



DELIBERA N. 787

1 dicembre 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Eutecne S.r.l. – Procedura aperta svolta in modalità telematica per l'affidamento dei servizi di progettazione definitiva per la realizzazione di una nuova scuola per l'ISIS Foresi-Brignetti nel Comune di Portoferraio, con riserva di successivo affidamento della progettazione esecutiva, direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione - Importo a base di gara: € 455.960,38 - S.A.: Provincia di Livorno

PREC 215/2021/S

Riferimenti normativi

Articolo 80, comma 5, lett.c-bis, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 95 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Servizi di ingegneria e di architettura – Criterio di valutazione - Professionalità e adeguatezza dell'offerta

Massima

Servizi di ingegneria e di architettura – Criterio di valutazione - Professionalità e adeguatezza dell'offerta - Servizi pregressi svolti in raggruppamento – Spendibilità limitata alle prestazioni effettivamente svolte dal concorrente

Nelle gare per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura, ai fini della valutazione del criterio della professionalità e adeguatezza dell'offerta tecnica, in caso di servizi pregressi prestati in forma associata con altri professionisti, la stazione appaltante prende in considerazione i servizi, di natura architettonica, strutturale o impiantistica, effettivamente prestati dal concorrente.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 1 dicembre 2021

Vista l'istanza, acquisita al prot. n. 74793 del 15 ottobre 2021, con la quale l'impresa Eutecne S.r.l., seconda classificata nella gara in epigrafe, ha sottoposto all'esame dell'Autorità le modalità, asseritamente omissive, seguite dall'operatore economico aggiudicatario (RTP Settanta7-GPA S.r.l. – Dedalegno S.S.T.P. – Focardi) nella



formulazione dell'offerta tecnica, idonee, secondo l'istante, ad indurre in errore la Commissione giudicatrice nella valutazione dell'offerta stessa. Nel dettaglio, Eutecne S.r.l. ha rappresentato che il disciplinare di gara prevedeva che le offerte tecniche dei concorrenti fossero valutate alla luce di tre criteri, il primo dei quali - criterio A Professionalità e adeguatezza dell'offerta - era ulteriormente declinato in tre sub-criteri atti ad evidenziare la rispondenza dei servizi agli obiettivi della stazione appaltante dal punto di vista tecnologico "Strutturale" (sub-criterio A.1.1.); funzionale e di inserimento ambientale "Architettonico" (sub-criterio A.1.2.); "Impiantistico" (sub-criterio A.1.3.). La professionalità e adeguatezza dell'offerta sarebbe stata «*desunta da numero tre servizi relativi ad interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare la prestazione, tra interventi qualificabili affini a quelli oggetto dell'affidamento*» (Disciplinare, par. B), Documentazione tecnica). Il criterio avrebbe dovuto essere dimostrato dal concorrente con una relazione illustrativa per ogni sub-criterio. Come desumibile dal verbale della seduta del 3 giugno 2021, nel corso della gara, la Commissione ha richiesto ad alcuni concorrenti, che avevano illustrato, ai fini della dimostrazione della professionalità e dell'adeguatezza dell'offerta, tre servizi pregressi svolti in raggruppamento con altri professionisti, di chiarire quali fossero le prestazioni effettivamente svolte dal concorrente all'interno dei rispettivi raggruppamenti, distinguendo tra le categorie architettoniche, strutturali ed impiantistiche. L'istante ha evidenziato che l'aggiudicatario non è tra i destinatari della richiesta di chiarimenti perché non avrebbe suscitato nella Commissione alcun dubbio a riguardo, avendo descritto i servizi pregressi senza chiarire che erano stati prestati in raggruppamento e senza specificare le attività effettivamente svolte, lasciando strumentalmente intendere di averle svolte tutte. Ad avviso di Eutecne, ciò ha comportato che, nell'attribuzione del punteggio riferito al Criterio A, la stazione appaltante ha valutato i tre servizi pregressi illustrati dall'aggiudicatario sul presupposto che Settanta7 si fosse occupato per intero di tutti e tre i profili oggetto di valutazione (strutturale, architettonico e impiantistico), finendo per attribuire un punteggio falsato da tale asimmetria informativa. Quanto evidenziato sarebbe emerso solo dopo che la stazione appaltante, a seguito di reiterate richieste di Eutecne S.r.l., in data 14 settembre 2021, ha messo a disposizione dell'istante la documentazione di gara completa, comprensiva dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario non oscurata con riferimento al Criterio A. Secondo quanto rappresentato dall'istante, solo a fronte dell'offerta tecnica completa, è stato possibile constatare che la stessa, con riferimento al Criterio A, è stata redatta dall'aggiudicatario omettendo di specificare che i servizi sono stati svolti in raggruppamento con altri professionisti. Dal canto suo, Eutecne ha reperito (e prodotto nel presente procedimento) documentazione riguardante i tre progetti presentati da RTP Settanta7, da cui emerge che Settanta7 vi ha preso parte in raggruppamento con altri soggetti (diversi da quelli unitamente ai quali ha presente offerta nella gara in esame) e che, secondo l'istante, dimostrerebbe che Settanta7 non si è mai occupata dei profili strutturali e impiantistici. Alla luce di quanto sopra, Eutecne S.r.l. ha formulato i seguenti quesiti di diritto:

- 1) se l'attivazione del soccorso istruttorio nei confronti delle offerte tecniche che non chiarivano le parti dei servizi effettivamente svolti da ciascun componente dei RTP sia legittima o se debba considerarsi esclusa ai sensi dell'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 in quanto attinente al contenuto dell'offerta tecnica;
- 2) nel caso fosse ritenuta ammissibile, se l'attivazione del soccorso istruttorio nei confronti solo di alcune offerte tecniche (quelle palesemente dubbie sotto il profilo della ripartizione dei servizi pregressi) e non nei confronti dell'offerta del RTP Settanta7 sia legittima ovvero in contrasto con il principio di parità di trattamento dei concorrenti;
- 3) se l'omissione nell'offerta tecnica del RTP Settanta7 della specificazione del singolo profilo (strutturale, architettonico, impiantistico) effettivamente svolto nell'ambito dei tre servizi pregressi illustrati possa integrare una dichiarazione omissiva idonea a condurre all'esclusione del concorrente;
- 4) se nel valutare la "professionalità e l'adeguatezza dell'offerta" tramite i tre servizi pregressi indicati dal concorrente in quanto ritenuti significativi della propria capacità a realizzare le prestazioni oggetto del contratto, la stazione appaltante debba tenere conto o meno delle parti dei servizi di cui si è effettivamente occupato il concorrente;
- 5) in caso affermativo, se l'aggiudicazione disposta dalla stazione appaltante nei confronti del RTP Settanta7 sia legittima e, in caso negativo, se la stazione appaltante debba o possa procedere con l'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione e con la ripetizione dell'intera procedura, stante



l'impossibilità di rivalutare le offerte pena la lesione dei principi di segretezza, trasparenza e concorrenzialità;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 26 ottobre 2021 con nota prot. n. 77384;

Vista la documentazione acquisita agli atti;

Vista, in particolare, l'eccezione sollevata dalla Provincia di Livorno (con nota prot. n. 76030 del 20 ottobre 2021 e ribadita con nota prot. n. 81807 del 12 novembre 2021), avverso l'ammissibilità dell'istanza ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), Regolamento Precontenzioso, in quanto diretta a far valere l'illegittimità di un atto della procedura di gara autonomamente impugnabile – l'aggiudicazione - rispetto al quale sarebbero già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale, avendo la stazione appaltante pubblicato il provvedimento di aggiudicazione sul sito web dell'ente e sul profilo della stazione appaltante in data 22 giugno 2021 e concesso l'accesso completo a tutti i documenti dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario, da ultimo, con pec datata 14 settembre 2021;

Considerato preliminarmente che, come anche evidenziato dall'istante con nota prot. n. 82807 del 17 novembre 2021, la valutazione della tempestività dell'istanza di precontenzioso va effettuata tenendo conto che l'istanza, benché protocollata in data 15 ottobre 2021, è pervenuta all'Autorità alle ore 18:20 del 14 ottobre 2021. Venendo all'individuazione della decorrenza del termine di 30 giorni, va considerato che le doglianze sollevate dall'istante si appuntano sul contenuto dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario, e in particolare sulla parte dedicata al Criterio A, che Eutecne S.r.l., come riconosciuto dalla stessa stazione appaltante, ha potuto conoscere nella sua interezza solo in data 14 settembre 2021, dopo averne tempestivamente e reiteratamente chiesto l'ostensione. Al riguardo, occorre rammentare che, secondo quanto statuito dall'Adunanza Plenaria n. 12/2020, quando l'esigenza di proporre il ricorso emerge dopo aver conosciuto i contenuti dell'offerta dell'aggiudicatario, o le sue giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, in forza del principio della "piena conoscenza o conoscibilità" (per il quale il ricorso è proponibile da quando si sia avuta conoscenza del contenuto concreto degli atti lesivi o da quando questi siano stati pubblicati sul 'profilo del committente), «*la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale'*, dovendosi attribuire rilevanza al tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicatario. L'applicazione di siffatto principio al caso di specie consente di ritenere l'istanza ammissibile, in quanto presentata nell'ultimo giorno utile del termine di 30 giorni decorrente dal 14 settembre 2021;

Considerato che le Linee guida n. 1 (Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria) annoverano tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica nelle gare per l'affidamento dei servizi di ingegneria il parametro della "professionalità e adeguatezza dell'offerta". L'inclusione tra i parametri di valutazione dell'offerta di un criterio di tipo soggettivo è in linea con la riconduzione nel Codice dei contratti dell'organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto tra gli aspetti qualitativi connessi all'oggetto dell'appalto sulla base dei quali è valutata l'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95, comma 6, d.lgs. n. 50/2016). La valutazione della qualità dell'offerta tecnica sotto il profilo dell'esperienza maturata dal concorrente era già prevista dall'art. 266 comma 1, lett. b), n.1), d.P.R. n. 207/2010, ai sensi del quale l'offerta tecnica doveva essere documentata da "*.. un numero massimo di tre servizi relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico, scelti fra interventi qualificabili affini a quelli oggetto dell'affidamento (...)*". La previsione di un criterio di valutazione dell'offerta attinente alla capacità del concorrente era stata interpretata dall'Autorità come un superamento della netta distinzione tra i requisiti soggettivi dell'offerente, valutabili esclusivamente come requisiti ai fini della partecipazione, e il contenuto qualitativo dell'offerta, direttamente attinente all'oggetto dell'appalto, da valutare ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, in linea con un orientamento giurisprudenziale propenso a riconoscere che possono



essere presi in considerazione, in sede valutativa del merito dell'offerta, elementi attinenti alle imprese concorrenti che si riverberano senza incertezze sulla qualità del servizio oggetto della procedura. Tale opzione ermeneutica è da ritenersi *"particolarmente adatta agli appalti dei servizi di progettazione nei quali il "valore qualitativo del concorrente" e le esperienze pregresse si riverberano inevitabilmente sul contenuto e l'affidabilità dell'offerta progettuale* (Determinazione n. 5/2010, Linee guida per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria). Nella Nota illustrativa al Bando tipo n. 3 è ribadito che il criterio in esame consente di valutare nella gara in corso se il progettista *"ha precedentemente maturato un'esperienza che gli consente di svolgere al meglio l'incarico da affidare"*. Nelle Linee Guida n. 1 è anche precisato che, qualora la prestazione riguardi opere caratterizzate da più aspetti, per esempio, qualora si tratti di progetti integrali e, cioè, progetti che prevedono prestazioni di natura architettonica, strutturale ed impiantistica, il criterio di valutazione della *"professionalità o adeguatezza dell'offerta"* dovrebbe essere suddiviso in sub-criteri e relativi sub-pesi (professionalità o adeguatezza dell'offerta sul piano architettonico, professionalità o adeguatezza dell'offerta sul piano strutturale, professionalità o adeguatezza dell'offerta sul piano impiantistico);

Considerato, alla luce di quanto rilevato, che tramite il criterio della *"professionalità e adeguatezza dell'offerta"* la stazione appaltante valuta il merito tecnico dell'offerta con riguardo alle caratteristiche qualitative del progettista desunte dai progetti in precedenza redatti, che l'offerente ritiene rappresentativi della propria capacità progettuale ed affini all'opera da progettare. Se ai fini della partecipazione, l'Amministrazione valuta l'idoneità del progettista a concorrere per l'affidamento sulla base di elementi meramente quantitativi, consistenti nell'accertamento dell'importo dei lavori appartenenti alle stesse classi e categorie dell'opera oggetto dell'incarico eseguiti in periodo anteriore alla data del bando, ai fini della valutazione della qualità dell'offerta prende in considerazione l'esperienza professionale pregressa in quanto indicativa del valore qualitativo del concorrente. Secondo principi di ragionevolezza, logicità, proporzionalità e trasparenza, ne consegue che, se la qualità dei servizi pregressi vale ad illuminare la qualità del concorrente e la sua capacità di svolgere il nuovo incarico, e quindi la qualità dell'offerta, è necessario che si tratti di servizi che sono stati svolti effettivamente dal concorrente, in quanto unici servizi in grado di dimostrarne l'esperienza maturata. Ne consegue che, in caso di servizi pregressi svolti in forma associata, ai fini della dimostrazione dell'esperienza maturata dal concorrente, dovrebbero essere presi in considerazione i servizi, di natura architettonica, strutturale o impiantistica, effettivamente prestati. Si tratta dell'applicazione dello stesso principio sotteso alla disciplina della spendibilità dei servizi pregressi ai fini della dimostrazione dei requisiti di partecipazione come cristallizzata nelle Linee Guida n. 1, dove è precisato che *"La spendibilità come esperienza pregressa dei servizi prestati deve essere limitata pro quota rispetto all'importo totale"* (Linee Guida cit., 2.2.3.3.). Il principio ha trovato accoglimento in giurisprudenza dando vita ad un consolidato orientamento secondo cui i servizi di ingegneria svolti in raggruppamento sono idonei ad attestare l'esperienza pregressa e la capacità tecnica di ciascun professionista solo limitatamente all'attività da questi effettivamente svolta, in quanto solo la predetta attività risulta in grado di arricchire di contenuto concreto l'esperienza documentata nel proprio curriculum (cfr., TAR Sardegna, sez. I, n. 346/2016; TAR Puglia, Bari, n. 299/2018; Consiglio di Stato, V, n. 4787/2019; TAR Campania, Napoli, n. 1151/2020). Al riguardo il Consiglio di Stato ha osservato che *«D'altra parte, è evidente che, quando più di professionisti concorrono nello svolgimento di un incarico unitario, ciascuno svolge un ruolo specifico in relazione alle sue particolari competenze ovvero, di tal che una parte del servizio è solo a lui riferibile (si pensi alle attività del geologo, dell'agronomo, dell'esperto ambientale, ecc.)»* (Consiglio di Stato, sez. V, n. 7911/2020). Non si ravvedono ragioni perché lo stesso principio, improntato a esigenze di esperienza diretta e specifica sottese alla prescrizione dei requisiti di capacità tecnica, non debba essere applicato analogicamente anche ai servizi pregressi spendibili ai fini della dimostrazione della *"professionalità e adeguatezza dell'offerta"*, stante la medesima necessità di avere riguardo alla competenza effettivamente maturata dal concorrente in ragione delle prestazioni rese al fine di apprezzarne il valore qualitativo, con la sola differenza che la parte di servizio valutabile va individuata non tanto sul piano quantitativo ma qualitativo, con riferimento alla natura, architettonica, strutturale o impiantistica, della prestazione svolta;



Ritenuto, sulla base di quanto previamente considerato, in risposta al quesito n. 4, che in caso di servizi pregressi prestati in raggruppamento con altri professionisti con suddivisione delle prestazioni di differente natura tra i componenti del raggruppamento, ai fini della valutazione della professionalità e adeguatezza dell'offerta la stazione appaltante tiene conto del tipo di prestazione effettivamente svolta dal concorrente;

