

Pubblicato il 10/10/2022

N. 02655/2022 REG.PROV.COLL.
N. 01014/2022 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 1014 del 2022, proposto da Tekra S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa, dagli avvocati Giuseppe Gianni e Laura Maria Locatelli, con domicilio digitale eletto presso l'indirizzo PEC giuseppe.gianni@milano.pecavvocati.it;

contro

Società Consortile S.P.A., S.R.R. A.T.O. Siracusa Provincia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Davide Alfredo Luigi Negretti, con domicilio fisico eletto presso il suo studio in Catania, via Vincenzo Giuffrida 23;

nei confronti

Comune di Canicattini Bagni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione,

della determinazione n. 3 del 24/05/2022 adottata dal RUP della SRR "A.T.O. Siracusa Provincia" S.c.p.A., avente ad oggetto: "*Servizio di spazzamento, raccolta*

e trasporto allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati ed indifferenziati, compresi, quelli assimilati, ed altri servizi di igiene ambientale pubblica nel territorio di Canicattini Bagni ..omissis.. Presa d'atto dei verbali di gara - Determinazione di esclusione e/o ammissione dalla procedura di gara ai sensi dell'articolo 76 - comma 2bis - del D.lgs. 50/2016. CIG 9053887FE5 e dei presupposti verbali di gara n. 1 del 27/04/2022, n. 2 del 29/04/2022, n. 4. del 16/05/2022 e n. 5 del 20/05/2022 limitatamente alle parti riferite alla ricorrente ed alla sua esclusione nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o connesso, ancorché ignoto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Consortile S.P.A., S.R.R. A.T.O. Siracusa Provincia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2022 il dott. Giovanni Giuseppe Antonio Dato e uditi per le parti i difensori presenti come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 16 giugno 2022 e depositato in data 27 giugno 2022 la società deducente ha rappresentato quanto segue.

Tekra S.r.l. ha partecipato alla procedura di gara per l'affidamento del “*servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati ed indifferenziati, compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene ambientale pubblica*” nel territorio del Comune di Canicattini Bagni, indetta con bando prot. gen. n. 0003168 del 3 marzo 2022; oltre alla detta compagine societaria hanno partecipato alla gara altri sette operatori economici.

Alla prima seduta di gara - svoltasi in data 27 aprile 2022 - la commissione ha

esaminato la documentazione amministrativa e in particolare “*anche ai fini dell’eventuale sussistenza dei motivi di esclusione di cui all’art. 80 comma 5 lettere c), cter) e c-quater*), le dichiarazioni relative alle pregresse vicende contrattuali dichiarate dai singoli operatori economici e, se presenti, le motivazioni esposte dagli stessi concorrenti circa il fatto che le stesse vicende non ostano alla partecipazione”; all’esito dell’esame, la commissione, con riferimento alla società ricorrente, assumeva che: in merito alla garanzia provvisoria: “*In attesa di verifica: La Commissione si riserva di chiedere la produzione della documentazione che attesti la legittimazione del soggetto che ha firmato digitalmente la polizza fideiussoria per conto dell’assicurazione Generali. Termine assegnato giorni sette*”; in merito al protocollo di legalità: “*La dichiarazione solenne di cui al punto 1 del protocollo di legalità non consente di intendere l’eventuale situazione di controllo o di collegamento con altri concorrenti. Si invita a precisare la dichiarazione. Termine assegnato giorni sette*”; quindi, sulla piattaforma Sitas l’operatore economico veniva invitato a “*fornire chiarimenti in ordine alla sentenza del TAR n. 2177/22 con idonea documentazione. Termine assegnato giorni sette*”.

Nella successiva seduta di gara del 29 aprile 2022 la commissione ha proseguito la verifica della documentazione amministrativa e, con riguardo alla società ricorrente, ha dato atto che per quanto concerne la garanzia provvisoria “*(era) stata effettuata la verifica telematica sulla piattaforma Generali Assicurazioni della regolarità e veridicità della polizza fideiussoria. Pertanto, la richiesta di soccorso istruttorio non (sarebbe stata) posta in essere*”, mentre ha confermato di attivare il soccorso istruttorio sia rispetto al protocollo di legalità che rispetto alla sentenza del TAR n. 2177/22 richiamata nella dichiarazione resa ex art. 80, co. 3, del D.lgs. n. 50/2016. La società ricorrente evidenzia di aver trasmesso (nel termine assegnato) in data 3 maggio 2022 la dichiarazione resa ai sensi del protocollo di legalità ove “*dichiara(va) espressamente e in modo solenne: 1) di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento (formale e/o sostanziale) con altri concorrenti*” e di

aver fornito i richiesti chiarimenti.

