

Il conflitto di interessi potenzialmente esistente: elementi indiziari e oneri probatori (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 7 maggio 2020 – 14 maggio 2020, n. 3048)

Il conflitto di interessi di cui all'art. 42, comma 2, del codice dei contratti pubblici non è solo quello realmente accertato, ma anche quello potenzialmente esistente, come reso evidente dal riferimento normativo all'interesse personale del funzionario che possa essere "percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione"; la disposizione, insomma, è *lato sensu* una "norma di pericolo", nel senso che essa e le misure che contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare. Il conflitto di interessi si ricava, allora, in via presuntiva da due elementi indiziari quali a) l'esistenza di un interesse personale del funzionario; b) il ruolo che questi riveste nella procedura di gara tale da consentire di "intervenire" o di "influenzare" il risultato, per le informazioni privilegiate che ha a disposizione e può trasferire all'impresa concorrente così ponendola in condizione di vantaggio sugli altri concorrenti. È a carico dell'impresa, una volta che l'amministrazione abbia dato conto dell'uno e dell'altro elemento indiziaro, dimostrare che non vi è stata violazione del principio delle pari opportunità nella formulazione dei termini delle offerte per tutti gli offerenti né si è determinato alcun rischio reale di pratiche atte a falsare la concorrenza tra gli offerenti.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8037 del 2019, proposto da Mario Cucinella Architects s.r.l., in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Land Italia s.r.l., Gae Engineering s.r.l., Tekne s.p.a. e M.M. s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppina Incorvaia, Paola Tanferna e Pier Giuseppe Torrani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paola Tanferna in Roma, via Maria Adelaide, 8;

contro

Invitalia s.p.a. - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo Sviluppo d'impresa, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto e Fabio

Cintioli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Lo Pinto in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri – Commissariato generale per Expo 2020 Dubai, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Carlorattiassociati s.r.l. in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con arch. Matteo Gatto, arch. Italo Rota, F&M Ingegneria s.p.a., G&T s.r.l., p.i. Barina Stefano; Gianluca Peluffo & Partners Architettura s.r.l.; Dodi Moss s.r.l.; non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 10186/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Invitalia s.p.a. e della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Commissariato Generale per la partecipazione italiana da Expo 2020 Dubai;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 maggio 2020 il Cons. Federico Di Matteo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Commissariato generale per Expo 2020 Dubai affidava a Invitalia s.p.a. in qualità di centrale di committenza il compito di indire un concorso di progettazione in unico grado per la realizzazione del padiglione Italia nel sito di Expo 2020 a Dubai ai sensi degli artt. 152 e ss. d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Il bando di gara era pubblicato il 23 ottobre 2018 con termine per la presentazione delle domande al 17 dicembre 2018.

1.1. In precedenza, il Commissariato aveva selezionato, con procedura comparativa avviata da avviso pubblico del 18 luglio 2018, l'ing. Lorenzo Candelpergher per l'incarico di *project manager* per la partecipazione dell'Italia ad Expo 2020, stipulando, il 3 ottobre 2018, il relativo contratto di consulenza.

In particolare l'oggetto dell'incarico, secondo quanto riportato nell'avviso di selezione, ricomprendeva: “- assistenza nella pianificazione temporale ed economico/finanziaria generale delle attività di progettazione e di realizzazione del padiglione; - assistenza alla stazione appaltante per la predisposizione di documenti di gara e contrattuale per l'affidamento dei servizi di progettazione e di esecuzione dei lavori, nonché per l'esecuzione dei rilievi ed indagini preliminari; - gestione e coordinamento tecnico generale delle fasi di sviluppo della progettazione preliminare e di quella esecutiva, a carico del Progettista designato, e delle relative procedure di presentazione, revisione ed approvazione da parte delle Autorità locali; - gestione e coordinamento tecnico generale dei rapporti con l'Organizzazione, con le Autorità locali e con gli altri eventuali Stakeholder coinvolti nel progetto; - supervisione dell'attività dei progettisti e gestione dell'interfaccia tecnica, dei meeting e della reportistica periodica all'Organizzazione circa il progresso delle attività della Nazione Partecipante (...); - partecipazione a riunioni di coordinamento, anche presso la sede del Commissariato, e predisposizione della reportistica periodica richiesta dal Commissariato e dall'Organizzazione”.

Con lettera del 29 novembre 2018, tuttavia, l'ing. Candelpergher dichiarava di recedere dal contratto adducendo due circostanze sopravvenute alla stipulazione: la prima, la costituzione di una *joint venture* tra la LC&P Engineering Consultants DMCC, società sussidiaria della LC&Parteners Project Management and Engineering s.r.l., della quale era socio unico e general manager, e la M.M. s.p.a. – Dubai Branch, stabile organizzazione in Dubai della M.M. s.p.a., e la PEG Engineering and Contracting DMCC, risultata aggiudicataria della procedura di gara (denominata “Gara SA653”) bandita dal Bureau Expo 2020 ed avente ad oggetto talune funzioni di staff; la seconda, l’aver appreso, il 22 novembre 2018, che la M.M. s.p.a. – Dubai Branch e la PEG Engineering and Contracting DMCC avrebbero presentato domanda di partecipazione al concorso di progettazione per il padiglione Italia.

L'ing. Calindelpergher riteneva, da un lato, che dette circostanze potessero essere considerate quali motivo per l’astensione ai sensi dell’art. 7 d.p.r. n. 62 del 2013, e, dall’altro, che potessero far sorgere il rischio di un potenziale conflitto di interessi ai sensi dell’art. 42 del codice dei contratti pubblici. In questi termini giustificava il suo recesso dal contratto.

1.3. In effetti, il 17 dicembre 2018, il r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese con Mario Cucinella Architects s.r.l., in qualità di mandataria, e Land Italia s.r.l., GAE Engineering s.r.l., Teckne s.p.a. e M.M. s.p.a. in qualità di mandanti presentava domanda di partecipazione al concorso di progettazione del padiglione Italia ad Expo 2020.

Il raggruppamento risultava primo graduato nella graduatoria tecnica stilata dalla commissione giudicatrice al termine della valutazione delle proposte progettuali.

Tuttavia, con provvedimento del 13 febbraio 2019, il R.u.p. – responsabile unico del procedimento ne disponeva l’esclusione dalla procedura per conflitto di interessi *ex art. 42, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50* per il “rapporto d’affari” intercorrente tra la mandante M.M. s.p.a. e l'ing. Candelpergher, come detto, al tempo della indizione della procedura, *project manager* per la partecipazione dell’Italia ad Expo 2020.

Tale rapporto – instauratosi con la costituzione della *joint venture* della quale lo stesso Candelpergher aveva informato l’amministrazione nella sua lettera di recesso – aveva posto il raggruppamento in una posizione di vantaggio rispetto agli altri concorrenti consentendole “*di ricevere anticipatamente e, quindi, di poter utilizzare ai fini della formulazione della propria proposta progettuale, informazioni afferenti il concorso di progettazione, quali, a titolo esemplificativo, informazioni concernenti la documentazione progettuale posta a base di gara, il valore della procedura, le condizioni di partecipazione, oltre che le informazioni provenienti direttamente dall’Ente organizzatore (c.d. asimmetria informativa rilevante in termini cronologici)*”, nonché di “*acquisire puntuale conoscenza dei temi ispiratore dell’intervento, riducendo la possibilità di predisporre una proposta progettuale non rispondente alla finalità dell’intervento medesimo e quindi inammissibile (c.d. asimmetria informativa rilevante in termini qualitativi e quantitativi)*”.

Aggiungeva il R.u.p. di ritenere detta situazione di conflitto non suscettibile di essere neutralizzata in altro modo che mediante l’esclusione del raggruppamento.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio il r.t.i. Mario Cucinella Architects impugnava il provvedimento di esclusione sulla base di quattro motivi.

Il ricorrente sosteneva l’assenza delle condizioni soggettive ed oggettive individuate dall’art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 come elementi costitutivi del conflitto di interessi, e, comunque,

sproporzionato, in relazione ai principi di concorrenza e di massima partecipazione, il provvedimento espulsivo adottato nei suoi confronti, considerato l'intervenuto recesso dell'ing. Candelpergher prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte e che questi non risultava essere stato concretamente coinvolto nello svolgimento di attività afferenti al concorso di progettazione.

Il provvedimento di esclusione era, poi, ritenuto viziato per carenza di istruttoria, avendo il R.u.p. solo recepito il contenuto della dichiarazione resa dall'ing. Candelpergher il quale, per sua stessa ammissione, aveva comunque *"adotta(to) la più cautelativa delle interpretazioni possibili"*, e aveva espresso unicamente un'opinione personale sulla situazione di conflitto di interessi.

In via subordinata, contestava l'eccesso di potere: nell'ipotesi in cui fosse stata ravvisata la sussistenza di un conflitto di interessi, l'esclusione sarebbe stato lo strumento impropriamente utilizzato da Invitalia per addossargli le conseguenze di una scelta inopportuna e sbagliata compiuta a monte dal Commissario, considerata la posizione ricoperta dall'ing. Candelpergher a Dubai, quale Presidente del Comitato degli Italiani all'Estero. Egli era noto a tutti gli imprenditori italiani operanti nell'Emirato Arabo e, come tale, in situazione di potenziale conflitto di interessi con un numero considerevole di essi; a suo dire il Commissario avrebbe dovuto nominare altri *Project Manager*.

2.1. Con sentenza sez. III – *ter* 31 luglio 2019, n. 10186 il giudice di primo grado, nella resistenza di Invitalia s.p.a. e di Carlorattiasociati s.r.l., controinteressato in quanto aggiudicatario della procedura di gara, estromesso dal giudizio il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, respingeva il ricorso e i motivi aggiunti, con i quali era stata impugnata l'aggiudicazione definitiva, con spese a carico del ricorrente.

In sintesi, il tribunale, individuate le caratteristiche del conflitto di interessi previsto come causa di esclusione dall'art. 42 del codice dei contratti pubblici nella *"mera potenzialità"*, *"atipicità"* ed estensione soggettiva *"a qualsiasi soggetto che, in forza di valido titolo contrattuale o legislativo, ovvero per la sua posizione di rilievo, abbia la capacità di impegnare la stazione appaltante nei confronti di terzi"*, riteneva provato, nella vicenda in esame, il *"rapporto privatistico e la comunanza di interessi imprenditoriali che legavano, sia pure di fatto, il funzionario pubblico, titolare di una rilevante posizione in merito alla realizzazione della commessa pubblica, con un'impresa interessata all'aggiudicazione di quella commessa"* e, dunque, la situazione di potenziale conflitto *"per il fatto stesso che quel funzionario pubblico si fosse trovato nella descritta situazione di rapporti durante il periodo temporalmente coincidente con quello della predisposizione delle offerte da parte delle imprese interessate"*.

3. Propone appello Mario Cucinella Architects s.r.l. nella qualità in precedenza descritta; si è costituita la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissariato generale di sezione per la partecipazione italiana ad Expo 2020 e Invitalia s.p.a.. Carlorattiasociati s.r.l., pur ritualmente convenuta, è rimasta intimata.

L'appellante ed Invitalia s.p.a. hanno presentato memorie *ex art. 73* cod. proc. amm., cui entrambe hanno replicato. L'appellante ha depositato note di udienza *ex art. 84*, comma 5, d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

All'udienza del 7 maggio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello consta di quattro motivi. I primi tre possono essere esaminati congiuntamente; essi riprendono i profili di criticità del provvedimento di esclusione già esposti in primo grado e in questa sede riproposti in censura alle statuizioni contenute nella sentenza impugnata.

1.1. Con il primo motivo di appello il r.t.i. Cucinella Architects censura la sentenza di primo grado per "*Error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 42, comma 2, e dell'art. 80, comma 5, lettere c) ed f-bis) del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016*".

L'appellante sostiene che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, alcun "rapporto d'affari" sia mai stato instaurato tra l'ing. Candelpergher e la MM s.p.a., mandante del raggruppamento, per aver l'ingegnere contrattato con una *branch* della MM s.p.a., soggetto che opera in condizioni di autonomia rispetto alla società – madre mediante un amministratore generale dotato di tutti i poteri di rappresentanza e di gestione (e, in particolare, per quanto di interesse, del potere di presentare offerte per la partecipazione a gare inerenti all'oggetto e stipulare contratti), nonché considerando che l'accordo aveva ad oggetto solamente la realizzazione di una *joint venture*, e, dunque, in ultima analisi, "*un isolato momento di cooperazione volto solo a consentire la partecipazione di questi due soggetti*" alla gara, priva di alcun collegamento con quella di cui ora si discute, bandita da Bureau Expo 2020.

Nella prospettazione appellante tali circostanze dimostrerebbero l'assenza di un interesse personale dell'ing. Candelpergher, concreto e realmente interferente con l'interesse pubblico, sulle sorti della M.M. s.p.a. nella procedura di gara relativa alla progettazione del padiglione Italia ad Expo 2020; in definitiva, sostiene l'appellante, l'ing. Candelpergher non avrebbe tratto alcun vantaggio dalla proclamazione del r.t.i. Cucinella quale vincitore del concorso.

Lamenta, poi, che si stia ritenuta, anche dal giudice di primo grado, valida fonte di prova del rapporto di affari la lettera con la quale l'ingegnere aveva comunicato il suo recesso dal contratto di consulenza concluso con il Commissariato, così negando la necessità a carico di Invitalia di approfondire i rapporti esistenti tra il Candelpergher e la M.M. s.p.a..

Da ultimo, si duole che abbia trovato conferma nella sentenza impugnata la contestazione rivolta dalla stazione appaltante di non aver dichiarato l'esistenza del conflitto di interessi: se anche M.M. s.p.a. fosse stata a conoscenza dell'incarico dell'ing. Candelpergher, non avrebbe per questo potuto ritenere di trovarsi in situazione di conflitto di interessi.

1.2. Con il secondo motivo di appello assume "*Error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016*": il giudice di primo grado non avrebbe dato giusto peso al recesso dell'ing. Candelpergher dal contratto di consulenza quale condotta in grado di sterilizzare il rischio di conflitto di interesse, tenendo conto, altresì, che nel periodo intercorso tra il conferimento dell'incarico di *project manager* e l'indizione della procedura di gara non era stato adottato alcun atto rilevante per la procedura (ed anche il documento di indirizzo alla progettazione, emanato quando il contratto di consulenza era già concluso, era stato elaborato senza la partecipazione dell'ingegnere), così potendosi escludere il paventato rischio di asimmetria informativa.

1.3. Con il terzo motivo è censura la sentenza di primo grado per "*Error in iudicando per violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7 e 10-bis della l. n. 241/1990, da soli e in combinato disposto con l'art. 80, comma 5, lett. c), d) ed f-bis) del d.lgs. n. 50/2016. Difetto di motivazione della sentenza appellata*".

Si duole l'appellante che il giudice di primo grado abbia respinto, con flebile motivazione, il motivo di ricorso (il terzo) rivolto a censurare l'operato di Invitalia per aver disposto la sua esclusione senza approfondire adeguatamente i profili rilevanti della vicenda ed in particolare la natura del rapporto intercorso tra la brach di M.M. s.p.a. e l'ing. Candelpergher, l'oggetto del contratto di collaborazione da quest'ultimo concluso con il Commissariato, l'assenza di informazioni privilegiate sul concorso di progettazione per essere l'incarico relativo alla successiva fase di affidamento dell'appalto e dei servizi di progettazione.

2. I motivi sono infondati.

2.1. Invitalia s.p.a. ha escluso il r.t.i. Cucinella Architects dalla procedura di gara per aver riconosciuto esistente una situazione di conflitto di interessi rilevante ai sensi dell'art. 42 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 costituita dal "rapporto d'affari" intercorrente tra l'ing. Candelpergher, consulente dell'amministrazione per la partecipazione dell'Italia ad Expo Dubai 2020, e M.M. s.p.a. una delle mandanti del raggruppamento.

L'art. 42, comma 2, citato prevede che: *"Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62."*

A sua volta, il richiamato art. 7 d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 (Codice di comportamento dei dipendenti pubblici), rubricato "Obbligo di astensione", stabilisce che *"Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza"*.

Il conflitto di interesse di cui all'art. 42 citato è causa di esclusione dalla procedura ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. d) del codice dei contratti pubblici.

2.2. L'appellante, nei motivi di appello, nega: a) l'esistenza di un "rapporto di affari", b) che l'ing. Candelpergher avesse un interesse personale e concreto a favorire M.M. s.p.a.; c) che avesse a disposizione informazioni privilegiate da poter trasferire alla consociata in affari; d) che il recesso dal contratto di consulenza fosse inidoneo ad evitare il rischio di potenziale conflitto di interessi.

2.3. Nessuna delle argomentazioni difensive merita di essere condivisa.

2.3.1. Quanto all'esistenza di un "rapporto d'affari" – la cui idoneità ad integrare un caso di conflitto di interessi non è, invero, qui posta in discussione – come già ritenuto dal tribunale, tale era indubbiamente la relazione tra la società LC&Parteners Project Management and Engineering s.r.l., a socio unico l'ing. Candelpergher, e la M.M. s.p.a. proprio in quanto finalizzata alla costituzione di una *joint venture*, ovvero a dar vita ad una forma di associazione temporanea tra imprese per la

conduzione di un'iniziativa imprenditoriale congiunta (secondo la definizione di Cass. civ., sez. III, 17 maggio 2001, n. 6757).

L'appellante tende a sminuire questa relazione rappresentandola come "isolato momento di cooperazione", ma quel che importa è che le due parti – il funzionario pubblico e l'impresa concorrente – condividessero le sorti di un'iniziativa imprenditoriale; tale situazione, infatti, è, per comune sentire e senza che sia necessaria un'introspezione individualizzata, sorgiva di un interesse personale a che il proprio consociato – sia pure in un unico affare, ma questo è del tutto irrilevante – possa prevalere sugli altri concorrenti nella procedura di gara cui ha preso parte. Non sarebbe, del resto, altrimenti prevista come giusta causa di astensione per il dipendente pubblico (sia pure nella formula anodina di "*rappporti di credito o debito significativi*").

Né vale a mutare convincimento la circostanza che la *joint venture* sia stata conclusa con la *branch* di M.M. s.p.a., per essere questa riconducibile all'istituto della "stabile organizzazione" di cui all'art. 162 d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo unico delle imposte sui redditi), vale a dire ad una "sede fissa di affari" mediante la quale la società opera in altri Stati, priva, dunque, di un reale autonomo potere decisionale, pur se condotta da un amministratore con poteri di rappresentanza.

2.3.2. Il conflitto di interessi di cui all'art. 42, comma 2, del codice dei contratti pubblici non è solo quello realmente accertato, ma anche quello potenzialmente esistente, come reso evidente dal riferimento normativo all'interesse personale del funzionario che possa essere "*percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione*"; la disposizione, insomma, è *lato sensu* una "norma di pericolo", nel senso che essa e le misure che contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare (così Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 355).

Il conflitto di interessi si ricava, allora, in via presuntiva da due elementi indiziari quali a) l'esistenza di un interesse personale del funzionario; b) il ruolo che questi riveste nella procedura di gara tale da consentire di "intervenire" o di "influenzare" il risultato, per le informazioni privilegiate che ha a disposizione e può trasferire all'impresa concorrente così ponendola in condizione di vantaggio sugli altri concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 settembre 2019, n. 6150, nonché Cons. Stato, parere 5 marzo 2019, n. 667).

Detto dell'interesse personale dell'ing. Candelpergher, va riconosciuto che il suo ruolo di *project manager* – incaricato specificatamente di assistere la stazione appaltante nella pianificazione (temporale ed economico/finanziaria) come pure nella predisposizione della documentazione per l'affidamento dei servizi di progettazione e di esecuzione, nonché di gestire e coordinare le fasi di sviluppo della progettazione – consisteva in sostanza nella direzione dell'attività di progettazione (e, successivamente, di esecuzione) del padiglione Italia ad Expo Dubai 2020, con possibilità certa, sin dai momenti immediatamente successivi dalla stipulazione del contratto di consulenza, di aver accesso ad informazioni privilegiate relative alla procedura di gara (ed anche al Documento di indirizzo alla progettazione, del resto pubblicato giorni dopo l'avvio del contratto di consulenza e, dunque, ampiamente in tempo affinché l'ingegnere potesse averne conoscenza) o, comunque, di essere ben informato dei *desiderata* dell'amministrazione sull'opera da realizzare che avrebbero potuto condurre a dar maggior peso all'uno o all'altro elemento dell'offerta. A voler ritenere il contrario, dovrebbe dirsi che l'amministrazione non abbia consentito al suo principale consulente di

svolgere il proprio incarico in violazione delle più elementari regole di logica, prima che di prassi amministrativa.

2.3.3. Per gli elementi indiziari posti dal legislatore a base del ragionamento presuntivo – l'interesse personale e il ruolo rivestito dal funzionario – come non deve essere provato dalla stazione appaltante il reale possesso dell'informazioni privilegiate da parte del funzionario, allo stesso modo è fuori dal perimetro probatorio la dimostrazione che le informazioni siano, poi, state effettivamente trasferite alla consociata in affari.

E', invece, a carico dell'impresa, una volta che l'amministrazione abbia dato conto dell'uno e dell'altro elemento indiziaro, dimostrare che non vi è stata violazione del principio delle pari opportunità nella formulazione dei termini delle offerte per tutti gli offerenti né si è determinato alcun rischio reale di pratiche atte a falsare la concorrenza tra gli offerenti.

Invitalia s.p.a. ha fornito, dunque, la prova cui era tenuta, ricavando dalla lettera di recesso dell'ing. Candelpergher le circostanze di fatto rilevanti, ma poi esponendo con ampia motivazione nel provvedimento di esclusione le ragioni che inducevano a ritenere il raggruppamento appellante in condizione più favorevole rispetto alle altre imprese concorrenti nella predisposizione della propria offerta (e, dunque, in cosa consistesse l'asimmetria informativa in termini cronologici e qualitativi – quantitativi).

Il raggruppamento, da parte sua, non ha allegato elementi che consentissero di sciogliere ogni dubbio sul possibile vantaggio competitivo per come ricostruito nel provvedimento di esclusione contrastando solamente le ragioni dell'amministrazione.

2.3.4. L'interruzione del rapporto lavorativo tra l'ing. Candelpergher e il Commissariato in seguito al recesso del primo dal contratto di consulenza è stato correttamente valutato dall'amministrazione come misura inidonea ad evitare l'esclusione del raggruppamento.

E' sufficiente, al riguardo, tener conto dei tempi della vicenda: il 3 ottobre l'ing. Candelpergher ha stipulato il contratto di consulenza con l'amministrazione e il 23 ottobre è stata bandita la procedura di gara, onde quando egli ha comunicato il suo recesso, il 29 novembre 2018, il pericolo di pregiudizio allo svolgimento della procedura si era ormai concretizzato e se vantaggio per il raggruppamento appellante presuntivamente v'era, lo stesso s'era ormai realizzato.

2.3.5. Va aggiunto, infine, che, anche alla luce di tutto quanto in precedenza esposto, M.M. s.p.a. era nelle condizioni di poter avvedersi del rischio di conflitto di interessi con l'ing. Candelpergher per i rapporti con questi intrattenuti; avrebbe, dunque, dovuto segnalare la situazione alla stazione appaltante nella domanda di partecipazione, come precisato dalla sentenza impugnata, la quale, pertanto, va immune da censura anche in relazione a tale statuizione.

3. Con il quarto motivo di appello la sentenza di primo grado è censurata per "*Error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 6 – bis della l. n. 241/1990 e degli artt. 6 e 7 del d.P.R. n. 62/2013. Travisamento dei contenuti della censura proposta dal ricorrente*": non sarebbe stata ben compresa e non avrebbe avuto, per questo, adeguata risposta la censura diretta a far valere l'eccesso di potere della stazione appaltante manifestatosi nella scelta dell'ing. Candelpergher quale *project manager* per la realizzazione del padiglione Italia ad Expo Dubai 2020 sebbene questi, in quanto Presidente del comitato degli italiani all'estero di Dubai, fosse in rapporti, anche d'affari, con numerosi operatori italiani e, dunque, particolarmente esposto a conflittualità di interessi con molti di essi.

3.1. Il motivo è infondato.

Il provvedimento del Commissariato generale per Expo 2020 Dubai di conferimento dell'incarico di *project manager* all'ing. Candelpergher costituisce solamente l'antefatto storico della vicenda dell'esclusione del r.t.i. Cucinella Architects, poiché è solo con la partecipazione di M.M. s.p.a. alla procedura di gara che si è concretizzata la situazione di conflitto di interessi sanzionata dal provvedimento impugnato.

Non è possibile, pertanto, rintracciare alcun rapporto causale tra l'affidamento del predetto incarico all'ing. Candelpergher e la successiva esclusione del r.t.i. appellante dalla procedura e ciò vale ad escludere che l'azione dell'amministrazione possa essere viziata da sviamento di potere, né può dirsi, in ogni caso, che l'esistenza della *joint venture* già al momento del conferimento dell'incarico avrebbe potuto giustificare una diversa scelta, non costando, a quella data, alcun rapporto tra l'amministrazione e M.M. s.p.a. riferibile alla partecipazione dell'Italia a Dubai 2020.

La circostanza, infine, che l'ing. Candelpergher avesse numerosi contatti, anche d'affari, con operatori economici di Dubai giustifica la scelta di conferirgli l'incarico di consulenza, piuttosto che far sorgere dubbi sull'operato dell'amministrazione.

4. In conclusione, l'appello va respinto e la sentenza di primo grado integralmente confermata.

5. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Mario Cucinella Architects s.r.l. al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida per ciascuno in € 4.000,00 oltre accessori e spese di legge, a favore della Presidenza del Consiglio dei Ministri e di Invitalia s.p.a..

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2020 tenutasi con le modalità di cui all'art. 84, comma 5, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 conv. in l. con mod. 24 aprile 2020, n. 27 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore