

Pubblicato il 23/06/2021

N. 00603/2021REG.PROV.COLL.

N. 00361/2021 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

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 361 del 2021, proposto da OMISSIS s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello 40;

contro

Difesa Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Salvatore Dettori e Teresa Felicetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

nei confronti

OMISSIS s.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianfranco Passalacqua, con domicilio digitale come da PEC

da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via G. Vitelleschi;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza) n. -OMISSIS-, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Difesa Servizi s.p.a., Ministero della Difesa e OMISSIS s.r.l.s.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2021, tenutasi *ex art.* 4 del d.l. n. 84 del 2020 e *ex art.* 25 del d.l. n. 137 del 2020, così come modificato dall'art. 6 del d.l. n. 44/2021, il Cons. Sara Raffaella Molinaro;

Uditi per le parti gli avvocati Massimiliano Mangano, Salvatore Dettori e Gianfranco Passalacqua,

Vista la richiesta di passaggio in decisione senza discussione presentata dall'Avvocatura dello Stato con nota di carattere generale a firma dell'Avvocato distrettuale del 2 febbraio 2021;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la procedura di gara per l'affidamento in concessione di fari e segnalamenti della Marina Militare, indetta da Difesa Servizi s.p.a. (di seguito "Difesa Servizi") con bando pubblicato nella G.U.R.I. n. 1116 del 6.10.2017, suddivisa in n. 8 lotti, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Con determinazione 7.1.2019 n. 1 Difesa Servizi ha aggiudicato il lotto n. 7 (Faro di Capo d'Orlando) a OMISSIS s.r.l.s. (di seguito “OMISSIS”), quale capogruppo del *costituendo* raggruppamento, trasmettendo graduatoria definitiva ai partecipanti, subordinandone l'efficacia alla successiva verifica dei requisiti.
3. Avverso detto provvedimento e gli atti di gara, oltre che la nota 22.11.2018 n. DIFS/5435 di riscontro alle istanze della seconda classificata, OMISSIS s.p.a. (di seguito “OMISSIS”) ha proposto ricorso presso il Tar Sicilia - Catania (n. - OMISSIS-) e primi motivi aggiunti.
4. Con secondi motivi aggiunti OMISSIS ha impugnato la determina n. 42 del 2.3.2020 di Difesa Servizi, nella parte in cui è stata disposta l'esclusione dalla procedura della medesima.
5. Con ricorso incidentale OMISSIS ha impugnato la graduatoria definitiva (determina Difesa Servizi n. 1/2019) nella parte in cui ha ammesso e non ha escluso OMISSIS dalla gara.
6. Il Tar, con sentenza -OMISSIS-, ha dichiarato la cessazione della materia del contendere in relazione al ricorso introduttivo, al primo ricorso per motivi aggiunti e al ricorso incidentale e ha respinto il secondo ricorso per motivi aggiunti.
7. OMISSIS ha appellato la sentenza n. -OMISSIS-.
8. Nel giudizio di appello si sono costituiti Difesa Servizi s.p.a., il Ministero della difesa e OMISSIS s.r.l.s.
9. All'udienza del 16.6.2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

10. L'appello è fondato nei termini che seguono.
11. Pregiudizialmente si rileva che il Ministero della difesa ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva, motivandola in ragione dell'autonomia soggettiva di Difesa servizi e del fatto che la convenzione che regola i rapporti fra Ministero e Difesa Servizi reca una clausola in base alla quale la società è obbligata a tenere

sollevato e indenne quest'ultimo da ogni controversia e conseguenti eventuali oneri di qualunque natura che possano derivare da contestazioni, riserve e pretese avanzate da soggetti terzi, in ordine a quanto abbia diretto o indiretto riferimento all'attuazione del contratto medesimo

Al riguardo si osserva quanto segue.

Difesa Servizi s.p.a. è stata costituita ai sensi dell'art. 535 del d. lgs. 15.3.2010 n. 66 ed è deputata a svolgere attività negoziale diretta all'acquisizione di beni mobili, servizi e connesse prestazioni correlate allo svolgimento dei compiti istituzionali dell'Amministrazione della difesa, nonché attività di valorizzazione e di gestione, anche attraverso accordi con altri soggetti e stipula di contratti di sponsorizzazione. E' una società di capitali. I rapporti con il Ministero sono regolati da un contratto di servizio.

Per quanto specificamente attiene alle attività di gestione economica e valorizzazione di beni, nel cui ambito rientra la procedura di gara per cui è causa, l'art. 2 di detto contratto prevede il ricorso a "specifiche convenzioni" tra Difesa Servizi e Ministero.

Nel caso di specie la procedura di affidamento del Faro di Capo d'Orlando, promossa da Difesa Servizi, muove, secondo la difesa erariale, dalla convenzione 2.2.2015 e relativo atto aggiuntivo (pur rilevandosi che né la convenzione, né l'atto aggiuntivo recano uno specifico riferimento al Faro di Capo d'Orlando).

In detto contesto l'art. 1 dello Statuto reca che Difesa Servizi s.p.a. ha quale socio unico il Ministero della difesa e "*svolge come organo in house la sua attività prevalente in favore del Ministero della difesa, anche come soggetto giuridico di diritto privato di cui all'articolo 29, comma 1, lettera b) della legge 28 dicembre 2001, n. 448*".

Ai sensi dell'art. 4 dello Statuto la società è "*strumento organizzativo del Ministero della difesa*" e ha per oggetto la gestione economica, "*in qualità di concessionario o mandatario*", di beni, anche immateriali, e servizi derivanti dalle attività istituzionali del Dicastero.

Nella convenzione 2.2.2015 è specificato che a Difesa Servizi viene conferito mandato con rappresentanza per la gestione dei beni e una concessione di bene pubblico per l'uso dei medesimi.

In tale contesto non pare che il Ministero abbia comprovato la propria assoluta e totale estraneità all'attività di gara e alle eventuali responsabilità che ne possono derivare.

Il Ministero della difesa, competente all'acquisizione, utilizzazione, amministrazione e dismissione dei beni demaniali militari e a porre in essere i relativi adempimenti tecnico-amministrativi e demaniali (così dal preambolo della convenzione), ha infatti concesso in uso alcuni compendi immobiliari a Difesa Servizi al fine di implementare l'attività di gestione economica dei medesimi con finalità turistiche e alberghiere (art. 1 della convenzione).

Lo Statuto della società prevede, all'art. 5 comma 2, che essa operi in forza di specifico contratto di servizio approvato dal Ministro della difesa.

I rapporti fra una parte, il Ministero, che permane titolare dei beni, e l'altra parte, Difesa Servizi, avente unicamente il compito di gestirli, sono quindi regolati dal contratto di servizio, con poteri di controllo e vigilanza da parte dello stesso Ministero (art. 9 del contratto di servizio).

Nella dinamica del rapporto fra proprietario del bene e gestore del medesimo il contratto di servizio si inserisce a disciplinare i soli rapporti interni fra le due parti, anche laddove prevede che la società, "*in qualità di responsabile del procedimento*", si obbliga a tenere indenne il Ministero da ogni controversia, considerata la rilevanza interna (cioè fra le due parti del contratto) di detta previsione (art. 9 della convenzione).

La richiamata (dalla difesa erariale) clausola di esonero da responsabilità non è quindi sufficiente a escludere che il Ministero possa essere coinvolto da contenziosi relativa all'attività espletata da Difesa Servizi.

Del resto, la sussunzione della posizione di Difesa Servizi quale responsabile del procedimento nei confronti del Ministero rende ancor meno autonoma la posizione della prima, atteso che la legge n. 241/1990 assegna al rup una posizione strumentale all'assunzione della decisione da parte dell'organo dirigenziale.

La stessa qualificazione privatistica del rapporto fra Difesa Servizi e Ministero in termini di mandato con rappresentanza non è idonea a fugare ogni dubbio in merito all'ascrivibilità degli atti compiuti nell'ambito della gara alla sola Difesa Servizi, e non anche al Ministero.

Attraverso il mandato il mandatario si obbliga infatti a prestare al mandante un servizio di contenuto giuridico.

Al mandato può accompagnarsi, come nel caso di specie, la rappresentanza, così applicandosi anche la relativa disciplina.

In caso di mandato con rappresentanza gli effetti giuridici dell'atto concluso dal rappresentante si ripercuotono direttamente nella sfera del rappresentato.

Quanto specificamente all'imputazione e alla responsabilità derivante dal compimento dell'attività prodromica alla stipulazione del contratto, pur delineandosi, in termini generali, un'imputazione di detta attività al rappresentante, come si evince dagli artt. 1390 e 1391 c.c., detta imputazione viene ridimensionata dalle suddette disposizioni (che attribuiscono rilevanza, in specifici casi, anche alla posizione del rappresentato) e dall'art. 1389 c.c.

Allorquando poi oggetto del mandato con rappresentanza è l'attività qualificata di conclusione di negozi giuridici per conto del mandante, comprensiva delle trattative, come nel caso di specie, la regola per cui gli atti compiuti dal rappresentante sono direttamente e automaticamente imputati al rappresentato comporta che le trattative compiute dal rappresentante producono effetto come se fossero state eseguite dal rappresentato, generando la responsabilità precontrattuale di questo. In particolare, allorché *“le trattative siano svolte da un mandatario con rappresentanza - sia pure limitata alla*

sola fase precontrattuale, con esclusione della stipula del contratto - gli atti compiuti dal rappresentante sono direttamente ed automaticamente imputati al rappresentato, con conseguente riferibilità a quest'ultimo delle responsabilità precontrattuali eventualmente configurabile” (Cass. civ., sez. III, 4.3.2002, n. 3103).

Il riferimento al mandato per rappresentanza non è quindi, di per sé solo, idoneo a escludere qualsiasi forma di responsabilità del Ministero.

Né depone in tale ultimo senso la disposizione contenuta nell’art. 11 della convenzione 2.2.2015, in base al quale la società è obbligata a tenere sollevato e indenne quest’ultimo da ogni controversia e conseguenti eventuali oneri di qualunque natura che possano derivare da contestazioni, riserve e pretese avanzate da soggetti terzi, in ordine a quanto abbia diretto o indiretto riferimento all’attuazione del contratto medesimo, atteso il valore *inter partes* di tale previsione.

11.1. Il Collegio pertanto, pur non essendo oggetto della presente controversia profili di responsabilità dell’Amministrazione, ritiene, sulla base della documentazione prodotta e atteso il principio di economicità dei mezzi processuali, di non potere estromettere il Ministero della difesa.

12. In via pregiudiziale si respinge l’eccepita inammissibilità dell’appello, basta su quella giurisprudenza amministrativa secondo cui la censura con cui si contesta il difetto di motivazione di una sentenza, ovvero l’omessa pronuncia su un motivo di ricorso, è resa inammissibile dall’effetto devolutivo dell’appello, che renderebbe irrilevanti le eventuali carenze motivazionali della pronuncia (Cons. St., sez. VI, 22.1.2021 n. 666).

L’appellante, nel caso di specie, non si è limitata a censurare l’operato (in tesi omissivo) del giudice di primo grado, pervenendo piuttosto, attraverso detta critica, a riproporre i motivi di illegittimità dell’atto impugnato già dedotti in primo grado.

13. Procedendo nello scrutinio delle questioni pregiudiziali, l’appellata OMISSIS ha dedotto la sopravvenuta carenza di interesse del raggruppamento appellante in

ragione del fatto che la società mandante di detto raggruppamento, -OMISSIS- è stata raggiunta da decreto di revoca dell'aggiudicazione di altra gara per grave illecito professionale in ragione del -OMISSIS-

Al riguardo si osserva che la revoca richiamata dalla controinteressata è stata assunta da altra stazione appaltante mentre Difesa Servizi non ha esercitato il relativo potere, connotato peraltro da ampia discrezionalità, tale per cui non è possibile (né consentito ai sensi dell'art. 34 comma 2 c.p.a.) anticipare, da parte di questo Giudice, l'esito della relativa valutazione (Ad. plen. 28.8.2020 n. 16).

Non può quindi convenirsi con l'eccepita sopravvenuta carenza di interesse di parte appellante.

14. In via pregiudiziale si rileva infine l'inammissibilità dell'ultimo motivo di appello in quanto rivolto a censurare una parte della sentenza nella quale il Tar non ha statuito in ordine a una questione controversa ma si è limitato a riassumere le doglianze dedotte in primo grado (nella specie riguardanti l'interesse di OMISSIS all'esclusione del secondo e terzo classificato).

15. Esaurite le questioni di rito, il Collegio affronta il merito dell'appello, premettendo che oggetto della cognizione di questo Giudice è l'impugnazione, avvenuta in primo grado con i secondi motivi aggiunti (respinti dal Tar), della determinazione n. 42/2020, nella parte in cui Difesa Servizi ha escluso l'appellante OMISSIS dalla gara.

Non è invece stata impugnata la statuizione di cessazione della materia del contendere in relazione al ricorso introduttivo, al primo ricorso per motivi aggiunti e al ricorso incidentale, fondata sulla considerazione che, con la determina n. 42/2020 Difesa Servizi, oltre ad avere escluso, per motivi diversi, OMISSIS, OMISSIS e Giesse Costruzioni, ha annullato d'ufficio, ai sensi dell'art. 21-*novies* della legge n. 241/1990, dell'impugnata (con il ricorso introduttivo e i primi motivi

aggiunti nonché con il ricorso incidentale) determina di aggiudicazione n. 1 del 7.1.2019.

16. Con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nel capo in cui il Tar ha rigettato il secondo ricorso per motivi aggiunti proposto avverso la determina n. 42/2020 di Difesa Servizi, nella parte in cui ha disposto l'esclusione della OMISSIS, concorrente alla gara in *costituendo* raggruppamento con -OMISSIS- nella procedura di affidamento del lotto n. 7 Faro Capo D'Orlando.

