Pubblicato il 16/01/2023

N. 00511/2023REG.PROV.COLL.
N. 05852/2022 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 5852 del 2022, proposto da

Consorzio Stabile Ansaldo New Clear e Monsud s.p.a., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Francesco Sciaudone, Bernardo Giorgio Mattarella, Flavio Iacovone e Cristiano Chiofalo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia, e da Fucina Italia s.r.l., rappresentata e difesa prima dagli avvocati Francesco Sciaudone, Bernardo Giorgio Mattarella, Flavio Iacovone e Cristiano Chiofalo, poi dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci e Massimo Nunziata, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Sogin Società Gestione Impianti Nucleari per Azioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difesa dall'avvocato Giorgio Vercillo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata (Sezione prima) n. 464/2022, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sogin Società Gestione Impianti Nucleari per Azioni;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 12 gennaio 2023 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Vagnucci e Vercillo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La costituenda associazione temporanea di imprese tra la mandataria Consorzio Stabile Ansaldo New Clear (consorziata designata Ansaldo Nucleare s.p.a.) e le mandanti Monosud s.p.a. e Fucina Italia s.r.l., una delle due partecipanti alla procedura aperta indetta da Sogin s.p.a. il 30 agosto 2021 per l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dei lavori di realizzazione dell'impianto di cementazione prodotto finito presso il sito Sogin ITREC di Trisaia, veniva esclusa dalla gara con provvedimento 15 aprile 2022 per la sussistenza della causa di incompatibilità di cui all'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016.

La norma dispone che: "*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".

Il provvedimento di esclusione evidenziava:

- che la mandante Fucina Italia, in sede di partecipazione alla gara e in relazione alla dichiarazione, richiesta a pena di esclusione, di insussistenza della causa di incompatibilità *ex* art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016, aveva dichiarato che S.R.S. s.r.l., sua socia di minoranza (30%), aveva espletato attività strumentali, di consulenza e di ausilio nell'ambito della progettazione delle opere oggetto di appalto;
- che ai fini dell'accertamento della eventuale sussistenza di cause ostative all'ammissione alla procedura, il seggio di gara competente alla verifica della documentazione amministrativa presentata dai concorrenti aveva rimesso la valutazione della predetta dichiarazione al responsabile del procedimento in fase di affidamento;
- che questi aveva richiesto precisazioni sull'effettivo ruolo svolto da S.R.S. nella predisposizione della documentazione di gara al responsabile del procedimento in fase di progettazione di Sogin, che aveva comunicato che "*i) la S.R.S. 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), ha inoltre realizzato la modellazione 3D e parte dei documenti integrativi multidisciplinari"; ii) il contributo percentuale degli elaborati prodotti dalla S.R.S. è circa il 18% del totale*";
- che detti elaborati erano stati poi approvati dal direttore tecnico, consigliere di amministrazione e socio al 10% di S.R.S., che fino al 2 dicembre 2021 aveva rivestito anche la carica di consigliere di amministrazione di Fucina Italia;
- che, acquisite tali notizie, l'Ati era stata richiesta di chiarimenti atti a dimostrare, ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016, che l'esperienza acquisita nella predisposizione degli elaborati di cui sopra non fosse stata tale da determinare un vantaggio idoneo a falsare la concorrenza con gli altri operatori;
- che Fucina Italia, a mezzo di due comunicazioni, aveva denegato l'ottenimento di un tale vantaggio, anche evidenziando come gli elaborati in cui S.R.S. era intervenuta, con ruolo di mera esecutrice e prestatore del servizio per conto di Sogin, erano stati messi a disposizione di tutti gli operatori partecipanti alla gara;
- che il direttore della funzione ingegneria di Sogin, nuovamente richiesto di indicare, in relazione alle prime difese procedimentali di S.R.S., se l'attività svolta da questa fosse connessa in modo diretto alla redazione degli elaborati progettuali ricompresi nella documentazione di gara, aveva confermato che S.R.S. aveva partecipato alla loro preparazione con i contenuti e i contorni già dettagliati nella comunicazione precedentemente resa.

Alla luce di tutto quanto sopra, il provvedimento concludeva che le attività effettuate da S.R.S. in relazione alle opere oggetto di appalto erano qualificabili come attività di supporto alla progettazione, equiparate alla progettazione, con conseguente situazione di incompatibilità ai sensi dell'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016 della costituenda Ati con mandante Fucina Italia, partecipata da S.R.S., rispetto all'affidamento dell'esecuzione dell'intervento, da cui l'esclusione dalla procedura.

2. Consorzio Stabile Ansaldo New Clear, Monosud e Fucina Italia impugnavano l'esclusione davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, che, nella resistenza di Sogin, respingeva il ricorso con la sentenza *ex* art. 60 Cod. proc. amm. indicata in epigrafe e condannava le ricorrenti alle spese del giudizio.

3. Le tre società hanno appellato la predetta sentenza deducendo: 1) *Error in iudicando*; violazione e falsa applicazione dell'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016; omessa pronunzia; violazione e falsa applicazione dell'art. 112 Cod. proc. civ.; 2) *Error in iudicando*; violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 l. 241/1990, degli artt. 2, 24, 41, 97 e 113 Cost.; omessa pronunzia e ingiustizia manifesta; violazione e falsa applicazione dell'art. 112 Cod. proc. civ.. Hanno concluso

per la riforma della stessa, l'annullamento del provvedimento di esclusione e l'ammissione dell'Ati alla procedura.
Sogin si è costituita in resistenza confutando tutte le censure proposte.

4. Le prime memorie depositate dalle parti hanno fatto emergere che Sogin, dopo l'esclusione dell'Ati in parola:

- con due distinti atti del 13 giugno 2022, impugnati dalle interessate innanzi al Tar Lazio (n.r.g. 8459/2022 e 8427/2022), ha sospeso il Consorzio Ansaldo NewClear e Fucina Italia dal proprio sistema di qualificazione, sulla base della clausola del relativo regolamento per la quale possono essere sospese dal sistema le imprese che abbiano in corso contenziosi con la stazione appaltante;
- con provvedimento pubblicato il 22 luglio 2022, pure impugnato dalle appellanti innanzi al Tar Basilicata (n.r.g. 405/2022), ha dato atto della mancata aggiudicazione della procedura per cui è causa, non avendo l'unica offerta rimasta in gara a seguito dell'esclusione dell'ATI raggiunto il punteggio minimo prescritto dalla *lex specialis*;
- ha segnalato all'Anac la condotta di gara di Fucina Italia, riconnettendo l'esclusione a dichiarazioni mendaci, con conseguente avvio del relativo procedimento sanzionatorio;

5. Alla camera di consiglio del 25 agosto 2022 la domanda cautelare formulata in gravame è stata rinviata al merito stante la rinunzia ivi manifestata dalla parte appellante.

6. Nel prosieguo:

- con atti depositati il 4 e il 25 novembre 2022 Consorzio Stabile Ansaldo New Clear e Monsud hanno rappresentato di rinunziare all'appello, all'azione promossa con quest'ultimo, nonché a ogni diritto, interesse e pretesa dedotta e deducibile in relazione ai fatti di causa e ai provvedimenti impugnati;
- con atto depositato il 19 dicembre 2022 Fucina Italia si è costituita in giudizio a mezzo di nuovi difensori;
- con atto depositato il 20 dicembre 2022 gli originari difensori della parte appellante hanno esposto di aver rinunziato al mandato conferito da Fucina Italia;
- con documenti depositati il 22 dicembre 2022 Sogin ha fatto constare che Consorzio Stabile Ansaldo New Clear e Monsud hanno rinunziato anche al ricorso pendente davanti al Tar Basilicata, laddove Fucina Italia, a seguito dell'ordinanza interlocutoria n. 96/2022 pronunziata in quel giudizio, ha dichiarato il suo perdurante interesse alla decisione del gravame;
- con atto depositato il 27 dicembre 2022 Fucina Italia ha insistito per l'accoglimento dell'appello;
- con atto depositato il 27 dicembre Sogin ha sostenuto che i termini della rinunzia all'azione giudiziaria espressa da Consorzio Stabile Ansaldo New Clear e da Monsud rendono la residua impugnazione di Fucina Italia improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ad agire, perché, sul piano sostanziale, hanno determinato il venire meno sia dell'originaria Ati partecipante alla procedura e da questa esclusa, sia dei requisiti speciali di partecipazione di Fucina Italia, la quale non raggiunge singolarmente la cifra di affari richiesta in gara. Sul piano processuale, Sogin ha sostenuto che anche l'eventuale accoglimento dell'appello non sarebbe più utile per Fucina Italia, non potendo questa né essere riammessa alla procedura da sola né tanto meno aggiudicarsi la gara. Sogin ha soggiunto che a nulla varrebbe considerare il procedimento sanzionatorio *ex* art. 80 comma 12 d.lgs. 50/2016 pendente presso Anac nei confronti di Fucina Italia, stante la diversità e l'autonomia dell'oggetto dello stesso (verifica della sussistenza o meno della presentazione in gara da parte di Fucina Italia di falsa dichiarazione o falsa documentazione) rispetto a quello dell'odierno giudizio (legittimità dell'esclusione in ragione della sussistenza della ritenuta causa di incompatibilità);
- con atto depositato il 30 dicembre 2022 Fucina Italia ha confutato le argomentazioni di Sogin, esponendo la permanenza del suo interesse al ricorso stante l'evidente nesso di presupposizione logico-giuridica tra l'atto di esclusione dalla gara e il procedimento sanzionatorio;
- infine, il 3 gennaio 2021, Sogin ha depositato gli atti dell'avviso pubblico (GUE 30 dicembre 2022) volto all'individuazione e alla selezione degli operatori economici interessati a partecipare alla procedura negoziata *ex* art. 50 direttiva 2014/25/UE per l'affidamento dell'appalto misto di lavori, servizi e forniture per la realizzazione

dell'impianto di cementificazione prodotto finito già oggetto della procedura per cui è causa.

7. La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 12 gennaio 2023.

8. Come già accennato in fatto, con atti notificati alle altre parti costituite, le appellanti Consorzio Stabile Ansaldo New Clear e Monsud, ai sensi dell'art. 84 Cod. proc. amm., hanno rinunziato all'appello in esame, "*all'azione promossa con quest'ultimo, nonché a ogni diritto, interesse e pretesa dedotta e/o deducibile in relazione ai fatti di causa e ai provvedimenti impugnati*".

Il giudizio, con riferimento alle predette appellanti, va quindi dichiarato estinto ai sensi dell'art. 35 comma 2 lett. c) Cod. proc. amm..

9. La terza appellante Fucina Italia, come pure in fatto, ha invece confermato il suo perdurante interesse alla definizione dell'appello in relazione alla sorte del procedimento *ex* art. 80 comma 12 d.lgs. 50/2016 avviato da Anac nei suoi confronti.

Al riguardo, le questioni preliminari spiegate da Sogin circa la sussistenza delle condizioni per la tutelabilità in giudizio dell'interesse come sopra manifestato da Fucina Italia possono essere assorbite: l'appello è infatti infondato nel merito.

10. Queste le doglianze svolte in gravame.

10.1. Con il primo motivo, operata la ricostruzione del contenuto e della *ratio* dell'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016 sulla base della giurisprudenza amministrativa, si sostiene che la sentenza impugnata non abbia motivato sulla sussistenza nella fattispecie del presupposto soggettivo richiesto dalla norma, che è stato assunto sulla sola base del collegamento societario tra S.R.S. e Fucina Italia e dell'avvenuta redazione da parte della prima del 18% degli elaborati del progetto esecutivo dell'appalto.

In particolare, si lamenta che il Tar, nell'illustrare che il redattore dei predetti elaborati progettuali, è l'attuale direttore tecnico, consigliere di amministrazione e socio al 10% di S.R.S., ed era anche consigliere di amministrazione di Fucina Italia, carica da cui si è dimesso dopo la pubblicazione del bando della procedura in esame (30 agosto 2021) e poco prima della scadenza dell'originario termine di presentazione delle offerte (29 ottobre 2021), poi prorogato (17 dicembre 2021), non ha tenuto conto che la carica di consigliere di Fucina Italia era priva di deleghe, e che le dimissioni dalla stessa carica sono state presentate il 2 ottobre 2021, cioè due mesi e 15 giorni prima che l'Ati presentasse la propria offerta nella procedura *de qua*, a nulla rilevando l'originario termine previsto dalla *lex specialis*. Ne deduce che egli non avrebbe potuto in alcun modo partecipare alle attività di predisposizione dell'offerta stessa.

Ulteriormente, evidenziato che il Tar ha rilevato che il 30% delle azioni di Fucina Italia è detenuto da S.R.S., e pur ammettendo che l'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016, facendo riferimento alle società controllate, controllanti e collegate da individuarsi ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ., legittima la considerazione di un rapporto di collegamento tra Fucina Italia e S.R.S., si sostiene che detta circostanza, autonomamente considerata, non è sufficiente a integrare il presupposto soggettivo per l'applicazione della norma espulsiva. Si richiamano al riguardo i principi espressi in tema di divieto di partecipazione alla stessa gara di imprese in rapporto di collegamento sia dalla Corte di Giustizia (sentenza 19 maggio 2009, C-538/07) che da questo Consiglio di Stato (V, 1° luglio 2022, n. 5499), validi anche in riferimento alla fattispecie di cui all'art. 24 comma 7, alla cui luce, al fine di evitare automatiche restrizioni alla partecipazione alle gare pubbliche contrarie al diritto unionale, è sempre necessaria la prova che il rapporto di collegamento abbia avuto un impatto concreto nell'ambito della procedura ovvero sia idoneo a dimostrare la sussistenza in termini presuntivi dell'unicità del centro decisionale relativo alla partecipazione. Si soggiunge che tale condizione non ricorre nel caso di specie in quanto al momento della partecipazione alla gara *de qua*: nessun soggetto riconducibile a S.R.S. sedeva nel c.d.a. di Fucina Italia; l'unico soggetto astrattamente riconducibile a S.R.S. prima della predisposizione dell'offerta era il predetto consigliere di amministrazione, privo come detto di deleghe operative; anche precedentemente alle dimissioni dalla carica, nessuna scelta relativa alle modalità di partecipazione alle gare

poteva essere da questi compiuta, spettando le stesse all'amministratore delegato di Fucina Italia, al competente ufficio societario deputato alla gestione delle procedure di gara e alla relativa struttura di controllo articolata su più piani, come risulta sia dagli organigrammi depositati in giudizio, documenti ufficiali oggetto di istruttoria da parte degli organismi di attestazione SOA, che dalle direttive impartite dal direttore generale, che attribuiscono al medesimo le decisioni da assumere al riguardo, come anche quelle di agire in rete o associazione con altre imprese.

Si prosegue sostenendo che il Tar non si è avveduto della inesistenza anche del presupposto oggettivo. In particolare, considerata la *ratio* della norma (evitare che il progettista possa profittare della propria posizione per ingenerare una situazione di vantaggio a suo favore o in favore di una società controllata o collegata) si afferma che il Tar è incorso in un grave errore di valutazione, non rilevando che l'attività svolta da S.R.S. non era in grado di orientare le scelte della stazione appaltante in una direzione lesiva della concorrenza in quanto: S.R.S. ha svolto la propria attività dopo che Sogin aveva compiuto le scelte progettuali fondamentali in fase di redazione della progettazione definitiva vincolante; non vi è prova che il progettista, a prescindere dal ruolo svolto nelle attività di progettazione, abbia avuto accesso a informazioni riservate; il fatto che le attività prestate da S.R.S. siano riconducibili all'alveo delle attività di "supporto alla progettazione", che, al pari della attività di progettazione, rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016, nulla prova per quanto già sopra evidenziato in difetto di una valutazione ponderata sulle attività di volta in volta eseguite dal progettista; non vi è prova neanche del fatto che l'attività abbia consentito a S.R.S. di modificare il progetto in senso favorevole a Fucina Italia o che la stessa abbia avuto accesso a informazioni privilegiate, trattandosi di attività che sono consistite nel perfezionamento tecnico di un progetto già definito nel suo insieme e noto al mercato, di cui S.R.S. si è limitata ad aggiornare le parti progettuali, già mature a livello di progettazione esecutiva; tutte le informazioni nella disponibilità di S.R.S. e di rilievo ai fini della predisposizione dell'offerta sono state portate a conoscenza degli altri concorrenti, che hanno avuto un tempo più che congruo per esaminarli (108 giorni), elemento sul quale il primo giudice non si è in alcun modo soffermato (si richiamano al riguardo le linee guida Anac n. 1 e Cons. Stato, V, 5499/2022). L'unica eccezione è costituita da alcune "schede di analisi prezzi", che però sono il frutto di un'attività meramente compilativa effettuata sulla base di documenti pubblici (i prezziari di riferimento) e di informazioni reperite sul mercato, che non possono pertanto considerarsi riservate, e che sono peraltro desumibili da altri documenti di gara. Inoltre i relativi criteri di predisposizione erano conoscibili, essendo stati indicati in un apposito documento. Le stesse schede, anche qualora poste a base di gara, non avrebbero potuto garantire alcun vantaggio agli altri concorrenti, chiamati a effettuare una valutazione autonoma circa la sostenibilità dei prezzi posti a base della loro offerta, che non si fonda su calcoli di terzi e risente altresì delle costanti fluttuazioni del costo delle materie prime. Del resto, la mancata messa a disposizione di tutti i concorrenti di un documento visionato dal progettista rileva ai fini dell'applicazione dell'art. 24 comma 7 solo ove sia possibile dimostrare che il documento omesso sia indispensabile (specificatamente) per la risoluzione di eventuali asimmetrie informative (Cons. Stato, V, 5499/2022), condizione che si espone non ricorrere, come sopra, nella fattispecie.

10.2. Con il secondo motivo si lamenta che la sentenza non si sia espressa sulla censura relativa all'inadeguatezza del corredo motivazionale del provvedimento, che viene quindi riproposta. Si sottolinea che nel provvedimento di esclusione *ex* art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016 la motivazione ha particolare rilevanza, dovendo essa dimostrare la potenziale distorsione della concorrenza, e ciò alla luce della illustrata interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al diritto unionale da conferire alla norma, dimostrazione che non vi è stata, esprimendosi l'atto in termini meramente ipotetici. Si sostiene che il provvedimento sia incorso in confusione nell'illustrare i presupposti soggettivo e oggettivo della norma. Inoltre, il Tar non avrebbe considerato la possibilità di Sogin di fare ricorso, per risolvere il potenziale conflitto di interessi, ad altre misure meno intrusive della sanzione espulsiva, secondo quanto previsto dall'art. 57 comma 4 lett. e) della direttiva 2014/24/UE e suggerito dal parere n. 855/2016 reso dal Consiglio di Stato sul Codice dei contratti pubblici, questione sulla quale neanche il provvedimento si è espresso, non riferendo neanche

sulla eventuale impossibilità della loro adozione.

11. Passando all'esame delle questioni sollevate nell'appello, va innanzitutto rilevato come il gravame non contesti vari elementi posti a base del provvedimento gravato e in particolare:

- la sussistenza di un rapporto di collegamento tra S.R.S., società che ha svolto attività di supporto alla progettazione relativa all'intervento posto in affidamento nella gara per cui è causa, e Fucina Italia, società mandante dell'Ati concorrente alla stessa gara e da questa esclusa con il provvedimento di cui si discute, che è partecipata da S.R.S. nella misura del 30%. Il primo motivo anzi ammette che l'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016, facendo riferimento alle società controllate, controllanti e collegate da individuarsi ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ., legittima la considerazione della sussistenza del rapporto di collegamento tra le due considerate società;
- la parificabilità, ai sensi e per gli effetti dell'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016, dell'attività di supporto alla progettazione all'attività di progettazione;
- la individuazione degli elaborati concretanti l'attività di supporto alla progettazione svolta da S.R.S. [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); modellazione 3D e parte dei documenti integrativi multidisciplinari];
- la percentuale rappresentata da tali elaborati rispetto alla complessiva documentazione tecnica di gara, pari al 18%;
- l'approvazione degli stessi elaborati da parte del direttore tecnico, consigliere di amministrazione e socio al 10% di S.R.S., che precedentemente alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara in parola dell'Ati con mandante Fucina Italia era anche consigliere di amministrazione di questa;
- l'avvenuto esercizio da parte di Fucina Italia del proprio diritto di difesa procedimentale nell'ambito del contraddittorio che ha preceduto il provvedimento espulsivo.

Piuttosto si afferma che né il provvedimento impugnato né la sentenza gravata abbiano dimostrato il presupposto soggettivo dell'incompatibilità di cui all'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016, ovvero l'esistenza di un centro decisionale unico tra le due società comportante quel rapporto osmotico e quello scambio continuo di informazioni che consente di ritenere la concertazione delle decisioni relative alla partecipazione alla procedura di gara e quindi la verosimiglianza dell'ipotesi che le informazioni privilegiate acquisite dal progettista siano state condivise con l'aspirante appaltatore ai fini del loro utilizzo nella predisposizione dell'offerta, in danno degli altri concorrenti.

Ancora più a monte, sotto il profilo oggettivo, si contesta poi che il progettista, svolgendo le predette attività di supporto alla progettazione, possa avere acquisito informazioni privilegiate, sostenendosi che anche tale aspetto non sia stato adeguatamente valutato dalla stazione appaltante e dal Tar.

12. La norma di rilievo per entrambe le predette contestazioni è l'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016, disposizione sostanzialmente corrispondente ai previgenti art. 90 comma 8 e 8-*bis* del d.lgs. 163/2006 e art. 17 comma 9 l. 109/1994 (Cons. Stato, IV, 2 maggio 2011, n. 2650 e richiami ivi contenuti), nel testo già riportato in fatto, che si inserisce, come norma speciale, nel quadro della più generale tematica del conflitto di interessi disciplinata nel settore dei contratti pubblici dall'art. 42 d.lgs. 50/2016 (C.G.A.R.S., 30 settembre 2022, n. 972; Cons. Stato, V, 1° luglio 2022, n. 5499).

La *ratio* della previsione, da tempo chiarita dalla giurisprudenza, è quella di evitare che nella fase di selezione dell'appaltatore dei lavori sia "*attenuata la valenza pubblicistica della progettazione*" di opere pubbliche (Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n. 3656), e cioè che gli interessi di carattere generale alla stessa sottesi possano essere sviati a favore dell'interesse privato di un operatore economico, con la predisposizione di progetto "*ritagliato 'su misura' per quest'ultimo, anziché per l'amministrazione aggiudicatrice*" (Cons. Stato, V, 9 aprile 2020, n. 2333), e la competizione per aggiudicarsi i lavori risulti falsata - anche alla luce del maggior compendio tecnico-informativo disponibile al progettista - a vantaggio dello stesso operatore (Cons. Stato, V, 2 dicembre 2015, n. 5454). E' stato anche evidenziato, sotto altro

profilo, che il divieto normativo in parola si propone di assicurare le condizioni di indipendenza e di imparzialità del progettista rispetto all'esecutore dei lavori, condizioni 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*" (Cons. Stato, n. 3656/2012 e 2333/2020, cit.).

In tale prospettiva, è corretto affermare, come fa l'appello, che la norma non introduce una causa automatica e insuperabile di esclusione a carico del progettista coinvolto nella successiva fase esecutiva, determinando esclusivamente - a seguito dei correttivi introdotti in conseguenza della procedura d'infrazione europea Eu Pilot 4860/13/Markt e della modifica legislativa di cui alla l. 161/2014, all'epoca intervenuta sul d.lgs. 163/2006, con una novella sostanzialmente corrispondente al testo dell'attuale art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016 - un regime di "*inversione normativa dell'onere della prova*" (Cons. Stato, V, 14 maggio 2018, n. 2853).

Tanto per via dell'onere posto a carico dell'operatore economico di dimostrare che l'esperienza acquisita nell'espletamento dell'incarico di progettazione non abbia determinato un vantaggio tale da falsare la concorrenza con gli altri operatori in fase di gara (Cons. Stato, V, 9 marzo 2020, n. 1691), possibilità che deve essere necessariamente assicurata all'operatore (Cons. Stato, n. 2333/2020, cit.).

In altri termini, se non vi è un divieto partecipativo assoluto e aprioristico conseguente all'avvenuta predisposizione del progetto, bensì un necessario accertamento da eseguire nel caso concreto in ordine alla posizione di vantaggio goduta dal progettista (Cons. Stato, Comm. spec., parere 3 novembre 2016, n. 2285), vi è nondimeno una presunzione normativa d'incompatibilità che l'interessato deve ribaltare (Cons. Stato, V, n. 5499/2022, cit.).

E la posizione di vantaggio rilevante ai fini dell'alterazione del meccanismo concorrenziale che la norma dell'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016 mira a impedire è quello speso nell'espletamento della gara, quando il concorrente si sia potuto avvalere dell'apporto di conoscenze e di informazioni del progettista, al fine di predisporre un'offerta tecnica meglio rispondente alle esigenze e agli obiettivi della stazione appaltante (Cons. Stato, n. 2853/2018, cit.).

Può infine aggiungersi che, per le Linee guida Anac n. 1, n. 2.2, approvate con delibera n. 973 del 14 settembre 2016, e aggiornate con le delibere n. 138 del 21 febbraio 2018 e n. 417 del 15 maggio 2019, ai fini della prova *ex* art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016 idonea a superare la predetta presunzione, è "almeno necessario", in coerenza con quanto previsto per le consultazioni preliminari di mercato, che le stesse informazioni in possesso del progettista siano messe a disposizione di tutti gli altri candidati e offerenti, con la previsione di un termine per la ricezione delle loro offerte idoneo a consentire loro di elaborarle. La regola è stata condivisa da questa Sezione del Consiglio di Stato, che ha anche ritenuto a tale fine la congruità del termine di 35 giorni (n. 5499/2022).

13. Tanto chiarito, va rammentato che il vizio di omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado, laddove sollevato in appello, come nel caso di specie, sotto il profilo della violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ., oltre a richiedere un accertamento riguardante la motivazione della sentenza nel suo complesso e non dei suoi aspetti formali (Cons. Stato, V, 12 novembre 2020, n. 6973; 12 febbraio 2020, n. 1062), può, stante l'effetto devolutivo dell'appello, essere eliminato dal giudice di appello mediante l'integrazione della motivazione carente o, comunque, la decisione del merito della causa (tra tante, Cons. Stato, V, 10 marzo 2022, n. 5027; IV, 29 marzo 2021, n. 2611; VI, 22 gennaio 2021, n.666; V, 30 luglio 2020, n. 4856).

Per tali ragioni, per le motivazioni di cui in seguito, e tenuto ulteriormente conto del fatto che, nella specie, trattasi di una sentenza *ex* art. 60 Cod. proc. amm., norma che legittima all'avverarsi di determinate condizioni – la cui presenza nella fattispecie non è stata qui contestata – la definizione del giudizio in forma semplificata (forma che, per l'art. 74 dello stesso Codice "*può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme*"), le plurime censure sollevate in appello circa l'omessa valutazione da parte del Tar di alcune doglianze formulate nell'atto introduttivo del giudizio *de quo* non possono condurre alla riforma della sentenza gravata.

14. Parimenti, non possono trovare ingresso le censure relative alla asserita inadeguatezza motivazionale del provvedimento, sia sotto il profilo della struttura sintattica che quanto all'individuazione dei presupposti per l'applicazione dell'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016.

Il provvedimento risulta infatti lineare ed esauriente sia nell'illustrazione degli articolati passaggi del procedimento istruttorio seguito dalla stazione appaltante che nell'esplicitazione delle ragioni poste a base della decisione, che risultano in linea generale (e anche nello specifico, come meglio in seguito) coerenti con la previsione normativa applicata e gli arresti giurisprudenziali formatisi sulla stessa, e concludono indubitabilmente, fuori da qualsiasi ricostruzione ipotetica, per l'accertamento della condizione di incompatibilità regolata dalla previsione stessa.

15. Quanto invece alla questione, pure sollevata, della mancata considerazione da parte del provvedimento e del Tar di misure risolutive del potenziale conflitto di interessi meno intrusive della sanzione espulsiva, basti rilevare che neanche l'atto di appello indica quali misure alternative avrebbero potuto attagliarsi alla fattispecie.

E' del resto evidente la difficoltà della individuazione di dette misure: la soluzione teoricamente adeguata a ripristinare integralmente la *par condicio* dei concorrenti, ovvero l'elisione dalla documentazione di gara dei documenti redatti da S.R.S., si profila infatti impraticabile, considerato il numero e la valenza dei documenti stessi, sicchè non può assumere alcun rilievo il fatto che il provvedimento non abbia riferito circa l'impossibilità della loro adozione, che è *in re ipsa*.

16. Tanto chiarito, può passarsi allo stretto merito della questione.

17. Alla luce delle coordinate ermeneutiche di cui si è fatta dianzi rassegna, il Collegio rinviene nella fattispecie il requisito soggettivo di cui all'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016.

Al riguardo, rileva la oggettiva situazione di collegamento societario tra S.R.S. e Fucina Italia che, come detto, è ammessa anche in gravame, e che nel caso di specie è particolarmente stretta, in considerazione del fatto che:

a) il socio al 10% di S.R.S., rivestente le cariche di consigliere di amministrazione e direttore tecnico della società, è stato consigliere di amministrazione di Fucina Italia, partecipata da S.R.S. al 30%;

c) questi, nel periodo in cui ha fatto parte del c.d.a. di Fucina Italia, ha predisposto e autorizzato per conto di S.R.S. n. 103 elaborati tecnici della progettazione esecutiva e n. 6 stime d'ufficio, corrispondenti al 18% della documentazione tecnica della gara cui Fucina ha partecipato come mandante della costituenda Ati di cui in fatto.

Nel tentativo di confutare tali evidenze, che sono state bene messe in rilievo sia dal provvedimento impugnato che dal Tar, l'appello evidenzia che la carica rivestita dal predetto direttore tecnico nell'ambito di Fucina Italia era priva di deleghe, e che il medesimo si è dimesso dalla stessa il 2 ottobre 2021, ovvero due mesi e 15 giorni prima che l'Ati presentasse la propria offerta nella procedura per cui è causa.

Tali elementi però non sono idonei a indebolire la rilevanza del vincolo tra S.R.S. e Fucina ai fini per cui è causa.

In particolare, anche in disparte la segnalazione di Sogin circa le date in cui le predette dimissioni sono divenute efficaci (28 ottobre 2021) e iscritte nel registro delle imprese (2 dicembre 2021), la data di presentazione delle dimissioni (2 ottobre 2021), come rilevato dal giudice di prime cure, è comunque ben successiva alla pubblicazione del bando della procedura in esame, avvenuta il 30 agosto 2021.

Inoltre, è corretto anche il rilievo del Tar circa il fatto che le dimissioni sono intervenute "poco prima" della scadenza dell'originario termine di presentazione delle offerte (29 ottobre 2021), poi prorogato (17 dicembre 2021): la proroga in parola è stata disposta il 18 ottobre 2021, cioè dopo che l'ing. Genovese aveva rassegnato le dimissioni, sicchè non può dirsi, come fa l'appellante, che il termine originario di presentazione delle offerte non assuma rilevanza nella questione.

Ancora, le argomentazioni relative al fatto che la carica rivestita dal soggetto in parola nell'ambito del c.d.a. di Fucina Italia fosse priva di deleghe e che ogni decisione in tema di partecipazione alle gare pubbliche competesse ad altri organi della società non sono sufficienti a far escludere il concretizzarsi del divieto di cui all'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016: esse, per un verso, si pongono in contraddizione, depotenziandole, con le stesse difese svolte in gravame,

che alle dimissioni in parola conferiscono un indubbio rilievo, e, per altro verso, refluiscono in una evidente e indebita sottovalutazione del ruolo connesso all'incarico di componente del c.d.a. e, in definitiva, dello stesso *plenum*.

In altre parole, gli elementi considerati dalla stazione appaltante evidenziano indizi gravi, precisi e concordanti di una situazione di incompatibilità, che, come bene illustrato dal provvedimento e dal Tar, l'interessata non è riuscita a confutare, non fornendo la prova contraria richiesta dall'ultimo comma della norma applicata.

Del resto, la carenza di deleghe del mero componente del consiglio di amministrazione attesta in capo al medesimo il mancato compimento di scelte di amministrazione ma non la sconoscenza delle decisioni adottate dagli organi competenti, soprattutto laddove queste riguardino operazioni di sicura rilevanza, novero in cui può situarsi la partecipazione a una gara pubblica di un valore totale stimato quale quello per cui è causa (€ 34.277.891,39), e non può quindi radicare la prova della insussistenza di una osmosi informativa tra S.R.S. e il suo socio/consigliere di amministrazione/direttore tecnico, da un lato, e Fucina Italia, dall'altro, circa le scelte da intraprendersi da quest'ultima in ordine alla partecipazione alla gara. E ciò, come sembra avvedersi lo stesso atto di appello, è la questione qui saliente, non assumendo rilievo significativo il soggetto che dette scelte abbia poi concretamente compiuto nella domanda di partecipazione, potendosi avvalere di quella situazione di asimmetria informativa idonea ad alterare la *par condicio* dei concorrenti che il complessivo contesto della vicenda autorizza a ritenere sussistente.

Nulla aggiunge sulla questione la documentazione versata in atti in primo grado cui l'appello sul punto rimanda, che si limita a illustrare la struttura organizzativa e le modalità di azione di Fucina Italia.

18. Le conclusioni della sentenza appellata vanno condivise anche per quanto attiene il requisito oggettivo per l'applicazione dell'art. 24 comma 7 d.lgs. 50/2016.

Il giudice di prime cure ha segnalato che, contrariamente a quanto affermato dalle interessate nelle difese procedimentali, gli elaborati progettuali redatti da S.R.S. "*non consistono in una mera attività materiale, ma quantomeno in un'attività di supporto alla progettazione, cioè in un'attività espressamente contemplata dal quarto periodo dell'art. 24, comma 7, D.Lg.vo n. 50/2016*".

La predetta qualificazione, come già rilevato in precedenza, non è stata contestata.

L'appello si limita infatti ad affermare che l'attività svolta da S.R.S. non era in grado di orientare le scelte della stazione appaltante in una direzione lesiva della concorrenza, in quanto tale attività era stata compiuta sulla base delle scelte progettuali fondamentali assunte da Sogin in fase di redazione della progettazione definitiva vincolante.

Ma il rilievo non convince.

Assumono al riguardo valenza dirimente:

- le difese di Sogin, rimaste insuperate, che illustrano come il ruolo svolto da S.R.S. e dall'ing. Genovese nell'ambito della progettazione posta a base di gara non possa definirsi marginale, sia in considerazione del numero degli elaborati del progetto esecutivo posto alla base della procedura redatti da questi (103), sia tenuto conto del sotteso incarico, finalizzato a "verificare, aggiornare e, se necessario, produrre *ex-novo*" la documentazione relativa al progetto esecutivo stesso;
- l'ulteriore elaborazione e determinazione da parte di S.R.S. delle voci di alcuni prezziari, che è fatto pacifico;
- l'osservazione del Tar, rimasta insuperata, circa il fatto che l'attività progettuale in parola, comprendente 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, si riferisce alla parte dell'appalto che la mandante Fucina Italia si è impegnata a eseguire all'interno dell'Ati ("*con le quote rispettivamente del 31% dei lavori OG9, del 41% dei lavori OS18, del 100% dei lavori OS4 e del 6% dei lavori OS30*");
- la notazione del Tar, che trova espressa conferma nell'atto di appello, che le 6 "schede analisi prezzi" redatte da S.R.S. non hanno fanno parte della documentazione di gara messa a disposizione di tutti gli offerenti.

Tali elementi, singolarmente e nel loro complesso, sono bene idonei a far concludere che, contrariamente a quanto

affermato nell'appello, il progettista ha avuto accesso a informazioni rimaste riservate, acquisendo pertanto nell'occasione un patrimonio di conoscenze e informazioni idonee ad avvantaggiare la società collegata in sede di partecipazione di questa alla gara per l'affidamento dei lavori. Di contro, stante la mancata pubblicazione di tutti i documenti predisposti da S.R.S., non rileva l'adeguato lasso di tempo, invocato nell'appello, che gli altri operatori economici interessati hanno avuto per l'esame della documentazione di gara: il primo giudice, non considerando tale elemento temporale a favore delle ricorrenti, non è pertanto incorso in vizio di motivazione.

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.

19. In conclusione:

a) il giudizio in trattazione, con riferimento alle rinunzianti Consorzio Stabile Ansaldo New Clear e Monsud. s.p.a., va dichiarato estinto ai sensi dell'art. 35 comma 2 lett. c) Cod. proc. amm;

b) per quanto di interesse di Fucina Italia s.r.l., l'appello va respinto.

Le spese del grado in parte sono compensate tenuto conto dell'andamento del giudizio e in parte seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sulla causa di cui in epigrafe:

- dichiara estinto il giudizio per rinunzia, ai sensi dell'art. 35 comma 2 lett. c) Cod. proc. amm., quanto alle appellanti Consorzio Stabile Ansaldo New Clear e Monsud s.p.a.;
- respinge l'appello per quanto di interesse di Fucina Italia s.r.l..

Condanna Fucina Italia s.r.l. alla refusione in favore della parte resistente delle spese del grado, nell'importo pari a € 4.000,00 (euro quattromila/00); le compensa per il restante.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 12 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Anna Bottiglieri	**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

IL SEGRETARIO