

L'accertamento dell'unicità del centro decisionale ai fini dell'esclusione dalla gara.

di Raffaella Alessia Miccoli

Data di pubblicazione: 21-10-2024

In relazione alla causa di esclusione dalle gare di cui all'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016, se incombe sulla stazione appaltante l'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale d'imputazione delle offerte sulla base degli indici presuntivi concreti, non è richiesta anche la prova che il collegamento fra i concorrenti sia poi pervenuto a risultati effettivi in relazione ai contenuti delle offerte e all'artificiale condizionamento degli esiti di gara; 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 infatti la sussistenza dell'unicità del centro decisionale cui siano riconducibili le offerte – tale da integrare ex se la fattispecie di pericolo astratto giuridicamente rilevante – non già il contenuto effettivamente coordinato di queste, né le conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene.

Ai fini dell'individuazione del collegamento sostanziale tra imprese, comportante l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50 del 2016, i relativi indizi devono essere valutati nel loro insieme per riscontrare requisiti di gravità, precisione e concordanza idonei a legittimare la sanzione espulsiva. La valutazione operata dalla stazione appaltante circa l'unicità del centro decisionale postula la sola astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non essendo necessario, come anticipato, che l'alterazione del confronto concorrenziale vi sia stata effettivamente e in concreto, essendo quella delineata da legislatore una fattispecie di pericolo, in coerenza con la sua funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione che si attua mediante la procedura ad evidenza pubblica, ed anche con la circostanza che la concreta alterazione degli esiti della selezione non è nella disponibilità delle imprese sostanzialmente collegate, ma dipende da variabili indipendenti rispetto alla loro volontà, quali in particolare il numero delle partecipanti e l'entità dei ribassi.

Il fatto che occorre desumere dagli indici presuntivi individuati dalla stazione appaltante è, in definitiva, 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.

N. 07799/2024REG.PROV.COLL.

N. 00324/2024REG.RIC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 324 del 2024, proposto da Tecnomec Engineering S.r.l. in proprio e quale mandataria Capogruppo Costituendo Rti con Proger S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 957281158A, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Sogin - Società Gestione Impianti Nucleari per Azioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Zoppini, Giorgio Vercillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Zoppini in Roma, piazza di Spagna n. 15;

nei confronti

Consorzio Stabile Ansaldo New Clear, Monsud s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Lorenzo Parola, Andrea Leonforte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 727/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Stabile Ansaldo New Clear, di Monsud s.p.a. e di Sogin - Società Gestione Impianti Nucleari per Azioni;

visti tutti gli atti della causa; relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 febbraio 2024 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Sticchi Damiani, Vercillo e Corbyons, in delega dell'Avv. Leonforte;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determina del 27.12.2022 l'Organo Commissariale di Sogin approvava l'avviso pubblico finalizzato a individuare e selezionare gli operatori economici interessati a partecipare alla procedura negoziata per l'affidamento dell'appalto misto di lavori, servizi e forniture per la "realizzazione dell'impianto di cementazione prodotto finito (ICPF) presso il Sito Sogin Itrec di Trisaia", nell'ambito degli interventi di cui all'art. 34, comma 1, lettera a) del D.L. 73/2022, convertito dalla L. n. 122/2022.
2. In pari data veniva pubblicato l'avviso pubblico finalizzato a individuare e selezionare gli operatori economici interessati a partecipare alla predetta procedura negoziata che prevedeva la data del 24.01.2023, ore 12:00, quale termine per presentare la manifestazione di interesse per la realizzazione dell'appalto.
3. Con atto del 28.12.2022 veniva costituito il Comitato di scrutinio delle manifestazioni di interesse degli operatori economici interessati a partecipare alla procedura negoziata.
4. Con provvedimento del 20.01.2023 Sogin comunicava la proroga della scadenza della presentazione delle manifestazioni di interesse alla data del 6.02.2023, ore N. 00324/2024 REG.RIC. 12:00.
5. Con successiva determina, a firma del RUP, veniva costituito l'elenco degli operatori economici invitati alla procedura negoziata.
6. In data 14 febbraio 2023 Sogin trasmetteva agli operatori economici che avevano presentato la manifestazione di interesse la comunicazione di ammissione alla successiva fase della procedura negoziata. Il termine per la partecipazione alla procedura veniva originariamente fissato al 23.03.2023, ore 12:00 e poi prorogato con avvisi del 15.03.2023 e del 31.03.2023 al 14 aprile 2023, ore 14:00. La Stazione Appaltante nel primo avviso dichiarava di volersi avvalere *"della facoltà di adottare, per la procedura di selezione del contraente de qua, la c.d. 'inversione procedimentale'"*.
7. Con determina del Direttore della Funzione Procurement & Contract e Responsabile del procedimento per la fase dell'affidamento del 15.03.2023 veniva nominata la Commissione giudicatrice.
8. In data 29.05.2023 la gara si concludeva con l'aggiudicazione al R.T.I. composto dalla mandataria Consorzio Stabile Ansaldo New Clear e dalla mandante Monsud s.p.a. (di seguito, "R.T.I. Consorzio Ansaldo" o solo "Consorzio Ansaldo") con un punteggio di 62,800 per l'offerta tecnica e un punteggio di 9,949 per l'offerta economica, per un totale complessivo di 72,749.
9. L'odierno appellante si classificava al secondo posto della graduatoria finale con un punteggio di 58,000 per l'offerta tecnica e un punteggio di 9,905 per l'offerta economica, per

un punteggio finale complessivo di 67,905; al terzo posto si collocava Unimed s.c.a.r.l., in proprio e in qualità di capogruppo - mandataria del costituendo R.T.I. con le mandanti Nukem Technologies Engineering Services GmbH e Cam Power S.r.l. (di seguito "R.T.I. Unimed" o solo "Unimed").

10. In data 29.05.2023 il costituendo R.T.I. odierno appellante era, altresì, destinatario della comunicazione di non aggiudicazione.

11. Con ricorso notificato in data 27.06.2023 Tecnomec impugnava l'aggiudicazione definitiva non ancora efficace.

12. Dopo la notifica del ricorso, divenuta efficace l'aggiudicazione a seguito delle verifiche di legge, sopraggiungeva, in data 14.07.2023, il provvedimento prot. n. 0037781 del 14.07.2023 con il quale Sogin disponeva l'esclusione di Tecnomec.

13. L'atto di aggiudicazione efficace e il provvedimento di esclusione venivano impugnati da Tecnomec a mezzo della proposizione di un primo ricorso per motivi aggiunti.

