



## DELIBERA N. 153

30 marzo 2022.

### Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata congiuntamente dal Comune di Rignano Flaminio e dal RTI Giovanni Esposito S.r.l. – Bisdio S.r.l. – Procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza del territorio comunale - Area Centro Storico e strade limitrofe- Importo a base di gara euro: 647.616,70 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Rignano Flaminio  
**PREC 45/2022/L**

### Riferimenti normativi

Art. 3, comma 1, lett. II) del D.lgs. 50/2016;

Art. 33 D.P.R. 207/2010;

Art. 95 D.lgs. 50/2016;

### Parole chiave

Offerta economicamente più vantaggiosa – metodo tabellare – elaborati offerta tecnica – progettazione esecutiva

### Massima

**Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Offerta economicamente più vantaggiosa – Offerta tecnica – elaborati – progettazione esecutiva – non ammissibile**

**Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Offerta economicamente più vantaggiosa – Valutazione – criterio on/off – attribuzione punteggio – accettazione interventi richiesti dalla Stazione appaltante – documenti descrittivi degli interventi – obbligo – non sussiste**

*In un appalto di lavori, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non può essere richiesto ai concorrenti di presentare, in sede di offerta tecnica, la progettazione*



*esecutiva delle soluzioni migliorative proposte. Una simile prescrizione, infatti, si porrebbe in contrasto con l'art. 3, comma 1, lett. II) del D.lgs. 50/2016, laddove prevede che il progetto esecutivo costituisce oggetto del contratto di appalto e non di valutazione in sede di offerta, con i principi di massima concorrenza ed apertura al mercato, atteso che la redazione della progettazione esecutiva, comportando un ingente impegno finanziario, disincentiverebbe i potenziali concorrenti dalla partecipazione alla gara, e, tenuto conto che la progettazione esecutiva si compone anche di elaborati di natura economica, con il divieto di commistione tra elementi di natura tecnica ed economica.*

*In presenza di una clausola della lex specialis che preveda, in relazione ad uno dei criteri di valutazione delle offerte tecniche, che l'attribuzione del corrispondente punteggio avvenga in forza della sola accettazione da parte dei concorrenti degli interventi migliorativi descritti dalla Stazione appaltante in uno degli elaborati progettuali, secondo un metodo on/off, deve essere esclusa qualsiasi lettura interpretativa delle altre clausole del disciplinare che comporti l'insorgenza per gli operatori economici, ai fini dell'attribuzione del punteggio, dell'obbligo di produrre elementi ulteriori rispetto alla mera accettazione dell'elenco degli interventi previsti dalla Stazione appaltante.*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 marzo 2022

## DELIBERA

VISTA l'istanza di parere acquisita al prot. n. 15180 del 2 marzo 2022 con cui il Comune di Rignano Flaminio e il RTI Giovanni Esposito S.r.l. – Bisidio S.r.l. hanno chiesto all'Autorità di esprimere un parere sulla corretta interpretazione del criterio di valutazione delle offerte tecniche n. 3 "Migliorie" e sulle modalità di calcolo per l'attribuzione del relativo punteggio;

CONSIDERATO che le parti hanno rappresentato che a seguito dell'aggiudicazione dei lavori in favore della Emmeci Appalti S.r.l. e della presa visione degli atti di gara, il raggruppamento con mandataria l'impresa Giovanni Esposito S.r.l., collocatesi al secondo posto della graduatoria, ha presentato una richiesta di rettifica ed annullamento dell'aggiudicazione, segnalando che l'offerta dell'aggiudicataria non avrebbe meritato alcun punteggio in relazione al criterio di valutazione delle offerte tecniche n. 3. L'aggiudicataria, infatti, si sarebbe limitata ad accettare gli interventi migliorativi richiesti dall'Amministrazione e descritti nella tavola progettuale n. 55, senza allegare, tuttavia, la progettazione esecutiva richiesta dal disciplinare di gara; la stessa Commissione giudicatrice avrebbe errato nell'attribuire il punteggio sulla base della mera accettazione da parte degli operatori economici degli interventi richiesti dalla Stazione appaltante, essendo, viceversa, chiamata a valutare, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, le modalità di realizzazione dei suddetti interventi sulla base degli elaborati costituenti la progettazione esecutiva;

CONSIDERATO che a seguito della suddetta richiesta, la Stazione appaltante chiedeva dei chiarimenti al Presidente della Commissione di gara, il quale precisava che la lettura congiunta delle disposizioni del disciplinare conduceva a ritenere che l'attribuzione del punteggio dovesse avvenire secondo un criterio on/off e che la richiesta della presentazione della progettazione esecutiva, oltre a non essere sanzionata



espressamente con l'esclusione, fosse da intendersi, in sostanza, come un refuso; invero, la progettazione esecutiva si compone di una serie di elaborati contenenti riferimenti di carattere economico che, per loro natura, non possono essere conosciuti nella fase di esame delle offerte tecniche; in ogni caso, anche l'offerta tecnica del RTI Giovanni Esposito S.r.l. – Bisidio S.r.l. non era corredata dal progetto esecutivo delle migliori proposte;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 18116 dell'11 marzo 2022;

CONSIDERATO che in merito all'interpretazione delle clausole della procedura di gara è ormai consolidato l'orientamento secondo cui le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettivo incertezza del loro significato letterale; per cui, secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (Consiglio di Stato, V, 29 novembre 2019 n. 8167; 12 settembre 2017 n. 4307). Diversamente, la tendenziale certezza e stabilità della norma, che rappresentano valori primari di ogni ordinamento giuridico, potrebbe essere compromessa da letture di carattere personale, delle quali non si può escludere aprioristicamente l'intento di perseguire interessi non coincidenti con quelli che la regola intende tutelare, che nella fattispecie, vertendosi in materia di gare pubbliche e di una previsione di *lex specialis* relativa all'offerta tecnica, sono: quello della stazione appaltante a che la scelta dell'aggiudicatario avvenga all'esito della comparazione di offerte che, sotto il profilo tecnico, si attestino almeno al livello del comune denominatore minimo ragguagliato alle specifiche prescrizioni dettate dal disciplinare a pena di esclusione; quello dei concorrenti a che la procedura sia rigorosamente soggetta al principio della par condicio (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 26 marzo 2020 n. 2130);

RILEVATO che, in tale ottica, nell'interpretazione dei bandi di gara assume carattere preminente la regola collegata all'interpretazione letterale, con esclusione di ogni ulteriore procedimento ermeneutico in caso di clausole assolutamente chiare; tuttavia, in caso di omissioni od ambiguità delle singole clausole, è necessario fare ricorso ad altri canoni ermeneutici, tra cui rilevano quelli dettati dall'articolo 1363 c.c., dell'interpretazione complessiva delle clausole, le une per mezzo delle altre, e dall'articolo 1367 c.c., che, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici, nel dubbio impone di seguire l'interpretazione che consente di mantenerne gli effetti, piuttosto che quella che ne determini la privazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 25 marzo 2020 n. 2090). Conseguentemente, può riprendere vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività – intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità – delle cause di esclusione, qualora pur discostandosi l'amministrazione da interpretazioni apparentemente letterali la stessa sia intenta a tutelare legittimo affidamento e la par condicio dei partecipanti (cfr. da ultimo, e ANAC ex multis, delibera n. 818 del 26 settembre 2018);

CONSIDERATO che qualora, nel privilegiare il criterio letterale, sia possibile addivenire a due interpretazioni differenti deve in ogni caso essere privilegiata l'interpretazione più coerente con lo scopo del servizio richiesto, cioè con gli obiettivi perseguiti dalla stazione appaltante nell'affidamento del servizio. Questi vanno desunti, oltre che dall'oggetto dell'appalto, dai criteri di valutazione dell'offerta tecnica, con i quali si valorizzano gli aspetti di questa ritenuti indispensabili od utili, secondo l'insindacabile giudizio della stazione appaltante. Peraltro, in linea con l'orientamento giurisprudenziale



che vuole applicabili all'interpretazione della legge di gara i criteri in tema di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 c.c. e ss., l'attenzione prestata allo scopo perseguito dall'amministrazione aggiudicatrice è conforme al criterio interpretativo del secondo comma dell'art. 1362 c. c. e la lettura combinata delle previsioni del bando che regolano l'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica è, a sua volta, conforme al criterio interpretativo dell'art. 1363 c. c. (Consiglio di Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 434);

RILEVATO che, nel caso di specie, il criterio di valutazione delle offerte tecniche n. 3 premiava, con l'attribuzione di massimo 21 punti, l'offerta tecnica contenente "Migliorie consistenti nella realizzazione di opere varie di finitura, al fine di un completamento funzionale dell'intervento principale oggetto di appalto, di diverse aree limitrofe a quella di intervento. Sub- criterio 3.1 Via Garibaldi; Sub-criterio 3.2 Corso Umberto, I- ballatoio in prossimità del civico 43 al civico 53; Sub-criterio 3.3 Completamento fabbricato comunale; Sub-criterio 3.4 Scalinata in Via Degli Orti; Sub-criterio 3.5 Via di Fossatello; Sub-criterio 3.6 Scalinata in Via Lamarmora; Sub-criterio 3.7 Loc. gli Orti- Parcheggio";

VISTA la tavola progettuale n. 55, ove erano descritti, per ciascuno dei subcriteri sopra elencati, gli specifici interventi richiesti dall'Amministrazione;

RILEVATO che, in merito alle modalità di presentazione e di valutazione dell'offerta tecnica, il paragrafo 15.3.1 del disciplinare di gara era articolato in una tabella a tre colonne. Con precipuo riferimento al criterio di valutazione n. 3:

- la prima colonna, Criterio, stabiliva che "L'accettazione di una o più di tutte le migliorie richieste sarà valutata secondo la tabella dei punteggi a lato indicata. La stessa obbliga le ditte a produrre in sede di offerte la progettazione esecutiva per ciascuno degli interventi accettati";
- la seconda colonna, sub-criteri, prevedeva, per quanto di interesse, "L'accettazione nell'effettuazione delle migliorie mediante presentazione di elaborati esecutivi corredati da descrizione dell'intervento. Per il dettaglio degli interventi si rimanda alla tavola n. 55 degli elaborati progettuali posti a base di gara";
- la terza colonna, punteggi, stabiliva che sarebbe stato attribuito il corrispondente punteggio per l'accettazione o meno di ciascuno dei singoli interventi che interessano le aree oggetto di migliorie e riportava, accanto a ciascuno dei subcriteri, il relativo sub-punteggio;

RILEVATO, altresì, che il paragrafo 16.1 del disciplinare di gara, criteri di valutazione dell'offerta tecnica, stabiliva che l'attribuzione del punteggio in relazione al criterio n. 3 sarebbe avvenuta in base all'accettazione o meno degli interventi previsti nella tavola 55 degli elaborati progettuali, secondo la seguente formula matematica: accettazione, punteggio; non accettazione, punti 0;

RITENUTO che dalla lettura delle disposizioni del disciplinare di gara emerge chiaramente che l'assegnazione del punteggio in relazione al criterio 3 sarebbe dipeso dalla mera accettazione di ciascuno dei singoli interventi descritti dalla Stazione appaltante nella tavola progettuale n. 55, secondo un metodo on/off; milita in tale direzione non solo il raffronto con i punteggi attribuibili in relazione agli altri criteri – ove risulta riportata la dicitura "max" prima dell'indicazione del punteggio - ma anche la puntuale indicazione nella tavola progettuale n. 55 degli interventi richiesti dall'Amministrazione, circostanza volta ad escludere qualsiasi margine di discrezionalità agli operatori economici nella individuazione delle opere da realizzare e della Commissione nella valutazione delle migliorie offerte; inoltre, qualora vi fosse stata l'intenzione di premiare non solo l'accettazione degli interventi ma anche il pregio o la qualità degli stessi, il disciplinare, analogamente a quanto previsto per il criterio n. 2 "Soluzioni migliorative", avrebbe dovuto



indicare gli elementi in base ai quali la Commissione avrebbe proceduto alla valutazione delle offerte dei concorrenti mentre una tale indicazione risulta assente negli atti di gara;

CONSIDERATO, quanto agli elementi che dovevano comporre l'offerta tecnica dei concorrenti, che l'interpretazione letterale del criterio 3, nella parte in cui stabilisce che *"La stessa (ovvero l'accettazione delle migliorie) obbliga le ditte a produrre in sede di offerte la progettazione esecutiva per ciascuno degli interventi accettati"*, sembrerebbe non lasciare margini di incertezza ed ambiguità circa l'obbligo di allegare all'offerta tecnica la progettazione esecutiva degli interventi accettati. E tuttavia, una simile interpretazione – oltre a comportare, nel caso di specie, l'esclusione di entrambi i concorrenti per carenza di un elemento dell'offerta tecnica – determinerebbe un palese contrasto del disciplinare di gara con le disposizioni del Codice dei contratti nonché con i principi di massima concorrenzialità e di segretezza dell'offerta economica che presidono le procedure ad evidenza pubblica. Nessuna disposizione del d.lgs. 50/2016 stabilisce, infatti, che il progetto esecutivo vada allegato all'offerta tecnica, neppure nelle ipotesi di ricorso al cd. appalto integrato. Al contrario, l'art. 3, comma 1, lett. II) del D.lgs. 50/2016 definisce gli appalti pubblici di lavori come quei contratti stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici aventi per oggetto: 1) l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I; 2) l'esecuzione, oppure la progettazione esecutiva e l'esecuzione di un'opera (cd. appalto integrato). La norma prevede chiaramente che il progetto esecutivo sia oggetto del contratto di appalto e non che sia valutato in sede di offerta. Tanto anche in ragione del fatto che la redazione della progettazione esecutiva, comportando un ingente impegno finanziario, idoneo a disincentivare i potenziali concorrenti dalla partecipazione alla gara, determinerebbe una limitazione ingiustificata della concorrenza. Inoltre, come correttamente rilevato dalla Commissione di gara, la progettazione esecutiva, ai sensi dell'art. 33 del D.P.R. 207/2010, si compone anche di elaborati di natura economica, quali *"g) computo metrico estimativo e quadro economico; h) cronoprogramma; i) elenco dei prezzi unitari e eventuali analisi"*, la cui conoscenza si porrebbe in contrasto con il divieto di commistione tra elementi dell'offerta tecnica ed elementi dell'offerta economica e con i superiori principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa previsti dall'art. 97 Cost. e di libera concorrenza e non discriminazione tra i concorrenti di cui all'art. 30 del codice dei contratti pubblici (sul divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica cfr. delibere ANAC n. 763 del 21 novembre 2021; delibera n. 528 del 7 luglio 2021; n. 1003 del 24 ottobre 2018 e la giurisprudenza ivi richiamata);

RITENUTO, pertanto, che l'espressione "in sede di offerta" contenuta nel menzionato criterio 3 non possa che essere intesa come frutto di un refuso e che l'intenzione della Stazione appaltante fosse quella di sancire l'obbligo del concorrente di redigere, a valle dell'aggiudicazione e della stipula del contratto, la progettazione esecutiva degli interventi migliorativi accettati. Tale soluzione appare preferibile anche in ragione del richiamato principio di conservazione degli effetti degli atti giuridici, previsto quale criterio di interpretazione dei contratti dall'art. 1367 c.c. e pacificamente applicabile anche agli atti e provvedimenti amministrativi, inclusi gli atti delle gare pubbliche (C.d.S., Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4991 e 10 dicembre 2013, n. 5917; Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1177): ed invero, il principio di conservazione, sancito anche a livello di normazione amministrativa dall'art. 21-*nonies*, comma 2, della l. n. 241/1990, costituisce espressione del principio di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa di cui all'art. 1, comma 1, della stessa l. n. 241 (C.d.S., Sez. III, 10 luglio 2015, n. 3488) ed impone di interpretare le singole clausole della *lex specialis* nel senso in cui esse possano avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno;

CONSIDERATO che, una volta esclusa, per le menzionate ragioni, l'esistenza dell'obbligo per gli operatori economici di allegare la progettazione esecutiva delle migliorie accettate, resta da stabilire se la



prescrizione del disciplinare di gara (colonna subcriterio n. 3) che prevedeva la presentazione di elaborati esecutivi corredati dalla descrizione degli interventi accettati, fosse volta a sancire l'obbligo per i concorrenti di presentare delle relazioni o schede grafiche dimostrative delle modalità realizzative degli interventi ovvero, al contrario, vada letta ed interpretata nel senso che, ai fini dell'attribuzione del punteggio, non era sufficiente la mera accettazione *tout court* delle migliori richieste dall'Amministrazione ma era necessario che i concorrenti riproducessero testualmente, nella propria offerta, le singole migliori descritte nella tavola progettuale n. 55;

CONSIDERATO che un'interpretazione sistematica della *lex specialis*, che tenga conto, per un verso, della chiara modalità di attribuzione del punteggio secondo il metodo tabellare on/off, e dello scopo perseguito dall'Amministrazione attraverso l'inserimento del criterio n. 3 (ovvero garantirsi l'esecuzione delle migliori dalla stessa puntualmente individuate nella tavola progettuale n. 55), induce a preferire la seconda opzione interpretativa; qualora, infatti, la clausola del disciplinare venisse interpretata nel senso che, ai fini della valutazione delle offerte, i concorrenti erano tenuti a descrivere le modalità realizzative degli interventi accettati, risulterebbe inspiegabile sia l'attribuzione del punteggio in base alla mera accettazione delle migliori descritte nella tavola n. 55 sia la richiesta di sottoscrizione dell'offerta da parte del solo operatore economico e non anche di un tecnico abilitato, unica figura competente a stabilire se la modalità di realizzazione dell'intervento siano possibili e congrue;

RITENUTO, in conclusione, che, ferme restando le superiori considerazioni in merito all'inammissibile richiesta di presentazione della progettazione esecutiva in sede di offerta tecnica, l'attribuzione del punteggio in relazione al criterio n. 3 deve essere effettuata in forza dell'accettazione dei singoli interventi descritti nella tavola progettuale n. 55, dimostrata dalla loro puntuale riproduzione negli elaborati costituenti l'offerta tecnica del concorrente;

#### Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che il criterio di valutazione delle offerte tecniche n. 3 deve essere interpretato nel senso che l'accettazione dei singoli interventi descritti dalla Stazione appaltante nella tavola progettuale n. 55, dimostrata dalla loro puntuale riproduzione in seno all'offerta tecnica del concorrente, determina, secondo un metodo tabellare, l'assegnazione del punteggio previsto ed obbliga gli operatori economici, a valle dell'aggiudicazione e della stipula del contratto, alla redazione della progettazione esecutiva degli interventi accettati.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 aprile 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Firmato digitalmente