

N. 00962/2024 REG.PROV.COLL.

N. 02103/2023 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2103 del 2023, proposto da  
- Dromo S.r.l. Società unipersonale, in persona del legale rappresentante pro-tempore, in relazione alla procedura CIG 99192052EA, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alberto Colombo, Alessandro Gigli e Franco Gaetano Scoca ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Milano, Via Orti n. 3;

***contro***

- l'Agencia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa - Invitalia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giuseppe Lo Pinto e Fabio Cintioli e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

***nei confronti***

- MCI Infrastructures Engineering S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Sergio Caracciolo e Fausto Gaspari e

domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

- Agostino Maninetti, Giosuè Savoldelli e Francesco Serra, non costituiti in giudizio;

***e con l'intervento di***

ad opponendum:

- Automobile Club d'Italia - A.C.I., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Ulisse Corea e Francesco Saverio Marini ed elettivamente domiciliato presso lo studio degli stessi in Milano, Via Fratelli Gabba n. 6;

***per l'annullamento***

- del provvedimento datato 27 settembre 2023, prot. n. 277175, con cui il R.U.P. e il Responsabile Investimenti Pubblici di Invitalia S.p.A. hanno definitivamente aggiudicato la gara di appalto avente a oggetto «*Affidamento dei servizi tecnici di direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione per l'intervento di riqualificazione di alcuni sottopassi e del viale di ingresso da Vedano e riqualificazione della pavimentazione della pista di F1 e relative opere idrauliche da realizzarsi presso l'Autodromo Nazionale di Monza*» (CIG: 99192052EA - CUP: B57H22006380003 - codice CPV: 71330000) in favore del R.T.P. capeggiato da MCI Infrastructures Engineering S.r.l.;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso;

- e per il risarcimento del danno patito e patendo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa - Invitalia S.p.A. e di MCI Infrastructures Engineering S.r.l.;

Visto l'intervento ad opponendum dell'Automobile Club d'Italia - A.C.I.;

Vista l'ordinanza n. 1089/2023 con cui è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia;

Vista l'ordinanza n. 199/2024 con cui la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha confermato la pronuncia cautelare di primo grado;

Vista l'ordinanza presidenziale n. 25/2024 con cui è stata respinta l'istanza istruttoria depositata dalla parte ricorrente il 23 gennaio 2024, finalizzata a ottenere l'ordine, ai sensi dell'art. 65 cod. proc. amm., nei confronti di Invitalia S.p.A. di versare in giudizio copia degli atti interni alla Commissione giudicatrice riportanti i giudizi o i voti individuali sulla cui base sono stati elaborati i punteggi tecnici riferiti a ciascun sub-criterio dell'offerta tecnica della controinteressata MCI;

Vista l'istanza ex art. 116, comma 2, cod. proc. amm. depositata in giudizio dalla ricorrente Dromo S.r.l. in data 23 gennaio 2024, con cui è stata chiesta la condanna dell'Ente resistente all'esibizione in forma integrale e senza omissioni della documentazione richiesta in data 29 dicembre 2023;

Vista l'ordinanza n. 599/2024 con cui è stata dichiarata inammissibile la domanda formulata dalla ricorrente Dromo S.r.l., ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 13 marzo 2024, i difensori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## FATTO

Con ricorso notificato in data 28 ottobre 2023 e depositato il 31 ottobre successivo, la società ricorrente ha impugnato il provvedimento datato 27 settembre 2023, prot. n. 277175, con cui il R.U.P. e il Responsabile Investimenti Pubblici di Invitalia S.p.A. hanno definitivamente aggiudicato la gara di appalto avente a oggetto: «*Affidamento dei servizi tecnici di direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione per l'intervento di riqualificazione di alcuni sottopassi e del viale di ingresso da Vedano e riqualificazione della pavimentazione della pista di F1 e relative opere idrauliche da realizzarsi presso l'Autodromo Nazionale di Monza*» (CIG: 99192052EA - CUP: B57H22006380003 - codice CPV: 71330000) in favore del R.T.P. capeggiato da MCI Infrastructures Engineering S.r.l.; è stato chiesto altresì il risarcimento del danno.

La società Autodromo nazionale Monza - S.I.A.S. (Società Incremento Automobilismo e Sport) S.p.A., Ente strumentale dell'Automobile Club d'Italia (A.C.I.) e affidataria in house di quest'ultimo – fino al 31 dicembre 2028 – della gestione dell'Autodromo Nazionale di Monza, ha bandito tra il 2021 e il 2022 una pubblica gara per l'affidamento del servizio di «*progettazione definitiva ed esecutiva e [il] coordinamento della sicurezza in fase progettuale per l'intervento di riqualificazione della pavimentazione della pista di F1 e relative opere idrauliche*» (CIG 93088398F3, CUP H57H22001790005). L'appalto è stato aggiudicato con determina 22 novembre 2022, n. 463, al R.T.P. con mandataria MCI Infrastructures Engineering S.r.l., società di progettazione. Sulla scorta del progetto così redatto da MCI, nel giugno 2023, Invitalia S.p.A., investita da A.C.I. delle funzioni di centrale di committenza, ha bandito una nuova pubblica gara avente a oggetto l'affidamento dei «*servizi tecnici di direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione per l'intervento di riqualificazione di alcuni sottopassi e del viale di ingresso da vedano e riqualificazione della*

*pavimentazione della pista di F1 e relative opere idrauliche da realizzarsi presso l'Autodromo Nazionale di Monza»*; alla predetta gara hanno preso parte, unitamente ad altri tre operatori economici, Dromo S.r.l., quale mandante nell'ambito di un costituendo R.T.P., e MCI, mandataria di un altro costituendo R.T.P. La selezione, svolta tramite una procedura aperta con l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è stata aggiudicata al R.T.P. capeggiato da MCI, mentre il R.T.P. di cui faceva parte Dromo si è classificato al secondo posto. A giudizio di Dromo, la circostanza che MCI fosse il progettista incaricato dell'intervento di riqualificazione dell'Autodromo le avrebbe conferito un incommensurabile vantaggio competitivo su tutti gli altri concorrenti, poiché la conoscenza in via esclusiva del progetto esecutivo dei lavori da dirigere avrebbe determinato una vera e propria asimmetria informativa e un vantaggio rispetto agli altri concorrenti, tra cui la stessa Dromo.

Assumendo l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore del R.T.P. capeggiato da MCI Infrastructures Engineering S.r.l., la ricorrente ne ha chiesto l'annullamento, in primo luogo, per violazione del principio di par condicio, per violazione dell'art. 30 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, nonché di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, per violazione dei principi di par condicio e di retto confronto concorrenziale, per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), e) e f-bis), per violazione dell'art. 80, comma 12, del D. Lgs. n. 50 del 2016, per violazione dell'art. 10 del Disciplinare di gara, per violazione dell'art. 67 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e per eccesso di potere per difetto dei presupposti, illogicità, travisamento di fatto, carenza di istruttoria, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento e sviamento di potere.

Ulteriormente sono stati dedotti la violazione del principio di par condicio sotto altro profilo, la violazione dell'art. 30 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e dei principi di

economicità, efficacia, tempestività e correttezza, nonché di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, la violazione dei principi di par condicio e di retto confronto concorrenziale sotto altro profilo, la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis) ed e) sotto altro profilo, la violazione dell'art. 80, comma 12, del D. Lgs. n. 50 del 2016, la violazione dell'art. 10 del Disciplinare di gara, la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis) e l'eccesso di potere per difetto dei presupposti, illogicità, travisamento di fatto, carenza di istruttoria, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento e sviamento di potere sotto altro profilo.

Poi sono stati dedotti la violazione del principio di par condicio sotto altro profilo, la violazione dell'art. 95 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e dei principi anche eurounitari in tema di valutazione dell'offerta tecnica ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'eccesso di potere per illogicità manifesta, carenza di istruttoria, travisamento dei fatti, sviamento di potere e ingiustizia manifesta e la violazione di legge e l'eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione.

Infine, sono stati dedotti la violazione dell'art. 95 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e dei principi anche eurounitari in tema di valutazione dell'offerta tecnica ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sotto altro profilo, l'eccesso di potere per illogicità manifesta, carenza di istruttoria, travisamento dei fatti, sviamento di potere e ingiustizia manifesta e la violazione di legge e l'eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione.

Si sono costituite in giudizio l'Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa - Invitalia S.p.A. e MCI Infrastructures Engineering S.r.l., che hanno chiesto il rigetto del ricorso; è altresì intervenuto in giudizio, ad opponendum, l'Automobile Club d'Italia - A.C.I.

Con l'ordinanza n. 1089/2023 è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato ed è stata fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia; con l'ordinanza n. 199/2024, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha confermato la pronuncia cautelare di primo grado.

Con l'ordinanza presidenziale n. 25/2024 è stata respinta l'istanza istruttoria depositata dalla parte ricorrente il 23 gennaio 2024, finalizzata a ottenere l'ordine, ai sensi dell'art. 65 cod. proc. amm., nei confronti di Invitalia S.p.A. di versare in giudizio copia degli atti interni alla Commissione giudicatrice riportanti i giudizi o i voti individuali sulla cui base sono stati elaborati i punteggi tecnici riferiti a ciascun sub-criterio dell'offerta tecnica della controinteressata MCI.

Con istanza ex art. 116, comma 2, cod. proc. amm., notificata il 23 gennaio 2024 e depositata in giudizio dalla ricorrente Dromo S.r.l. in pari data, è stata chiesta la condanna dell'Ente resistente all'esibizione in forma integrale e senza omissioni della documentazione richiesta dalla medesima ricorrente in data 29 dicembre 2023, ovvero la «*Relazione unica*» prescritta dall'art. 19.2.1 del Disciplinare di gara, negata con nota del 9 gennaio 2024.

Con l'ordinanza n. 599/2024 è stata dichiarata inammissibile la domanda formulata dalla ricorrente Dromo S.r.l., ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm.

In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, i difensori delle parti hanno depositato memorie e documentazione a sostegno delle rispettive posizioni; in particolare, le difese di A.C.I., MCI e Invitalia hanno eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità della censura di violazione dell'art. 24, comma 7, del D. Lgs. n. 50 del 2016, dedotta per la prima volta nella memoria cautelare di Dromo e non contenuta nel ricorso introduttivo; la difesa di A.C.I. ha altresì dedotto

l'inammissibilità dei rilievi, evidenziati solo nella memoria della ricorrente e non anche nel ricorso introduttivo, secondo i quali il R.T.P. aggiudicatario, da una parte, si sarebbe potuto giovare di rilevanti dati di conoscenza, derivanti dal progetto definitivo completato prima della presentazione delle offerte, e, dall'altra, si sarebbe trovato in una posizione di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42, comma 2, del D. Lgs. n. 50 del 2016; la difesa della ricorrente ha controdedotto alle eccezioni preliminari formulate dalle difese delle controparti, deducendone l'infondatezza, e ha insistito per l'accoglimento del ricorso.

Alla pubblica udienza del 13 marzo 2024, il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto in decisione la controversia.

#### DIRITTO

1. Il ricorso non è fondato; ciò consente di prescindere dallo scrutinio delle eccezioni preliminari formulate dai difensori delle parti resistenti e dell'interveniente ad opponendum.

2. Con le prime due doglianze, da trattare congiuntamente in quanto strettamente connesse, si assume che il R.T.P. aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per aver omesso di riferire la circostanza che la propria mandataria aveva predisposto la progettazione degli interventi oggetto dell'appalto, così impedendo alla Stazione appaltante di adottare idonee misure compensative in grado di neutralizzare l'asserita rilevante asimmetria informativa rispetto agli altri concorrenti, aggravata dalla mancata consegna ad essi della copia del progetto esecutivo e dimostrata dagli espliciti riferimenti contenuti nell'offerta tecnica del Raggruppamento aggiudicatario.

2.1. Le censure sono complessivamente infondate.

Come già evidenziato nella parte in fatto, la società incaricata della gestione dell'Autodromo Nazionale di Monza, S.I.A.S. (Società Incremento Automobilismo e Sport) S.p.A., ha bandito, tra il 2021 e il 2022, una pubblica gara per l'affidamento del servizio di *«progettazione definitiva ed esecutiva e [il] coordinamento della sicurezza in fase progettuale per l'intervento di riqualificazione della pavimentazione della pista di F1 e relative opere idrauliche»*, aggiudicata con determina 22 novembre 2022 al R.T.P. con mandataria MCI Infrastructures Engineering S.r.l., società di progettazione; sulla scorta del progetto così redatto da MCI, nel giugno 2023, Invitalia S.p.A., investita da A.C.I. delle funzioni di centrale di committenza, ha bandito una nuova pubblica gara avente a oggetto l'affidamento dei *«servizi tecnici di direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione per l'intervento di riqualificazione di alcuni sottopassi e del viale di ingresso da vedano e riqualificazione della pavimentazione della pista di F1 e relative opere idrauliche da realizzarsi presso l'Autodromo Nazionale di Monza»*.

Il R.T.P. aggiudicatario, in sede di partecipazione alla gara per l'attività di direzione lavori, oggetto del presente contenzioso, non ha dichiarato che la propria mandataria aveva svolto in precedenza il ruolo di progettista dell'intervento, con violazione, secondo la prospettazione attorea, dell'art. 80, comma 5, lett. e, del D. Lgs. n. 50 del 2016 e della par condicio dei concorrenti.

L'art. 80, comma 5, lett. e, del D. Lgs. n. 50 del 2016, applicabile ratione temporis, dispone che *“le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora (...) una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67 non possa essere risolta con misure meno intrusive”*. L'art. 67, comma 1, del medesimo decreto, stabilisce che *“qualora un candidato o un offerente o un'impresa collegata a un candidato o a un offerente abbia fornito la documentazione di cui*

*all'articolo 66, comma 2, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice adotta misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso".*

In realtà, la tesi sostenuta nel ricorso, secondo la quale la pregressa attività di progettazione svolta dalla mandataria del R.T.P., ovvero MCI S.r.l., si collocherebbe nel perimetro di applicazione del citato art. 80, comma 5, lett. e, con conseguente necessità di esclusione di quest'ultima dalla gara per distorsione della concorrenza derivante dal suo precedente coinvolgimento nella preparazione della procedura d'appalto, non è condivisibile.

Prima dell'esame della censura nel merito, deve innanzitutto richiamarsi il condivisibile orientamento giurisprudenziale, secondo il quale le ipotesi di esclusione dalla gara previste all'art. 80, comma 5, del D. Lgs. n. 50 del 2016 rappresentano *“un numerus clausus in quanto, tipiche e di stretta interpretazione, non suscettibili di estensione analogica dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione, con la conseguenza che le norme di legge ... che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione, che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione, oltre che dal Trattato dell'Unione Europea”* (Consiglio di Stato, IV, 31 maggio 2023, n. 5393, che richiama Consiglio di Stato, IV, 31 ottobre 2022, n. 9415). Ugualmente, le ipotesi di conflitto di interesse devono essere interpretate in maniera restrittiva e solo quale extrema ratio possono condurre all'esclusione dell'operatore che asseritamente versi in tale situazione, subordinatamente all'effettuazione di verifiche in concreto e sulla

base di prove specifiche e rigorose (cfr. A.N.A.C., Parere funzione consultiva n. 52 del 25 ottobre 2023; T.A.R. Valle d'Aosta, 20 dicembre 2021, 73).

Nella specie non può ritenersi ostativo alla partecipazione alla selezione de qua – avente a oggetto la direzione dei lavori – della mandataria del R.T.P. aggiudicatario, che nel precedente segmento procedurale ha svolto il ruolo di progettista dell'intervento posto a base di gara, in quanto tale ruolo non è ricompreso nello spettro di applicazione dell'art. 67 del D. Lgs. n. 50 del 2016, riferendosi lo stesso soltanto a coloro che abbiano fornito la documentazione di cui all'art. 66, comma 2, o abbiano altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto. Difatti, le richiamate disposizioni (artt. 66 e 67) concernono le consultazioni preliminari di mercato, che vengono svolte, in vista dell'avvio di una procedura di appalto, da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici al fine di acquisire informazioni per l'avvio di una procedura: *“l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato è una semplice pre-fase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto, risolvendosi in uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato onde acquisire quelle informazioni di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi?”* (Delibera A.N.A.C. n. 417 del 14 settembre 2022, che richiama Consiglio di Stato, III, 23 settembre 2019, n. 6302). Quindi le consultazioni preliminari di mercato non possono coesistere, né essere ritenute equivalenti (e confuse) con una procedura di gara, visti i differenti presupposti costitutivi dei predetti istituti giuridici; ne discende che, in presenza di una procedura competitiva, è per definizione esclusa l'applicabilità degli artt. 66 e 67 del D. Lgs. n.

50 del 2016, che riguardano invece una fase prodromica all'avvio della procedura competitiva (T.A.R. Puglia, Bari, III, 14 luglio 2017, n. 815).

Sul punto può essere richiamata la condivisibile giurisprudenza che ha avallato tale conclusione, allorquando, come nella fattispecie de qua, non sia stata posta in essere alcuna procedura di consultazione preventiva del mercato e l'aggiudicatario non abbia partecipato ad alcun atto propedeutico alla procedura, né sia stata provata la sussistenza di una possibile asimmetria informativa che possa avere in qualche modo turbato la gara, essendo irrilevante la semplice veste di aggiudicatario di una differente appalto, seppure strettamente collegato a quello oggetto di esame (cfr. Consiglio di Stato, V, 17 gennaio 2023, n. 561); opinando diversamente dovrebbe giungersi a ritenere, in maniera non legittima, che il versare in una determinata situazione attesti la sussistenza in re ipsa di tale vulnus, come potrebbe accadere, ad esempio, a qualunque gestore uscente di un servizio, che in tale veste dovrebbe astenersi dal partecipare alle procedure (aperte) per la gestione del medesimo o analogo servizio.

Tale approdo, oltre a essere in linea con quanto stabilito dall'art. 80, comma 5, lett. e, del D. Lgs. n. 50 del 2016, è altresì coerente con il principio di stretta interpretazione delle cause di esclusione dalla gara e del loro divieto di estensione analogica, in quanto limitative della libertà di concorrenza.

Peraltro, nessun divieto legale di partecipazione alla gara di direzione lavori si applica ai soggetti che abbiano progettato siffatto intervento, sussistendo incompatibilità unicamente tra attività di progettazione per progetti posti a base di gara e il successivo affidamento di lavori (art. 24, comma 7, del D. Lgs. n. 50 del 2016); per inciso, riferendosi l'incompatibilità di cui alla richiamata norma soltanto al caso di cumulo tra la progettazione e l'affidamento dei lavori, nessun rilievo riveste l'asserita

violazione di tale disposizione – nella parte in cui stabilisce 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*” – con riguardo alle ipotesi differenti, come quella oggetto di controversia, che afferiscono alla progettazione e alla direzione (e non all’esecuzione) dei lavori, dove torna ad applicarsi la regola generale secondo la quale l’onere di provare la violazione della par condicio degli operatori è in capo a colui che solleva una tale contestazione (cfr. Consiglio di Stato, V, 3 aprile 2023, n. 3432). Ad abundantiam va pure sottolineato come anche laddove vi fosse (stata) una incertezza in ordine al reale significato delle richiamate previsioni del Codice dei contratti pubblici, deve essere fatta applicazione del «*principio del favor participationis, che connota le procedure concorsuali e impedisce limitazioni artificiali alla concorrenza, in base al quale la presenza di [disposizioni normative o della lex specialis] di portata non chiara ed equivoca impone di procedere a una interpretazione che favorisca la massima partecipazione alle gare pubbliche a tutela del principio di concorrenza (cfr. Consiglio di Stato, III, 13 dicembre 2021, n. 8315; 7 agosto 2020, n. 4977; V, 24 gennaio 2020, n. 607; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 24 maggio 2021, n. 1269; 11 maggio 2021, n. 1171; T.A.R. Veneto, III, 5 maggio 2021, n. 602; T.A.R. Lazio, Roma, I bis, 4 gennaio 2021, n. 12). Più nello specifico, non può essere disposta l’esclusione da una gara in base a una disposizione di non univoca interpretazione, come pure non si può procedere a una penalizzazione nel punteggio, visto che, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis, deve essere applicata quella più favorevole per il concorrente (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 27 maggio 2022, n. 1227; II, 24 maggio 2021, n. 1269)*» (T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 27 febbraio 2023, n. 494; altresì, Consiglio di Stato, IV, 31 maggio 2023, n. 5393; III, 14 maggio 2020, n. 3084; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, I, 7 dicembre 2022, n. 983).

Quanto appena evidenziato trova puntuale riscontro in un conforme precedente del giudice d'appello che si è occupato di una fattispecie pressoché sovrapponibile a quella oggetto di scrutinio nella presente sede. In tale pronuncia si è escluso «*che l'attività di progettazione svolta a seguito di affidamento mediante gara rientri nel caso dell'art. 66, che si riferisce al contributo tecnico fornito nel corso di consultazioni di mercato. Per quanto riguarda invece la nozione, residuale e complementare, di partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione, essa deve intendersi riferita al fatto che il concorrente abbia in qualsiasi modo e forma contribuito - anche se non necessariamente collaborato - alla predisposizione degli atti preparatori della procedura di gara, una volta che si consideri che l'articolo 67 è posto a garanzia della par condicio e che il conseguente obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di adottare misure adeguate (in primis eliminando le asimmetrie informative) per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente in questione mira a sterilizzare il pericolo dell'alterazione del confronto concorrenziale che deriva dall'oggettivo vantaggio competitivo di cui questi dispone. Tuttavia, nel sistema dell'articolo 67 l'esclusione del concorrente costituisce l'extrema ratio, alla quale si può e si deve ricorrere soltanto quando non è possibile in alcun altro modo garantire la parità di trattamento. D'altronde l'art. 80, co. 5 lett. e), del D.lgs. 50/2016 (esplicitamente richiamato nella dichiarazione del DGUE) prevede come causa di esclusione soltanto la situazione che discende da una "distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67 [che] non possa essere risolta con misure meno intrusive". Ove così non fosse, finirebbe per essere violato il principio di proporzionalità. Conseguentemente, la previsione per cui le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico qualora il precedente coinvolgimento nella preparazione della procedura d'appalto determini una distorsione della concorrenza "che non possa essere risolta con misure meno intrusive" rispetto alla sua esclusione deve essere interpretata in maniera rigida e così anche il correlato obbligo dichiarativo. Come si è*

*detto, infatti, spetta anzitutto all'amministrazione aggiudicatrice che si è avvalsa del contributo del concorrente, del quale è perfettamente a conoscenza, adottare le misure adeguate per garantire la parità del confronto concorrenziale, cosicché in tanto può sussistere la causa di esclusione e il relativo obbligo informativo, in quanto – come afferma l'art. 80, co. 5, lett. e) – la situazione di asimmetria non possa essere risolta in altro modo. Nel caso di specie, nel quale la procedura esperita per l'affidamento del servizio di progettazione esecutiva, direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori era stata preceduta da una gara per l'affidamento della progettazione definitiva, per ripristinare condizioni di piena concorrenzialità bastava mettere a disposizione di tutti gli altri candidati ed offerenti le medesime informazioni messe a disposizione nella gara bandita per la progettazione (cfr. Linee Guida n. 1 "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", aggiornate con delibera del Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 138 del 21 febbraio 2018, § 2.2). In questo quadro è perfettamente plausibile che la domanda nel DGUE "L'operatore economico o un'impresa a lui collegata ha fornito consulenza all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore o ha altrimenti partecipato alla preparazione della procedura d'aggiudicazione (art. 80, comma 5 lettera e)" fosse interpretata nel senso di riferirsi allo svolgimento di un'attività di vera e propria collaborazione nella fase di preparazione della procedura di affidamento, piuttosto che di progettazione definitiva dell'opera all'esito di una precedente gara pubblica di appalto, svolta nel confronto concorrenziale tra operatori del settore» (Consiglio di Stato, III, 29 marzo 2019, n. 2079; anche, V, 1° luglio 2022, n. 5499).*

2.2. Neppure in concreto risulta dimostrata la sussistenza di un'asimmetria informativa che avrebbe avvantaggiato il R.T.P. aggiudicatario, poiché alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, ossia al 28 luglio 2023, non era stato ancora avviato il procedimento per la redazione del progetto esecutivo, che ha avuto inizio soltanto in data 31 luglio 2023 (all. 6 di MCI). Il rilievo del progetto

esecutivo è attestato dall'oggetto dell'appalto de quo, il quale riguardava l'affidamento dei servizi tecnici di direzione lavori e coordinamento della sicurezza *“in fase di esecuzione”*, con la conseguente assenza di alcun concreto e apprezzabile vantaggio in vista della presentazione dell'offerta correlata alla eventuale conoscenza del progetto definitivo, ricavabile al limite soltanto dal citato progetto esecutivo (cfr. sulle specificità dei due livelli di progettazione, art. 23, commi 7 e 8, del D. Lgs. n. 50 del 2016; delibera A.N.A.C. n. 26 del 19 gennaio 2022).

Peraltro, anche dall'esame dei criteri di valutazione previsti dal Disciplinare di gara (all. 5 di Invitalia, Tabella 10, pagg. 50-51), in particolare al paragrafo B rubricato *“Caratteristiche metodologiche dell'offerta - Modalità di svolgimento delle prestazioni”* (55 punti a disposizione), dove il concorrente avrebbe dovuto *“illustrare la propria proposta migliorativa inerente allo svolgimento dei servizi oggetto del presente appalto, con particolare riferimento al complesso delle misure operative da approntare al fine di assolvere al meglio l'incarico, nel rispetto del dettato normativo e attraverso l'adeguatezza della struttura tecnico - organizzativa, e alla qualità dell'esecuzione del servizio di direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione”*, non scaturisce affatto la decisività o la soverchia rilevanza dell'eventuale conoscenza del progetto definitivo (o esecutivo), essendo al contrario valorizzati aspetti legati alle modalità di svolgimento del servizio di direzione lavori, posti nella piena disponibilità dei concorrenti e finalizzati a evidenziare il possesso delle migliori capacità di esecuzione dell'appalto. Né la parte ricorrente ha dato piena prova di una effettiva e concreta violazione della par condicio degli operatori partecipanti alla gara, non essendo, in senso contrario, decisivi singoli aspetti o riferimenti ricavabili dalla Relazione tecnica presentata dal R.T.P. aggiudicatario, in quanto non riconducibili a un disegno organico fondato su dati ed elementi riservati.

2.3. Da quanto evidenziato, discende l'infondatezza delle scrutinate doglianze.

3. Con la terza e la quarta censura, da trattare congiuntamente in quanto strettamente connesse, si assume l'illegittima sopravvalutazione dell'offerta sia tecnica che economica del R.T.P. aggiudicatario rispetto a quella della R.T.P. di cui faceva parte la società ricorrente.

3.1. Le doglianze, ai limiti dell'ammissibilità, sono infondate.

Va premesso che, in linea con la consolidata giurisprudenza, *«il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio della propria attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo. (...) Le censure che attingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica (v., tra le più recenti, Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173; Cons. St., sez. III, 21 novembre 2018, n. 6572). (...) Ne deriva che, come da consolidato indirizzo giurisprudenziale, per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto (...)*» (T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 14 dicembre 2023, n. 3031; anche, Consiglio di Stato, V, 25 agosto 2023, n. 7942; V, 3 giugno 2021, n. 4224; III, 28 settembre 2020, n. 5634; III, 2 settembre 2019, n. 6058; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 8 novembre 2023, n. 2580; IV, 23 febbraio 2022, n. 452; T.A.R. Valle d'Aosta, I, 20 dicembre 2021, n. 73; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 14 giugno 2021, n. 1445; 9 aprile 2021, n. 915).

La parte ricorrente, dopo aver evidenziato che il R.T.P. aggiudicatario ha ottenuto un punteggio tecnico pari a 70,198 punti su 90, mentre al R.T.P. di cui essa faceva

parte sono stati assegnati soltanto 62,939 punti, ha altresì specificato che *“le valutazioni tecnico-discrezionali che hanno portato la commissione ad assegnare siffatti punteggi, tuttora ignote in quanto la stazione appaltante non ha fornito copia dei relativi verbali, pur richiesti, risultano manifestamente errate, illogiche ed irragionevoli, se non arbitrarie, alla luce dell’obiettivo differenza di caratura tecnica che caratterizza i due R.t. antagonisti e che oggettivamente si staglia con la massima evidenza nelle due «relazioni uniche» dagli stessi prodotti alla stazione appaltante in sede di offerta”* (pag. 17 del ricorso).

Risulta evidente che in tale frangente le contestazioni sono state formulate almeno in parte al buio e in assenza di un adeguato livello di supporto probatorio, tale da consentire di sindacare in maniera piena il procedimento seguito dalla Commissione di gara nell’attribuire il punteggio. Peraltro non assume decisiva rilevanza la mancata verbalizzazione delle valutazioni individuali dei commissari, atteso che, secondo la giurisprudenza, *“la separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice, i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola assegnazione del complessivo voto finale”* (Consiglio di Stato, V, 8 gennaio 2024, n. 265 e giurisprudenza ivi citata).

Anche la documentazione citata e allegata a fondamento del quarto motivo di ricorso risulta priva di un adeguato grado di attendibilità, poiché o risulta generica (cfr. all. 19-21 al ricorso) o si riferisce a notizie reperite da siti internet per appassionati di gare automobilistiche di Formula 1, i cui autori non sono noti e i cui contenuti non sono nemmeno verificabili (cfr. all. 16-18 e 22 al ricorso).

Del resto, deve essere ritenuto infondato il tentativo posto in essere della ricorrente di infirmare l’attendibilità complessiva delle valutazioni compiute dalla Commissione sulla base di una valutazione di natura esclusivamente soggettiva che

tende a sostituire, inammissibilmente, quella – ampiamente discrezionale – della predetta Commissione di gara.

3.2. Ne discende il rigetto anche dei suesposti motivi.

4. In conclusione, all'infondatezza delle scrutinate censure, segue il rigetto del ricorso.

5. Il mancato accoglimento del ricorso determina il rigetto della domanda risarcitoria formulata dalla ricorrente Dromo S.r.l.

6. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso indicato in epigrafe, unitamente alla connessa domanda di risarcimento del danno.

Condanna la ricorrente Dromo S.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore di Invitalia S.p.A., di MCI Infrastructures Engineering S.r.l. e di Automobile Club d'Italia - A.C.I. nella misura di € 3.000,00 (tremila/00) ciascuna (€ 9.000,00 complessivi), oltre oneri e spese generali.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 13 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

Valentina Caccamo, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Antonio De Vita**

**IL PRESIDENTE**  
**Gabriele Nunziata**

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI