'annullamento del provvedimento di esclusione nella parte in cui esso è posto dall'amministrazione a fondamento di ulteriori determinazioni lesive”* (arg. ex T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 9 giugno 2011, n. 332).

2. Il Collegio ritiene di dover premettere che pur avendo impugnato la ricorrente principale sia il provvedimento di esclusione n. 85 del 10 settembre 2019 (ed il verbale di gara n. 6 relativo alla seduta pubblica del 10 settembre 2019) sia la successiva nota prot. n. 29629 del 27 settembre 2019 a firma del R.U.P. (e l'allegata nota prot. n. 6622 del 25 settembre 2019 a firma del Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana), di conferma del provvedimento di esclusione della Cantieri Edili S.r.l., in considerazione della natura di *conferma in senso proprio* della nota prot. n. 29629 del 27 settembre 2019 – come condivisibilmente argomentato dalla difesa erariale (controricorso depositato in data 4 novembre 2019, pagg. 3 e 6) – è con riguardo a quest'ultimo provvedimento che devono essere vagliati i motivi di gravame principale.

Ed invero, la *conferma in senso proprio*, sebbene pervenga alle stesse *conclusioni* cui era giunto il precedente provvedimento e ne *reiteri le statuizioni*, è, comunque, un atto che si *sostituisce* al precedente, come fonte di disciplina del rapporto amministrativo; il vecchio provvedimento è, quindi, assorbito dal nuovo che, con efficacia *ex tunc*, viene ad operare in sostituzione di quello (arg. *ex* Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giur., 26 aprile 2017, n. 194; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 31 ottobre 2018, n. 6403).

La natura di *conferma in senso proprio* della nota prot. n. 29629 del 27 settembre 2019, a firma del R.U.P., si ricava dal fatto che essa è stata adottata – successivamente alla proposizione da parte della ricorrente principale di istanza di autotutela - a seguito di nuova istruttoria (acquisizione del parere di cui alla nota prot. n. 6622 del 25 settembre 2019, a firma del Commissario di Governo contro il

dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana), nonché alla luce del nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto; inoltre essa reca un significativo ampliamento del corredo motivazionale posto a base della determinazione di esclusione della ricorrente principale dalla procedura di gara in questione.

Per costante orientamento giurisprudenziale, invero, *“Allo scopo di stabilire se un atto amministrativo sia meramente confermativo (e perciò non impugnabile) o di conferma in senso proprio (e, quindi, autonomamente lesivo e da impugnarsi nei termini), occorre verificare se l'atto successivo sia stato adottato o meno senza una nuova istruttoria e una nuova ponderazione degli interessi; in particolare, non può considerarsi meramente confermativo rispetto ad un atto precedente l'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento, giacché l'esperimento di un ulteriore adempimento istruttorio, sia pure mediante la rivalutazione degli interessi in gioco, e un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fattispecie considerata, può condurre a un atto propriamente confermativo in grado, come tale, di dare vita ad un provvedimento diverso dal precedente e quindi suscettibile di autonoma impugnazione; ricorre invece l'atto meramente confermativo quando la Pubblica amministrazione si limita a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2020, n. 716; Cons. Stato, sez. I, 17 luglio 2019, n. 2083; Cons. Stato, sez. IV, 2 gennaio 2019, n. 17).

Si osserva, infine, che è priva di base la critica formulata dalla società ricorrente principale secondo la quale la nota prot. n. 29629 del 27 settembre 2019 conterrebbe una integrazione in via postuma delle motivazioni poste a fondamento dell'esclusione, e ciò non solo in quanto detta integrazione non è avvenuta in corso di giudizio ma pur

sempre in ambito procedimentale, ma anche in ragione del fatto che l'arricchimento del corredo motivazionale, prima inesistente ovvero basato su elementi istruttori prima non considerati, è proprio un indice rivelatore dell'esistenza di un atto confermativo a carattere rinnovatorio (arg. *ex* Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Ad. sez. riun., 11 maggio 2017, n. 359), espressione del potere di riesame.

3. Con il primo motivo di gravame la ricorrente principale ha dedotto i vizi di *Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. m), del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – Non configurabilità della contestata causa di esclusione – Non riconducibilità delle offerte delle imprese collegate ad un unico centro decisionale – Violazione del principio della tassatività delle cause di esclusione - Eccesso di potere sotto il profilo dell'erronea presupposizione e del travisamento dei fatti - Difetto di istruttoria e di motivazione – Illogicità manifesta - Arbitrarietà.*

In sintesi, dopo aver richiamato la previsione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m), del codice dei contratti, la deducente ha osservato che se nel sistema normativo previgente alle modifiche di cui al decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, la sussistenza di situazioni di controllo e/o di collegamento rappresentava, in modo pressoché automatico, ragione di esclusione dalla gara, con la sentenza 19 maggio 2009 della Corte di Giustizia (causa C-538/07) e la conseguente riformulazione dell'art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (oggi sostituito dall'art. 80 del codice dei contratti), la sussistenza di una posizione di controllo societario di cui all'art. 2359 cod. civ., ovvero la sussistenza di una più generica “relazione, anche di fatto” fra due imprese concorrenti è, secondo la giurisprudenza e l'Autorità di settore, condizione necessaria ma non anche sufficiente perché si possa inferire il reciproco condizionamento fra le offerte formulate,

essendo indispensabile per escludere dalla gara le imprese tra loro collegate che il rapporto di collegamento abbia comportato la “imputabilità” delle offerte concorrenti “ad un unico centro decisionale”.

Secondo l'esponente, inoltre, l'onere di provare la predetta riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale – e, dunque, la concreta distorsione del confronto concorrenziale – per costante giurisprudenza non può che ricadere sulla parte che ne affermi l'esistenza, fondando il giudizio su rigorosi, obiettivi e comprovati elementi che devono essere tali da ingenerare il pericolo per il rispetto dei principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio tra i concorrenti.

Argomenta la ricorrente principale che, fermo l'onere di provare, con “elementi plurimi, precisi e concordanti”, che il rapporto di controllo e/o collegamento abbia influito sul contenuto delle offerte, ove si riscontri una situazione di collegamento o di controllo la stazione appaltante dovrà aprire un contraddittorio con le imprese interessate, dando loro la possibilità di dimostrare la non sussistenza delle condizioni di effettivo controllo tali da inquinare la gara.

Nel caso di specie, osserva la ricorrente principale, la stazione appaltante ha disposto l'esclusione della Cantieri Edili s.r.l. dalla procedura gara per il sol fatto dell'esistenza di un rapporto di controllo *ex art.* 2359 cod. civ. con il consorzio Helios e la consorziata Edilgeo.

In altri termini, lamenta la deducente, l'esclusione è stata fondata sulla mera circostanza della sussistenza di un rapporto di controllo e/o collegamento tra le imprese suindicate ed il fatto che la stazione appaltante, una volta riscontrata la situazione di controllo esistente,

non abbia proceduto ad una adeguata ed attenta attività istruttoria denota un contrasto con il diritto comunitario che non può considerarsi superato dai rilievi formulati in sede di conferma del provvedimento di esclusione.

Con nota prot. n. 6622 del 25 settembre 2019, argomenta la deducente, il Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione siciliana – chiamato dal R.U.P. a fornire un parere in ordine alle contestazioni formulate dalla ricorrente principale – ha ribadito come “la motivazione addotta nel provvedimento di esclusione sia di per sé esaustiva e giustifichi l’esclusione dalla gara” e a sostegno di ciò, nel tentativo di integrare in via postuma le motivazioni poste a fondamento del provvedimento di esclusione, ha addotto delle argomentazioni che, in realtà, non facevano altro che confermare la palese illegittimità del provvedimento di esclusione.

Ed invero, osserva la ricorrente principale, in primo luogo il Commissario di Governo, a supporto della disposta esclusione, ha riportato parzialmente – alterandone il significato – la sentenza Cons. Stato, Sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3549, che avrebbe confermato l’idoneità del predetto rapporto di collegamento a determinare, di per sé, l’esclusione dalla procedura di gara delle imprese collegate.

Inoltre, osserva la ricorrente principale (che richiama all’uopo numerosi precedenti giurisprudenziali), è insufficiente la mera constatazione dell’esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall’assetto proprietario o dal numero di voti che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, e le eventuali comunanze a livello strutturale sono di per sé insufficienti a dimostrare l’imputabilità delle offerte ad un centro decisionale

unitario, essendo a tale scopo indispensabile verificare se tale comunanza abbia avuto, in concreto, un impatto sul comportamento delle imprese collegate nell'ambito della gara, con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale.

Inoltre, con specifico riferimento alla partecipazione ad una gara dei "consorzi stabili" di cui all'art. 45, comma 2, lett. c), del codice, sia l'ANAC sia la giurisprudenza hanno specificato che, la "mera partecipazione dell'impresa ad un consorzio stabile o ad un consorzio di cooperative non rappresenta un elemento univoco e sufficiente di per sé a fondare la presunzione dell'esistenza di un centro decisionale unico, potenzialmente idoneo a compromettere la genuinità del confronto concorrenziale" e, dunque, "l'automatico divieto di partecipazione ad una gara tanto a carico del consorzio stabile quanto della consorziata non indicataria potrebbe giustificarsi solo laddove un'indagine in concreto dimostri che il rapporto fra i relativi organi decisionali conduca ad individuare un unico centro decisionale".

Soltanto in seguito alle specifiche censure mosse dalla ricorrente principale, il Commissario di Governo ha indicato, quali elementi, a suo dire, "chiari ed univoci" della imputabilità "ad un unico centro decisionale" delle offerte presentate della Cantieri Edili s.r.l. e del consorzio Helios:

- a) la coincidenza della compagnia assicuratrice che aveva rilasciato le polizze fideiussorie, sottoscritte lo stesso giorno e con numero di polizza progressivo;
- b) la coincidenza del cognome dei legali rappresentanti della Cantieri Edili s.r.l., del consorzio Helios e della Edilgeo;

c) il fatto che l'arch. Calogero Capodici, legale rappresentante del consorzio Helios, era stato in passato amministratore unico, legale rappresentante e direttore tecnico della Cantieri Edili S.r.l.

Secondo la società ricorrente principale i suddetti elementi, per pacifica giurisprudenza, non potevano e non possono considerarsi idonei a comprovare la riconducibilità delle offerte a un centro decisionale unitario; in particolare, avvalendosi di ampio corredo giurisprudenziale, la deducente ha argomentato che non possono assumere rilevanza ai fini del divieto di partecipazione alla gara per collegamento sostanziale, né la sussistenza di vincoli di affinità e parentela tra i soci delle consorziate né eventuali comunanze a livello strutturale; quanto alla asserzione afferente alle polizze fideiussorie, come da attestato della medesima compagnia assicuratrice, la coincidenza della data di emissione e la progressività dei numeri di polizza sono unicamente imputabili al fatto che, per ragioni organizzative della compagnia assicuratrice, le domande inoltrate dalla Cantieri Edili s.r.l., dal consorzio Helios e da altri operatori economici, erano state tutte elaborate “in base alla data di scadenza presentazione gara di appalto”.

Ha aggiunto la ricorrente principale che alcun elemento indiziario poteva, in ogni caso, farsi discendere dalla scelta della medesima compagnia assicuratrice, “Montassurances s.a.s.”, poiché trattasi di società iscritta all'albo delle imprese di fiducia per l'affidamento di servizi, con ampia competenza in materia di servizi assicurativi nell'ambito degli appalti pubblici ed avente sede nelle immediate vicinanze del piccolo centro di Favara; infine, la legittimità della partecipazione autonoma alla gara della stessa ricorrente principale non avrebbe, comunque, potuto essere messa in discussione, anche

in considerazione della palese unicità delle cariche rivestite dai legali rappresentanti, dagli amministratori unici, dai direttori tecnici e dai responsabili tecnici della Cantieri Edili S.r.l., del Consorzio Helios e delle altre imprese consorziate (all'uopo la società ricorrente principale ha riportato l'assetto societario delle imprese anzidette, osservando che dalla ricostruzione delle compagini societarie non può che evincersi – data l'unicità degli organi di gestione attiva del consorzio e di ciascuna delle imprese consorziate, l'assenza di consigli di amministrazione e di procuratori – l'assoluta inesistenza di qualsivoglia possibilità di reciproco condizionamento nella formulazione delle rispettive offerte).

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, la società ricorrente principale ha ribadito l'illegittimità dell'esclusione sia perché l'attuale sistema normativo non vieta affatto, *a priori*, la partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e dell'impresa consorziata non indicataria, sia perché è da escludere che le offerte presentate dalla medesima ricorrente principale e dal Consorzio Helios Società consortile a r.l. fossero riconducibili ad un unico centro decisionale.

La Cantieri Edili S.r.l. ha ulteriormente argomentato le proprie doglianze nelle memorie depositate in giudizio.

Il Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana ha contrastato le argomentazioni della società ricorrente principale.

### 3.1. Il motivo è infondato.

Giova premettere che - secondo consolidato e condiviso orientamento interpretativo - la sussistenza di una posizione di controllo societario ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. fra due concorrenti <<[...] è condizione necessaria, ma non anche sufficiente perché si

*possa inferire il reciproco condizionamento fra le offerte formulate. A tal fine (ricependo un'indicazione fornita in modo netto dalla Corte di giustizia) è altresì necessario che venga fornita adeguata prova circa il fatto “[che] la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale”>> (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2018, n. 58; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 4 dicembre 2018, n. 11748; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 30 aprile 2018, n. 879; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 12 aprile 2018, n. 972).*

Va invero osservato che solo nel sistema normativo anteriore alle modifiche di cui al decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, la sussistenza di situazioni di controllo rappresentava in modo pressoché automatico ragione di esclusione dalla gara, a prescindere dalla prova in concreto circa il reciproco condizionamento delle offerte (cfr. l'abrogato comma 2 dell'art. 34 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163: “*Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile [...]*”).

Tale assetto è però mutato per effetto della sentenza della Corte di Giustizia CE, sez. IV, 19 maggio 2009, in C-538/07 dalla quale è scaturita la riformulazione degli artt. 34 e 38, comma 2, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché l'inserimento, nell'ambito del comma 1 del citato art. 38, di una nuova lettera m-quater che prevedeva l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento dei soggetti “*che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se*

*la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”).*

Il complessivo disegno normativo che ne è derivato ha comportato il superamento del pregresso sostanziale automatismo (arg. *ex* Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 462).

La previsione normativa frutto dell'intervento conseguente alla pronuncia della Corte di Giustizia CE sopra richiamata risulta riprodotta nel vigente art. 80, comma 5, lett. m), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il quale stabilisce che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico che “[...] *si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”.*

Sul punto va osservato che anche la giurisprudenza penale – pur facendo governo di principi e di parametri normativi differenti – ha osservato che in tema di turbata libertà degli incanti il collegamento, formale o sostanziale, tra società partecipanti alla gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico non è di per sé sufficiente a configurare il delitto previsto dall'art. 353 cod. pen., occorrendo la prova che, dietro la costituzione di imprese apparentemente distinte, si celi un unico centro decisionale di offerte coordinate o che le imprese, utilizzando il rapporto di collegamento, abbiano presentato offerte concordate. Tale ricostruzione - ha rilevato la Suprema Corte - si pone in linea con la sopra richiamata giurisprudenza comunitaria secondo cui, in base all'ordinamento comunitario, due imprese, anche se collegate, possono partecipare alla medesima procedura

qualora non sia dimostrato che il loro rapporto abbia influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara; in altri termini, detta giurisprudenza ha solo escluso che, in presenza di un controllo o collegamento formale, l'impresa possa automaticamente essere esclusa dalla partecipazione ad una gara, in assenza della prova della esistenza di un accordo collusivo (cfr. Cass. pen., sez. VI, 17 settembre 2019, n. 42371).

Ciò premesso, la giurisprudenza (cfr., più di recente, T.A.R. Sardegna, sez. II, 4 dicembre 2019, n. 869), nell'interpretazione ed applicazione della richiamata vigente disciplina, ha chiarito che il giudizio presuntivo necessario per la dimostrazione dell'esistenza di un "unico centro decisionale" di provenienza delle offerte deve rispettare i canoni tipici della "prova logica" (in termini di gravità, precisione e concordanza degli elementi utilizzati) e superare l'eventuale "controprova logica", essendo consentito alle imprese delle quali si ipotizza il collegamento sostanziale dimostrare che il rapporto di collegamento non ha influito sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara, e che il motivo escludente previsto dall'art. 80, comma 5, lett. m), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 deve essere applicato con rigore ed equilibrio, così da scongiurare il rischio di incidere ingiustificatamente - oltre che sulla libertà d'impresa delle concorrenti - sul canone di massima partecipazione alle gare pubbliche.

Giova poi osservare che ancora prima della entrata in vigore dell'art. 34, comma 2, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, la giurisprudenza aveva elaborato alcune regole di esperienza che potevano dirsi sufficientemente attendibili sotto il profilo della ragionevolezza e della logica: in particolare, veniva affermata

l'esistenza di un centro decisionale unitario laddove tra imprese concorrenti vi fosse intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici, contiguità di sede, utenze in comune (c.d. *indici soggettivi*), oppure, anche in aggiunta, identiche modalità formali di redazione delle offerte, strette relazioni temporali e locali nelle modalità di spedizione dei plichi, significative vicinanze cronologiche tra gli attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzia delle offerte (c.d. *indici oggettivi*).

La ricorrenza di questi indici, non uno solo di essi bensì un numero sufficiente legato da nesso oggettivo di gravità precisione e concordanza tale da giustificare la correttezza dello strumento presuntivo, è stato ritenuto sufficiente a giustificare l'esclusione dalla gara dei concorrenti che si trovino in questa situazione (cfr. cit. T.A.R. Sardegna, sez. II, 4 dicembre 2019, n. 869).

La giurisprudenza ha, inoltre, escluso che sussista in ogni caso un incondizionato obbligo della stazione appaltante di attivare un autonomo *sub*-procedimento di verifica, nel contraddittorio delle parti, circa la riferibilità delle offerte ad un unico centro decisionale: tale eventualità, invero, potrebbe porsi solo laddove l'Amministrazione non sia in grado di individuare degli elementi obiettivi tali da fondare, anche solo in via indiziaria ma pur sempre con connotato di univocità, la probabile sussistenza di un medesimo centro decisionale, pur a fronte di una (formale) pluralità di offerte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2018, n. 1753).

Tutto ciò precisato, l'accertamento della stazione appaltante e la valutazione che ne consegue sono sindacabili in sede giurisdizionale solo se viziati da manifesta illogicità o travisamento dei fatti (la decisione espulsiva deve fondarsi, invero, sulla ritenuta integrazione

della fattispecie escludente, su cui la motivazione è chiamata a concentrarsi attesa la natura necessitata dell'atto al ricorrere dei presupposti di legge), vizi che non si ravvisano nel caso in esame.

In particolare, gli elementi evidenziati dalla stazione appaltante possono considerarsi idonei e sufficienti a denunciare l'esistenza di una relazione tra i concorrenti interessati, tale da far ritenere che le rispettive offerte possano provenire da un unico centro decisionale.

La stazione appaltante, invero, ha valorizzato tre aspetti, ulteriori alla situazione di controllo *ex art.* 2359 cod. civ.:

- l'indice (oggettivo) della coincidenza della compagnia assicuratrice che ha rilasciato le polizze fideiussorie alle partecipanti Cantieri Edili S.r.l. e Helios Consorzio stabile Società consortile a r.l., lo stesso giorno e con numero progressivo.

Sul punto, le argomentazioni della difesa della ricorrente principale - che fanno leva sulla attestazione rilasciata della compagnia assicuratrice - non appaiono persuasive, in quanto le affermate ragioni organizzative della medesima compagnia non sono in grado di neutralizzare la significatività della coincidenza della compagnia scelta dalle due società e la singolarità del rilascio delle polizze nella medesima giornata e, soprattutto, la numerazione progressiva delle stesse polizze.

Orbene, merita di essere ribadito che gli elementi formali connotanti i documenti di gara ben possono costituire *indici presuntivi* ai fini di interesse (cfr. T.A.R. Basilicata, sez. I, 28 settembre 2017, n. 614).

- l'indice (soggettivo) della coincidenza del cognome "Capodici" riscontrabile nelle persone dei legali rappresentanti delle compagnie Cantieri Edili S.r.l. e Helios Consorzio Società consortile a r.l. (la stazione appaltante aggiunge anche Edilgeo S.r.l.).

Sul punto, la difesa della parte ricorrente non ha affermato l'insussistenza di legami parentali fra le persone che ricoprono cariche rappresentative nelle diverse società, ma solo che dalla ricostruzione delle rispettive compagini - data l'unicità degli organi di gestione attiva del consorzio e di ciascuna delle imprese consorziate, l'assenza di consigli di amministrazione e di procuratori - non poteva che evincersi l'inesistenza di qualsivoglia possibilità di reciproco condizionamento nella formulazione delle rispettive offerte.

Si tratta, tuttavia, di argomentazione che "prova troppo", in quanto - in definitiva - esclude la possibilità di condizionamento nella formulazione delle rispettive offerte (e, dunque, la riconducibilità delle stesse ad un unitario centro decisionale) in caso di assenza di organi di amministrazione collegiali e di procuratori;

- l'ulteriore indice (soggettivo) offerto dalla circostanza che l'arch. Calogero Capodici, in atto legale rappresentante di Helios Consorzio Società consortile a r.l., è stato fino al 12 novembre 2018 amministratore unico, legale rappresentante e direttore tecnico della ricorrente principale Cantieri Edili S.r.l..

Su tale ultimo aspetto nessuna specifica argomentazione difensiva è stata spesa nel gravame introduttivo dalla ricorrente principale, la quale si è limitata (nella memoria depositata in data 5 novembre 2019) ad affermare che tale elemento (riguardante il "passato"), unitamente agli altri, non è idoneo e sufficiente a dimostrare l'esistenza della causa di esclusione.

Ritiene dunque il Collegio che i cennati elementi, anche considerati nella loro complessiva valenza, inducono a ritenere infondate le doglianze articolate dalla ricorrente principale in ordine all'affermata

riferibilità a un unico centro decisionale delle offerte formalmente presentate da distinte imprese (Cantieri Edili S.r.l. e Helios Consorzio stabile Società consortile a r.l.) nella procedura di gara in questione.

Infine, si rivelano infondate le argomentazioni della ricorrente principale secondo cui (cfr. memoria depositata 5 novembre 2019) è mancato l'accertamento dell'unico centro decisionale attraverso attento esame del contenuto dell'offerta; inconferenti sono, inoltre, le ulteriori argomentazioni della deducente (cfr. memoria depositata in data 20 aprile 2020) la quale ha evidenziato che in seguito all'apertura delle offerte economiche la stazione appaltante ha constatato che l'offerta economica della Cantieri Edili S.r.l. è pari al 23,5718% mentre quella di Helios Consorzio stabile Società consortile a r.l. è pari al 23,7974% e che l'ammissione delle imprese suindicate – che, per di più, si sarebbero collocate in graduatoria a una distanza di 46 posizioni l'una dall'altra – avrebbe inciso soltanto in minima parte sulla media aritmetica (da 23,925% a 23,922%) e sulla soglia di anomalia (da 24,560% a 24,848%), lasciando immutata la soglia (a 24,560%).

Ed invero, come di recente ribadito dalla giurisprudenza, la valutazione operata dalla stazione appaltante circa l'unicità del centro decisionale postula semplicemente l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non anche necessariamente che l'alterazione del confronto concorrenziale si sia effettivamente realizzata nel caso concreto; ciò, in quanto la riconducibilità di due o più offerte a un unico centro decisionale costituisce *ex se* elemento idoneo a violare i generali principi in tema di *par condicio*, segretezza e trasparenza delle offerte.

Del resto, ai sensi della pertinente normativa eurounitaria e nazionale, grava sulla stazione appaltante il solo compito di individuare gli indici dell'esistenza di un unico centro decisionale e non anche il compito di provare in concreto l'avvenuta alterazione del gioco concorrenziale, ovvero di indagare le ragioni di convenienza che possono aver indotto l'unitario centro di imputazione ad articolare offerte in parte diverse fra loro; in particolare, la concreta alterazione degli esiti della selezione non è nella disponibilità delle imprese sostanzialmente collegate, ma dipende da variabili indipendenti rispetto alla loro volontà (in particolare, il numero delle partecipanti e l'entità dei ribassi).

Invero, nel percorso presuntivo che conduce a ricavare un fatto ignoto da circostanze note ai sensi dell'art. 2727 cod. civ., il *fatto* che occorre desumere dagli indici presuntivi è la sussistenza dell'unicità del centro decisionale cui siano riconducibili le offerte, non già il contenuto effettivamente coordinato di queste, né le conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene. In questo contesto, il riferimento al contenuto delle offerte è uno dei possibili elementi dai quali ritrarre il collegamento, peraltro da scrutinare in termini necessari solo in difetto di altri indici utili, secondo un'indagine ispirata a un approccio gradualista e progressivo.

Se dunque non opera un automatismo espulsivo in caso di controllo legale *ex art.* 2359 cod. civ. non per questo l'unicità del centro decisionale va imprescindibilmente ricavata dal contenuto delle offerte (arg. *ex Cons. Stato*, sez. V, 15 aprile 2020, n. 2426).

4. Con il secondo motivo di gravame la società ricorrente principale ha dedotto i vizi di *Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis*, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – *Insussistenza dell'asserita falsità*

*delle dichiarazioni rese in ordine alle situazioni di controllo e/o di collegamento – Violazione e falsa applicazione dell’art. 83, comma 9, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché dell’art. 6, comma 1, lett. b) della L. n. 241/1990 – Violazione del dovere di soccorso istruttorio – Violazione del principio di leale collaborazione tra privato e Pubblica Amministrazione di cui agli artt. 6 e 18 della L. n. 241/1990 – Violazione dei principi del legittimo affidamento e della massima partecipazione alle procedure concorsuali – Eccesso di potere per carenza dei presupposti in fatto e in diritto, nonché per travisamento ed erronea valutazione dei fatti – Difetto di istruttoria – Irragionevolezza – Sviamento di potere.*

In sintesi, lamenta la deducente di essere stata illegittimamente esclusa dalla procedura di gara anche «per falsa dichiarazione ai sensi dell’art. 80 Dlgs 50/16 comma 5 lett. f bis) atteso che nel modello 2) ha dichiarato espressamente di non trovarsi, rispetto ad un altro concorrente partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all’articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale. Ha dichiarato altresì “di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all’art. 2359 rispetto ad alcun soggetto e di aver formulato l’offerta autonomamente”. Tali dichiarazioni risultano non veritiere alla luce del fatto che alla medesima procedura di gara partecipa il Consorzio Helios che ha designato come impresa consorziata l’impresa Edilgeo».

Argomenta la ricorrente principale che l’asserita “falsità” delle predette dichiarazioni è inesistente, trattandosi di una dichiarazione frutto di un mero “errore materiale” nella compilazione di un modello prestampato: ed infatti, se, da una parte, in sede di compilazione del modello predisposto dalla stazione appaltante,

veniva resa l'asserita "*falsa dichiarazione*" di insussistenza di un qualsiasi rapporto di controllo, semplicemente barrando – per puro errore – la casella con la quale dichiarava "*di non trovarsi, in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun altro soggetto e di avere formulato l'offerta autonomamente*" – dall'altro con la "*Dichiarazione relativa all'articolo 2359 del Codice Civile*", la medesima compagine ha dichiarato espressamente: 1) di essere "*socia di maggioranza della società HELIOS CONSORZIO STABILE Società Consortile a r.l. (...)*"; 2) di essere "*socia di maggioranza della società EDILGEO s.r.l. (...)*".

Secondo la ricorrente principale, dunque, la stessa è semplicemente incorsa – al momento della compilazione del "*modello 2*" – in un mero errore materiale (avere barrato una casella piuttosto che l'altra), immediatamente rilevabile dalla stazione appaltante attraverso la prodotta "*Dichiarazione relativa all'articolo 2359 del Codice Civile*", tant'è che è proprio sulla scorta di tale ultima dichiarazione che la stazione appaltante ha ritenuto di dovere escludere la ricorrente dalla procedura di gara.

Secondo la deducente, l'errore materiale commesso non riguarda l'esistenza o meno di un rapporto di controllo tale da determinare causa di esclusione dalla gara *ex art. 80, comma 5, lett. m)*, del codice, quanto, piuttosto, la ulteriore specificazione richiesta – e, comunque, puntualmente fornita con l'allegata dichiarazione sull'art. 2359 c.c. – in ordine alle eventuali situazioni di controllo esistenti al momento della presentazione della domanda.

Se così è, argomenta la ricorrente principale, oltre ad essere indiscutibile la propria buona fede nonché la sussistenza dei presupposti per consentirle di beneficiare del soccorso istruttorio al

fine di regolarizzare la prodotta documentazione e di chiarire la parziale difformità tra le dichiarazioni rese, illegittima deve considerarsi, anche sotto il profilo della asserita falsa dichiarazione, l'avversata esclusione dalla procedura di gara in questione.

La Cantieri Edili S.r.l. ha ulteriormente argomentato le proprie doglianze nelle memorie depositate in giudizio.

Il Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana ha contrastato le argomentazioni della società ricorrente principale.

4.1. Il motivo è fondato.

Dall'esame della documentazione versata in giudizio si ricava che nel modello 2 (pag. 3) il legale rappresentante della ricorrente principale Cantieri Edili S.r.l. ha dichiarato - in relazione ai requisiti di ordine generale e, specificatamente, quanto alla situazione *“di non trovarsi, rispetto ad un altro concorrente partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo ai sensi dell'articolo 2359 codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisione”* - *“di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente”*.

Tuttavia, nella ulteriore documentazione prodotta dalla stessa società ricorrente principale (*“Dichiarazione relativa all'articolo 2359 del Codice Civile”*, depositata in giudizio in data 4 novembre 2019 dalla difesa erariale), il legale rappresentante della stessa Cantieri Edili S.r.l. ha dichiarato che la medesima compagine societaria è socia di maggioranza di Helios Consorzio stabile Società Consortile a r.l. (essendo titolare di una quota di €. 8.500,00, a fronte di un capitale

sociale di €. 10.000,00), nonché socia di maggioranza della Edilgeo S.r.l. (essendo titolare di una quota di €. 11.000,00, a fronte di un capitale sociale di €. 20.000,00).

Ben conosce il Collegio l'orientamento giurisprudenziale maggioritario secondo il quale nelle procedure di gara la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla selezione; pertanto, una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, è falsa o incompleta, deve ritenersi già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare. L'intero sistema della disciplina delle procedure di evidenza pubblica poggia sulla presentazione, da parte delle imprese concorrenti, di dichiarazioni sostitutive che le vincolano in base all'elementare principio dell'autoresponsabilità e che devono essere rese con diligenza e veridicità (cfr. Cons. Stato, sez. III, 13 febbraio 2020, n. 1174).

Tuttavia, nel caso in esame la “falsità” della dichiarazione resa dal legale rappresentante della Cantieri Edili S.r.l. va esclusa proprio in ragione del fatto che lo stesso ha reso due dichiarazioni che non possono non essere lette congiuntamente: la lettura congiunta delle stesse porta ad escludere che l'operatore economico abbia rappresentato un fatto non corrispondente al vero (c.d. *immutatio veri*).

Invero, appare dirimente il rilievo in base al quale la stazione appaltante ha avuto conoscenza della situazione di controllo in

questione dallo stesso operatore economico ricorrente principale ed è così stata posta nelle condizioni di farne oggetto di apprezzamento, mentre se la società ricorrente principale avesse inteso sottrarsi ad ogni valutazione da parte della stazione appaltante avrebbe del tutto taciuto le situazioni di controllo in questione (arg. *ex* Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407).

Va inoltre evidenziato che a fronte di tali dichiarazioni di tenore contrastante avrebbe dovuto l'Amministrazione attivare il potere di soccorso *sub specie* di richiesta di “*chiarimenti*” ovvero di “*rettificare errori materiali o refusi*” (arg. *ex* Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

*In parte qua*, dunque, il provvedimento di esclusione si rivela viziato: ne consegue che, pur non potendosi accogliere la domanda di annullamento proposta avverso il provvedimento in questione (posto che nel caso di determinazioni amministrative di segno negativo fondate su una pluralità di ragioni, ciascuna delle quali di per sé idonea a supportare la parte dispositiva del provvedimento, è sufficiente che una sola di esse resista al vaglio giurisdizionale perché il provvedimento nel suo complesso resti indenne dalle censure articolate: cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. I, 14 giugno 2019, n. 1718; Cons. Stato, sez. I, 30 ottobre 2018, n. 2473; Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1308), deve ritenersi illegittimo il provvedimento di esclusione avverso nella parte in cui ascrive alla Cantieri Edili S.r.l. la dichiarazione “falsa” di cui si è detto.

5. Quanto al ricorso incidentale, esso va dichiarato improcedibile.

La conservazione del “bene della vita”, acquisito dalla società ricorrente incidentale all'esito della procedura competitiva in questione, non è infatti posta in discussione dalla società ricorrente

principale, la quale ha chiarito - a fronte dell'eccezione di improcedibilità per omessa impugnazione del provvedimento di aggiudicazione (cfr. *supra*, punto 1.1. in Diritto) - che “*alcun interesse poteva ormai avere l'odierna ricorrente alla impugnazione di tale provvedimento*” (cfr. pag. 2 della memoria di replica depositata in data 31 gennaio 2020).

Il gravame incidentale pertanto deve essere dichiarato improcedibile, non potendo ritrarre la ricorrente incidentale dall'eventuale accoglimento di esso alcuna utilità ulteriore.

6. In conclusione, il ricorso principale va respinto - sia pure con la precisazione di cui sopra, in ordine all'illegittima ascrizione alla Cantieri Edili S.r.l. della dichiarazione “falsa” di cui si è detto -, mentre il ricorso incidentale va dichiarato improcedibile.

7. Le peculiarità fattuali e giuridiche della vicenda contenziosa consentono di ravvisare giusti motivi per compensare tra le parti le spese della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello incidentale, come in epigrafe proposti, così provvede:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2020, tramite collegamento simultaneo da remoto in

videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Giuseppe La Greca, Consigliere

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Giovanni Giuseppe Antonio Dato**

**IL PRESIDENTE**

**Pancrazio Maria Savasta**

**IL SEGRETARIO**