Nella successiva seduta del 2 maggio 2022 sono proseguite le operazioni di verifica della documentazione amministrativa; nella seduta del 16 maggio 2022 la commissione ha proceduto alla verifica dei soccorsi istruttori attivati nei confronti dei concorrenti e, con riguardo alla dichiarazione *ex art. 80 del D.lgs. n. 50/2016* resa dalla società ricorrente e riferita al cessato dalla carica di coamministratore del socio unico - persona giuridica (Balestrieri Holding S.r.l.) - della società ricorrente Tekra S.r.l., ha invitato *“(il cessato dalla carica) a dichiarare la data in cui (era) cessato...omissis. Termine assegnato giorni tre”*.

In data 17 maggio 2022 è stata trasmessa la dichiarazione resa da Antonio Balestrieri nella quale quest'ultimo ha specificato di essere cessato dalla carica di coamministratore della Balestrieri Holding S.r.l., con verbale dell'assemblea ordinaria del 24 maggio 2021, comunicato alla camera di commercio il 10 giugno 2021, nonché di aver ceduto la propria quota sociale di minoranza nella Balestrieri Holding S.r.l., con atto notarile in data 15 ottobre 2021.

Nell'ultima seduta del 20 maggio 2022 la commissione, a seguito della verifica dell'integrazione al soccorso istruttorio richiesto alla società ricorrente, *“dichiara(va) non Conforme il Documento oggetto di soccorso”* perché *“la dichiarazione ex art. 80 codice degli appalti resa dal cessato Antonio Balestrieri non è conforme in quanto lo stesso è cessato dalla carica il 24/5/2021, quindi nell'anno anteriore alla pubblicazione della gara, e non ha dimostrato con atti concreti e tangibili l'effettiva dissociazione della condotta sanzionata”* e ha escluso la società ricorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, commi 2 e 3, del codice dei contratti pubblici.

La determinazione con la disposta esclusione è stata comunicata dall'UREGA con PEC del 24 maggio 2022, unitamente a tutti i verbali di gara; il RUP, dopo aver preso atto che nel verbale n. 5 del 20 maggio 2022 la commissione, a seguito della verifica, ha dichiarato *“non conforme il documento oggetto di soccorso ..omissis..*

ai sensi dell'art. 80 commi 2 e 3 codice degli appalti per le motivazioni in esso riportato” nonché *“delle conclusioni a cui è pervenuta la Commissione di gara in merito alla ammissione e/o esclusione dei concorrenti partecipanti”*, ha escluso la società ricorrente dalla gara.

1.1. Si è costituita in giudizio la Società Consortile S.P.A., S.R.R. A.T.O. Siracusa Provincia, chiedendo il rigetto del ricorso, perché improcedibile, inammissibile, irricevibile e comunque infondato.

1.2. Alla camera di consiglio del giorno 13 luglio 2022, presenti i difensori della società ricorrente e della parte resistente, all'esito della discussione la società ricorrente, preso atto della fissazione della udienza pubblica per la trattazione del ricorso al giorno 5 ottobre 2022, ha chiesto l'abbinamento della richiesta misura cautelare alla trattazione di merito.

1.3. All'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2022, presenti i difensori delle parti - ricorrente e resistente -, come da verbale, dopo aver dato atto che la discussione in sede di udienza pubblica avrebbe assorbito anche la discussione sulla istanza cautelare (in relazione alla calendarizzata, in pari data, udienza cautelare), il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente disposta l'espunzione dal fascicolo processuale del documento tardivamente depositato dalla società ricorrente in data 15 settembre 2022, come fondatamente eccepito dalla parte resistente: detto deposito documentale, invero, non è rispettoso del termine di venti giorni liberi prima dell'udienza di discussione (ai sensi del combinato disposto degli artt. 73, comma 1, e 119, comma 2, cod. proc. amm.).

A tale conclusione il Collegio perviene in applicazione del consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui i termini fissati per il deposito di (memorie difensive e) documenti hanno carattere perentorio in quanto espressione di un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato

lavoro del giudice, con la conseguenza che la loro violazione conduce alla inutilizzabilità processuale (delle memorie e) dei documenti presentati tardivamente, da considerarsi *tamquam non essent* (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627).

2. Con unico articolato motivo di gravame la parte ricorrente ha dedotto i vizi di *Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, comma 2 e 3, del D.lgs. n. 50/2016 in relazione al principio di tassatività delle cause di esclusione di tipo obbligatorio; per eccesso di potere per erroneità dei presupposti in fatto e in diritto che giustificano la misura espulsiva, per difetto di motivazione e/o comunque per motivazione apparente e per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità, massima partecipazione e proporzionalità in relazione agli artt. 3 e 97 Cost. e dell'ordinamento comunitario.*

La parte ricorrente Tekra S.r.l. ha richiamato il proprio assetto societario alle pagg. 4-5 del ricorso; sempre nell'atto introduttivo del giudizio (pag. 5) è stato richiamato l'assetto societario della Balestrieri Holding S.r.l., socio unico della Tekra S.r.l..

La società ricorrente evidenzia che in osservanza degli obblighi dichiarativi, Tekra S.r.l. e il suo socio unico persona giuridica - Balestrieri Holding S.r.l. - hanno reso le dichiarazioni di rito, aggiungendo che Balestrieri Holding S.r.l. era amministrato da due coamministratori - Alessio Antonello Balestrieri e Antonio Balestrieri, quest'ultimo anche socio minoritario - e che Antonio Balestrieri è cessato dalla carica di coamministratore il 24 maggio 2021 e il 15 ottobre 2021 ha ceduto la sua quota di minoranza nella società; sempre Antonio Balestrieri nella qualità di cessato dalla carica - sebbene non disponesse di alcun potere decisorio e/o di condizionamento nella Tekra S.r.l. e sebbene per la posizione rivestita nella Balestrieri Holding S.r.l. nel corso dell'anno antecedente alla gara non potesse identificarsi con la società - per mero spirito di trasparenza nei confronti della stazione appaltante ha reso (in ottica di trasparente e leale apporto conoscitivo), in sede di gara, la dichiarazione riportata alle pagg. 6-7 del ricorso, dalla quale risulta

che a carico della Balestrieri Appalti S.r.l., di cui lo stesso Antonio Balestrieri è socio e amministratore unico e legale rappresentante, è stato emesso provvedimento interdittivo da parte della Prefettura di Napoli avverso il quale è stato proposto ricorso giurisdizionale (concluso con sentenza non definitiva n. 2177/2022 del TAR Campania - Napoli).

Aggiunge la deducente che durante la fase di esame della documentazione amministrativa la commissione - in relazione alla domanda della ricorrente - ha attivato per due volte il soccorso istruttorio: una prima volta, invitandola a fornire chiarimenti in ordine alla citata sentenza del TAR n. 2177/22 con idonea documentazione; una seconda volta, invitando Antonio Balestrieri a dichiarare la data in cui era cessato dalla carica (la società ricorrente argomenta di aver riscontrato tempestivamente le richieste avanzate dalla commissione).

La commissione, nonostante i chiarimenti forniti ha deciso l'esclusione della concorrente, invocando l'art. 80, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 50/2016 perché ha considerato *“non Conforme il Documento oggetto di soccorso”* e perché a suo dire il cessato dalla carica di coamministratore della Balestrieri Holding S.r.l. (Antonio Balestrieri) *“non (aveva) dimostrato con atti concreti e tangibili l'effettiva dissociazione della condotta sanzionata”*.

Per la deducente l'esclusione è frutto di una falsa applicazione delle previsioni normative contenute nell'art. 80, commi 2 e 3, del codice dei contratti pubblici, avendo la commissione erroneamente sussunto il provvedimento interdittivo emesso dalla Prefettura di Napoli nei confronti della Balestrieri Appalti S.r.l. - di cui Antonio Balestrieri è socio unico e amministratore unico - nell'art. 80, comma 3, del codice dei contratti pubblici; tuttavia, argomenta la deducente, l'amministrazione avrebbe potuto escludere la ricorrente solo ove Antonio Balestrieri fosse cessato dalla carica di amministratore della Tekra S.r.l. ovvero dalla carica di socio unico persona fisica della Tekra S.r.l. ovvero dalla carica di socio maggioritario di quest'ultima ovvero dalla carica di socio maggioritario o

unico della Balestrieri Holding S.r.l.; di contro, Antonio Balestrieri è cessato dalla carica di coamministratore della Balestrieri Holding S.r.l. e perciò non essendo né socio unico o maggioritario della Balestrieri Holding S.r.l. né della Tekra S.r.l. nessuna delle due società poteva identificarsi con la sua persona e la sua condotta.

La sua posizione, secondo la parte ricorrente, è pertanto estranea all'ambito oggettivo e soggettivo contenuto nei commi 2 e 3 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 con i quali viene fissato il perimetro di applicazione soggettiva e oggettiva delle cause di esclusione obbligatoria; tra la Balestrieri Appalti S.r.l. (soggetto terzo) e le società - controllante e controllata - Balestrieri Holding S.r.l. e Tekra S.r.l. non vi è alcun collegamento dal momento che Tekra S.r.l. ha un socio unico persona giuridica che è Balestrieri Holding S.r.l. la quale a sua volta ha un socio unico persona fisica che è Alessio Antonello Balestrieri e non Antonio Balestrieri.

Inoltre, per la società ricorrente, le cause di esclusione di cui all'art. 80, commi 2 e 3, del codice dei contratti pubblici, non si possono applicare alla deducente giacché l'interdittiva non è riferita alla Tekra S.r.l. e non è neppure riferita al socio unico persona giuridica di quest'ultima (Balestrieri Holding S.r.l.).

In base ad una lettura sostanziale e non formale, secondo la deducente, le vicende con portata escludente dalla gara devono riguardare alcuni soggetti e non tutti indistintamente e cioè quelli che hanno avuto un ruolo significativo nelle decisioni della società e che in quanto tale potevano condizionarne le decisioni gestionali: tuttavia, Antonio Balestrieri non poteva esercitare nessuna influenza sulle decisioni della concorrente e non poteva esercitare nessun condizionamento sulle decisioni del socio unico di quest'ultimo (Balestrieri Holding S.r.l.).

Sempre per la deducente, la lettura corretta dell'art. 80, comma 3, I periodo, ultima parte, del codice dei contratti pubblici è nel senso che il tentativo di infiltrazione mafiosa, *ex art. 84, comma 4, del codice antimafia*, avrebbe potuto condurre all'esclusione della concorrente se avesse riguardato il socio unico persona fisica ovvero il socio di maggioranza delle società di capitali; in breve, l'interdittiva poteva rilevare se fosse stata riferita a condotte poste in essere da Alessio Antonello

Balestrieri e applicata o al socio persona giuridica della Tekra S.r.l. (cioè la Balestrieri Holding S.r.l.) ovvero alla stessa Tekra S.r.l..

La dichiarazione *ex art. 80*, comma 3, del codice dei contratti pubblici resa da Antonio Balestrieri quale cessato dalla carica di coamministratore della Balestrieri Holding S.r.l. va dunque circoscritta al socio unico persona fisica e/o persona giuridica del concorrente in gara che per il potere di condizionamento posseduto avrebbe potuto indirizzarne la volontà; in ultima analisi l'interdittiva avrebbe potuto avere rilievo se fosse stata determinata da condotte poste in essere da Alessio Antonello Balestrieri il quale è socio unico persona fisica della Balestrieri Holding S.r.l. (solo le sue condotte, in base alla previsione normativa avrebbero potuto inquinare la concorrente e quindi la P.A. e giustificare l'esclusione ma, come si ricava dagli atti di gara, Alessio Antonello Balestrieri non rientra in nessuna delle previsioni ostative previste dall'art. 80, comma 1, 2 e 3, del codice dei contratti pubblici).

Aggiunge la società ricorrente che l'erroneità della valutazione espressa dalla commissione di gara è avvalorata dalla sintetica motivazione che accompagna la misura espulsiva, che identifica Antonio Balestrieri con la Tekra S.r.l.: infatti, la commissione di gara fa leva sulla mancata dissociazione dalla condotta di Antonio Balestrieri omettendo di rilevare che né la Tekra S.r.l. né la Balestrieri Holding S.r.l. possono identificarsi con la figura in questione priva com'era del potere di influire sulle scelte decisionali dell'una o dell'altra.

Sempre in punto di motivazione, argomenta la deducente, la commissione ha rilevato la "non conformità" della dichiarazione *ex art. 80* resa dal cessato Antonio Balestrieri e sotto tale profilo non è dato comprendere il ragionamento logico compiuto dall'Amministrazione che non introduce alcun elemento di conoscenza per spiegarne il significato; così come non è intellegibile la mera enunciazione rispetto all'asserito difetto di "atti concreti e tangibili di dissociazione della condotta penalmente sanzionata" (sul punto, argomenta la società ricorrente che se

la commissione si riferiva alla dissociazione delle società, la concorrente Tekra S.r.l. e il socio unico Balestrieri Holding S.r.l. avevano frapposto in realtà una barriera di piena dissociazione nei confronti di Antonio Balestrieri).

In breve, ha concluso la società ricorrente, ogni diversa tesi che disattendendo l'oggettività della norma - che si ricava dai commi 2 e 3 dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici - ritenesse invece rilevante la vicenda dichiarata da Antonio Balestrieri sia rispetto alla Tekra S.r.l. che rispetto al socio unico Balestrieri Holding S.r.l. avrebbe il portato di esporre le società ad una fattispecie di un'ingiusta responsabilità oggettiva per fatto del terzo che l'attuale quadro normativo settoriale non contempla.

La parte resistente ha contrastato le argomentazioni e la pretesa demolitoria avanzata dalla società ricorrente.

2.1. Il motivo di ricorso è fondato ai sensi e nei termini in appresso specificati.

2.1.1. In primo luogo va osservato che la ragione sulla quale riposa l'esclusione contestata dalla parte ricorrente risulta declinata nel verbale n. 5 del 20 maggio 2022 ed è stata espressa nei seguenti termini: “[...] *A seguito della verifica, la Commissione dichiara non Conforme il Documento oggetto di soccorso: la Commissione rileva che la dichiarazione ex art 80 codice degli appalti resa dal cessato Antonio Balestrieri non è conforme in quanto lo stesso è cessato dalla carica il 24/5/2021, quindi nell'anno anteriore alla pubblicazione della gara, e non ha dimostrato con atti concreti e tangibili l'effettiva dissociazione della condotta sanzionata. La Commissione esclude dalla gara l'operatore Economico TEK.R.A. S.r.l ai sensi dell'art. 80 commi 2 e 3 codice degli appalti in quanto la dichiarazione ex art 80 codice degli appalti resa dal cessato Antonio Balestrieri non è conforme; lo stesso è cessato dalla carica il 24/5/2021, quindi nell'anno anteriore alla pubblicazione della gara, e non ha dimostrato con atti concreti e tangibili l'effettiva dissociazione della condotta sanzionata*”.

In sintesi, ritiene il Collegio, l'asciutta motivazione evidenzia i seguenti punti salienti (in fatto):

- Antonio Balestrieri è cessato dalla carica - evidenzia il Collegio: di coamministratore della Balestrieri Holding S.r.l., socio unico persona giuridica della Tekra S.r.l. - il 24 maggio 2021, nell'anno anteriore alla pubblicazione della gara;
- non è stata dimostrata con atti concreti e tangibili l'effettiva dissociazione della condotta sanzionata.

Ai fini dell'inquadramento in punto di fatto della vicenda, in funzione della qualificazione e interpretazione giuridica della fattispecie, il Collegio premette, non essendovi contestazione specifica sul punto, che:

- Balestrieri Holding S.r.l. è socio unico persona giuridica della Tekra S.r.l.;
- Antonio Balestrieri è cessato il 24 maggio 2021 dalla carica di coamministratore della Balestrieri Holding S.r.l., socio unico persona giuridica della Tekra S.r.l.;
- l'operatore economico "colpito" dal provvedimento interdittivo antimafia non è né Balestrieri Holding S.r.l. né Tekra S.r.l., bensì Balestrieri Appalti S.r.l., di cui Antonio Balestrieri è socio e amministratore unico e legale rappresentante.

Pare evidente al Collegio che l'elemento in fatto valorizzato dalla decisione espulsiva – contestata dalla società ricorrente – sia incentrato su due figure soggettive, Balestrieri Holding S.r.l. e Antonio Balestrieri: la prima è socio unico persona giuridica della Tekra S.r.l.; il secondo è cessato il 24 maggio 2021 dalla carica di coamministratore della Balestrieri Holding S.r.l. e riveste la qualifica di socio e amministratore unico e legale rappresentante della Balestrieri Appalti S.r.l. (quest'ultima "colpita" da misura interdittiva).

Alla detta ricostruzione in fatto si lega l'applicazione - da parte dell'Amministrazione resistente - del combinato disposto (in punto di diritto) dell'art. 80, commi 2 e 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

2.1.2. Tutto ciò premesso in fatto si deve osservare che il previgente art. 38, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 - nel declinare le ipotesi di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento e di divieto di

affidamento e di stipulazione dei contratti - per l'ipotesi di procedimento pendente per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 – stabiliva che *“l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società”* (lett. b); ulteriore ipotesi di esclusione e di divieto – per l'ipotesi di pronuncia di sentenza di condanna passata in giudicato, o di emissione di decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure di sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen. per le fattispecie criminose ivi indicate – era prevista per l'ipotesi di sentenza o decreto emessi nei confronti *“del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata”* (lett. c).

La giurisprudenza di seconde cure formatasi nella vigenza del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 - quanto alla figura del socio unico - si orientò in misura prevalente nella direzione limitante l'obbligo dichiarativo al socio unico persona fisica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4372; Cons. Stato, sez.

III, 21 luglio 2017, n. 3619; *contra* Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2017, n. 3178).

In particolare, si legge in Cons. Stato, sez. III, 21 luglio 2017, n. 3619 (che richiama la citata Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4372) che nonostante una contraria ma isolata pronuncia (cit. Sez. V, 30 giugno 2017, n. 3178), la previsione dell'art. 38, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 al riguardo, è rigorosa e tassativa, sicché *“non appare in alcun modo equiparabile la posizione del socio unico persona fisica a quella del legale rappresentante di socio unico persona giuridica”*.

Anche la giurisprudenza di prime cure sostenne maggioritariamente la tesi secondo la quale la lettera delle disposizioni sopra richiamate menziona il *“socio unico persona fisica”* e ciò implicitamente e univocamente esclude il socio unico persona giuridica, perché evidentemente se si fosse voluto far riferimento anche a quest'ultimo la disposizione si sarebbe limitata a menzionare il socio unico di società senza ulteriori specificazioni (cfr. T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 25 luglio 2014, n. 660; cfr. anche T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 22 dicembre 2014, n. 2258; T.A.R. Piemonte, sez. I, 29 luglio 2014, n. 1302; *contra*, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 5 dicembre 2019, n. 2598 e T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 10 marzo 2017, n. 230, entrambe riformate in appello).

2.1.3. L'art. 80 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 stabilisce quanto segue: *“Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159”* (comma 2); inoltre, *“L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la*

sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro , se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero, nei casi di condanna ad una pena accessoria perpetua, quando questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima” (comma 3).

Orbene, successivamente all’entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 si è consolidato in giurisprudenza l’orientamento per cui la disposizione dell’art. 80, comma 3, del prefato testo normativo non è riferita o riferibile al socio unico persona giuridica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2020, n. 5782; Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922), tesi interpretativa ritenuta preferibile, in ragione della lettera della disposizione, da intendersi di stretta interpretazione (cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 306 secondo la quale non è dovuta, ai sensi dell’art. 80, comma 3, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la dichiarazione sulla mancanza di cause d’esclusione da parte del socio unico persona giuridica, prevedendo la disposizione che siffatta dichiarazione sia resa dal solo

socio unico persona fisica).

In coerenza con il principio di tassatività delle cause di esclusione e con l'inequivoca portata della disposizione dell'art. 80 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è stato più di recente ribadito che, qualora il socio non rientri nell'ambito soggettivo individuato dell'art. 80, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, non è obbligato a rendere alcuna dichiarazione (cfr. più di recente Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2022, n. 7795).

Anche la giurisprudenza di prime cure ha osservato che letteralmente la norma *de qua* non è riferita al socio unico persona giuridica ma solo al socio unico persona fisica e si tratta di disposizione da intendersi di stretta interpretazione (cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 9 dicembre 2021, n. 1471; cfr. anche T.A.R. Marche, sez. I, 5 settembre 2022, n. 485; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 17 febbraio 2021, n. 612).

Va peraltro osservato che - alla luce degli scritti difensivi e dei documenti versati in giudizio - non è neppure ipotizzabile in capo ad Antonio Balestrieri la qualifica di (già) “*socio sovrano*” della Balestrieri Holding S.r.l. (*id est*, secondo l'elaborazione giurisprudenziale dominante, socio persona fisica - o società - che detiene la larga maggioranza del capitale di una società e che, dunque, svolge, per effetto della propria partecipazione di maggioranza, un ruolo dominante all'interno della compagine societaria), risultando che lo stesso ha ceduto - in data 15 ottobre 2021 - la quota sociale “*di minoranza*” detenuta nella prefata compagine societaria.

2.1.4. Conclusivamente, si deve quindi affermare che in tema di obblighi dichiarativi e di clausole di esclusione le fattispecie di cui all'art. 80, commi 2 e 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 non riguardano anche il socio unico persona giuridica, posto che diversamente opinando il risultato ermeneutico si risolverebbe in una illegittima estensione della previsione di legge, in violazione della tassatività delle cause di esclusione, di valenza comunitaria, principio che ricomprende naturalmente oltre la predeterminazione dei requisiti morali l'individuazione dei soggetti tenuti ad effettuare le dichiarazioni, per le correlate

ragioni di certezza vantate dagli operatori economici in ordine ai presupposti che consentono loro di concorrere all'affidamento di commesse pubbliche (cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 15 gennaio 2020, n. 22).

2.1.5. Il Collegio ritiene di dover precisare che le argomentazioni difensive articolate dalla parte resistente - argomentazioni incentrate sul “collegamento” fra le diverse compagini societarie (cfr., ad es., la memoria depositata in data 19 settembre 2022: “[...] *la qualifica di co-amministratore della Balestrieri Holding Srl rivestita dal Balestrieri Antonio assume rilevanza determinante nella relazione (rectius: collegamento) tra la società partecipante e il suo socio unico (la Balestrieri Holding srl), amministrato dallo stesso Balestrieri, a sua volta socio unico e amministratore unico della Balestrieri Appalti srl, investita da un’informativa prefettizia interdittiva antimafia e da egli legalmente rappresentata [...]*”; nonché, sulla “*sussistenza concreta di un legame oggettivo e soggettivo tra le società coinvolte*”, cfr. memoria di replica depositata in data 23 settembre 2022 – potrebbero assumere rilievo (fatto salvo, *naturaliter*, l’eventuale sindacato giurisdizionale circa la legittimità delle stesse) nell’ambito del - diverso - apprezzamento (riservato all’Autorità prefettizia) concernente l’estensione delle controindicazioni antimafia da una impresa ad altra impresa ovvero in ragione del collegamento fra società o fra soggetti imprenditori; tuttavia, tali argomentazioni non possono trovare fondamento nell’ambito del - diverso e tipizzato - sistema delle cause di esclusione *ex art.* 80, commi 2 e 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

3. In conclusione, per le sopra evidenziate ragioni il ricorso merita di essere accolto con conseguenziale annullamento degli atti avversati limitatamente alle parti riferite alla società ricorrente e alla sua esclusione dalla procedura di gara.

4. La natura interpretativa e la complessità delle questioni esaminate giustificano l’integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei termini e nei limiti in motivazione.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, e del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti e della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte ricorrente e le persone menzionate.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Agnese Anna Barone, Presidente FF

Giuseppina Alessandra Sidoti, Consigliere

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Giovanni Giuseppe Antonio Dato

IL PRESIDENTE

Agnese Anna Barone

IL SEGRETARIO

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

