

# **Legittima l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 quando ricorrano elementi plurimi, gravi, precisi e concordanti dalla cui valutazione la stazione appaltante abbia desunto in astratto la sussistenza di un unico centro decisionale**

*di Maddalena De Rosa*

*Data di pubblicazione: 21-10-2024*

*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, in base a un approccio sintetico, 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.*

**Pubblicato il 17/09/2024**

**N.7607/2024REG.PROV.COLL.**

**N. 09477/2023 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 9477 del 2023, proposto da Unimed Scarl in proprio e quale capogruppo mandataria costituendo Rti-Nukem Technologies Engineering Services GmbH e Cam Power S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 957281158A, rappresentata e difesa dagli avvocati Michelangelo Pinto, Carmine Rucireta, Pasquale Procacci, 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;

Tecnomec Engineering s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### ***nei confronti***

Consorzio Stabile Ansaldo New Clear in proprio e quale capogruppo Mandataria Rti con Monsud s.p.a., Tecnomec Engineering S.r.l. in proprio e quale capogruppo Mandataria Rti con Proger s.p.a., non costituiti in giudizio;

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. 552/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

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 Pinto, Rucireta, Procacci, Sticchi Damiani, Vercillo e Corbyons in delega dell'Avv. Leonforte;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con avviso pubblico del 27 dicembre 2022 Sogin s.p.a. ha avviato una procedura per raccogliere manifestazioni di interesse a partecipare a una 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”*.
2. Riferisce l'appellante che una precedente procedura pressoché identica era andata deserta (le uniche due concorrenti, RTI Consorzio stabile Ansaldo New Clear-Monsud-Fucina Italia e RTI Nukem-Unimed-CAM Power, erano state escluse con provvedimenti confermati in sede giurisdizionale).
3. L'art. 9 dell'avviso pubblico stabiliva che nella lettera di invito sarebbe stato indicato *“il termine perentorio di trasmissione dell’offerta da parte degli operatori economici ammessi, che sarà fissato in data che non ricada oltre i successivi 45 (quarantacinque) giorni, naturali e consecutivi, dalla trasmissione degli inviti”*.
4. La ricorrente manifestava l'interesse a partecipare ricevendo l'invito in data 14 febbraio 2023. L'invito fissava il termine per la presentazione delle offerte per le ore 12,00 del 23 marzo 2023.
5. L'avviso dell'8 marzo 2023, rivolto a tutti gli operatori, così recitava: *“Si rappresenta a tutti gli operatori economici che le attività di gara devono corrispondere agli obiettivi acceleratori imposti a Sogin SpA dal decreto-legge 21 giugno 2022 n. 73 e, pertanto, le esigenze di velocizzazione della fase dell'affidamento cui soggiace questa Stazione Appaltante non sono suscettibili di dilazioni temporali, fermo che all'art. 9 dell'Avviso pubblico che ha preceduto la procedura de qua si prevede che il termine di trasmissione dell’offerta da parte degli operatori economici ammessi non superi i 45 (quarantacinque) giorni, naturali e consecutivi, successivi alla trasmissione degli inviti”*.
6. Il 15 marzo 2023, con un secondo avviso agli operatori, il RUP comunicava che: *“il termine per la presentazione delle offerte è prorogato dal 23 marzo 2023 (ore 12:00) al 31 marzo 2023 (ore 23:59), fermo che all'art. 9 dell'Avviso pubblico che ha preceduto la procedura de qua si prevede che il termine di trasmissione dell’offerta da parte degli operatori economici - cui è pervenuta la comunicazione di ammissione- non superi i 45 (quarantacinque) giorni, naturali e consecutivi, successivi alla trasmissione degli inviti”*.
7. Il 27 marzo 2023 il RUP emanava un terzo avviso, nel quale comunicava che erano pervenute tre istanze di proroga, ma agli istanti era stato chiarito che la stazione appaltante avrebbe *“agito nei limiti dell'art. 9 dell'avviso pubblico a tenore del quale il termine di trasmissione dell’offerta da parte degli operatori economici non avrebbe potuto superare i 45 (quarantacinque) giorni naturali e consecutivi successivi alla trasmissione degli inviti”*.
8. In data 31 marzo 2023, ovvero al termine di scadenza della presentazione delle offerte, il

RUP trasmetteva un quarto avviso che concedeva una proroga fino al 14 aprile 2023.

9. Con propria nota trasmessa lo stesso giorno (cioè il 31 marzo 2023), la ricorrente contestava la legittimità della proroga per l'ingiusto vantaggio accordato agli operatori che non erano stati in grado di osservare il termine di partecipazione e chiedeva di annullare in autotutela il provvedimento.

10. La stazione appaltante adottava un atto di convalida del Commissario.

11. Nel provvedimento commissariale del 3 aprile 2023 si motiva la decisione affermando che: *“nr. 2 concorrenti che avevano effettuato il sopralluogo obbligatorio, non ricompresi tra quelli che avevano presentato offerta per la precedente gara esitata con la mancata aggiudicazione, comunicavano, in data 30 marzo 2023 e 31 marzo 2023, l'impossibilità di presentare offerta nel termine in ragione della dedotta circostanza che la tempistica di cui all'Avviso non consentiva di ottenere offerte da parte di fornitori di item di rilevanza primaria per la tipologia di impianto o i prezzi delle forniture strategiche”*.

12. L'odierna appellante impugnava i provvedimenti dinanzi al TAR Basilicata con ricorso N.R. 226/23.

13. Il 29 maggio 2023 Sogin comunicava l'esito della procedura negoziata con la seguente graduatoria: 1° Rti Consorzio Stabile Ansaldo New Clear con 72,749 punti; 2° Rti Tecnomec Engineering s.r.l., con 67,905 punti; 3° Rti Unimed s.c.a.r.l. con 65,400 punti e aggiudicava provvisoriamente la gara a RTI Ansaldo.

14. L'8 giugno 2023 il RTI Unimed proponeva un'istanza di accesso che veniva accolta parzialmente (con documenti trasmessi in parte il 15.6 ed in parte il 19.6); dall'accesso l'appellante apprendeva che entrambi gli operatori meglio classificati avevano usufruito della proroga.

15. La stazione appaltante affidava definitivamente l'appalto al RTI Ansaldo con determina del Commissario del 20 giugno 2023.

16. RTI Unimed impugnava anche questi provvedimenti, per illegittimità derivata, con ricorso per motivi aggiunti nel quale si chiedeva l'esclusione del RTI Consorzio Stabile Ansaldo e del RTI Tecnomec, avendo entrambi usufruito della proroga.

17. Chiedeva altresì in via autonoma l'esclusione del RTI aggiudicatario poiché esso avrebbe beneficiato del vantaggio competitivo già riscontrato dalla stessa amministrazione in occasione della precedente procedura di gara (dalla quale era stata esclusa poiché la mandante Fucina s.r.l. era partecipata al 30% dalla società SRS, che aveva redatto il 18% degli elaborati del progetto esecutivo).

18. Con determina prot. n. 37781 del 14 luglio 2023 (seguita da provvedimento di rettifica della graduatoria di gara, denominato “esito di gara aggiornato” del 20 luglio 2023), Sogin ha escluso il RTI Unimed e il RTI Tecnomec (secondo classificato), ai sensi dell'art. 80 comma 5

lett. m) del d.gs. n. 50/2016, per la motivazione che le rispettive offerte avrebbero avuto origine dal medesimo centro decisionale in virtù dei seguenti indizi: a) la somiglianza di talune frasi contenute nelle offerte tecniche dei due RTI; b) la presentazione di polizza fideiussoria (garanzia provvisoria) emessa dalla stessa compagnia assicuratrice; c) il fatto che i difensori costituiti per il RTI Tecnomec fossero gli stessi che avevano difeso il RTI Unimed (all'epoca RTI Nukem) nella controversia sorta in occasione della gara precedente.

19. Il provvedimento di esclusione è stato impugnato dal RTI Unimed con un secondo ricorso per motivi aggiunti.

20. Il TAR Basilicata ha respinto il ricorso e i successivi motivi aggiunti con la sentenza n. 552/2023.

21. Di tale sentenza, Unimed Scarl in proprio e quale capogruppo mandataria costituendo Rti-Nukem Technologies Engineering Services GmbH e Cam Power S.r.l. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello affidato ai motivi così rubricati: *“A. IN MERITO AL PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE. A.1. Error in iudicando – erronea valutazione e/o travisamento dei fatti e dei documenti di causa. Violazione e/o malgoverno dei principi di diritto rilevanti – Illogicità – violazione e falsa applicazione dell’art. 80 comma 5 lettera m) - violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 9 e 10 della Legge 241/90 e dei principi di diritto enunciati dalla Corte di Giustizia in tema di garanzie partecipative in caso di sospetto collegamento societario. Erroneo rigetto del primo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti con cui era stato impugnato il provvedimento di esclusione adottato da Sogin spa ai danni del RTI Unimed (unitamente al RTI Tecnomec) per i seguenti motivi: “1. Violazione di legge – violazione artt. 7, 8 e 10, L. n. 241/90. Eccesso di potere – violazione dei principi di imparzialità e di buon andamento dell’azione amministrativa – inosservanza delle garanzie partecipative in seno al procedimento di esclusione - violazione del principio di massima concorrenzialità – sviamento di potere”; A.2. Error in iudicando – erronea valutazione e/o travisamento dei fatti e dei documenti di causa. Violazione e/o malgoverno dei principi di diritto rilevanti nella fattispecie – Illogicità – violazione e falsa applicazione dell’art. 80 comma 5 lettera m). Erroneo rigetto del secondo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti con cui era stato impugnato il provvedimento di esclusione adottato da Sogin spa ai danni del RTI Unimed (unitamente al RTI Tecnomec) per i seguenti motivi: “2. Violazione di legge – violazione art. 80 comma 5, lettera m) del D.Lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione della Direttiva UE n. 25/2014 e dell’art. 101 del TFUE. Eccesso di potere – irragionevolezza - difetto e/o erroneità dei presupposti - violazione dei principi di imparzialità e di buon andamento dell’azione amministrativa – difetto di istruttoria – violazione del principio di proporzionalità.”; B. IN MERITO AL PROVVEDIMENTO DI PROROGA ED AGLI ATTI CONSEGUENZIALI; B.1. Error in iudicando – Violazione e malgoverno degli artt. 66 Dir. Ue n. 25/2014 e 79 comma 3 del D.Lgs. 50/2016 – erronea valutazione e/o travisamento dei fatti e dei principi di diritto rilevanti. Omesso rilievo della fondatezza del primo motivo del ricorso introduttivo con il quale si è denunciata l’illegittimità dei provvedimenti mediante i quali la Stazione Appaltante ha prorogato il termine di partecipazione per i seguenti motivi: “1. Violazione dell’art. 36 Dir. Ue n. 25/2014. Violazione degli artt. 66 Dir. Ue N. 25/2014 e 79 D. Lgs. 50/2016. Violazione del principio di par condicio competitorum Nelle procedure ad evidenza pubblica. Violazione dei principi di trasparenza e imparzialità dell’azione*

*amministrativa. Violazione dell'art. 34 del D.L. n. 73/2022 conv. in L. n. 122/2022. Eccesso di potere per contraddittorietà, irrazionalità, difetto di istruttoria e motivazione"; B.2. Error in iudicando – Violazione e malgoverno degli artt. 36 e 66 della Direttiva Ue n. 25/2014 e art. 79 comma 3 del D.Lgs. 50/2016 – erronea valutazione e/o travisamento dei fatti e dei principi di diritto rilevanti. Omesso rilievo della fondatezza del secondo e del terzo motivo del ricorso introduttivo con il quale si è denunciata l'illegittimità dei provvedimenti mediante i quali la Stazione Appaltante ha prorogato il termine di partecipazione per i seguenti motivi: "Violazione dell'art. 21 nonies Legge 241/90. violazione dell'art. 36 dir. ue n. 25/2014. violazione del principio di par condicio competitorum nelle procedure ad evidenza pubblica. Eccesso di potere per difetto di istruttoria – insufficienza della motivazione – illogicità"; B.3. Error in iudicando – erronea valutazione e/o travisamento dei fatti e dei principi di diritto rilevanti. Erroneo rigetto del primo ricorso per motivi aggiunti nella parte in cui è stata denunciata l'illegittimità (derivata e/o per vizi propri) della Determina di aggiudicazione efficace del 20.6.2023, delle comunicazioni di esito gara e di non aggiudicazione dell'appalto al RTI Unimed del 29 maggio 2023 e di tutti i verbali ed atti di gara indicati in epigrafe; B.4. Error in iudicando. Erroneità ed ingiustizia della sentenza nella parte in cui ha rigettato il motivo di ricorso proposto in via subordinata nel terzo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti comportante, in caso di accoglimento, l'annullamento di tutta la procedura e la riedizione della stessa: violazione dell'art. 53, commi 2 e 3 del d. Lgs. N. 50/2016. Violazione del principio di segretezza dei concorrenti. Eccesso di potere per difetto di istruttoria – sviamento".*

22. Hanno resistito al gravame, chiedendone il rigetto, Sogin - Società Gestione Impianti Nucleari per Azioni, Consorzio Stabile Ansaldo New Clear e Tecnomec Engineering s.r.l. (Tecnomec ha domandato il rigetto dei motivi di appello con cui è contestata la sua posizione nella graduatoria di merito di cui all'appalto oggetto di gravame, contrassegnati nel ricorso proposto da Unimed ai punti "B.1", "B.2" e, *in parte qua* "B.3").

23. Alla udienza pubblica del 29 febbraio 2024 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

24. Viene all'esame del Collegio il ricorso proposto da Unimed S.C.A.R.L. per l'annullamento della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata n. 552/2023 con la quale il medesimo TAR ha respinto il ricorso avverso:

a) il provvedimento del RUP della Gara C0457L22 – CIG: 957281158A, recante la proroga del termine per la presentazione delle offerte originariamente determinato nell'art. 9 dell'Avviso Pubblico del 27.12.2022 relativo alla procedura indetta da Sogin 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. CUP: D13F22000140005 - ID C0457L22;

b) il provvedimento del Commissario di Sogin s.p.a. recante la modifica dell'art. 9 del suddetto avviso pubblico;

- c) il provvedimento del Commissario di Sogin s.p.a. di autorizzazione alla proroga del termine di presentazione delle offerte, non conosciuto, ove esistente;
- d) nei limiti dell'interesse della ricorrente, l'avviso pubblico del 27 dicembre 2022, nella parte relativa alla modifica introdotta dal provvedimento del Commissario di Sogin s.p.a.;
- e) la nota del RUP del 3 aprile 2023, di riscontro a diffida della ricorrente del 31 marzo 2023, che sostiene la correttezza della proroga adottata al fine di favorire una più ampia partecipazione come previsto dall'avviso pubblico e invita la ricorrente a una leale collaborazione con la stazione appaltante;
- f) la determina di aggiudicazione efficace del 20.6.2023 relativa alla procedura negoziata oggetto di causa (CIG: 957281158A) resa in favore del RTI Consorzio Stabile Ansaldo New Clear (mandataria) e Monsud s.p.a. (mandante) che ha approvato i verbali della commissione e la graduatoria finale della procedura, notificata in pari data, a firma del RUP e del Commissario di Sogin s.p.a., per illegittimità propria e/o derivata;
- g) la comunicazione del 29.05.2023, per illegittimità propria e/o derivata;
- h) la comunicazione esito gara del 29.05.2023, per illegittimità propria e/o derivata;
- i) la comunicazione di aggiudicazione non efficace del 29.05.2023, per illegittimità propria e/o derivata;
- l) la graduatoria finale approvata, resa efficace con la determina di aggiudicazione conclusiva della procedura negoziata, per illegittimità propria e/o derivata;
- m) tutti i verbali della commissione giudicatrice, del seggio di gara, del RUP e tutti gli atti della procedura nella parte in cui non hanno escluso gli operatori economici classificati al primo e al secondo posto della graduatoria, per illegittimità propria e/o derivata;
- n) il terzo avviso di Sogin s.p.a. agli operatori economici del 27/3/2023;
- o) la lettera di esclusione trasmessa al RTI Unimed s.c.a.r.l. in data 14 luglio 2023 con cui è stato notificato il provvedimento di esclusione;
- p) il provvedimento denominato "esito di gara aggiornato" pubblicato sul sito istituzionale di Sogin s.p.a. del 20.7.2023 che ha rettificato la graduatoria già approvata espungendo dalla stessa gli operatori economici precedentemente esclusi (tra cui il RTI Unimed s.c.a.r.l.);
- q) il verbale di cui al documento Sogin prot. n. 37428 del 13 luglio 2023 recante verbalizzazione della seduta della commissione giudicatrice del 12.7.2023 che, esaminate le informazioni prodotte dal RUP e la corrispondenza intercorsa con gli operatori, ha deliberato di confermare l'aggiudicazione già disposta e ha proposto al RUP di escludere dalla gara il RTI Unimed e il RTI Tecnomec ipotizzando una presunta alterazione del confronto concorrenziale legata alla mancata autonomia nella formulazione delle offerte.

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

a) la proroga dei termini per la presentazione delle offerte è intervenuta in modo generalizzato (non ledendo, dunque, la *par condicio*) e tempestivo (prima della scadenza dell'originario termine), al fine di ovviare alle difficoltà di partecipazione rappresentate da più operatori economici (avuto riguardo all'oggettiva complessità della procedura), senza incidere significativamente sulla tempistica della procedura di affidamento (essendosi determinata una dilazione di soli 14 giorni);

b) il provvedimento di proroga adottato dal RUP non era affetto da vizio di nullità per difetto assoluto di attribuzione ex art. 21-*septies* della L. n. 241/1990, configurabile solo nei casi estremi in cui un atto non può essere radicalmente emanato da un'autorità amministrativa, che non ha alcun potere nel settore, neppure condividendone la titolarità con un'altra amministrazione, bensì da mera incompetenza relativa.

c) deve escludersi la violazione delle garanzie partecipative nello svolgimento del sub procedimento di verifica dei requisiti (che ha condotto all'esclusione), in quanto, come risulta in atti e contrariamente a quanto opinato nel gravame, il RTI Unimed 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 RTI secondo classificato), con le note del 14/6/2023, del 21/6/2023 e del 28/6/2023; in ogni caso, l'ipotizzata violazione assume valenza formale, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della L. n. 241/1990, in quanto la società ricorrente non ha enunciato nel processo persuasivi argomenti che, qualora introdotti in sede procedimentale, sarebbero stati idonei a modificare sostanzialmente l'esito escludente della verifica;

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) sono inammissibili per carenza di interesse le censure proposte in via autonoma nei confronti del provvedimento di aggiudicazione (non conducenti alla rinnovazione della procedura), atteso che queste ultime sono dirette a contestare unicamente la posizione del RTI primo graduato e, dunque, non soddisfano la necessaria prova di resistenza (essendo, il RTI Unimed, terzo graduato). Dette censure sono, comunque, improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, tenuto conto della rilevata legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei confronti del R.T.I. Unimed;

f) sono infondate le censure proposte in via subordinata (tendenti alla riedizione della procedura), atteso che la contestata comunicazione della stazione appaltante del 10/3/2023 è inidonea a violare il principio di segretezza di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, se si considera che essa è successiva alla pubblicazione (avvenuta sul portale societario di Sogin s.p.a. nel febbraio 2023) di un avviso recante l'elenco dei nominativi di tutti gli operatori economici invitati alla procedura di gara.

26. L'appellante contesta la ricostruzione del TAR sulla base dei seguenti argomenti:

a) la stazione appaltante, riguardo all'accertamento dei presupposti del provvedimento espulsivo, avrebbe condotto l'istruttoria senza che l'appellante fosse in grado di partecipare efficacemente al procedimento;

b) il RTI Unimed ha addotto che la condotta complessivamente tenuta nel corso della gara (e oltre) dai due raggruppamenti è logicamente incompatibile con qualunque ipotesi di cointeressenza;

b.1.) la sentenza appellata sarebbe affetta dal vizio di omessa pronuncia in merito all'ulteriore censura sollevata dal RTI Unimed concernente l'illegittimità del provvedimento di esclusione per sviamento di potere desumibile dalla non lineare e ondivaga condotta della stazione appaltante tenuta nella fase anteriore all'adozione del provvedimento di esclusione;

c) le motivazioni addotte per la proroga del termine di partecipazione, legate all'asserita difficoltà riscontrata da taluni operatori nel reperire preventivi per l'acquisto di forniture (item) necessarie per l'esecuzione dell'appalto, non rientrano nelle ipotesi tassativamente previste dall'art. 66 Direttiva UE n. 25/14 e dall'art. 79 comma 3 d.lgs. n. 50/2016, né comunque denotano la sussistenza di gravi impedimenti oggettivi suscettibili di consentire il legittimo prolungamento dei termini;

d) la sentenza appellata ha ritenuto infondati il secondo e il terzo motivo del ricorso introduttivo; con il secondo motivo il RTI Unimed aveva denunciato l'incompetenza assoluta del RUP nell'adozione del provvedimento di proroga che, presupponendo logicamente la modifica dell'art. 9 dell'Avviso pubblico, avrebbe potuto essere adottata esclusivamente dal Commissario straordinario di Sogin, per la regola del *contrarius actus*;

d.1.) poiché la proroga del RUP era nulla, non avrebbe potuto essere legittimamente convalidata dal Commissario straordinario; inoltre, poiché la modificazione dell'avviso pubblico ad opera del Commissario era intervenuta solo in data 3 aprile 2023, il provvedimento di proroga del Commissario sarebbe stato illegittimo in quanto intervenuto a termine ormai scaduto;

d.2.) con il terzo motivo di ricorso il RTI Unimed aveva denunciato che, qualora la proroga del RUP non fosse ritenuta nulla, avrebbe dovuto comunque essere annullata per vizi sostanziali (ad es. violazione di legge, violazione della *lex specialis*, insufficienza della motivazione e difetto dell'istruttoria), non suscettibili di essere emendati retroattivamente mediante la convalida;

d.3.) il ragionamento del Giudice di prime cure non scalfirebbe l'obiezione che la convalida commissariale non avrebbe potuto sopperire ai vizi sostanziali (di violazione di legge ed eccesso di potere) che avrebbero connotato il provvedimento del RUP e che erano stati denunciati con il primo motivo di ricorso e richiamati nel terzo motivo; sul punto sarebbe dirimente che il provvedimento del RUP ha prorogato il termine di partecipazione oltre la scadenza stabilita dall'avviso pubblico; la convalida commissariale del 3 aprile 2023, quindi, non avrebbe potuto limitarsi a rimuovere il vizio di incompetenza relativa ma avrebbe avuto la necessità di intervenire in senso modificativo sull'art. 9 dell'avviso pubblico (che fissava il

termine di invio delle offerte al 45° giorno successivo alla trasmissione degli inviti, cioè il 31.3.2023);

d.4.) la sentenza appellata avrebbe anche omesso di pronunciarsi in ordine alla censura con cui il RTI Unimed aveva denunciato il fatto che la convalida si era limitata a modificare l'art. 9 dell'avviso pubblico ma non anche la lettera di invito inviata ai concorrenti (e successive modificazioni) in cui era stato fissato in concreto il termine di partecipazione del 31.3.2023;

e) con il primo ricorso per motivi aggiunti il RTI Unimed ha impugnato per illegittimità derivata la sopravvenuta determina di aggiudicazione, la graduatoria (in cui il RTI Unimed era collocato al terzo posto) e tutti i verbali di gara;

f) sia il primo sia il secondo classificato in graduatoria (RTI Ansaldo e RTI Tecnomec) avevano beneficiato della proroga concessa dal RUP, sicché l'annullamento dei provvedimenti di proroga del termine di presentazione delle offerte avrebbe comportato l'illegittimità e il conseguenziale annullamento di tutti i successivi atti di gara nella parte in cui erano stati ammessi, in luogo di essere esclusi, gli operatori economici che avevano usufruito dell'illegittima proroga (il RTI Ansaldo ed il RTI Tecnomec, rispettivamente aggiudicatario e secondo classificato);

f.1.) la sentenza appellata ha rigettato, sul punto, i motivi aggiunti, richiamando le medesime ragioni di infondatezza già espresse a proposito del ricorso introduttivo e sarebbe quindi erronea anche in relazione a tale profilo alla luce dei precedenti motivi di appello; l'illegittimità dei provvedimenti di proroga vizierebbe anche i conseguenti provvedimenti recanti l'esito della gara, atteso che il RTI Ansaldo e il RTI Tecnomec avrebbero dovuto essere esclusi e la procedura avrebbe dovuto essere aggiudicata al RTI Unimed, quale migliore offerta presentata entro il termine ultimo di partecipazione del 31.3.2023;

g) il motivo autonomo di illegittimità inteso a domandare l'esclusione del RTI Ansaldo è stato rigettato per i seguenti motivi: *“Si appalesano, invece, inammissibili per carenza di interesse le censure proposte in via autonoma nei confronti del provvedimento di aggiudicazione (non conducenti alla rinnovazione della procedura), atteso che queste ultime sono dirette a contestare unicamente la posizione del R.T.I. primo graduato e, dunque, non soddisfano la necessaria prova di resistenza (essendo, il R.T.I. Unimed, terzo graduato). Dette censure sono, comunque, improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, tenuto conto della rilevata legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei confronti del R.T.I. Unimed”;*

g.1.) quanto esposto circa l'illegittimità dell'esclusione comminata ai danni del RTI Unimed dimostrerebbe l'erroneità del capo della sentenza sopra riportato;

g.2.) riguardo al superamento della prova di resistenza, il principio sarebbe inconferente in quanto:

g.2.1.) Unimed ha domandato l'esclusione, per motivi diversi, anche del RTI Tecnomec;

g.2.2.) l'esclusione di Ansaldo potrebbe comunque giovare alla ricorrente potendo indurre

l'Amministrazione a non procedere con lo scorrimento della graduatoria ma alla riedizione della procedura;

g.3) l'appellante chiede, pertanto, in riforma della sentenza appellata, di esaminare e accogliere il motivo di ricorso che si trascrive: *“In occasione della precedente procedura di gara relativa al medesimo appalto (annullata per l'assenza di offerte valide e di cui quella oggetto di causa rappresenta la riedizione), il RTI con capogruppo Consorzio Stabile Ansaldo New Clear e le mandanti Monsud s.p.a. e Fucina Italia s.r.l. è stato escluso da SOGIN per l'acclarata violazione del divieto di cui all'art. 24 comma 7 del D. Lgs. n. 50/2016. Si è accertato, infatti, che la mandante del raggruppamento Fucina Italia s.r.l. era partecipata al 30% dalla società S.R.S. s.r.l. che aveva redatto il 18% degli elaborati del progetto esecutivo messo a base di gara e che tali elaborati erano stati supervisionati ed approvati da un soggetto che ricopriva nel contempo il ruolo di Direttore Tecnico e Consigliere di Amministrazione di S.R.S. e quello di Consigliere di Amministrazione della stessa società Fucina Italia s.r.l.. Tale situazione ha indotto Sogin s.p.a. ad escludere il raggruppamento per violazione dell'art. 24 comma 7 D. Lgs. n. 50/2016 e per aver acquisito un ingiustificato vantaggio competitivo idoneo a falsare la concorrenza rispetto agli altri concorrenti. L'accesso a informazioni privilegiate non possedute dagli altri concorrenti, infatti, aveva consentito al RTI Consorzio Stabile Ansaldo New Clear-Monsud spa- Fucina Italia srl di beneficiare, in sede di predisposizione dell'offerta, del patrimonio informativo acquisito grazie alla prodromica attività di progettazione falsando il leale confronto concorrenziale. Dopo il ricorso proposto dal RTI, il provvedimento di esclusione è stato poi confermato in sede giurisdizionale dalla sentenza del TAR Basilicata, Sez. I, n. 464/2022 a cui ha fatto seguito la decisione conforme del Consiglio di Stato Sez. V, n. 511/2023. Il Giudice Amministrativo ha accertato che l'attività progettuale prodromica all'indizione della gara svolta per conto di Sogin ha compreso la redazione di documenti attinenti all'offerta economica, di prezziari, delle liste delle lavorazioni e dei computi metrici dei lavori relativi alle categorie OG9, OS18, OS4 e OS30 e, tra le altre cose, ha avuto ad oggetto anche n. 6 schede analisi prezzi che non sono mai state messe a disposizione di nessun altro concorrente. Ciò premesso, occorre osservare che il RTI aggiudicatario, ad eccezione di Fucina Italia s.r.l., ha la stessa composizione del raggruppamento escluso dalla precedente procedura di gara. Anche se la mandante Fucina Italia non compare più nella compagine attuale del raggruppamento, l'offerta presentata in gara, in relazione ai profili sopra evidenziati, è comunque rimasta la stessa. Ne consegue che il vantaggio competitivo illegittimamente acquisito da Ansaldo e Monsud non è venuto meno per il solo fatto di aver rinunciato formalmente all'apporto della ex mandante Fucina Italia in occasione della nuova procedura di gara. E' evidente, infatti, che il patrimonio di conoscenze illegittimamente acquisito in occasione della precedente partecipazione da Ansaldo e Monsud è rimasto intatto ed avrebbe dovuto condurre anche in questa occasione all'esclusione del raggruppamento dalla procedura. Basti pensare, infatti, che il progetto esecutivo a base di gara è rimasto lo stesso ed anche l'offerta tecnica del RTI appare la stessa. Come rilevato dal TAR Basilicata e dal Consiglio di Stato nelle sentenze sopra citate, inoltre, il RTI Ansaldo-Monsud-Fucina Italia conosceva (e, quindi, Ansaldo e Monsud conoscono tuttora) “le schede analisi prezzi” redatte in fase di progettazione e non rese pubbliche agli altri operatori. Tale conoscenza privilegiata rispetto agli altri operatori, permanendo tuttora, integra un illegittimo vantaggio competitivo in capo alle società componenti il raggruppamento aggiudicatario che deve condurre alla loro esclusione anche nella gara presente. Tale conclusione inevitabile trova conforto in quanto ha*

*già avuto modo di osservare autorevolmente il Consiglio di Stato nella sentenza n. 511/2023, con considerazioni che restano valide anche adesso, stante la parziale identità soggettiva del raggruppamento aggiudicatario rispetto a quello escluso dalla gara precedente e permanendo la medesima asimmetria informativa a danno degli altri operatori economici concorrenti: “Infine, l’asimmetria informativa come sopra realizzata in riferimento alle “schede analisi prezzi” non pubblicate, che l’appello riferisce essere state redatte non solo sulla base dei prezziari pubblici di riferimento ma anche in ragione di informazioni reperite sul mercato, non può dirsi scongiurata alla luce delle più puntuali argomentazioni svolte in appello, in quanto se è vero che ciascun concorrente elabora la propria offerta economica sulla base delle proprie valutazioni, è parimenti vero che l’approfondita conoscenza delle condizioni di mercato nelle quali essa si deve necessariamente innestare, conseguente alle informazioni come sopra reperite, non può non determinare un vantaggio nelle relative scelte, né, all’evidenza, la pubblicazione dei criteri di predisposizione può ritenersi equivalente alla pubblicazione delle schede in parola”. Per le ragioni sopra espresse, quindi, l’impugnato provvedimento di aggiudicazione (unitamente agli altri indicati in epigrafe) è illegittimo e deve essere annullato, poiché il RTI Ansaldo-Monsud avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura”;*

h) in primo grado si era denunciato che nel terzo avviso del 27 marzo 2023 (dunque, 4 giorni prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte) Sogin aveva svelato, sia pure in modo indiretto, l’identità di almeno due soggetti invitati alla procedura negoziata avendo scritto che: *“Alla data del 10 marzo 2023 Sogin S.p.A. ha ricevuto nr. 3 (tre) richieste di proroga del termine di presentazione dell’offerta. Tra i richiedenti non risultavano gli operatori che avevano presentato offerta alla precedente gara esitata con la mancata aggiudicazione...”;*

h.1.) poiché alla precedente gara avevano presentato offerta solo due soggetti, vale a dire il RTI ricorrente e il RTI con capogruppo il Consorzio Stabile Ansaldo New Clear, sarebbe pacifico che Sogin ha reso noti anzitempo i nominativi di alcuni dei soggetti invitati alla procedura negoziata;

h.2.) tale comunicazione violerebbe il divieto, stabilito dall’art. 53, commi 2 lett. b) e 3 del d.lgs. n. 50/2016, di divulgare i nominativi dei soggetti invitati alla procedura negoziata fino alla scadenza dei termini di presentazione delle offerte, a garanzia di una valutazione imparziale e serena delle offerte e di impedire eventuali accordi anticoncorrenziali e comporterebbe l’illegittimità e il conseguente annullamento dell’atto che vi ha dato origine e in via derivata di tutti i conseguenti atti della procedura.

27. Le censure così sintetizzate, ribadite e precisate nella memoria depositata il 16 febbraio 2024, possono a questo punto essere esaminate.

28. Le questioni sottoposte all’esame del Collegio sono le seguenti:

- a) l’asserita lesione delle garanzie partecipative;
- b) l’esistenza dell’unico centro decisionale;
- c) gli asseriti vizi di omessa pronuncia della sentenza impugnata;

d) la legittimità del provvedimento di proroga;

e) le competenze del RUP e la convalida del Commissario straordinario di Sogin;

f) l'interpretazione dell'art. 24, comma 7 del d.lgs. n. 50/2016 e il caso concreto all'attenzione del Collegio;

g) il principio di segretezza dei concorrenti.

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

29.1. Il primo Giudice ha osservato, in modo condivisibile, che (...) *“il R.T.I. Unimed 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. secondo classificato)”*(...).

29.2. Sogin ha instaurato il contraddittorio che non ha avuto proficuo esito per una scelta della stessa appellante. 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.

29.3. Nella nota prot. 033356 del 21 giugno 2023 a firma del responsabile del procedimento per la fase di affidamento, si legge, tra l'altro:

a) (...) *“si rende preliminarmente necessario rammentare che il RUP dispone del legittimo potere di verifica sulla regolarità della procedura, anche dopo la fase di aggiudicazione e fino alla stipula del contratto, come pure dispone del potere di esercitare ogni forma di controllo sull'operato della Commissione giudicatrice, oltre che del potere di svolgere tutte le attività, anche non definite dal Codice, che non implicano l'esercizio di poteri valutativi, di competenza, invece, della Commissione giudicatrice”*;

b) *“Ciò posto, quanto agli elementi della Vs. offerta tecnica all'ordine della puntuale ns. richiesta di chiarimenti prot. Sogin n. 31793 del 14.6.2023, 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 del concorrente secondo classificato, a Voi peraltro già ostentata. Pertanto, occorre da parte del RUP ogni doveroso approfondimento del caso”*.

29.4. 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.

29.5. È da condividere quanto affermato da Sogin al punto 56 (pagine 16 e 17) della memoria depositata il 13 febbraio 2024, in particolare laddove si legge:

a) *“A nulla può valere, in senso contrario, il fatto che nelle richieste di chiarimenti che hanno*

*preceduto l'Esclusione manchi un richiamo puntuale dell'art. 80, co. 5 lett. m) del d.lgs. n. 50/2016 (...)*;

b) *“un operatore economico che ha partecipato ad una procedura di gara deve essere a conoscenza delle cause di esclusione dalla medesima ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016; deve parimenti osservarsi che i sollevati profili di presunta identità delle offerte possono notoriamente comportare l'esclusione ai sensi della lett. m) del co. 5 dell'articolo richiamato (oltre che ai sensi dell'art. 101 TFUE)”*.

29.6. 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.

30. Quanto al secondo 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).

30.1. 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, in base a un approccio sintetico, 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).

30.2. 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).

30.3. 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 distorsivo 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 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.

30.4. 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.

30.5. Tutte le considerazioni esposte nell'atto di appello (in particolare da pagina 16 a pagina 25) 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.

30.6. Peraltro, l'evidenza di talune circostanze è tale (per esempio la corrispondenza di parti dell'offerta tecnica presentata dal RTI Unimed con parti dell'offerta tecnica presentata dal RTI Tecnomec) da escludere in radice che le valutazioni compiute dalla stazione appaltante presentino profili di illogicità.

31. In ordine al terzo punto (gli asseriti vizi di omessa pronuncia della sentenza impugnata) va osservato quanto segue.

31.1. L'appellante sostiene che la sentenza sia viziata da omessa pronuncia (pagina 25 del ricorso in appello, censura sub A.2. e, con riferimento alla censura sub B.2., pagina 32 del ricorso).

31.2. Nel processo amministrativo l'omessa pronuncia, da parte del giudice di primo grado, su censure e motivi di impugnazione costituisce tipico errore di diritto, deducibile in sede di appello sotto il profilo della violazione del disposto di cui all'art. 112 c.p.c., che è applicabile al processo amministrativo con il correttivo secondo il quale l'omessa pronuncia su un vizio del provvedimento impugnato deve essere accertata con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, cosicché essa può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo d'impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile (*ex multis*, Consiglio di Stato sez. III, 1° giugno 2020, n. 3422); nel caso qui esaminato, la decisione di segno contrario risulta dal compiuto esame delle censure che il TAR ha sicuramente effettuato nella motivazione della sentenza.

31.3. Ad integrare gli estremi del vizio di omessa pronuncia non basta la mancanza di un'espressa statuizione del giudice, ma è necessario che sia stato completamente omissivo il provvedimento che si palesa indispensabile alla soluzione del caso concreto: ciò non si verifica quando la decisione adottata comporti la reiezione della pretesa fatta valere dalla parte, anche se manchi in proposito una specifica argomentazione, dovendo ravvisarsi una statuizione implicita di rigetto quando la pretesa avanzata col capo di domanda non espressamente esaminato risulti incompatibile con l'impostazione logico-giuridica della pronuncia (Consiglio di Stato sez. V, 25 marzo 2024, n. 2821).

32. In ordine al quarto punto (la legittimità del provvedimento di proroga), data la manifesta infondatezza della censura, sono sufficienti le seguenti considerazioni.

32.1. La proroga è stata debitamente motivata. Si legge nel quarto avviso agli operatori economici: *"Visti gli obiettivi pro-concorrenziali che Sogin SpA si è posta e intende perseguire in ordine alla procedura de qua, attinta dai poteri derogatori attribuiti all'Organo Commissariale dal decreto-legge n. 73/2022, tenuto sempre conto che questa Stazione Appaltante si avvarrà della facoltà acceleratoria di ricorso alla c.d. 'inversione procedimentale', si avvisa, nella consapevolezza della elevata e particolare complessità tecnica che caratterizza la procedura medesima, che, sentito il Commissario, viene concessa la proroga del termine di cui all'art. 9 dell'Avviso pubblico, così che, per la presentazione delle rispettive offerte, gli operatori avranno tempo sino al 14 aprile 2023 (ore 14:00)"*.

32.2. I termini stabiliti per presentare un'offerta devono essere sufficienti per consentire alle imprese di procedere a una valutazione pertinente. Le stazioni appaltanti devono tenere conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte. Esattamente quello che ha fatto la stazione appaltante nel caso qui esaminato.

33. Quanto al quinto punto (le competenze del RUP e la convalida del Commissario straordinario di Sogin) vanno svolte le seguenti considerazioni.

33.1. Intanto, non sussiste alcuna nullità del provvedimento di proroga. Il primo Giudice ha perfettamente colto la questione facendo applicazione di pacifica giurisprudenza secondo cui il

vizio di nullità per difetto assoluto di attribuzione ex art. 21-*septies* della L. n. 241/1990 è configurabile solo nei casi estremi in cui un atto non può essere radicalmente emanato da un'Autorità amministrativa, che non ha alcun potere nel settore, neppure condividendone la titolarità con un'altra amministrazione.

33.2. La nullità del provvedimento prevista dall'art. 21 *septies* l. n. 241/1990 è di carattere eccezionale e il conseguente difetto assoluto di attribuzione ricorre solo nel caso in cui la pubblica amministrazione eserciti un potere privo della base normativa legittimante (tra le tante, Consiglio di Stato sez. II, 14 gennaio 2022, n. 272).

33.3. Quanto alla convalida, è sufficiente ricordare che essa è il provvedimento con il quale la pubblica amministrazione interviene su un provvedimento amministrativo viziato e, come tale, annullabile, emendandolo dai vizi che ne determinano l'illegittimità (Consiglio di Stato sez. V, 22 agosto 2023, n. 7891).

34. In ordine al sesto 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”*.

34.1. 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).

34.2. 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.).

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

34.4. 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.

34.4.1. 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.

34.5. 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.

35. In ordine al settimo punto (il principio di segretezza dei concorrenti) vanno svolte le seguenti considerazioni.

35.1. Il TAR ha affermato che la contestata comunicazione della stazione appaltante del 10 marzo 2023 *“si appalesa del tutto inidonea a violare il principio di segretezza di cui all'art. 53 del D.lgs. n. 50/2016”*. La statuizione è da condividere tenuto conto che la censura è del tutto fuori fuoco rispetto all'ambito di applicazione della disposizione che si assume violata.

36. 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. Possono essere compensate nei riguardi di Tecnomec Engineering s.r.l.

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. 552/2023.

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. Spese compensate nei confronti di Tecnomec Engineering s.r.l.

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

Fra le questioni più dibattute rientrano quelle afferenti alle **cause di esclusione degli aspiranti aggiudicatari**, disciplinate dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, oggi sostituito da un *corpus* di norme, composto da cinque articoli (artt. 94-98) nel nuovo Codice degli appalti, d.lgs. n. 36/2023.

In particolare, l'**art. 80, comma 5, lettera m**, del d.lgs. n. 50cit., prevedeva l'esclusione, **facoltativa**, dalla gara dell'operatore economico ***che si trovasse rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.***

La norma è oggi stata ripresa **dall'art. 95, lettera d**, del nuovo Codice, rubricata "**Cause di esclusione non automatiche**", il quale stabilisce 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**".

La **differente formulazione della norma**, secondo quanto spiegato nella Relazione Illustrativa al Codice, **tiene conto dell'art. 57, par. 4, lett. d) della direttiva e della giurisprudenza della Corte di Giustizia.**

Invero, in forza dell'art. 57, par. 4, lett. d), cit., l'amministrazione deve **disporre di "indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici al fine di falsare la concorrenza"**, mentre la Corte di Giustizia ha sottolineato che l'amministrazione deve **valutare il concreto impatto, in termini di influenza, del comportamento dei soggetti che hanno presentato le offerte sulla procedura di gara.**

Il legislatore del nuovo Codice degli Appalti ha preferito una soluzione intermedia, **ritenendo di qualificare gli elementi probatori di cui l'amministrazione deve essere in possesso al fine di valutare la ricorrenza della circostanza escludente in esame nel senso di richiedere che siano rilevanti e non solo plausibili**, come richiesto dalla Direttiva, **escludendo** tuttavia che la stazione appaltante abbia **l'onere di verificare in concreto l'impatto del concordamento nell'offerta sulla specifica gara**, come invece propugnato dalla Corte di Giustizia.

Allo stesso modo ha mantenuto la imputabilità degli accordi tra più operatori economici ad un unico centro decisionale, che ha influenzato il contenuto delle offerte.

La sentenza in commento conferma il consolidato orientamento giurisprudenziale, formatosi sotto la vigenza dell'abrogato art. 80, comma 5, lettera m, del d.lgs. n. 50/2016, affermando che: *"Quanto all'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), D.L.vo 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 c.c., 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"* (Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2022, n. 48; *Id.*, 5 agosto 2021, n. 5778; *Id.*, 15 aprile 2020, n. 2426).

**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, in base a un approccio sintetico, 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, Cons. Stato, Sez. V, 14 dicembre 2021, n. 8340).

La sentenza è interessante anche nella parte in cui sottolinea come *“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”*.

Ancora una volta si sottolinea come la tendenza normativa **“a voler configurare un “rapporto” di tipo orizzontale tra cittadini e pubblica amministrazione”, se genera in capo alla seconda doveri di protezione o, secondo taluni, obblighi correlati a diritti soggettivi, parimenti comporta anche una più marcata responsabilizzazione dei primi, sia in seno al procedimento che con riguardo al processo”**. (Cons. Stato, Sez. III, n. 10744 del 13/12/2023)