14. Interveneva, poi, il provvedimento denominato "esito di gara aggiornato" in data 20.07.2023 depositato in pari data mediante il portale degli acquisti Sogin con cui veniva approvata la graduatoria finale aggiornata; tale atto veniva gravato da Tecnomec con i secondi motivi aggiunti.

15. Con sentenza n. 727/2023 del 18 dicembre 2023, il TAR per la Basilicata ha rigettato il ricorso proposto da Tecnomec.

16. Di tale sentenza, Tecnomec ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello affidato ai motivi così rubricati: *"A. IN MERITO ALL'ILLEGITTIMITA' DELL'ESCLUSIONE DEL R.T.I. TECNOMECC; I - ERROR IN IUDICANDO – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEL CONSIDERANDO N. 106 DELLA DIRETTIVA U.E. N. 25/2014 E DELL'ART. 101 DEL TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80 COMMA, COMMA 5, LETT. M) E DELL'ART. 80, COMMA 6. ECCESSO DI POTERE: ILLOGICITÀ MANIFESTA, FALSITÀ DEL PRESUPPOSTO, TRAVISAMENTO DEI FATTI E SVIAMENTO. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO. CARENZA ISTRUTTORIA E MOTIVAZIONALE; B. IN MERITO ALL'ILLEGITTIMITA' DELL'AGGIUDICAZIONE AL R.T.I. CONSORZIO ANSALDO II - ERROR IN IUDICANDO - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 24, 57, COMMA 4, LETT. E) DIRETTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL N. 00324/2024 REG.RIC. CONSIGLIO DEL 26 FEBBRAIO 2014. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 24, COMMA 7, 67 E 80, COMMA 5, LETT. D) DEL D. LGS. N. 50/2016. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DI GARA. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 6.5 DELL'AVVISO PUBBLICO E DELL'ART. 10, PUNTO 2, LETT. C) DEL DISCIPLINARE DI GARA. ECCESSO DI POTERE: DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE. VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO DEI*

CONCORRENTI. VIOLAZIONE DELL'ART. 21 SEPTIES DELLA LEGGE 7 AGOSTO 1990, N. 241. VIOLAZIONE E/O ELUSIONE DEL GIUDICATO DELLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, N. 511/2023. NULLITÀ DELL'AGGIUDICAZIONE. C. IN SUBORDINE - IN MERITO ALL'ILLEGITTIMITÀ DELLA NOMINA DELLA COMMISSIONE III - ERROR IN IUDICANDO - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 77 DEL D. LGS. N. 50/2016. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA, IMPARZIALITÀ E BUON ANDAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST.”.

17. Hanno resistito al gravame chiedendone il rigetto il Consorzio Stabile Ansaldo New Clear e Sogin - Società Gestione Impianti Nucleari per Azioni. 18. Alla udienza pubblica del 29 febbraio 2024 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

19. Viene all'esame del Collegio il ricorso proposto da Tecnomec Engineering per l'annullamento della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata n. 727/2023 con la quale il medesimo TAR ha respinto il ricorso proposto avverso:

a) il provvedimento con cui è stata aggiudicata la procedura “*appalto misto di lavori, servizi e forniture per la realizzazione dell'impianto di cementazione prodotto finito (icpf) presso il sito Sogin itrec di Trisaia - cig: 957281158a - id c0457122*”;

b) il provvedimento del 29/05/2023, a firma del RUP Luigi Cerciello Renna, con cui è stato comunicato - (tra gli altri) al secondo classificato, RTI Tecnomec Engineering S.r.l. – Proger S.p.A. l'esito della gara;

c) la comunicazione di non aggiudicazione della gara e contestuale aggiudicazione al Consorzio Stabile Ansaldo New Clear, mandataria del R.T.I. composto da Monsud s.p.a., avvenuta mediante trasmissione a mezzo del Portale degli Acquisti, a firma del Responsabile del Procedimento per la fase dell'affidamento, Luigi Cerciello Renna;

d) l'avviso pubblico e il disciplinare, laddove fossero interpretabili nel senso di consentire la partecipazione di progettisti che siano incorsi nelle cause di incompatibilità di cui all'art. 24, comma 7, 67 e 42 del d.lgs. n. 50/2016;

e) il provvedimento del 15/03/2023 a firma del Direttore della Funzione Procurement & Contract e Responsabile del procedimento per la fase dell'affidamento, Luigi Cerciello Renna, con cui Sogin ha disposto la nomina e costituzione della Commissione giudicatrice;

f) le operazioni di gara e i verbali del seggio di gara e della Commissione Giudicatrice (allegati alla determina di aggiudicazione) ove interpretabili nel senso di legittimare l'operato della Stazione Appaltante;

g) tutte le comunicazioni pubblicate a sistema inerenti la procedura in uno ai chiarimenti siccome pubblicati in relazione alla gara;

h) la graduatoria provvisoria e finale;

i) la determina di aggiudicazione efficace della procedura negoziata, ai sensi dell'art. 50 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, per l'affidamento dell'appalto misto di lavori servizi e forniture per la *“realizzazione dell'impianto di cementazione prodotto finito (icpf) presso il sito Sogin itrec di Trisaia” nell'ambito degli interventi di cui all'art. 34 comma 1 lettera a) del decreto legge 21 giugno 2022 n. 73 convertito in legge 4 agosto 2022 n. 122 - id gara c0457122 - cig 957281158* con la quale è stata determinata l'aggiudicazione efficace in favore dell'operatore economico Consorzio Stabile Ansaldo New Clear, mandataria del R.T.I. composto da Monsud s.p.a. quale mandante per un importo complessivo pari a € 43.019.298,77 comprensivo di € 469.588,71 per costi inerenti alla sicurezza e di € 1.510.387,59 per premio di accelerazione;

l) il provvedimento prot. n. 0037781 del 14.07.2023 con il quale è stata disposta l'esclusione del RTI ricorrente a firma del Commissario di Sogin s.p.a., dott.ssa Fiamma Spena, e del Responsabile del Procedimento per la Fase di Affidamento e Direttore della Funzione Procurement & Contract, Luigi Cerciello Renna nonché la nota di comunicazione del predetto provvedimento di esclusione con comunicazione pec avvenuta in pari data;

m) il Vademecum per le Stazioni Appaltanti di cui alla Delibera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 18.9.2013, recepito da Sogin S.p.A. con la Direttiva Procurement & Contract n. 1/2021, ove interpretabile in senso ostativo a quello fatto valere;

n) la nota del 28.06.2023 con cui Sogin ha formulato una richiesta di chiarimenti a Tecnomec;

o) la nota di Sogin del 4.07.2023 con cui la stessa riscontrava la nota di riscontro di Tecnomec;

p) il provvedimento denominato *“esito di gara aggiornato”* del 20.07.2023.

20. La decisione del primo Giudice si articola nei seguenti punti:

a) relativamente all'ipotizzata incompetenza del RUP (censura che, seppur introdotta con il secondo atto di motivi aggiunti, è logicamente prioritaria alle altre), è sufficiente rilevare che, ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, detto organo *“svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti”*, così delineandosi una sfera di attribuzione di carattere generale e residuale idonea a ricomprendere, in assenza di una specifica previsione della *lex specialis* che demandi alla Commissione di gara tale compito (in specie non rinvenibile), anche l'adozione delle determinazioni espulsive;

b) l'intervenuta aggiudicazione non è circostanza preclusiva all'assunzione di una successiva determinazione espulsiva;

c) non è ravvisabile alcuna significativa violazione delle garanzie partecipative nello svolgimento del sub procedimento di verifica dei requisiti;

d) sono infondate le contestazioni a confutazione degli indici di collegamento che la stazione appaltante ha posto a fondamento del giudizio escludente ex art. art. 80, co. 5, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016;

e) deve escludersi la sussistenza dei presupposti di applicabilità della fattispecie di cui all'art. 24, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, atteso che:

e.1.) sotto il versante soggettivo, è incontestabile che S.R.S. s.r.l. e Fucina Italia s.r.l. (soggetti coinvolti, direttamente o indirettamente, nella progettazione della gara de qua) non sono parte del R.T.I. aggiudicatario e non hanno alcun rapporto di collegamento con le società componenti detto raggruppamento, non essendo sufficiente per riscontrare il contrario, in difetto di ulteriori elementi circostanziali di connessione, la mera circostanza (non univocamente e autonomamente conducente) per cui Fucina Italia s.r.l. abbia fatto parte del R.T.I. aggiudicatario della precedente gara svoltasi nel 2021;

e.2.) sotto il versante oggettivo, è riscontrabile come nessun vantaggio competitivo possa essersi prodotto in favore del R.T.I. aggiudicatario, in quanto gli elaborati riconducibili all'attività di supporto alla progettazione svolta da S.R.S. s.r.l. nell'ambito della procedura di gara del 2021 sono stati aggiornati dalla stazione appaltante in occasione della procedura di gara in esame, tenuto conto dell'ampio lasso temporale intercorso; come non del tutto sovrapponibili sono la documentazione tecnica e i criteri di aggiudicazione previsti nelle due procedure, fermo restando che la determinazione di tali elementi contenutistici è (sempre) stata rimessa esclusivamente alla discrezionalità della stazione appaltante e non ha alcuna connessione con l'attività di supporto progettuale prestata dalla società S.R.S.;

f) neppure persuasivo è l'assunto – denunciato con il secondo motivo di ricorso – relativo all'ipotizzata configurabilità di un conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. n. 50/2016, fermo restando che la censura è genericamente formulata in punto di enucleazione delle ragioni di pretesa ricorrenza di detta fattispecie;

g) da confutare è anche il terzo motivo di ricorso, in quanto la ravvisata (obiettiva) eterogeneità tra le procedure di gara 2021/2023 esclude che il giudicato di annullamento formatosi in relazione alla prima procedura possa spiegare una qualsivoglia incidenza (viepiù di segno preclusivo) sugli atti relativi alla seconda (autonoma) vicenda amministrativa;

h) è infondato anche il quarto motivo di ricorso, formulato in via subordinata e tendente alla riedizione della procedura, in quanto - dal punto di vista formale - la disposizione che si assume violata (ossia l'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016) non è applicabile alla procedura di gara de qua, tenuto conto che, ai sensi dell'art. 34 del d.l. n. 77/2023, Sogin "*opera in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*". Né la Direttiva n. 2014/24/UE impone la necessaria posteriorità della nomina della commissione giudicatrice rispetto al termine di presentazione delle offerte;

i) la censura avverso l'aggiudicazione contenuta nel primo atto di motivi aggiunti, deducibile il

vizio escludente dell'omessa dichiarazione dell'ipotizzata situazione di incompatibilità (e di conflitto di interesse), è irricevibile per tardività, tenuto conto del lasso temporale che separa detta censura (introdotta con atto notificato in data 20/7/2023) rispetto alla piena conoscibilità del vizio in questione (coincidente con l'acquisizione del verbale delle operazioni del seggio di gara in data 29/5/2023). N. 00324/2024 REG.RIC.

21. L'appellante contesta, in sintesi, la ricostruzione del TAR sulla base dei seguenti argomenti:

a) nel provvedimento espulsivo la stazione appaltante ha ritenuto di poter inferire l'unicità di un centro decisionale dalle seguenti argomentazioni:

- i riferimenti – contenuti nelle offerte tecniche di Tecnomec e Unimed – relativi ad “attività portuali”; - una asserita “similitudine descrittiva” in merito alla gestione dei materiali estratti, raccolti o recuperati, alla progettazione della cantierizzazione e alle aree di cantiere;

- il riferimento alla compagnia assicurativa cipriota utilizzata da entrambe le imprese con asserita vicinanza cronologica della data di stipula delle polizze assicurative (due giorni);

- medesimi professionisti/consulenti che hanno rappresentato/difeso prima il raggruppamento Unimed e, successivamente, il R.T.I. Tecnomec/Proger;

a.1.) gli argomenti di cui al terzo e quarto punto non sono stati oggetto della comunicazione di avvio del procedimento trasmessa a Tecnomec sicché l'operatore economico escluso non sarebbe stato posto nelle condizioni di difendersi nel procedimento;

a.2.) in merito alla asserita similarità contenutistica delle due offerte la deducente avrebbe fornito plurimi argomenti idonei a spiegare le ragioni dei riferimenti analoghi correlati alle modalità di espletamento degli appalti nel settore nucleare e alla corretta prassi consolidata comune alle aziende del settore;

a.3.) la sentenza ha rigettato i motivi di impugnazione formulati dalla deducente avverso il provvedimento espulsivo limitandosi ad affermare che:

- non sarebbe persuasiva la tesi che nega la ricorrenza della fattispecie escludente in ragione del modus procedendi del R.T.I. Unimed e del R.T.I. Tecnomec;

- la ricorrente non avrebbe offerto letture alternative con riguardo agli elementi di similarità redazionale delle offerte atteso che gli argomenti proposti risulterebbero assertivi e scarsamente credibili;

- circa la medesima compagnia assicurativa, non rilevarebbe la circostanza che il collocamento delle polizze sia intervenuto per il tramite di un intermediario poiché il professionista sarebbe il medesimo (la circostanza non è vera, come dimostrato in giudizio);

- le contestazioni della ricorrente riguardanti l'identità dei difensori sarebbero assertive e non

credibili;

a.4.) la sentenza sarebbe caratterizzata da una motivazione solo apparente sostenuta da prospettazioni generiche;

a.5.) la stazione appaltante non ha accertato – in quanto insussistente – alcun elemento strutturale o funzionale ricavato dagli assetti societari e personali dei due operatori economici estromessi dalla gara che possa far dedurre una qualche stabilità, neppure temporanea, di relazioni e/o collegamenti; a.6.) si tratta nella specie di operatori economici tra loro indipendenti che hanno mostrato durante il procedimento e il processo un comportamento incompatibile con un'ipotesi di cointeressenza in quanto Unimed ha impugnato l'ammissione di Tecnomec ancor prima dell'aggiudicazione ad altro concorrente con ricorso innanzi al TAR Basilicata R.G. n. 226/2023 e Tecnomec si è costituita in quel giudizio al fine di difendere la propria posizione; tali fatti erano noti alla stazione appaltante al momento dell'adozione del provvedimento espulsivo (i ricorsi dei due operatori economici sono antecedenti a tale provvedimento) che pertanto sarebbe pretestuoso;

a.7.) la tesi prospettata dal primo Giudice secondo cui la stazione appaltante non deve provare il raggiungimento in concreto dell'effetto utile dell'asserito concordamento tra le offerte sarebbe inconferente rispetto alla doglianza che di contro dimostra come il comportamento tenuto dai due concorrenti esclusi renderebbe implausibile l'esistenza dell'asserito accordo tra gli stessi;

a.8.) gli elementi di similarità indicati nel provvedimento di esclusione riguardano minime parti dell'offerta (due brani su oltre 100 pagine di cui si compongono le singole offerte, non identici e inseriti in parti strutturalmente diverse; le offerte hanno ottenuto punteggi del tutto diversi in quanto recano contenuti diversi);

a.9.) l'appellante afferma di aver reso nel procedimento e nel processo spiegazioni plausibili che darebbero una lettura alternativa alla similarità di quei due brani;

a.10.) l'appellante contesta poi analiticamente gli ulteriori indizi di collegamento ritenuti rilevanti dalla stazione appaltante;

b) Tecnomec nel gravame di primo grado ha contestato la legittimità del provvedimento di esclusione per la dedotta violazione delle garanzie partecipative per avere la stazione appaltante condotto un contraddittorio con i concorrenti in forma lacunosa e ambigua; il TAR ha respinto la censura ritenendo che Tecnomec fosse stata invitata a contraddire sul profilo più rilevante relativo alla parziale somiglianza delle offerte e che nella specie dovesse trovare applicazione l'art. 21-octies comma 2 della L. 241 /1990 in quanto nel processo la ricorrente non avrebbe introdotto argomenti persuasivi che, qualora introdotti nel procedimento, non avrebbero modificato l'esito escludente;

b.1.) la stazione appaltante nel caso di specie non avrebbe avviato un contraddittorio pieno e completo con la deducente ma connotato da ambiguità e reticenza in quanto ha richiesto chiarimenti in merito a un'asserita somiglianza di due brani dell'offerta di Tecnomec con quelli

dell'offerta Unimed ma non ha mai specificato le finalità della richiesta e in specie che la stessa avviava un procedimento di esclusione per violazione dell'art. 80 comma 5 lett. m) del d.lgs. 50/2016, né ha indicato gli elementi indiziari ritenuti significativi, e in specie l'unicità delle polizze e degli avvocati difensori;

b.2.) l'art. 21 octies comma 2 della L. 241 /1990 non si applica al caso di specie in quanto, per l'espressa previsione ivi contenuta, trova applicazione solo in ipotesi di attività vincolata (e non è tale l'attività svolta dalla stazione appaltante che discrezionalmente valuta la sussistenza dei presupposti per la sussistenza dell'unicità del centro decisionale, dovendo decidere la gravità, univocità e concordanza degli stessi), né il Giudice può sostituirsi alla stazione appaltante ritenendo non persuasivi gli argomenti dedotti dall'operatore economico;

c) l'appellante, nel giudizio di primo grado ha altresì sostenuto l'illegittimità del provvedimento di esclusione in quanto assunto dopo l'aggiudicazione divenuta efficace ad altro concorrente; la sentenza appellata ha rigettato la censura (capo 6.2 i.e. 5.2 prima alinea) invocando l'art. 80 comma 6 del d.lgs. 50/2016 secondo cui *"le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura"*;

c.1.) anche in tale capo la sentenza oggetto di gravame sarebbe errata, per le ragioni tutte contenute in un precedente giurisprudenziale citato anche negli scritti di primo grado (TAR Campania, Sez. III, 20 ottobre 2020, n. 4637);

d) nel ricorso di primo grado l'appellante ha censurato (primo motivo) l'aggiudicazione in favore del RTI Consorzio Ansaldo per violazione dell'art. 24 comma 7 del d.lgs. 50/2016;

d.1.) la sentenza appellata (capo 6.1) ha rigettato la censura ritenendo che sotto il versante soggettivo, S.R.S e Fucina Italia non siano più parti del RTI aggiudicatario e sotto il versante oggettivo, nessun vantaggio competitivo potrebbe essersi prodotto in favore del RTI aggiudicatario in quanto nella gara di cui trattasi gli elaborati progettuali sarebbero stati aggiornati, la documentazione tecnica e i criteri di aggiudicazione tra le due gare non sarebbero sovrapponibili, la determinazione dei contenuti della disciplina di gara sarebbe rimessa alla stazione appaltante e non avrebbe connessione con l'attività di supporto progettuale prestata dalla società S.R.S.;

d.2.) la sentenza sarebbe errata per i seguenti motivi:

d.2.1.) sul versante soggettivo, contrariamente a quanto sostenuto dal primo Giudice, la propagazione del regime di incompatibilità - accertata con sentenza passata in giudicato - anche alla gara per cui è causa sarebbe evidente; nella misura in cui Fucina Italia s.r.l. è divenuta incompatibile in virtù del paventato vantaggio concorrenziale, accertato anche giudizialmente, l'incompatibilità andrebbe estesa anche a tutti gli altri soggetti costituenti il raggruppamento temporaneo (che dalla prima procedura è stato escluso nel suo complesso);

d.2.2.) ricorrerebbero nella specie i presupposti soggettivi, contemplati dall'art. 24 comma 7 del d.lgs. n. 50/2016, poichè la S.R.S. S.r.l., che ha redatto il 18% degli elaborati del progetto esecutivo dell'appalto in questione, è una società collegata alla mandante del RTI

aggiudicatario nella prima gara, Fucina Italia S.r.l., in quanto possiede il 30% del capitale sociale della predetta mandante e la mandante ha partecipato alla precedente edizione della gara in R.T.I. con le medesime società controinteressate in questo giudizio; alla elaborazione del progetto esecutivo posto a base della gara del 2021 ha contribuito la società S.R.S. s.r.l. così come alla elaborazione del progetto esecutivo posto a base della gara oggetto del presente giudizio ha contribuito la stessa società;

d.2.3.) il RTI Consorzio Ansaldo non avrebbe fornito dimostrazione, né in sede procedimentale né in sede processuale, circa il fatto che l'esperienza e le informazioni acquisite nell'aver partecipato alla precedente procedura ad evidenza pubblica non abbiano determinato un vantaggio tale da falsare la concorrenza con gli altri operatori, né l'amministrazione aggiudicatrice ha adottato misure adeguate a garantire che la concorrenza non fosse falsata (ai sensi dell'art. 67 del d.lgs. n. 50/2016); da qui l'illegittimità dell'aggiudicazione impugnata anche per violazione dell'art. 67 del d.lgs. n. 50/2016; d.2.4.) sul versante oggettivo quanto assunto dal primo Giudice sarebbe infondato in fatto; il progetto particolareggiato delle due gare non sarebbe cambiato e, la modifica dello stesso d'altronde, avrebbe presupposto sia una nuova istanza di autorizzazione (che non risulta essere stata presentata) sia un provvedimento favorevole da parte dell'Autorità Nucleare di Controllo;

d.2.5.) i documenti tecnici posti a base delle due gare (quella dell'agosto 2021 e quella oggetto del presente ricorso) denominati IT 9P 00002 rev. 02 "*ITREC – Trisaia – Progetto esecutivo ed. processo ICPF (Ed. 2000)/ Piano e Programma di progettazione di gara*" – 6 agosto 2021 e IT 9P 00012 REV. 01 "*ITREC – Trisaia – Progetto Esecutivo ed. processo ICPF (Ed. 2000)/ Capitolato Tecnico di Appalto*" – 5 agosto 2021 sono gli stessi;

d.2.6.) da un esame dei Disciplinari di Gara che hanno regolato la procedura bandita nell'agosto 2021 e quella per cui è causa è possibile concludere che le due procedure di affidamento sono caratterizzate dal medesimo oggetto; le differenze in merito ai criteri di aggiudicazione tra le due gare sarebbero più formali che sostanziali, atteso che, anche se nella nuova gara rispetto alla precedente i criteri sono passati da 6 a 9, in concreto gli aspetti da valutare non sono dissimili;

d.2.7.) l'attività progettuale della S.R.S. è stata rilevante; la società ha prodotto parte degli elaborati della disciplina meccanica, parte degli elaborati della disciplina automazione e controllo, gli elaborati sull'antincendio e quelli sugli impianti speciali (TVCC, interfono, VOIP), oltre ad aver realizzato la modellazione 3D e parte dei documenti integrativi multidisciplinari; l'attività progettuale di S.R.S. si è concretizzata nella redazione di documenti attinenti all'offerta economica, ai prezziari, alle liste delle lavorazioni e ai computi metrici dei lavori relativi alle categorie OG9, OS18, OS4 e OS30; inoltre, le 6 "schede analisi prezzi" redatte dalla stessa società S.R.S. S.r.l. non hanno fatto parte della documentazione di gara messa a disposizione di tutti gli offerenti;

d.2.8.) il RTI aggiudicatario avrebbe avuto accesso a informazioni rimaste riservate, acquisendo pertanto un patrimonio di conoscenze e informazioni idonee a procurargli un vantaggio in sede di partecipazione alla gara;

e) con il secondo motivo del ricorso introduttivo di primo grado Tecnomec ha dedotto che le allegazioni prospettate nel motivo precedente erano da intendersi sollevate anche sotto l'ulteriore profilo della violazione dell'art. 42 del d.lgs. 50/2016 che disciplina le situazioni di conflitto di interesse negli appalti pubblici;

e.1.) la sentenza appellata ha rigettato il motivo per le ragioni esposte con riferimento al primo motivo di ricorso e per genericità; la sentenza sarebbe errata poiché il motivo non sarebbe generico essendo stata data dimostrazione del fatto che l'art. 42 del d.lgs. 50/2016 si applicherebbe anche al caso di specie;

f) con il terzo motivo del ricorso di primo grado Tecnomec ha dedotto l'illegittimità dell'aggiudicazione impugnata per elusione del giudicato di cui alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 511/2023 che aveva accertato la sussistenza dell'indebito vantaggio competitivo del RTI aggiudicatario Consorzio Ansaldo nella precedente procedura di gara del 2021;

f.1.) il TAR ha rigettato il motivo in ragione dell'asserita eterogeneità delle due procedure di gara; anche sotto tale profilo la sentenza sarebbe errata dato che le due gare non sarebbero affatto diverse avendo lo stesso oggetto e il medesimo progetto a base di gara, oltre all'identità soggettiva delle parti processuali;

g) con il quarto motivo del ricorso introduttivo di primo grado sono state formulate censure afferenti alla nomina della commissione di gara in quanto avvenuta prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte;

g.1.) la nomina sarebbe avvenuta in violazione dell'art. 77, comma 7, d.lgs. n. 50/2016 e dei principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione;

g.2.) la regola della posteriorità della nomina della commissione rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte risponde alla convinzione diffusa che tale vincolo temporale sia posto a presidio della trasparenza; ne deriverebbe che, essendo la norma espressione dei principi inderogabili di matrice euro-unitaria di trasparenza, imparzialità e parità di condizioni, la stessa deve applicarsi anche agli appalti, come quello di specie, regolati dall'art. 34 del D.L. n. 77/2023;

g.3.) la Direttiva n. 2014/24/UE, contrariamente a quanto assunto dal primo Giudice, reca all'art. 81 una norma specifica regolante la commissione giudicatrice prescrivendo che i relativi componenti siano "indipendenti"; la regola della posteriorità della nomina della commissione rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte di cui all'art. 77 comma 7, come chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 13/2013, garantisce proprio l'indipendenza della commissione;

h) con il terzo atto per motivi aggiunti proposto nel giudizio di primo grado sono state formulate censure autonome avverso il contratto che il Giudice di prime cure non ha esaminato e che l'appellante riproduce mediante trascrizione integrale.

22. Le censure così sintetizzate possono a questo punto essere esaminate.

23. Le questioni sottoposte all'esame del Collegio sono le seguenti:

- a) l'esistenza dell'unico centro decisionale;
- b) l'asserita lesione delle garanzie partecipative;
- c) l'asserita illegittimità del provvedimento di esclusione in quanto assunto dopo l'aggiudicazione divenuta efficace ad altro concorrente;
- d) l'interpretazione dell'art. 24, comma 7 del d.lgs. n. 50/2016 e il caso concreto all'attenzione del Collegio;
- e) il conflitto di interessi;
- f) l'asserita elusione del giudicato di cui alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 511/2023;
- g) l'asserita illegittimità della nomina della commissione di gara;
- h) le censure autonome avverso il contratto.

24. Quanto al primo punto (l'esistenza dell'unico centro decisionale) va intanto premesso che in relazione alla causa di esclusione dalle gare di cui all'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016, se incombe sulla stazione appaltante l'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale d'imputazione delle offerte sulla base degli indici presuntivi concreti, non è richiesta anche la prova che il collegamento fra i concorrenti sia poi pervenuto a risultati effettivi in relazione ai contenuti delle offerte e all'artificiale condizionamento degli esiti della gara; 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 infatti la sussistenza dell'unicità del centro decisionale cui siano riconducibili le offerte - tale da integrare ex se la fattispecie di pericolo astratto giuridicamente rilevante - non già il contenuto effettivamente coordinato di queste, né le conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 gennaio 2022, n. 48; 5 agosto 2021, n. 5778; 15 aprile 2020, n. 2426).

24.1. Ai fini dell'individuazione del collegamento sostanziale tra imprese, comportante l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50 del 2016, i relativi indizi devono essere valutati nel loro insieme per riscontrare requisiti di gravità, precisione e concordanza idonei a legittimare la sanzione espulsiva. La valutazione operata dalla stazione appaltante circa l'unicità del centro decisionale postula la sola astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non essendo necessario, come anticipato, che l'alterazione del confronto concorrenziale vi sia stata effettivamente e in concreto, essendo quella delineata dal legislatore una fattispecie di pericolo, in coerenza con la sua funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione

che si attua mediante le procedure ad evidenza pubblica, ed anche con la circostanza che la concreta alterazione degli esiti della selezione non è nella disponibilità delle imprese sostanzialmente collegate, ma dipende da variabili indipendenti rispetto alla loro volontà, quali in particolare il numero delle partecipanti e l'entità dei ribassi (tra le tante, Consiglio di Stato sez. V, 14 dicembre 2021, n. 8340).

24.2. Il fatto che occorre desumere dagli indici presuntivi individuati dalla stazione appaltante è, in definitiva, 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 (Consiglio di Stato sez. V, 2 maggio 2022, n. 3440).

24.3. La questione di fondo è che, inevitabilmente, l'ipotesi di collegamento sostanziale viene desunta dalla presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti, idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza in concreto di un tale collegamento tra imprese partecipanti distortivo delle regole di gara. Vero è che grava sulla stazione appaltante l'onere di provare in concreto l'esistenza di tali elementi concordanti, tali da ingenerare il pericolo per i principi di N. 00324/2024 REG.RIC. segretezza, serietà delle offerte e par condicio dei concorrenti, ma è altrettanto vero che, una volta evidenziati con precisione i fatti e giustificata la valutazione effettuata, il Giudice può ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato in base a una metodica surrogatoria non consentita dal sistema di giustizia amministrativa.

24.4. Il complesso degli indici di collegamento evidenziati dalla stazione appaltante sono il risultato di un apprezzamento dei fatti e di una valutazione in cui non si ravvisano travisamenti o illogicità. 24.5. Tutte le considerazioni esposte nell'atto di appello si risolvono nel fornire una ricostruzione dei fatti basata su opinioni del tutto personali dell'appellante. Va ricordato che sono inammissibili censure formulate in modo tale da domandare al giudice un vero e proprio sindacato di tipo sostitutivo sulle valutazioni effettuate dall'amministrazione, peraltro, tutte fondate non sulla rappresentazione di circostanze di fatto bensì sulla personale interpretazione che di quei fatti fornisce il ricorrente. Come noto, i fatti non hanno significato e, se mai l'hanno, certo non l'hanno nello stesso senso in cui hanno significato i testi di legge. Interpretare un fatto significa essenzialmente congetturare una spiegazione causale di un evento.

24.6. Peraltro, l'evidenza di talune circostanze è tale (per esempio la corrispondenza di parti dell'offerta tecnica presentata dal RTI Tecnomec con parti dell'offerta tecnica presentata dal RTI Unimed) da escludere in radice che le valutazioni compiute dalla stazione appaltante presentino profili di illogicità. Le argomentazioni svolte dall'appellante e precisate, in particolare, al punto 6.2.1. della memoria depositata il 16 febbraio 2024 (pagine 7 e 8) non possono quindi essere condivise dal Collegio.

25. Quanto al secondo punto (l'asserita lesione delle garanzie partecipative dell'appellante), la censura è infondata.

25.1. Il primo Giudice ha osservato, in modo condivisibile, che (...) "*non è ravvisabile alcuna*

significativa violazione delle garanzie partecipative nello svolgimento del sub procedimento di verifica dei requisiti (che ha condotto all'esclusione sub iudice), in quanto, come risulta in atti e contrariamente a quanto opinato nel gravame, il R.T.I. Tecnomec è stato invitato dalla stazione appaltante a contraddire sul profilo più rilevante ai fini della maturazione della causa di esclusione (ossia la parziale identità contenutistica della sua offerta e di quella del R.T.I. terzo classificato), con le note del 28/6/2023 e del 4/7/2023'.

25.2. Sogin ha instaurato il contraddittorio che, semplicemente, non ha avuto proficuo esito. Il dovere di operare in modo leale fornendo ogni dato rilevante conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza è posto in capo alla stazione appaltante e al partecipante alla procedura.

25.3. Nella nota del 28 giugno 2023 a firma del responsabile del procedimento per la fase di affidamento, si legge, tra l'altro:

a) *“Con riferimento all’offerta tecnica presentata a questa Stazione Appaltante dal RTI costituendo tra le imprese TECNOMEC ENGINEERING e PROGER, si osserva che la Relazione in cui la stessa risulta articolata, a pag. 27, in corrispondenza della descrizione del punto P3 (Organizzazione aziendale prevista per il coordinamento e il controllo dell’esecuzione dell’appalto), riporta dei riferimenti non pertinenti all’appalto che qui trattasi, come “...ATTIVITA’ PORTUALI” (...);*

b) *“Ciò posto, si segnala di avere rilevato, oltre ad aspetti di probabile inadeguatezza del documento presentato in sede di gara, la presenza di indizi circa una presunta identità tra la Vostra offerta e quella di un altro operatore” (...);*

25.4. Contrasta con ogni evidenza l'affermazione secondo cui l'appellante non sarebbe stata posta nelle condizioni di contraddire nel procedimento che si è concluso con la sua esclusione.

25.5. È da condividere quanto affermato da Sogin al punto 67 (pagina 21) della memoria depositata il 13 febbraio 2024, in particolare laddove si legge: (...) *“in ogni caso, un operatore del settore che ha partecipato ad una procedura di gara dev’essere a conoscenza delle (tassative) cause di esclusione dalla medesima ai sensi dell’art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 e sapere che i sollevati profili di presunta identità delle offerte possono notoriamente comportare l’esclusione ai sensi della lett. m) del co. 5 dell’art. 80 dell’articolo richiamato (oltre che ai sensi dell’art. 101 TFUE)”.*

25.6. Si deve aggiungere che l'amministrazione è mossa, nelle procedure selettive, dal bisogno attuale e concreto di acquisire i servizi di cui necessita. Le procedure selettive postulano un dovere particolarmente intenso, in capo alle imprese partecipanti, di chiarezza e completezza espositiva sia nella presentazione della documentazione volta alla verifica dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale sia nella formulazione e presentazione delle offerte sia nella fase di verifica dei requisiti. L'operatore economico reticente, oltre a violare i doveri di correttezza e buona fede cui è vincolato (vedi articolo 5 del nuovo codice dei contratti pubblici), arreca un oggettivo intralcio allo svolgimento della procedura che non può non essere tenuto nella debita considerazione.

26. Quanto al terzo punto (l'asserita illegittimità del provvedimento di esclusione in quanto assunto dopo l'aggiudicazione divenuta efficace ad altro concorrente) vanno svolte le seguenti considerazioni. 26.1. La censura è stata compiutamente esaminata dal TAR che non ha indugiato particolarmente data la manifesta infondatezza della stessa. È pacifico che la competenza del RUP ricomprenda anche l'adozione delle determinazioni espulsive (che possono essere adottate, in presenza dei presupposti di legge, in qualsiasi momento della procedura).

26.2. L'art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, oggi abrogato, attribuiva al RUP lo svolgimento di tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal Codice dei contratti pubblici, i quali non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti. Il RUP compie sia operazioni di carattere materiale sia attività giuridica esternata in veri e propri atti.

27. Quanto al quarto punto (l'interpretazione dell'art. 24, comma 7 del d.lgs. n. 50/2016 e il caso concreto all'attenzione del Collegio) occorre partire dal testo della disposizione che l'appellante assume violata. La disposizione così recita(va): *"7. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 59, comma 1, quarto periodo, gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara non possono essere affidatari degli appalti, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione. Ai medesimi appalti, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti. Tali divieti non si applicano laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori"*.

27.1. Come noto, l'art. 24, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016 si propone di assicurare le condizioni di indipendenza e imparzialità del progettista rispetto all'esecutore dei lavori, necessarie affinché il primo possa svolgere nell'interesse della stazione appaltante la funzione assegnatagli dall'amministrazione, anche di ausilio alla P.A. nella verifica di conformità tra il progetto e i lavori realizzati (Consiglio di Stato, Sez. V, 9 febbraio 2024, n. 1333). Inoltre, la causa di incompatibilità prevista dall'art. 24, comma 7 del d.lgs. n. 50 del 2016, è fondata sulla nozione di conflitto di interessi e postula, ai sensi del successivo comma 8 bis, che i soggetti in questione abbiano acquisito, in ragione del fatto di avere curato la progettazione dell'opera, un'esperienza tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori nell'affidamento dei relativi lavori (Cons. giust. amm. Sicilia, 30 settembre 2022, n. 972).

27.2. Nel caso che qui occupa il Collegio difettano tutti i presupposti per applicare la disposizione invocata dall'appellante. Sul punto, la ricostruzione contenuta nella memoria depositata da Sogin il 13 febbraio 2024 descrive plasticamente le circostanze di fatto agevolmente evincibili dagli atti di causa. Corrisponde al vero che:

a) l'esclusione del RTI composto da Consorzio Stabile Ansaldo New Clear, Monsud s.p.a. e Fucina Italia s.r.l. dalla gara del 2021 era stata determinata dalla posizione di Fucina Italia S.r.l.;

b) alla gara per cui è causa ha partecipato il RTI composto da Consorzio Stabile Ansaldo New Clear e Monsud S.p.A. (non vi è traccia di partecipazione di Fucina Italia s.r.l.).

27.3. L'art. 24 comma 7, dettando una causa di incompatibilità, non può essere applicato a casi in esso non previsti.

27.4. Peraltro, più che un'interpretazione estensiva della disposizione, di per sé qui non praticabile, l'appellante finisce per invocare la costruzione di una norma inespressa.

27.4.1. Va ricordato che l'interpretazione estensiva è un tipo di interpretazione in concreto. Essa ha a che vedere con l'applicazione a casi concreti della norma previamente identificata. La costruzione di una norma inespressa appartiene invece al dominio della interpretazione in astratto (così da includervi anche la costruzione giuridica): concerne non l'ambito di applicazione dell'una o dell'altra norma, ma l'identificazione delle norme vigenti.

27.5. Non è superfluo osservare che la gara per cui è causa è significativamente differente rispetto alla gara del 2021. La questione è talmente pacifica da non dover indugiare oltre sul punto.

28. In ordine al quinto punto (il conflitto di interessi) è sufficiente osservare che l'ipotesi del conflitto di interessi non può essere predicata in astratto, ma deve essere accertata in concreto sulla base di prove specifiche (Consiglio di Stato sez. V, 6 maggio 2020, n. 2863) che qui difettano del tutto.

29. Quanto al sesto punto (l'asserita elusione del giudicato di cui alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 511/2023), la censura è infondata per le medesime ragioni per cui è infondata la censura esaminata ai precedenti punti 4 e 5 (27 e 28 della presente decisione).

29.1. È da condividere integralmente la statuizione del TAR secondo cui (...) *“la ravvisata (obiettiva) eterogeneità tra le procedure di gara 2021/2023 esclude che il giudicato di annullamento formatosi in relazione alla prima procedura possa spiegare una qualsivoglia incidenza (vieppiù di segno preclusivo) sugli atti relativi alla seconda (autonoma) vicenda amministrativa”*.

30. Sull'asserita illegittimità della nomina della commissione di gara (settimo punto) il TAR ha correttamente invocato l'applicazione della deroga al Codice dei contratti pubblici prevista dall'art. 34 comma 3 del Decreto legge 21 giugno 2022, n. 73 che così recita: *“3. Al fine di esercitare le funzioni individuate dal presente articolo nonché dal decreto di cui al comma 2, l'organo commissariale opera in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea”*. Va anche osservato che la regola

che l'appellante assume violata può condurre a rilevare un vizio dell'intera procedura di gara solo se sia in concreto suscettibile di incidere sull'indipendenza dei commissari e sugli elementi discrezionali delle loro valutazioni, circostanza che nel caso in esame non è in alcun modo emersa.

31. Quanto al contratto stipulato (settimo punto) il rigetto di tutte le censure esaminate esclude in radice che l'appellante possa conseguire il bene della vita cui aspirava.

32. Per le ragioni sopra esposte l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata n. 727/2023.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in € 4.000/00 (quattromila) oltre accessori e spese di legge in favore di Sogin - Società Gestione Impianti Nucleari per Azioni e € 4.000/00 (quattromila) oltre accessori e spese di legge in favore di Consorzio Stabile Ansaldo New Clear. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Con la pronuncia n. **7799** dello scorso 25 settembre, la **V Sezione del Consiglio di Stato** si è occupata della tematica relativa alla **causa di esclusione dalla gara per accertamento di unicità del centro decisionale**.

L'art. 80, comma 5, lett. m) d.lgs. n. 50/2016 prevede che: *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti*

situazioni: (...) l'operatore economico 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 giurisprudenza ha interpretato tale disposizione andando oltre il dato letterale, applicando tale causa di esclusione non solo alle ipotesi di controllo societario previste dall'art. 2359 cod. civ..

Infatti, come già evidenziato dal **Consiglio di Stato, V sez., con la pronuncia n. 393 del 2021 e III sez., con la pronuncia n. 4625 del 2022**, quello che è necessario provare, ai fini della sussistenza della causa di esclusione, è la notevole influenza esercitata da una società sull'altra, così da ottenere quell'elevata valenza probabilistica idonea a dimostrare la riconducibilità delle offerte delle due società a un unico centro decisionale.

La finalità perseguita da questa **applicazione elastica** del citato art. 80 è stata quella di definire una **fattispecie di collegamento sostanziale più ampia per prevenire il rischio di eludere i principi di parità di trattamento, segretezza delle offerte e trasparenza del confronto.**

Pertanto, tra gli indici rivelatori di un collegamento sostanziale tra imprese, **l'art. 2359 cod. civ. fornisce solo una presunzione *iusuris tantum* e spetta alla stazione appaltante la valutazione complessiva del quadro fattuale, dato che l'esistenza di un collegamento distorsivo della regola di gara potrebbe essere desunta anche da altri elementi precisi e concordanti; tra questi, il Consiglio di Stato, sez. V, con la pronuncia n. 5438 del 2022**, ha indicato, a titolo esemplificativo, i **legami personali tra gli organi delle imprese e la presentazione di offerte identiche o redatte in modo simile.**

In linea con questa interpretazione elastica consolidata dalla giurisprudenza, la corrispondente disposizione prevista dal **nuovo codice dei contratti, l'art. 95, comma 1, lett. d)**, **non riproduce alcun riferimento all'art. 2359 cod. civ.**, prevedendo genericamente che: *"La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti: (...) sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara"*.

Con la pronuncia in argomento, il Consiglio di Stato, in continuità con la giurisprudenza sopra richiamata, e riprendendo quanto già statuito nelle pronunce sempre della sez. V, n. 8340 del 2021 e nn. 48 e 3440 del 2022, ha, inoltre, evidenziando che, al fine della sussistenza della causa di esclusione dalle gare di cui all'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016, **non è richiesta anche la prova che il collegamento fra i concorrenti sia poi pervenuto a risultati effettivi in relazione ai contenuti delle offerte e all'artificiale condizionamento degli esiti di gara; 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 infatti la sussistenza dell'unicità del centro decisionale cui**

siano riconducibili le offerte – tale da integrare ex se la fattispecie di pericolo astratto giuridicamente rilevante – non già il contenuto effettivamente coordinato di queste, né le conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene.

I Giudici di Palazzo Spada, hanno poi confermato che, ai fini dell'individuazione del collegamento sostanziale tra imprese, comportante l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50 del 2016, **i relativi indizi devono essere valutati nel loro insieme per riscontrare requisiti di gravità, precisione e concordanza idonei a legittimare la sanzione espulsiva.** La valutazione operata dalla stazione appaltante circa l'unicità del centro decisionale postula, come innanzi detto, la sola astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non essendo necessario, che l'alterazione del confronto concorrenziale vi sia stata effettivamente e in concreto, essendo **quella delineata da legislatore una fattispecie di pericolo, in coerenza con la sua funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione che si attua mediante la procedura ad evidenza pubblica,** ed anche con la circostanza che la concreta alterazione degli esiti della selezione non è nella disponibilità delle imprese sostanzialmente collegate, ma dipende da variabili indipendenti rispetto alla loro volontà, quali in particolare il numero delle partecipanti e l'entità dei ribassi.

Il fatto che occorre desumere dagli indici presuntivi individuati dalla stazione appaltante è, in definitiva, 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.