In particolare l'appellante ha rilevato che il Tar avrebbe omesso di pronunciarsi su tutte le censure dedotte in primo grado avverso detta determinazione e che Difesa Servizi non ha accertato, sulla base di un'adeguata istruttoria e dell'accertamento della sussistenza dei presupposti della decisione escludente, la sussistenza del collegamento sostanziale tra l'offerta del raggruppamento capeggiato da OMISSIS e l'offerta del raggruppamento con capogruppo Giese Costruzioni s.r.l. (di seguito: "Giese Costruzioni"), non essendo a tal fine sufficiente il richiamo all'ordinanza n. -OMISSIS- di questo CGARS (di accoglimento dell'istanza cautelare).

16.1. Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar non ha adeguatamente considerato Difesa Servizi abbia inizialmente ritenuto accoglibile la spiegazione della similitudine fra le offerte resa da OMISSIS e Giese Costruzioni, per poi mutare opinione in un secondo momento, senza compiere una nuova e valida istruttoria.

16.2. Con il terzo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar non ha esaminato la censura di eccesso di potere e contraddittorietà fra atti, atteso che il provvedimento di esclusione impugnato richiama gli atti di gara sulla base dei quali la Commissione aveva ritenuto di non escludere l'appellante, così cadendo in contraddizione.

16.3. I motivi sono fondati nella parte in cui sono volti a dedurre l'omesso accertamento, da parte della stazione appaltante, del presupposto del collegamento

sostanziale fra l'offerta presentata dal raggruppamento avente come mandataria OMISSIS (qui appellante) e l'offerta presentata dal raggruppamento avente come mandataria Giesse Costruzioni.

16.4. Con l'impugnata determinazione n. 42/2020 Difesa Servizi ha escluso dalla procedura OMISSIS e Giesse Costruzioni, asserendo di condividere i dubbi espressi dal Tar circa il mancato rispetto della segretezza dell'offerta, *“a causa della riconducibilità delle offerte della seconda e terza classificate, OMISSIS S.p.A. e Giesse Costruzioni S.r.l., ad un unico centro decisionale?”* e la presentazione da parte delle predette concorrenti di *“offerte tecniche con evidenti elementi di similitudine in violazione dei principi di segretezza ed indipendenza dell'offerta”*.

La decisione di Difesa Servizi è stata assunta dopo che:

- la Commissione tecnica, nella seduta riservata del 7.5.2018, ad un primo sommario esame dei documenti costituenti l'offerta tecnica del raggruppamento formato da OMISSIS (mandataria) e -OMISSIS- (mandante) e di quelli contenuti nell'offerta di Giesse Costruzioni ha riscontrato *“evidenti similitudini tra i corrispondenti documenti costituenti l'offerta tecnica”*: *“da un esame comparativo tra i documenti delle suddette ditte partecipanti al medesimo lotto, è stato rilevato che in diversi paragrafi descrittivi sono riportate frasi e periodi esattamente uguali per composizione e parole utilizzate talvolta, invece, sono state formulate le medesime argomentazioni con l'impiego di frasi simili”*;
- la Commissione tecnica ha quindi chiesto l'intervento del RUP;
- l'appellante è stata convocata in data 3.7.2018 per chiarimenti sulla propria offerta tecnica;
- in tale sede OMISSIS ha rilevato che *“le relazioni tecniche presentate da OMISSIS S.p.A. e Giesse srl non sono in alcun modo riconducibili ad un unico centro decisionale. A tal uopo chiarisce che per la redazione dell'offerta formulata per la partecipazione alla procedura del faro di Capo d'Orlando l'ATI OMISSIS -OMISSIS- si è avvalso della consulenza dell'Arch. -OMISSIS-, ovvero il medesimo professionista che ha curato la redazione dell'offerta tecnica per il faro di*

Milazzo, a cui la mandante -OMISSIS- ha partecipato in ATI con Giesse srl. Il materiale tecnico alla proposta per il faro di Milazzo è nella disponibilità di entrambe i componenti dell'ATI; è evidente che nella formulazione della proposta tecnica per il faro di Capo D'Orlando, il professionista ha mantenuto lo stesso schema descrittivo e di nomenclatura dei paragrafi già adoperato per la redazione della proposta tecnica del faro di Capo Milazzo" (così dal relativo verbale);

- nella stessa sede è stato sentito l'arch. -OMISSIS- il quale *"conferma di avere prestato la propria consulenza nell'ambito delle predette procedure: - Per Milazzo, nei riguardi esclusivamente dell'ATI Giesse -OMISSIS-; - Per Capo D'Orlando, nei riguardi esclusivamente dell'ATI OMISSIS S.p.A. -OMISSIS-"*;

- il sig. -OMISSIS-, in qualità di delegato di OMISSIS e rappresentante legale della società -OMISSIS-, si è riservato di presentare i documenti comprovanti l'incarico professionale svolto dall'Arch.-OMISSIS- in riferimento alle due distinte procedure (Capo D'Orlando e Milazzo);

- in data 25.7.2018 la società -OMISSIS- ha trasmesso le fatture n. 4 e n. 5, entrambe del 6.2.2017, emesse dall'arch.-OMISSIS- nei confronti rispettivamente della - OMISSIS- e della Giesse Costruzioni, quale corrispettivo pro quota per le attività prestate ai fini della redazione dell'offerta tecnica per la partecipazione alla procedura indetta per l'affidamento in concessione dei Fari di Milazzo e Salina, per la quale hanno concorso in raggruppamento Giesse Costruzioni (mandataria) e - OMISSIS- (mandante);

- la fattura n. 37 del 21.12.2017 è stata emessa dall'arch.-OMISSIS- nei confronti di -OMISSIS- quale corrispettivo per le attività prestate ai fini della redazione dell'offerta tecnica per la partecipazione alla procedura per l'affidamento in concessione del faro di Capo D'Orlando esclusivamente in favore del raggruppamento OMISSIS (mandataria) e -OMISSIS- (mandante);

- la Commissione tecnica di Difesa Servizi ha valutato le offerte, attribuendo il massimo del punteggio all'offerta dell'appellante (p.70), mentre all'offerta di Giesse Costruzioni s.r.l. è stato attribuito un punteggio di p. 62,59;

- con determinazione n. 1/2019, nella quale risulta che, per il lotto n. 7, OMISSIS ha ricevuto p. 89,50, OMISSIS p. 89,20 e Giesse Costruzioni 87,31, Difesa Servizi ha aggiudicato alla prima il lotto 7.

Con determina n. 42/2020 Difesa Servizi ha poi escluso dalla procedura OMISSIS e Giesse Costruzioni.

16.5. Detto ciò in punto di fatto il Collegio osserva quanto segue.

Si premette che il motivo addotto in via principale per l'esclusione del raggruppamento avente come mandataria OMISSIS è da rinvenire nella sussistenza (in tesi) di un unico centro decisionale, che avrebbe deciso, anche in violazione del principio di segretezza delle offerte, il contenuto delle offerte del predetto raggruppamento, oltre che del raggruppamento con capogruppo Giesse Costruzioni.

Nell'economia del provvedimento impugnato, invece, il richiamo all'ordinanza del Tar n. 253/2019, di reiezione della domanda cautelare, e all'ordinanza n. -OMISSIS-, di accoglimento della medesima domanda, non ha carattere fondante della decisione assunta, come si evince dal fatto che la stazione appaltante fa proprie alcune conclusioni giurisdizionali, rese in sede cautelare, al fine di giustificare l'adozione di un atto avente effetti definitivi, dal tenore letterale (essendo introdotte da un Considerato e da un Tenuto conto) e dal contenuto opposto delle medesime, che le rende complessivamente ininfluenti.

L'art. 80 comma 5 lett. *m*) del d. lgs. n. 50/2016 prevede apposita causa di esclusione dalle procedure di gara a carico dell'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”.

La norma è volta a impedire un preventivo concerto delle offerte (Cons. St., sez. V, 16.12.2016 n. 5324) tale da comportare un *vulnus* al principio di segretezza delle stesse (Cons. St., sez. V, 11.7.2016 n. 3057), in funzione di tutela dei principi di trasparenza della procedura e *par condicio* tra i partecipanti. Più in generale la pratica concertativa delle offerte è potenzialmente lesiva delle regole della concorrenza per il mercato, analogamente a quanto avviene, nei settori in cui si realizza la concorrenza nel mercato, con intese e cartelli, parimenti vietati da regole speculari. La disposizione riproduce la formulazione dell'art. 38 comma 1 lett. m-*quater*) d. lgs. 12.4.2006 n. 163, lettera inserita dall'art. 3 comma 1 d.l. 25.9.2009 n. 135, convertito in legge 20.11.2009 n. 166, ed è l'esito di una evoluzione, anche giurisprudenziale, alla quale ha fornito apporto decisivo la Corte di giustizia.

Con sentenza 19 maggio 2009 (nella causa C-538/07) la Corte di giustizia ha infatti stabilito che *“Il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.”*

Ne deriva che una situazione di controllo tra le imprese partecipanti alla procedura, sia esso di tipo formale ovvero di tipo sostanziale, può condurre all'esclusione dalla procedura non in via automatica ma solo se è accertato, anche in via presuntiva, che le offerte siano imputabili a un “unico centro decisionale”, e comunque lasciando la possibilità alle parti di dimostrare il contrario. E ciò (la possibilità per le parti di dimostrare il contrario riconosciuta dalla Corte di giustizia) è compatibile con

L'indirizzo giurisprudenziale in base al quale *“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 il compito di indagare le ragioni di convenienza che possono aver indotto l'unitario centro di imputazione ad articolare offerte in parte diverse fra loro”* (Cons. St., sez. V, 6 febbraio 2017, n. 496), laddove in altre pronunce si sottolinea maggiormente come *“una situazione di controllo tra le imprese partecipanti alla procedura, sia esso di tipo formale ovvero di tipo sostanziale, può condurre all'esclusione dalla procedura non in via automatica ma solo se è accertato, anche in via presuntiva, che le offerte, per essere imputabili ad un “unico centro decisionale”, siano state reciprocamente influenzate”* (Cons. St., sez. V, 3.1.2019 n. 69).

La sussistenza della causa di esclusione in esame è accertata sulla base di alcuni passaggi progressivi, che la giurisprudenza ha delineato: a) la verifica della sussistenza di situazione di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 2359 c.c.; b) esclusa tale forma di controllo, la verifica dell'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte; c) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell'esistenza di un “unico centro decisionale” da effettuare *ab externo* e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale (Cons. St., sez. V, 28.12.2020, n. 8407).

16.6. Nel caso di specie, esclusa la situazione di controllo dell'art. 2359 c.c. (*“Società controllate e società collegate”*), neppure è stata individuata una *“relazione di fatto”* tra le imprese concorrenti sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società.

Piuttosto l'eventuale unicità del centro decisionale è ascrivibile, nell'impostazione sottesa alla determinazione n. 42/2020, al contenuto delle offerte.

Nondimeno a tal fine (recepando l'indicazione della Corte di giustizia sopra richiamata) è altresì necessario che venga fornita adeguata e specifica prova circa il fatto che *“la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale”*.

Ciò premesso, ritiene il Collegio che, nel caso di specie, non sia stata raggiunta una sufficiente ed univoca dimostrazione di tale presupposto, con quel livello di verosimiglianza imposto dalla serietà delle conseguenze che derivano da tale riscontro.

Le due offerte coincidono infatti in alcune parti descrittive, mentre in altre parti le medesime argomentazioni sono articolate con frasi simili.

E' la stessa appellante a riferire che la Commissione tecnica ha enucleato una serie di elementi che rendono le due offerte simili.

Nella relazione sintetica *“le due ditte impiegano la stessa paraffatura e la medesima descrizione dei paragrafi, con l'utilizzo di frasi identiche”* mentre nel programma di valorizzazione sono impiegate *“frasi descrittive identiche per terminologia e costruzione della frase”*.

In particolare a pag. 6 dell'offerta presentata da OMISSIS e a pag. 4 dell'offerta presentata da Giesse Costruzioni si legge che *“la proposta pertanto, alla luce dei valori e delle intenzioni esposte, si prefigge di ottenere l'obiettivo primario di realizzare una nuova e diversificata offerta nel panorama turistico alberghiero nel contesto orlandino, [...]”*, così come, rispettivamente a pag. 12 e a pag. 7, si trova il paragrafo intitolato *“2c Inquadramento ed analisi alla base della proposta presentata 2c1 – concetti emergenti alla base della proposta”*.

Nel piano di gestione il paragrafo 1) *“Attività di uso e gestione”* risulta essere *“praticamente identico tra le due società a meno di piccole differenze, tra cui i nomi delle due differenti società”* mentre il paragrafo 2) *“Manutenzione, conservazione e monitoraggio del faro”*, *“enunciato con la realizzazione di una tabella, è esattamente identico a meno di una piccola differenza non rilevante ai fini della valutazione complessiva”*, così come il paragrafo 6) *“condizioni di fruibilità dedicate alla Marina ed alla Difesa di carattere non istituzionale”*

enunciato con la realizzazione di una tabella, è identico e riporta la medesima politica a favore del personale del Ministero.

Nondimeno si osserva che il contenuto della relazione sintetica contenuta nelle due offerte non può dirsi coincidente, attesa la diversità della proposta, come si evince anche dal fatto che i progetti di ristrutturazione interna dei due edifici sono sensibilmente diversi e che solo uno dei due raggruppamenti ha previsto l'installazione di una piscina all'esterno.

Si rileva altresì che il paragrafo 1) del piano di gestione reca all'interno una diversa previsione del numero di persone che saranno impiegate nell'attività, così evidenziando una incisiva difformità sostanziale fra le due offerte complessivamente intese mentre il paragrafo 2) è stato redatto sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 38 del d.P.R. n. 207/2010 e dell'esperienza acquisita in passato dalle società nel medesimo settore.

Risulta poi evidente la differenza, nell'ambito del piano di gestione redatto dai due raggruppamento sospettati di rispondere ad un unico centro decisionale, del paragrafo 3) dedicato alla fruibilità pubblica della struttura, del paragrafo 4) riguardante le attività di networking, e del paragrafo 5), attinente agli spazi o periodi temporali riservati ad iniziative ed eventi a promozione della marineria.

Ne deriva una coincidenza solo parziale delle offerte, specie negli elementi descrittivi.

In tale contesto di fatto OMISSIS e Giese Costruzioni hanno fornito una (plausibile) spiegazione dei motivi di tale coincidenza, così usufruendo della possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara riconosciuta dalla Corte di giustizia con la richiamata sentenza 19.5.2009.

Le due società hanno giustificato l'analogia fra le offerte in ragione del fatto che Giese Costruzioni, mandataria del relativo raggruppamento, e -OMISSIS-

mandante del raggruppamento avente OMISSIS come capogruppo, hanno partecipato congiuntamente a una precedente gara (relativa appunto al Faro di Milazzo) e hanno quindi utilizzato entrambe l'offerta tecnica presentata in quell'occasione come fac-simile per delineare l'offerta presentata separatamente nella procedura qui controversia. In particolare lo stesso professionista avrebbe prestato la propria opera per la redazione dell'offerta formulata dal raggruppamento avente come capogruppo OMISSIS nella gara in esame, avendo già curato in precedenza la redazione dell'offerta tecnica per il Faro di Milazzo, alla quale la mandante -OMISSIS- ha partecipato in raggruppamento con Giesse Costruzioni. La spiegazione è comprovata da alcuni elementi di supporto (sopra richiamati) che sono stati prodotti dalle società coinvolte (in particolare le fatture e la testimonianza dell'arch.-OMISSIS-).

La non coincidenza fra le due offerte è attestata anche dal differente punteggio complessivo assegnato dalla Commissione tecnica di Difesa Servizi, che ha attribuito il massimo della valutazione all'offerta dell'appellante (punti 70), mentre all'offerta di Giesse Costruzioni è stata attribuita una quotazione di punti 62,59.

In particolare, rispetto ai cinque elementi di valutazione dell'offerta tecnica previsti nel disciplinare (art. 5), le due partecipanti hanno conseguito una valutazione differente in punto di "*fruibilità pubblica della struttura e contributo allo sviluppo locale sostenibile*" (punti 0,90 a OMISSIS e punti 0,67 a Giesse Costruzioni), così rendendo evidente come le due offerte fossero non solo diverse quanto a contenuto ma anche come fossero state percepite dalla Commissione nella loro sostanziale difformità.

Lo stesso è a dirsi per l'elemento valutativo dell'"*attività di networking*", per il quale OMISSIS ha ottenuto punti 0,93 e Giesse Costruzioni punti 0,70.

Quanto al parametro costituito dalle "*soluzioni di recupero*" le due offerte hanno riportato punteggi diversi da parte dei singoli componenti della commissione, anche se il punteggio medio, pari a 0,80, è analogo.

Gli ulteriori due elementi valutativi dell'offerta tecnica, *“spazi o periodi temporali riservati ad iniziative o eventi a promozione della Marina Militare o della Difesa”* e *“condizioni di fruibilità dedicate alla Marina e alla Difesa”*, hanno invece meritato i medesimi punteggi.

Nondimeno si rileva, innanzitutto, che entrambi i suddetti elementi hanno un'incidenza limitata nell'economia dell'intera offerta, come si evince dal ridotto spazio ad essi dedicato e dalla portata limitata del relativo contenuto, rivolto esclusivamente a regolamentare la fruizione e le condizioni di fruibilità degli spazi ai dipendenti del Ministero, rispetto al complessivo progetto di gestione del Faro rivolta all'intera cittadinanza.

Detta considerazione trova peraltro avallo nel ridotto peso percentuale di tali ultimi due criteri, pari in totale a un'incidenza ponderata di 15 sui 70 punti totali destinati all'offerta tecnica.

Inoltre, dall'offerta a suo tempo presentata per il Faro di Milazzo dal raggruppamento comprendente Giesse Costruzioni e -OMISSIS- (che ha costituito, secondo le spiegazioni fornite dall'appellante, il fac-simile sul quale i concorrenti raggruppamenti aventi come capogruppo OMISSIS e Giesse Costruzioni hanno redatto le offerte tecniche per la gara qui controversa) si evince che le medesime condizioni di accesso dei dipendenti del Ministero erano state offerte anche in quella gara.

Ne deriva che più che l'unicità del centro decisionale nel caso di specie sia stata comprovata l'unicità dell'esperienza maturata in passato da entrambe le società in competizione.

Alla luce di quanto sopra illustrato, gli elementi indiziari relativi all'unicità del centro decisionale (in tesi emergenti dalle offerte) sono smentiti, o comunque privati degli indispensabili requisiti di gravità, precisione e concordanza dalle spiegazioni rese e dalla documentazione prodotta da OMISSIS (né può desumersi un argomento di

prova contrario dalla mancata costituzione in questo giudizio di Giese Costruzioni, rimessa all'autonoma valutazione di quest'ultima).

Tale considerazione refluisce in senso negativo nei confronti della stazione appaltante, che ha adottato l'impugnata determinazione n. 42/2004, atteso che l'onere della prova del collegamento tra imprese ricade sulla medesima (o, comunque, sulla parte che ne afferma l'esistenza) e detta dimostrazione deve *“necessariamente fondarsi su elementi di fatto univoci – non suscettibili cioè di letture alternative o dubbie – desumibili sia dalla struttura imprenditoriale dei soggetti coinvolti (ossia dal loro assetto interno, personale o societario - cd. aspetto formale), sia dal contenuto delle offerte dalle stesse presentate (cd. aspetto sostanziale)”* (Cons. St., sez. V, 28.12.2020 n. 8407).

Nel caso di specie invece gli elementi raccolti non sono idonei a dimostrare l'unicità del centro decisionale, rivelando piuttosto una dinamica di condotta di OMISSIS e Giese Costruzioni, e dei relativi raggruppamenti, tesa a utilizzare l'esperienza acquisita in precedenti gare aventi oggetti simili.

Tale circostanza non solo non è vietata ma costituisce l'ordinaria modalità di organizzazione del lavoro imprenditoriale, che si migliora e si organizza sulla base anche delle esperienze acquisite.

Né può desumersi dall'impiego del medesimo professionista in due gare successive (per la redazione dell'offerta formulata dal raggruppamento avente come capogruppo OMISSIS nella gara in esame e per la redazione dell'offerta tecnica per una precedente procedura riferita al Faro di Milazzo, alla quale la mandante - OMISSIS- ha partecipato in raggruppamento con Giese Costruzioni) la violazione del principio di segretezza delle offerte, che riguarderebbe peraltro le offerte presentata in due gare diverse.

Nella gara qui controversa infatti il professionista di cui ha usufruito il raggruppamento avente come capogruppo Giese Costruzioni è diverso rispetto a quello utilizzato dal raggruppamento appellante, sicché la circostanza che entrambi

i professionisti potessero avere accesso al modello della precedente offerta nulla prova in ordine alle scelte (in tesi, non autonome) compiute dalle due associazioni imprenditoriali in competizione nella procedura *de quo*, e ciò neppure in riferimento agli elementi “copiati” dalla precedente offerta, in quanto non sono stati portati elementi idonei a comprovare che la supposta operazione di copiatura si sia svolta nella condivisione reciproca.

In tale contesto risulta non dirimente il richiamo alla sentenza n. 6520 del 19.11.2018, con la quale il Consiglio di Stato ha stigmatizzato, per violazione del principio di segretezza delle offerte, la presentazione in gara di plichi identici, in quanto recanti entrambi sul frontespizio i dati e i timbri del medesimo raggruppamento, contenenti, l'uno, l'offerta di detto raggruppamento e, l'altro, l'offerta di un diverso soggetto, oltre all'utilizzo del medesimo professionista, in violazione del principio di segretezza delle offerte. Dette circostanze non si rinvencono nel caso di specie, laddove non si discute della segretezza dell'offerta per mancata integrità dei plichi e laddove non è stata ingenerata alcuna incertezza in ordine alla formale titolarità soggettiva delle offerte.

Ritiene pertanto il Collegio, sulla base di tali premesse, che gli elementi indiziari individuati dalla stazione appaltante non consentano di ritenere provato un “collegamento” rilevante tra imprese, laddove, per contro, le argomentazioni dell'appellante paiono fornire una plausibile spiegazione alternativa di quanto accaduto.

La condotta tenuta da OMISSIS e Giesse Costruzioni, per quanto inusuale e impegnativa per la stazione appaltante (che ha dovuto svolgere un'apposita istruttoria), non risulta quindi lesiva dell'interesse tutelato dalla norma, volta ad impedire un preventivo concerto delle offerte e, attraverso di esso, la violazione della *par condicio* tra i partecipanti.

16.7. Viene quindi meno il motivo principale addotto nella determinazione n. 42/2004 per escludere il raggruppamento avente come mandataria OMISSIS.

17. Tanto basta quindi per accogliere l'appello e, in riforma della sentenza gravata, accogliere, per quanto di ragione, i secondi motivi aggiunti annullando la determinazione n. 42/2020 nella parte in cui ha escluso OMISSIS dalla procedura.

La particolarità della vicenda giustifica la compensazione delle spese in entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale,

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie i secondi motivi aggiunti annullando il provvedimento impugnato nei limiti di cui in motivazione.

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare -OMISSIS-

Così deciso dal C.G.A.R.S. con sede in Palermo nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2021, tenutasi da remoto e in modalità telematica e con la contemporanea e continua presenza dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Maria Immordino, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE
Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO

I