Ritenuto, conseguentemente, che appare conforme alla normativa di settore la richiesta di chiarire quali fossero le prestazioni effettivamente svolte dal concorrente, rivolta dalla stazione appaltante ai partecipanti che avevano illustrato servizi pregressi prestati in RTP, stante la limitazione della spendibilità di tali servizi, ai fini della dimostrazione della professionalità maturata, alla parte di essi effettivamente prestata. In particolare, in risposta al quesito n. 1, si ritiene che tale richiesta di chiarimenti non incorra nel divieto di sanare tramite il soccorso istruttorio mancanze, incompletezze e altri irregolarità essenziali afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica cui all'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016. La *ratio* del divieto è quella di evitare che l'operatore economico sia messo nella condizione di modificare l'offerta tecnica per renderla rispondente ai requisiti minimi stabiliti dalla stazione appaltante dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, V, n. 3029/2017). Di contro, quanto disposto dal comma 9 dell'art. 83 non osta a che siano soddisfatte, nell'interesse sia dell'operatore economico che della stazione appaltante, le esigenze di flessibilità procedimentale che hanno condotto il Consiglio di Stato a raccomandare di conservare un "soccorso procedimentale", nettamente distinto dal soccorso istruttorio, in virtù del quale la stazione appaltante possa richiedere, in caso di dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta, chiarimenti e giustificazioni al concorrente (Parere 21 marzo 2016 sullo schema del Codice e parere del 22 marzo 2017 sullo schema del correttivo). La raccomandazione è stata accolta dalla giurisprudenza, la quale ammette la possibilità che la stazione appaltante acquisisca chiarimenti su voci dell'offerta tecnica dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta (TAR Sardegna (Cagliari), I, n. 215/2019; Cons. Stato, III, n. 1225/2021), a condizione che ciò non comporti modifiche dell'offerta stessa, e giunge a consentire all'operatore economico di provare, anche con integrazioni documentali, che la propria offerta fosse, fin dal principio, effettivamente conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis*, purché le integrazioni e le correzioni non conducano a modifiche sostanziali dell'offerta iniziale (Cons. Stato, V, n. 1854/2018). Nel caso di specie, i chiarimenti non attengono ad elementi che concorrono a definire l'insieme delle prestazioni oggetto dell'impegno negoziale dei concorrenti, ma sono volte ad ottenere informazioni riguardanti servizi pregressi, oggettivamente riscontrabili sulla base di documentazione preesistente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte e utili ad orientare correttamente la valutazione della "professionalità e adeguatezza dell'offerta";

Considerato che dall'offerta tecnica del RTP Settanta7 non sembrano emergere elementi da cui possa desumersi che i tre progetti illustrati ai fini della valutazione del Criterio A - Nuova Scuola di Ingegneria – Hub dell'Innovazione dell'Università degli Studi di Padova; Nuovo Liceo Scientifico con palestra "A.M. Enriques Agnoletti", Sesto Fiorentino; Realizzazione nuovo Polo Scolastico, San Martino di Lupari – siano stati realizzati da Settanta7 unitamente ad altri professionisti in RTP, mentre tale circostanza è invece chiaramente desumibile dalla documentazione – verbali di gara ed elaborati – reperita *aliunde* dall'istante;

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, in risposta al quesito n. 5 prima parte, che la mancanza di informazioni al riguardo abbia oggettivamente viziato il processo di valutazione della "professionalità e adeguatezza dell'offerta" del RTP Settanta7, avendo privato la stazione appaltante della possibilità di ottenere chiarimenti circa le prestazioni effettivamente svolte da Settanta7. Gli effetti di tale carenza nella fase di valutazione delle offerte risultano aggravati dalla asimmetria informativa che ha caratterizzato detto processo. Si ritiene infatti, in risposta al quesito n. 2, che la richiesta di chiarimenti rivolta agli altri concorrenti (che si trovano nella medesima condizione del RTP Settanta7), pur non essendo imputabile sotto il profilo soggettivo alla stazione appaltante (dovendosi riconoscerla ignara della necessità di attivarsi anche nei confronti del RTP Settanta7), rappresenti oggettivamente un *vulnus* al principio di parità di trattamento dei concorrenti, il quale



impone che gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte e che implica quindi che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti i partecipanti;

Ritenuto, con riferimento all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, in risposta al quesito n. 5 seconda parte, che, anche a fronte del riconoscimento da parte dell'Autorità dei vizi (travisamento dei fatti e disparità di trattamento) incidenti sul provvedimento di aggiudicazione, spetta alla stazione appaltante la verifica della sussistenza delle altre condizioni (ragioni di interesse pubblico, termine ragionevole, valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati rispetto all'atto da rimuovere) che l'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 richiede ai fini dell'esercizio dell'annullamento in autotutela. Quanto infine alla rinnovazione della procedura a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, esistono due orientamenti giurisprudenziali che si contrappongono sul tema. Una parte della giurisprudenza ritiene necessaria la riedizione dell'intera gara a partire dalla presentazione delle offerte, poiché anche l'astratta conoscibilità di queste inficia il principio di segretezza e separazione delle offerte tecniche ed economiche, determinando l'emersione del rischio che il giudizio sulle prime sia aggiustato in base al contenuto delle seconde, rimanendo irrilevante che la stazione appaltante abbia provveduto a sostituire la commissione valutatrice (Cfr. *ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4934/2016; T.A.R. Roma, Sez. III, n. 13475/2019). Un secondo orientamento, che si ritiene maggiorente idoneo a contemperare le esigenze confliggenti, ritiene invece che il principio di segretezza e separazione vada a sua volta armonizzato con i principi della conservazione degli atti giuridici nonché di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, ammettendo di conseguenza la rinnovazione parziale degli atti di gara a partire da quello viziato, con l'adozione di apposite cautele, tra cui – in particolare – la nomina di una nuova commissione, volte ad assicurare che la rivalutazione delle offerte sia svolta in condizioni di assoluta imparzialità e indipendenza (Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6439/2018; Id., n. 6820/2019; T.A.R. Napoli, Sez. I, nn. 2428 e 2429/2020; TAR Roma, Sez. II quater, n.11404/2020; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 574/2021);

Considerato, con riferimento alla idoneità della dichiarazione omissiva di condurre all'esclusione del concorrente, che l'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*, d.lgs. n. 50/2016 prevede l'esclusione dalle procedure di gara per gli operatori che: *i*) abbiano tentato di condizionare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante; *ii*) abbiano tentato di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio; *iii*) abbiano fornito, anche per negligenza, informazioni false o forvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione; *iv*) abbiano omissso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione. La disposizione rappresenta, come evidenziato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2020, una norma di chiusura del sistema in grado di intercettare una serie di situazioni non predeterminabili *ex ante*, ma incidenti in negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico. Si tratta di comportamenti che costituiscono fattori di deviazione del procedimento di gara dai canoni di imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. La *ratio* che li accomuna è, dunque, quella di preservare l'imparzialità dell'azione amministrativa, evitando che condotte indebitamente tenute dai concorrenti possano sviare le decisioni dell'Amministrazione, vulnerando l'esercizio imparziale (cioè equidistante dagli interessi privati coinvolti nel procedimento) dell'attività amministrativa. Altro elemento comune è rappresentato dal fatto che le condotte descritte non rappresentano cause di esclusione di tipo automatico dalla gara, ma presuppongono una valutazione discrezionale della stazione appaltante dell'incidenza sulla integrità ed affidabilità dell'operatore (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 16/2020, cit.). L'ultima delle quattro fattispecie, cui sembra fare riferimento l'istante, ovvero l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento ai fini della procedura, si caratterizza per incentrare il disvalore della previsione sul carattere doveroso dell'informazione. L'ipotesi presuppone un obbligo il cui assolvimento è necessario perché la competizione in gara possa svolgersi correttamente e il cui inadempimento giustifica invece l'esclusione. Rispetto alle esigenze di trasparenza che si pongono a presidio delle procedure di affidamento (art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50/2016), l'obbligo dovrebbe essere previsto a livello normativo o dalla stazione appaltante nella *lex specialis* di gara. Nondimeno la Plenaria n. 16/2020 giunge a ritenere ammissibile una ricostruzione a posteriori degli obblighi dichiarativi nel



