

**Massima:** *L'art. 24, co. 7, stabilisce che “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 (primo inciso).*

*La stessa norma estende il divieto alle situazioni di controllo e collegamento nonché “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”.*

*Chiarisce, infine, che: “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”.*

*... allorché il soggetto abbia cooperato al progetto posto a base di gara, l'incompatibilità ingenera il conflitto di interesse, in quanto non si tratta più di assicurare una linea di continuità tra i livelli di progettazione, bensì di prevenire la lesione alla concorrenza, che produce il vantaggio acquisito dalla conoscenza degli atti progettuali.*

## **Sentenza T.A.R. Campania n. 1419 del 06/03/2023**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6095 del 2022, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:

Edilsaf s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore;

Costruzionitalia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore;

rappresentate e difesi dagli avvocati Eugenio Carbone e Antonio Ausiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Cira S.c.p.a. Centro Italiano Ricerche Aerospaziali, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Napoli alla Via G. Melisurgo n. 15;

***nei confronti***

Vincenzo Modugno s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Barbara Del Duca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Napoli alla Via Cesario Console n. 3; Agenzia per la Coesione Territoriale, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le Politiche di Coesione e Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria *ope legis* in Napoli alla Via A. Diaz n. 11;

***per l'annullamento***

*(quanto al ricorso introduttivo):*

- della determinazione dirigenziale n. CIRA-DTS-22-3767 del 28.11.2022, comunicata in pari data, recante l'esclusione delle ricorrenti dalla "*procedura negoziata per l'affidamento della progettazione definitiva, esecutiva ed esecuzione di lavori per la realizzazione dei tre corpi di fabbrica: Ceprocarn, Cintedi e Visitor Center del progetto Procarnida, sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica*", CIG 9354749715, con implicita revoca dell'aggiudicazione disposta in loro favore, e la contestuale aggiudicazione definitiva dell'appalto al concorrente controinteressato;

- della nota prot. n. CIRA-POO-22\_0644 del 29.10.2022, con cui le ricorrenti venivano invitate a fornire chiarimenti in ordine al sussunto conflitto d'interesse;
- di ogni altro atto ai precedenti connesso e/o conseguente, ivi inclusa – ove adottata – la determinazione dichiarativa dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva;
- ove occorra, per quanto di ragione, del disciplinare di gara;
- e per la declaratoria del diritto delle ricorrenti all'aggiudicazione della procedura negoziata, anche previa declaratoria d'inefficacia del contratto d'appalto ove stipulato, dichiarandosi sin d'ora l'interesse all'affidamento dei lavori, ovvero, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente monetario, da determinarsi in via equitativa;

*(quanto ai motivi aggiunti presentati il 27/12/2022):*

- della determinazione dirigenziale n. CIRA-DTS-CIRA-DTS-22-4075 del 21.12.2022, depositata dall'Amministrazione resistente il 23.12.2022, di aggiudicazione definitiva della procedura negoziata (CIG 9354749715 – CUP E49D22000570001) al concorrente Vincenzo Modugno s.r.l. Costruzioni - Restauri;
- di ogni altro atto al precedente connesso e/o conseguente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Cira S.c.p.a. Centro Italiano Ricerche Aerospaziali, della Vincenzo Modugno s.r.l., dell'Agenzia per la Coesione Territoriale, della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le Politiche di Coesione e del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2023 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO**

1.- Con determinazione CIRA-DTS-22-2541 del 4/8/2021 il Centro Italiano Ricerche Aerospaziali ha indetto una procedura negoziata, senza pubblicazione del bando e previa consultazione di almeno dieci operatori economici, per l'affidamento congiunto di progettazione definitiva, esecutiva ed esecuzione di lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnico-economica per la realizzazione dei tre corpi di fabbrica: CEPROCAM, CINTEDI e VISITOR CENTER, previsti nel progetto PROCAMIDA, dall'importo di € 5.252.632,11, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con contratto del 21/2/2022 veniva affidato a un professionista esterno (arch. Ferdinando Silvestro) l'incarico di *“supporto alla predisposizione della documentazione tecnico amministrativa richiesta nell'ambito della fase di progettazione definitiva ovvero esecutiva delle seguenti infrastrutture: Hangar linea volo CIRA (HLVC) Lotti 1 e 2, Visitor Center e Hangar CPC (Centro di Prototipazione di Materiali Compositi); fornire i rendering grafici per le suddette infrastrutture; interfacciarsi con gli Enti competenti per il rilascio di pareri e autorizzazioni urbanistiche”*.

Le ricorrenti partecipavano alla gara in R.T.I. e, all'esito della valutazione delle offerte, il raggruppamento era collocato nella prima posizione in graduatoria con punti 94,70, precedendo l'altro unico partecipante, Vincenzo Modugno s.r.l., che riportava il punteggio di 93,92.

A seguito di una segnalazione pervenuta, il CIRA avviava un procedimento di verifica dei requisiti di ordine generale, per accertare la circostanza e la valenza della partecipazione dell'ing. Lorenzo Delle Femine (Direttore Tecnico e

Amministratore Delegato della mandante Edilsaf) alle fasi di progettazione e predisposizione della documentazione tecnico/economica posta a base di gara, nonché di verifica preventiva del progetto di fattibilità e dei relativi computi metrici estimativi.

Pertanto, con nota del 29/10/2022 le Società ricorrenti venivano invitate a fornire elementi (in ordine all'ipotetica sussistenza di una causa di esclusione ex art. 80, co. 5, lett. c-*bis*), d) ed e), del d.lgs. n. 50/2016, per il ravvisabile vantaggio competitivo o il rinvenibile conflitto di interessi), utili a provare che:

1) l'esperienza acquisita dalla Edilsaf per il tramite del suo direttore tecnico e amministratore tecnico, nell'espletamento delle attività di progettazione, *“non sia stata tale da determinare un vantaggio competitivo allo stesso costituendo consorzio, che abbia potuto falsare la concorrenza con gli altri operatori nella elaborazione della offerta tecnica ed economica del procedimento di cui in oggetto”*;

2) l'intervento del personale della Società, per il tramite dello stesso ing. Delle Femine, *“nelle fasi di predisposizione degli atti di gara di cui in premessa non abbia potuto influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato del procedimento di gara in corso”*.

Ricevute le controdeduzioni fornite dalle ricorrenti il 4/11/2022, con il provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo il CIRA ha escluso il R.T.I. e aggiudicato la gara alla controinteressata.

Le società ricorrenti insorgono con tre motivi di ricorso, deducendo la violazione degli artt. 24, co. 7, e 42 del d.lgs. n. 50/2016, della Direttiva CE n. 24/2012 e del giusto procedimento, nonché dei principi di *par condicio* e ampia partecipazione e di buona amministrazione, oltre all'eccesso di potere per carenza di motivazione, difetto di istruttoria, arbitrarietà, travisamento dei presupposti di fatto e disparità di trattamento.

Con l'ultimo motivo è prospettata l'incostituzionalità delle richiamate norme del codice dei contratti pubblici, per contrasto con i principi di ragionevolezza e

uguaglianza, di libertà dell'iniziativa economica, di libera circolazione e di buon andamento della Pubblica Amministrazione (artt. 3, 16, 41 e 97 Cost.).

Sono altresì formulate le domande di cui in epigrafe e, in caso di impossibilità di reintegrazione in forma specifica, la domanda di risarcimento dei danni per equivalente.

Le ricorrenti hanno avanzato anche un'istanza istruttoria, per acquisire l'offerta tecnica ed economica del controinteressato, di cui all'istanza di accesso del 29/11/2022, disattesa dal CIRA, per insussistenza dell'interesse del concorrente escluso all'ostensione della documentazione.

Il Centro Italiano Ricerche Aerospaziali si è costituito in giudizio per resistere.

2.- Con motivi aggiunti le ricorrenti hanno impugnato, per illegittimità derivata, l'aggiudicazione definitiva, riproponendo i motivi di ricorso e le domande e richieste formulate.

Si è costituita in giudizio la controinteressata, depositando memoria e documentazione.

Anche il Centro Italiano Ricerche Aerospaziali ha esibito documentazione e prodotto memoria.

3.- All'udienza in camera di consiglio dell'11 gennaio 2023, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, è stata disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti del MEF, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dell'Agenzia per la Coesione Territoriale, come disposto dall'art. 12-*bis*, co. 4 del decreto-legge 16 giugno 2022, n. 68, convertito con legge 5 agosto 2022, n. 108 (trattandosi di intervento finanziato con le risorse previste dal PNRR).

Nel contempo è stata fissata l'udienza pubblica per la trattazione nel merito.

La parte ha integrato il contraddittorio con atto notificato il 12/1/2023.

Le Amministrazioni statali evocate si sono costituite in giudizio.

Le parti hanno prodotto memorie e, all'udienza pubblica del 22 febbraio 2023, la causa è stata assegnata in decisione.

## **DIRITTO**

1.- L'impugnato provvedimento di esclusione ricostruisce le circostanze che hanno indotto il CIRA a ravvisare l'esistenza, nel caso concreto, di una situazione di conflitto di interesse, per effetto della partecipazione dell'ing. Delle Femine (Direttore Tecnico e Amministratore Delegato della mandante Edilsaf), alle fasi di progettazione e predisposizione della documentazione tecnico/economica posta a base di gara, nonché di verifica preventiva del progetto di fattibilità e dei relativi computi metrici estimativi.

È fatto riferimento alle valutazioni dei responsabili del procedimento per le fasi di progettazione e di affidamento dell'appalto integrato, i quali *“hanno evidenziato la attiva e concreta partecipazione del predetto professionista alle attività progettuali di elaborazione del PFTE”* (pag. 4).

In dettaglio, i predetti responsabili del procedimento rappresentavano che:

a) l'ing. Delle Femine (collaboratore del tecnico incaricato dal CIRA, arch. Silvestro) inviava una mail al verificatore del CIRA in data 13/7/2022 nella quale, invitato a giustificare le stime economiche per le singole voci di prezzo per l'elaborazione del computo metrico estimativo poi posto a gara, dichiarava *“che le stime sono state effettuate da lui stesso in fase di progettazione attraverso indagini di mercato condotte personalmente sulla base della sua personale esperienza e dei legami con i propri fornitori e maggiorando alla fine il prezzo di una percentuale”* (relazione del RUP per la fase di affidamento, ing. Verde, del 27/10/2022);

b) nella mail del 13/7/2022 *“ci sono informazioni relative alla costruzione del prezzo NP6 prodotte dall'ing. Delle Femine che non sono state pubblicate in fase di gara”* (nota del RUP per la fase di progettazione, ing. Caristia, del 28/10/2022).

A sua volta il Verificatore del CIRA, ing. De Filippis, con nota del 25/10/2022:

- a) *“attestava che, anche nella fase di successiva verifica del PFTE svoltasi nel luglio 2022, vi era stata una concreta partecipazione dell’ing. Delle Femine, che aveva in più occasioni “illustrato” la composizione degli elaborati tecnici e dei relativi prezzi, stante l’assenza del Responsabile del Procedimento per le fasi di progettazione ed esecuzione interno del CIRA, Ing. Filomena”;*
- b) riferiva di numerosi contatti, mediante riunioni Teams, colloqui telefonici e scambi di e-mail, nel corso dei quali *“l’ing. Lorenzo Delle Femine ha dimostrato di avere dettagliata competenza sui contenuti di tutta la documentazione progettuale, tanto da fornire esaustiva risposta a tutti i rilievi e consentire la chiusura della verifica con esito positivo”;*
- c) esponeva che gli era stato indicato l’ing. Delle Femine, *“quale principale conoscitore degli elementi contenutistici della progettazione”.*

Raccolti i chiarimenti richiesti all’interessata, l’Ufficio Tecnico del CIRA raffrontava la documentazione prodotta dall’arch. Silvestro e dall’ing. Delle Femine con i documenti di natura tecnica della verifica del PFTE e con quelli poi posti a base di gara, rilevando *“in maniera inequivoca la assoluta identità della predetta documentazione tecnica, con esclusione di alcuni profili marginali di editing”* (pag. 8 del provvedimento).

Il RUP ing. Caristia richiedeva al verificatore altri riscontri, per poi concludere che: *“Come si evince dalla nota di De Filippis anche per la costruzione di altri nuovi prezzi sono state espresse dal Delle Femine considerazioni simili a quelle già espresse per l’NP6.”, così nella sostanza confermando l’analisi di tutti i Nuovi Prezzi effettuata in prima persona dal predetto tecnico”.*

2.- Con le censure articolate le Società ricorrenti contestano la ricostruzione dei fatti e le conseguenze che se ne fanno discendere.

2.1. Con il primo motivo è dedotto che l’art. 24, co. 7, del d.lgs. n. 50/2016 – nello stabilire che: *“i divieti di cui al presente comma sono estesi [...] agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti?”* – non è applicabile ai collaboratori, cosicché, avendo l’ing. Delle Femine cooperato con l’arch. Silvestro per la sola



verifica di elaborati del progetto di fattibilità, in via occasionale e senza un rapporto di subordinazione lavorativa, non può essere applicato nei suoi confronti un divieto non espresso dalla norma né previsto dalla legge di gara.

Contestano che l'amministrazione abbia valorizzato esclusivamente il profilo oggettivo dell'apporto fornito dal professionista, trascurando invece il dato rilevante dell'aspetto soggettivo prefigurato dalla norma.

Viene aggiunto che non soccorre l'art. 42 del d.lgs. cit. a fondare il divieto di esclusione, trattandosi di norma di programma volta a sollecitare le stazioni appaltanti a prevedere misure adeguate per contrastare il conflitto di interessi, senza poter essere invocata nella specie, dal momento che il CIRA non ha stabilito alcuna ulteriore specifica ipotesi di conflitto di interessi.

2.2. Il secondo motivo è volto a far valere l'irrilevanza dei presupposti di fatto valutati dal CIRA, soprattutto con riguardo alla neutralità del ruolo svolto dall'ing. Delle Femine e alla natura dell'attività a cui ha partecipato.

È disconosciuto che egli abbia espletato un'attività esorbitante dalle funzioni di mero supporto alla progettazione e partecipato attivamente alla fase di predisposizione e/o elaborazione del progetto di fattibilità posto a base di gara, essendosi limitato alla sola verifica dei documenti progettuali elaborati dal CIRA, senza assumere iniziative autonome.

In particolare per ciò che concerne la definizione dei nuovi prezzi, è affermato che la sua opera si è ridotta alla verifica delle stime attraverso elementari indagini di mercato, confrontandosi con i responsabili della stazione appaltante.

A riprova dell'assunto viene sottolineato che:

- erano lasciati ai concorrenti amplissimi margini nella formulazione dell'offerta, compresa la progettazione definitiva ed esecutiva e con facoltà di introdurre varianti migliorative, poiché gli elaborati progettuali contenevano solo elementi di *input* di generale conoscenza;

- ogni soggetto con esperienza nel ramo civile edile poteva acquisire la conoscenza delle stesse informazioni e formulare un'adeguata offerta, per un intervento di edilizia industriale ordinaria, con normali impianti (realizzazione di un capannone in cemento armato precompresso, di un'area laboratoriale in legno lamellare e di una piccola struttura in acciaio da adibire ad area espositiva e ricettiva), senza opere speciali né particolari strutture o macchinari e impianti innovativi;
- sotto il piano economico, il progetto conteneva un calcolo sommario della spesa, con l'obbligo di tener conto del prezzario del 2022, adeguandovi i prezzi, come imposto dall'art. 29 del decreto-legge n. 4/2022, convertito con legge n. 25/2022, e dall'art. 5 del disciplinare;
- l'ing. Delle Femine ha unicamente e limitatamente collaborato a questo documento, senza assumere alcun ruolo (neppure rivestito dall'arch. Silvestro) nel procedimento di realizzazione dell'opera per le successive fasi;
- i criteri di selezione dell'offerta tecnica privilegiavano aspetti concernenti l'organizzazione aziendale (43 punti su 70), attribuendo solo 27 punti per il miglioramento qualitativo delle opere.

Si considera pertanto che, in tale contesto, alcun vantaggio competitivo poteva derivare dalla conoscenza degli elementi del progetto di fattibilità, tant'è che l'offerta tecnica della controinteressata ha ottenuto un maggior punteggio proprio sugli elementi qualitativi (mentre le ricorrenti hanno prevalso per ciò che concerne l'organizzazione del cantiere e del lavoro).

Anche per ciò che concerne gli elementi economici del progetto di fattibilità, la circostanza che l'ing. Delle Femine abbia cooperato alla formulazione dei prezzi a base di gara non può aver determinato alcun vantaggio competitivo, poiché i "Nuovi Prezzi" (NP6 e NP4) riguardano strutture prefabbricate fornite sul mercato da pochi produttori, il cui prezzo è acquisibile in poche ore, trasmettendo telematicamente mediante sezione di progetto (e in tal senso si è adoperato l'ing.

Delle Femine), di tal che ciascun operatore interessato poteva avere indistintamente accesso alle stesse informazioni, avendo a disposizione ben 31 giorni per formulare l'offerta, per cui alcuna asimmetria informativa può ritenersi sussistente.

3.3. Nell'ultimo motivo è denunciato che l'estensione del divieto di affidamento al "collaboratore" nella fase di elaborazione dello studio di fattibilità introduce una disparità di trattamento, rispetto alla previsione dell'art. 23, co. 12, del d.lgs. n. 50/2016, in virtù del quale è consentito l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva al redattore del progetto preliminare.

L'art. 24, co. 7, del codice dei contratti pubblici è quindi sospettato di incostituzionalità, per contrasto con gli artt. 3, 16, 41 e 97 Cost. e gli enunciati principi di ragionevolezza e uguaglianza, di libertà dell'iniziativa economica, di libera circolazione e di buon andamento della Pubblica Amministrazione.

4.- Possono essere trattati congiuntamente il primo e il terzo motivo, accomunati dalle censure con cui le ricorrenti sostengono, sotto diversi aspetti, che nella specie non è configurabile la causa di esclusione di cui all'art. 80, co. 5, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016, non versandosi nelle ipotesi prese in considerazione dagli artt. 24, co. 7, e 42, co. 2, d.lgs. citato.

Ciò per le ragioni sopra illustrate, così riassumibili:

- la norma dell'art. 24 non si applica ai collaboratori dei soggetti affidatari di attività di supporto alla progettazione (ma solo ai loro dipendenti);
- la stazione appaltante non ha disciplinato alcuna ulteriore ipotesi di incompatibilità o conflitto di interessi;
- l'estensione del divieto ai collaboratori colliderebbe con la previsione dell'art. 23, co. 12, che consente al redattore della progettazione preliminare di partecipare alla gara, ponendo un'ingiustificata disparità di trattamento e, in tal caso, dovendosi dubitare della sua legittimità costituzionale.

Va ora detto che l'art. 80, co. 5, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016 prefigura una causa di esclusione, allorquando *“la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile”*.

Quest'ultima norma pone a carico delle stazioni appaltanti l'adozione di misure adeguate volte a prevenire situazioni di conflitto di interesse, per evitare distorsioni della concorrenza (primo comma), ne definisce la nozione e fa riferimento al personale della stazione appaltante o al prestatore di servizi per suo conto (secondo comma), pone altre regole sugli obblighi di comunicazione e astensione del dipendente, sull'estensione della disciplina anche alla fase di esecuzione e sulla vigilanza per il rispetto degli adempimenti prescritti (terzo, quarto e quinto comma).

L'art. 24, co. 7, stabilisce che *“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 (primo inciso)*.

La stessa norma estende il divieto alle situazioni di controllo e collegamento nonché *“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”*.

Chiarisce, infine, che: *“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”*.

4.1. Tanto esposto, va innanzitutto vagliata la censura con cui si afferma che l'art. 24, co. 7, cit. non si riferisce ai collaboratori dell'affidatario di un'attività di (solo) supporto alla progettazione.

L'assunto non può essere condiviso.

La norma pone un generale divieto a carico dei soggetti coinvolti, sia se si tratti di incarico per la progettazione, sia se esso concerni un'attività di supporto.

È pur vero che, solo nel primo caso, la norma fa testuale riferimento ai dipendenti e ai collaboratori dell'incaricato della progettazione, mentre per l'attività di supporto il riferimento è ai soli dipendenti.

Tuttavia, ciò non può valere a escludere dal novero dei soggetti destinatari del divieto il collaboratore dell'incaricato di un'attività di supporto alla progettazione.

È agevole replicare che ciò introdurrebbe una non plausibile differenziazione e potrebbe ingenerare una facile elusione del divieto, bastando introdurre rapporti di collaborazione con gli affidatari di attività di supporto alla progettazione, per escludere situazioni di conflitto di interesse che, oggettivamente considerate, non presentano significativi elementi di differenziazione.

Pertanto, deve ritenersi che la disposizione di legge ponga il divieto, espressamente per un verso, per l'incaricato della progettazione e i suoi collaboratori e dipendenti nonché, per altro verso, per l'affidatario dell'attività di supporto, i suoi dipendenti ed anche per i suoi collaboratori.

In effetti, questi ultimi debbono a loro volta qualificarsi quali affidatari, sia pur mediamente, di un'attività di supporto alla progettazione.

Pertanto, deve intendersi anche ad essi esteso il divieto di cui trattasi (ancorché la norma non abbia ravvisato la necessità della specificazione, che ha dettato espressamente per i dipendenti).

In altri termini, non è predicabile una lettura riduttiva della norma, che valga a introdurre un solco nella fissazione di un divieto che ha una portata ampia, per l'esigenza a cui assolve.

In tal senso, la giurisprudenza ha già posto in evidenza che la norma va letta estensivamente, essendo posta a presidio di principi ineludibili dell'azione amministrativa (benché riferito a diversa fattispecie, ossia alla locuzione “*personale*”, contenuta al primo comma dell'art. 42 cit., cfr. Cons. Stato, sez. V, 11/7/2017 n. 3415: “*Ritiene il Collegio – considerate anche le finalità generali di presidio della trasparenza e*

*dell'imparzialità dell'azione amministrativa – che bene il primo giudice abbia ritenuto che l'espressione “personale” di cui alla norma in questione vada riferita non solo ai dipendenti in senso stretto (ossia, i lavoratori subordinati) dei soggetti giuridici ivi richiamati, ma anche a quanti, in base ad un valido titolo giuridico (legislativo o contrattuale), siano in grado di validamente impegnare, nei confronti dei terzi, i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna”).*

Va da sé che la configurazione di un divieto posto direttamente dalla norma esclude l'ulteriore rilievo di parte ricorrente, secondo cui la mancanza di un'espressa previsione di legge avrebbe necessitato di una specifica disciplina, da parte della stazione appaltante, di ulteriori ipotesi di incompatibilità o conflitto di interessi.

4.2. Quanto al ravvisato contrasto con la previsione dell'art. 23, co. 12, del d.lgs. n. 50/2016 (che consente al redattore della progettazione preliminare di partecipare alla gara), occorre osservare che il rapporto “critico”, che fonda il divieto di partecipare alla gara per l'affidatario dell'incarico di progettazione o di un'attività di supporto (e, come si è visto, per i suoi collaboratori), non si pone se gli incarichi attengono a due livelli di progettazione.

Solo in tal caso, non è affatto esclusa ma anzi favorita la partecipazione del redattore di un precedente livello di progettazione all'elaborazione di quella definitiva, come emerge dall'art. 23, co. 12, cit., poiché lo svolgimento dell'incarico dal medesimo soggetto garantisce omogeneità e coerenza al processo (comma cit.).

Viceversa, allorquando il soggetto abbia cooperato al progetto posto a base di gara, l'incompatibilità ingenera il conflitto di interesse, in quanto non si tratta più di assicurare una linea di continuità tra i livelli di progettazione, bensì di prevenire la lesione alla concorrenza, che produce il vantaggio acquisito dalla conoscenza degli atti progettuali.

Pertanto, attesa l'operatività delle disposizioni in parola in ambiti completamente differenti e non sovrapponibili, non è configurabile alcuna disparità di trattamento e, in ragione di ciò, la prospettata questione di costituzionalità degli artt. 24, co. 7, e 42, co. 2, del d.lgs. n. 50/2016 è manifestamente infondata.

5.- Occorre passare ad esaminare le censure articolate nel secondo motivo, circa la natura dell'attività svolta in relazione alla configurazione dell'incarico affidato all'arch. Silvestro, il ruolo svolto quale collaboratore dall'ing. Delle Femine e, altresì, la sussistenza della situazione di conflitto di interesse, a fondamento della comminata esclusione.

5.1. Sotto il primo profilo, non può essere disconosciuto che l'ing. Delle Femine abbia cooperato all'elaborazione della documentazione progettuale posta a base di gara, risultando quest'ultima costituita proprio dal progetto di fattibilità tecnica ed economica, ai sensi di quanto previsto dall'art. 48, co. 5, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con legge 29 luglio 2021, n. 108 (che ha ammesso, per gli interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR, *“l'affidamento di progettazione ed esecuzione dei relativi lavori anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica di cui all'articolo 23, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016”*).

È pertanto smentito che il PTFE recasse solamente elementi di *input*, ravvisandosene piuttosto una completezza anche per tutti gli aspetti della progettazione da porre a base di gara, come peraltro manifestato dallo stesso ing. Delle Femine nel chiarire *“che il grado di dettaglio di tutta la progettazione doveva essere tale da conferire un aspetto simile ad un progetto definitivo e quanto più vicino ad un progetto esecutivo”* (mail del 13/7/2022: doc. 12 della produzione del CIRA del 5/1/2023).

5.2. Quanto alla valenza dell'attività espletata dall'amministratore unico e direttore tecnico della Edilsaf, premette il Collegio che il rinvenimento di una situazione di conflitto di interesse presuppone la verifica da assolvere in concreto (cfr.

C.G.A.R.S., 30/9/2022 n. 972: *“La giurisprudenza amministrativa esclude che il conflitto di interessi possa essere accertato in via astratta, richiedendo che sia accertato in concreto sulla base di prove specifiche (Cons. St., sez. V, 17 aprile 2019 n. 2511); conf., Cons. Stato, sez. III, 29/3/2022 n. 2309 e 26/3/2021 n. 2581).*

D'altro canto, l'art. 24, co, 7, del d.lgs. n. 50/2016 si fonda su una presunzione relativa, che ammette l'interessato a fornire la prova contraria (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1/7/2022 n. 5499, p. 2.3.2: *“la norma non introduce una causa automatica e insuperabile d'esclusione a carico del progettista coinvolto nella successiva fase esecutiva, bensì - a seguito dei correttivi introdotti in conseguenza della procedura d'infrazione europea Eu Pilot 4860/13/MARKT e della modifica legislativa di cui alla legge n. 161 del 2014, all'epoca intervenuta sul decreto legislativo n. 163 del 2006, con novellazione sostanzialmente corrispondente al testo dell'attuale art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 - determina un regime di “inversione normativa dell'onere della prova” (Cons. Stato, V, 14 maggio 2018, n. 2853). [...] In tale prospettiva, se non v'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 (cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., parere 3 novembre 2016, n. 2285), v'è nondimeno una presunzione normativa d'incompatibilità che si rende necessario ribaltare”*; conf., C.G.A.R.S., 30/9/2022 n. 972, cit.).

Venendo alla *ratio* della norma, in essa si contemplanò due esigenze concomitanti, volte a evitare che il soggetto possa avvantaggiarsi, quale concorrente, dalla posizione rivestita nella partecipazione alla progettazione e, nel contempo, che l'indipendenza e imparzialità del progettista possa essere compromessa dalla situazione potenzialmente conflittuale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1/7/2022 n. 5499, cit.: *“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 ad essa 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 risulta falsata - anche alla luce del maggior compendio tecnico-informativo disponibile al progettista - a vantaggio dello stesso operatore (cfr. anche Cons. Stato, V, 2 dicembre 2015, n. 5454). Sotto altro profilo, in termini generali, il divieto 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" (Cons. Stato, n. 3656 del 2012, cit.; n. 2333 del 2020, cit.)").*

Tali esigenze sono presidiate, a monte, dalla fissazione a carico della stazione appaltante di misure adeguate tese a prevenire ogni situazione di conflitto di interesse e, a valle, dalla comminatoria di esclusione del partecipante che versi in tale situazione, "non diversamente risolvibile" (art. 80, co. 5, lett. d), d.lgs. n. 50/2016).

5.3. Operata questa ricostruzione, prima di procedere all'esame degli elementi rilevanti nel caso di specie, deve invece escludersi che occorra anche l'emersione di un certo vantaggio competitivo, come assodato in giurisprudenza (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 20/7/2022 n. 6389, p. 6.3.2: "In merito poi alla prova di un effettivo vantaggio conseguito dalla società aggiudicataria è sufficiente richiamare la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in ordine al fatto che "quanto all'interesse rilevante per l'insorgenza del conflitto, la norma ... va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio" (cfr. Cons. Stato, V, 14 maggio 2018, n. 2853; id. III, 12 settembre 2019, n. 6150; id., V, 28 ottobre 2019, n. 7389). Si tratta di conclusione da condividere, dal momento che le previsioni sul conflitto di interesse sono norme "di pericolo", operando anche solo in

*presenza del pericolo di pregiudizio che può essere causato dalla situazione conflittuale (cfr. Cons. Stato, III, 20 agosto 2020, n. 5151 e id, V, 14 maggio 2020, n. 3048)”).*

5.4. Si può quindi passare alla disamina degli elementi ravvisati dal CIRA e posti a fondamento dell'esclusione.

La rassegna innanzi riportata (contenuta nell'articolata esposizione del provvedimento impugnato) mostra l'esistenza di un'effettiva partecipazione dell'ing. Delle Femine all'elaborazione di un complesso di atti progettuali, che hanno condotto lo stesso a possedere una cognizione pressoché completa dell'intera gamma dei profili rilevanti per i lavori di cui trattasi.

Significativa al riguardo è la detta mail del 13/7/2022, da cui si ricava che l'ing. Delle Femine avesse un ruolo centrale nella configurazione degli atti di gara, impiegando la sua attività per uno spettro ampio di lavorazioni e impianti (strutture di legno, impermeabilizzazione delle coperture, impianti, finiture e infissi, canalizzazione scarichi e pavimentazione: cfr. la mail cit.).

L'esperienza acquisita induceva pertanto l'ing. Delle Femine a garantire l'adeguatezza delle valutazioni economiche di mercato (cfr. nuovamente la citata mail: *“si è dato fondo a tutta la conoscenza, l'esperienza e ai contatti miei personali con altri operatori del settore civile-industriale tirando fuori cifre rispondenti ad una valutazione economica equa di mercato che consentisse, comunque, di operare un ripasso in sede di espletamento della gara d'appalto”*).

Avuto riguardo a ciò, si palesa corretta la valutazione del responsabile del procedimento per la fase di affidamento, ing. Verde, che nella sua relazione del 27/10/2022 postulava da ciò l'avvenuto accesso di Edilsaf *“a documenti o informazioni ulteriori rispetto a quelli pubblicati in gara”*, reputando che la Società (attraverso il suo amministratore unico e direttore tecnico) *“abbia inciso significativamente nella produzione di atti e informazioni sensibili non pubblicate (e non*

*pubblicabili) e forse non note neppure al CIRA stesso” (pag. 4 del provvedimento impugnato).*

A ciò si aggiunga l’affermata partecipazione, in prima persona, alla verifica del PFTE da parte dell’ing. Delle Femine che, come già innanzi riportato, *“aveva in più occasioni “illustrato” la composizione degli elaborati tecnici e dei relativi prezzi”* (in luogo del RUP per le fasi di progettazione ed esecuzione), interagendo con il verificatore sui contenuti specifici del progetto di fattibilità, dimostrando *“di avere dettagliata competenza sui contenuti di tutta la documentazione progettuale”*, siccome indicato *“quale principale conoscitore degli elementi contenutistici della progettazione”* (cfr. pagg. 6 e 7 del provvedimento).

Emerge da ciò che il CIRA ha adeguatamente e motivatamente vagliato la situazione in cui versava l’ing. Delle Femine il quale, indipendentemente dal ruolo formale di (mero) collaboratore dell’incaricato di attività di supporto alla progettazione, ha mostrato di aver assunto una funzione rilevante nella conformazione degli atti di gara, acquisendone in ogni caso l’anticipata conoscenza nella loro interezza.

Tale fattore ingenera l’insorgenza di un conflitto di interesse, rinvenibile *“quando il concorrente si sia potuto avvalere dell’apporto di conoscenze e di informazioni del progettista (esterno alla stazione appaltante e dalla stessa incaricato della redazione del progetto posto a base di gara) “al fine di predisporre un’offerta tecnica meglio rispondente alle esigenze ed agli obiettivi della stazione appaltante””* (Cons. Stato, sez. III, 14/1/2019 n. 355).

Le diffuse argomentazioni spese dalle ricorrenti non valgono a sottrarre decisività agli elementi riportati nel provvedimento, che sono stati validamente assunti dal CIRA per configurare nella specie l’esistenza di un conflitto di interesse.

Invero, le puntualizzazioni miranti a “sezionare” i vari aspetti tecnici ed economici, per dimostrare che l’ausilio dell’ing. Delle Femine non possa assurgere a elemento ostativo alla partecipazione della Edilsaf, recedono di fronte al quadro complessivo

che, mostrando piuttosto la centralità del ruolo rivestito, delinea con sufficiente grado di attendibilità l'esistenza di una posizione idonea a ritenere configurabile, nella specie, un conflitto di interesse che, altrimenti non risolvibile, ha legittimamente determinato l'esclusione del concorrente dalla gara.

Giova ripetere che non è necessario che si debba essere determinato un effettivo vantaggio concorrenziale e, altresì, che l'effetto contemplato (esclusione dell'impresa concorrente) opera per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare (cfr. Cons. Stato, sez. III, 14/1/2019 n. 355, cit.: *“la norma va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare, a salvaguardia della genuinità della gara da assicurare (non solo mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dal terzo comma, ma anche) attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione (cfr. Cons. Stato, V, 11 luglio 2017, n. 3415); peraltro, quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l'art. 80, comma 5, lett. d) dello stesso codice (di cui pure il secondo motivo d'appello denuncia la violazione) prevede, come extrema ratio, che sia l'operatore economico a sopportarne le conseguenze con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto”*; conf., Cons. Stato, sez. III, 20/8/2020 n. 5151, 29/3/2022 n. 2309 e 20/7/2022 n. 6389, citate).

Per le considerazioni che precedono il ricorso e i motivi aggiunti si rivelano infondati e vanno conseguentemente respinti.

6.- Infine, va ricordato che la parte ricorrente ha sollecitato l'esercizio dei poteri ufficiosi del giudice, mediante istruttoria volta ad acquisire la documentazione tecnica ed economica della controinteressata, la quale era stata richiesta con istanza di accesso, denegata dal CIRA, per insussistenza dell'interesse del concorrente escluso all'ostensione dell'offerta dell'altro concorrente.

In relazione alle motivazioni in precedenza rese, l'istanza istruttoria va evidentemente disattesa, non essendovi alcuna esigenza di acquisizione della documentazione richiesta.

In ogni caso, va precisato che, laddove l'istanza rivolta al Tribunale debba intendersi quale domanda incidentale di accesso ex art. 116, secondo comma, c.p.a., essa va dichiarata inammissibile, in quanto il concorrente che risulti legittimamente escluso non può vantare alcun interesse a conoscere le offerte degli altri concorrenti, poiché in nessun caso potrebbe aspirare all'aggiudicazione in proprio favore della gara.

7.- Alla stregua delle considerazioni che precedono, il ricorso e i motivi aggiunti vanno dunque respinti, conseguendone il rigetto di ogni domanda proposta e, altresì, la reiezione della domanda di risarcimento prospettata in via subordinata, non derivando alcun danno dall'espletamento dell'attività amministrativa di cui è sancita la legittimità.

Va dichiarata inammissibile l'istanza incidentale di accesso.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate, nella misura indicata nel dispositivo, in favore dell'Amministrazione resistente e del controinteressato, giustificandosene la compensazione tra le ricorrenti e l'Amministrazione statale.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge; dichiara inammissibile l'istanza incidentale di accesso.

Condanna le Società ricorrenti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, in solido tra loro, al pagamento delle spese di giudizio, così liquidate:

a) € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore della Cira S.c.p.a. Centro Italiano Ricerche Aerospaziali;

b) € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore della Vincenzo Modugno s.r.l.

Compensa per l'intero le spese di giudizio tra le ricorrenti e l'Agenzia per la Coesione Territoriale, la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le Politiche di Coesione e il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gianmario Palliggiano, Presidente FF

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

Domenico De Falco, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Giuseppe Esposito**

**IL PRESIDENTE**  
**Gianmario Palliggiano**