limite in cui «*si tratti di casi evidentemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono configurabili esclusioni "a sorpresa" a carico dello stesso*». Nel caso in esame, l'aggiudicatario ha ommesso di specificare che i tre progetti indicati ai fini della dimostrazione della professionalità e adeguatezza dell'offerta tecnica erano stati prestati in raggruppamento, ingenerando nella stazione appaltante l'erroneo convincimento che tutte le prestazioni ivi illustrate fossero state svolte dal concorrente. La reticenza dell'aggiudicatario sul punto, tuttavia, più che come violazione di un obbligo dichiarativo – obbligo che comunque, come visto, è senz'altro evincibile, in via sistematica, dalla *ratio* sottesa al criterio di valutazione della professionalità e adeguatezza dell'offerta – sembra piuttosto inquadrabile come rappresentazione di fatti in modo fuorviante suscettibili di influenzare le decisioni sull'aggiudicazione. Con riferimento a tale condotta intervenuta in fase di gara, nelle Linee guida n. 6 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice», l'Autorità ha chiarito che rilevano i comportamenti che integrano i presupposti di cui al punto 2.1 delle Linee guida n. 6 – ovvero comportamenti tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento - posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave volti a ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio. La giurisprudenza, muovendosi sulla linea tracciata dall'Autorità, ha valutato che l'art. 80, comma 5, lett. c) [ora lett. c-bis] includa nell'ambito delle dichiarazioni false o fuorvianti da considerarsi rilevanti ai fini dell'integrazione della causa di esclusione di che trattasi «*anche quelle relative alle caratteristiche dell'offerta ove idonee a influire sul processo decisionale dell'amministrazione, in ordine all'attribuzione del punteggio o più in generale all'individuazione dell'aggiudicatario*» (Consiglio di Stato, Sez. V, 8 maggio 2018 n. 2747). Secondo il Consiglio di Stato infatti, «*la ratio della norma si sostanzia nell'evitare alla stazione appaltante di trattare con operatori economici che non diano sufficienti garanzie in ordine alla propria affidabilità morale e professionale, affidabilità che può risultare pregiudicata anche da comportamenti consistenti nel rappresentare qualità dell'offerta tecnica non veritiere che abbiano avuto l'effetto di alterare gli esiti della gara*» (Cons. Stato cit.). In sostanza, alla luce delle indicazioni interpretative fornite dall'Autorità e dalla giurisprudenza, integra la fattispecie escludente prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c)-bis l'aver fornito con dolo o colpa grave informazioni false o fuorvianti riguardo elementi dell'offerta tecnica risultate decisive ai fini dell'attribuzione del punteggio, quando tale comportamento sia tale da rendere dubbia l'integrità e/o l'affidabilità del concorrente;

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, in risposta al quesito n. 3, che la condotta dell'aggiudicatario sia astrattamente configurabile come rappresentazione di informazioni fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'aggiudicazione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis, d.lgs. n. 50/2016. Resta riservata alla stazione appaltante, nell'esercizio della sua discrezionalità, la valutazione dell'incidenza in concreto della condotta in esame sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare. L'amministrazione è tenuta a motivare il provvedimento con specifico riferimento alle ragioni che l'hanno condotta alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico e alla gravità della fattispecie (Cfr, Linee guida n. 6);

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- che, nelle gare per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura, ai fini della valutazione della professionalità e adeguatezza dell'offerta tecnica, in caso di servizi pregressi prestati in raggruppamento con altri professionisti, la stazione appaltante tiene conto della prestazione effettivamente svolta dal concorrente;



- conforme alla normativa di settore la richiesta di chiarimenti volta a conoscere le prestazioni effettivamente svolte dal concorrente, rivolta dalla stazione appaltante ai partecipanti che hanno svolto i servizi pregressi in forma associata con altri professionisti;
- non conforme alla normativa di settore l'aggiudicazione della gara al RTP Settanta7;
- rimessa alla stazione appaltante la verifica della sussistenza delle altre condizioni richieste dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 ai fini dell'esercizio dell'annullamento in autotutela;
- astrattamente configurabile come rappresentazione di informazioni fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'aggiudicazione la condotta del RTP Settanta7.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 dicembre 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente