



DELIBERA N. 841

21 ottobre 2020

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Comune di Amatrice - Procedura negoziata, ai sensi dell'art. 2, comma 2-*bis*, del D.L. 189/2016 e ss.mm.ii. previa pubblicazione di avviso per manifestazione d'interesse per l'affidamento dell'attività di Pianificazione Attuativa connessa agli interventi di Ricostruzione nel centro storico di Amatrice Capoluogo - Importo a base di gara: Euro 133.814,37 – S.A.: Comune di Amatrice.

PREC 196/2020/S

Riferimenti normativi

Artt. 80, 83, 89 del D.Lgs. n. 50/2016.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 ottobre 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 69920 del 23 settembre 2020, con la quale il Comune di Amatrice ha rivolto all'Autorità una serie di quesiti relativi alla ammissione e/o esclusione di alcuni operatori economici in sede di esame della documentazione amministrativa. Nel dettaglio è stato chiesto se possono costituire motivo di esclusione:

- 1) la sussistenza di un provvedimento di risoluzione contrattuale nei confronti di un operatore (per grave ritardo, grave inadempimento e omessa trasmissione delle polizze professionali nei termini contrattuali), dichiarato in sede di domanda di partecipazione alla gara ma non nell'ambito del DGUE, nonché la sua possibile valutazione ai fini dell'affidabilità professionale del concorrente, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), c-*bis*), c-*ter*) e c-*quater*) del D.Lgs. n. 50/2016;
- 2) relativamente all'istituto dell'avvalimento viene chiesto (con i primi quesiti) se, ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice, è ammissibile l'avvalimento interno ad un RTP/RTI nel caso in cui vi sia coincidenza tra professionista ausiliario e legale rappresentante della mandataria e se ciò soddisfa la condizione della necessaria esecuzione diretta del servizio da parte dell'ausiliario; inoltre (con un terzo quesito) viene

richiesto se è ammissibile l'avvalimento frazionato dei requisiti di capacità economica e finanziaria e se i contratti di avvalimento allegati possano essere considerati validi;

3) in relazione al PassOE, la sua mancata allegazione nella documentazione amministrativa e la mancata indicazione del giovane professionista;

4) l'incompletezza del DGUE e la mancata presentazione del DGUE da parte del giovane professionista;

5) mancata allegazione dello statuto professionale e/o dell'atto di nomina del legale rappresentante di uno studio associato;

6) mancata presentazione di F23 quietanzato tra la documentazione amministrativa ovvero con marca da bollo non annullata;

7) irregolarità concernenti la dichiarazione di impegno a costituire un RTP/RTI (totale assenza, presentazione in un atto separato, mancata indicazione delle percentuali, mancata sottoscrizione da parte del giovane professionista);

8) presenza dell'offerta economica all'interno della busta amministrativa;

9) mancata presentazione delle dichiarazioni integrative prescritte dalla lettera di invito ovvero mancata sottoscrizione da parte del giovane professionista;

10) irregolarità concernenti la domanda di partecipazione alla gara (mancata sottoscrizione da parte del giovane professionista, indicazione di professionisti che non fanno parte del raggruppamento, carenza delle figure professionali minime richieste dalla lettera di invito);

11) difficoltà ad identificare la partecipazione di un operatore come singolo ovvero come studio associato;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato con nota prot. n. 72730 del 5 ottobre 2020;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

CONSIDERATO che, con riferimento alla **questione sub 1)**, concernente la valutazione di un provvedimento di risoluzione contrattuale adottato nei confronti di un concorrente, ai fini della sua affidabilità professionale, è d'uopo ricordare che, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter) del Codice (nella specie rilevante, *ratione temporis*, nella riscrittura operata con il D.L. n. 135/2018, convertito con modificazioni dalla L. n. 12/2019) le stazioni appaltante escludono da una procedura di gara un operatore economico che *"abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa"*. Con la formulazione legislativa vigente, come noto, è stata sostituita la lett. c) della citata disposizione con le lettere c), c-bis) e c-ter) nonché eliminato il riferimento al carattere della definitività del provvedimento di risoluzione. Sul tema, è peraltro intervenuta la Corte di Giustizia UE, con sentenza del 19 giugno 2019, C-41/18, la quale ha statuito che *"l'art. 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce"*;

CONSIDERATO, inoltre, che, come previsto dai commi 7 e 8 dell'art. 80 del Codice nonché dalle Linee Guida ANAC n. 6 (par. VI), l'esclusione dalla gara di un operatore economico che ha commesso un grave illecito professionale ovvero che ha subito una risoluzione contrattuale deve essere disposta dalla



stazione appaltante all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore interessato, nell'ambito del quale quest'ultimo deve potere dimostrare di essere un contraente affidabile ovvero di avere adottato misure di *self cleaning* (cfr. di recente Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2020, n. 5732 nonché Parere di Precontenzioso n. 678 del 17 luglio 2019);

CONSIDERATO che l'Autorità ha in più occasioni (da ultimo, con i Pareri di precontenzioso n. 231 del 4 marzo 2020 e n. 725 del 9 settembre 2020) evidenziato che spetta in via esclusiva alla stazione appaltante valutare, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) nonché lett. c-*bis*) e c-*ter*) del Codice, previo contraddittorio con gli operatori interessati, se un provvedimento di risoluzione contrattuale incida negativamente sulla integrità e affidabilità professionale del concorrente. Come ricordato nei menzionati precedenti, si tratta di una valutazione che non può essere effettuata dall'Autorità, in quanto essa afferisce all'esercizio dell'attività discrezionale della stazione appaltante, la quale dovrà adeguatamente considerare gli elementi evidenziati al § 6 delle Linee guida ANAC n. 6;

RITENUTO che nel caso di specie (diversamente da quanto sostenuto dalla controinteressata ABACUS S.r.l. nella memoria acquisita al prot. n. 73619 del 7.10.2019) la pendenza del giudizio avverso il provvedimento di risoluzione contrattuale nonché la mancata iscrizione della società nel casellario informatico ANAC non precludono alla SA di valutare, previo contraddittorio con l'operatore interessato, l'incidenza del provvedimento di risoluzione contrattuale sulla propria integrità e affidabilità professionale. Ciò fermo restando che l'Autorità non può sostituirsi alla valutazione (allo stato non effettuata) di spettanza esclusiva dell'Amministrazione, la quale dovrà, all'esito di un procedimento in contraddittorio con la società, operare un apprezzamento complessivo sull'affidabilità del concorrente, valutando in particolare le circostanze dei fatti, la tipologia di violazione, le conseguenze sanzionatorie, il tempo trascorso e le eventuali recidive, in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto;

RILEVATO, con riferimento ai **quesiti sub 2)** afferenti l'istituto dell'avvalimento, che il primo e il secondo quesito (per come prospettati dalla SA) riguardano l'ammissibilità ed i limiti dell'avvalimento interno o cd. infragruppo all'interno di un RTP e/o RTI. L'odierna istante espone, infatti, che un concorrente presentatosi come RTP (S2R S.r.l.) ha stipulato un contratto di avvalimento per soddisfare il requisito di capacità tecnica e professionale (di cui all'art. 7.3 della lettera di invito) relativo all' *"avvenuto espletamento, negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, a seguito di formale atto di incarico, per la categoria ed ID U.03 Strumenti di pianificazione generale ed attuativa e di pianificazione di settore, nella qualità di progettista singolo o associato di almeno 2 Piani Urbanistici Attuativi, Piani Regolatori Generali o strumenti di pianificazione equivalenti avente carattere strutturale, estesi all'intero territorio comunale riferiti ad enti locali fino a 15.000 abitanti e che abbiano riguardato i temi della ricostruzione o della conservazione e del recupero dei beni culturali in relazione alla pianificazione"*. Dalla documentazione in atti risulta che la società mandataria S2R S.r.l. ha stipulato un contratto di avvalimento con l'Arch. Gorelli, che risulta anche mandante del raggruppamento e che, in veste di professionista ausiliario, si obbliga a mettere a disposizione del RTP la propria esperienza pregressa. La SA (nell'istanza di precontenzioso) sostiene che il professionista ausiliario (Arch. Gorelli) sia anche il legale rappresentante della mandataria, ma tale circostanza risulta smentita dalla visura camerale della S2R S.r.l. da cui risulta che legali rappresentanti sono il Dott. Andrea Borghini (Presidente del C.d.A.) e il Dott. Emanuele Del Monte (Amministratore Delegato);

CONSIDERATO che l'avvalimento può essere esterno (da parte di un'impresa ausiliaria esterna al RTI e in favore di un suo membro) o interno (nel caso in cui l'ausiliaria sia anche mandante o mandataria del raggruppamento dell'impresa avvalsa). Tuttavia, *"è necessario accertare che i requisiti di partecipazione siano posseduti dall'impresa avvalsa in misura sufficiente a consentirle sia la partecipazione alla gara come*

concorrente in R.T.I. sia la partecipazione alla stessa gara in veste di impresa ausiliaria nell'ambito del medesimo R.T.I. Principio fermo in tema di raggruppamenti, infatti, è quello secondo il quale l'impresa raggruppata che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio sia quello di impresa ausiliaria di un'altra partecipante al raggruppamento, possiede i requisiti nella misura tale da consentirgli una duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta. Infine, si ribadisce la regola generale secondo cui qualsiasi impresa che faccia affidamento sui requisiti di un'altra impresa deve provare l'effettiva disponibilità delle risorse producendo in gara un contratto di avvalimento" (Determinazione n. 2 del 1 agosto 2012; Delibera ANAC n. 62 del 7 aprile 2011, nonché Delibera n. 1343 del 20 giugno 2017; sull'ammissibilità dell'avvalimento interno cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2018, n. 1339; Id., sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5687; Id., sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 18; Id., sez. V, 18 febbraio 2013, n. 965);

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice vigente "*l'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi"*. Nel caso in cui si tratta di avvalimento cd. operativo, per i requisiti di capacità tecnica e professionale, il secondo periodo del comma 1 del cit. art. 89 prevede che gli operatori economici, con riguardo alle esperienze professionali pertinenti, possono avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. In questi casi (come precisato dall'Autorità nei Pareri adottati con Delibera n. 1343 del 20 dicembre 2017 e n. 221 del 1 marzo 2017) è necessario che l'ausiliario deduca nel contratto la messa a disposizione del proprio apparato organizzativo, in tutte le parti - mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti - che giustificavano l'attribuzione del requisito. Dunque, *«in assenza dell'impegno dell'ausiliaria in tal senso, l'avvalimento non può dirsi validamente costituito, o comunque non è produttivo di effetti, con la conseguenza che l'operatore economico istante risulta privo del requisito di partecipazione. [...] Deve inoltre ritenersi preclusa la possibilità per la stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio giacché la nuova disciplina del soccorso istruttorio in nessun caso può essere utilizzata per il recupero di requisiti non posseduti al momento fissato dalla lex specialis di gara, quale termine perentorio per la presentazione dell'offerta o della domanda"* (parere cit.);

VISTO l'art. 8 della lettera di invito, il quale dispone che "*per quanto riguarda i requisiti di titoli di studio e professionali richiesti al punto 7.2 lett. g), il concorrente, ai sensi dell'art. 89, comma 2, del Codice, può avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i servizi per cui tali capacità sono richieste"*;

RITENUTO, dunque, conformemente ai richiamati precedenti, che l'avvalimento del requisito dell'esperienza professionale di un mandante del raggruppamento, sia ammissibile laddove dalla documentazione di avvalimento emerga chiaramente l'impegno del professionista ausiliario ad eseguire direttamente i servizi afferenti il requisito prestato al RTP (nella specie, il servizio di pianificazione urbanistica). Spetta, dunque, alla SA verificare se dalla documentazione di gara risulti in modo inequivoco l'assunzione di tale impegno da parte del professionista ausiliario, atteso che tale impegno non risulta dalla scarna documentazione trasmessa dall'Amministrazione (dalla quale non evince neppure l'indicazione delle parti del servizio che verranno eseguite dalla mandataria e dai singoli mandanti, compreso il professionista ausiliario);



RILEVATO che, invece, il terzo quesito in tema di avvalimento prospettato dalla SA, riguarda l'ammissibilità del cd. avvalimento frazionato avente ad oggetto i requisiti di capacità economica e finanziaria. Dalla documentazione in atti risulta che la società De Linea S.r.l. (mandataria di un RTI costituendo con 6 professionisti mandanti) ha stipulato tre contratti di avvalimento con l'Ing. Giuseppe Longhi, con l'Ing. Giovanni Conti e con l'Arch. Francesco Andreani;

CONSIDERATO che (come riconosciuto dalla stessa SA) ai sensi dell'art. 89, comma 6, del vigente Codice *"è ammesso l'avvalimento di più ausiliarie. L'ausiliaria non può avvalersi a sua volta da altro soggetto"* (disposizione richiamata anche nell'art. 8 della lettera di invito). D'altra parte, anche in base alle direttive europee del 2004, la Corte di Giustizia ha ripetutamente affermato che il diritto dell'Unione non impone che l'impresa concorrente sia in grado di realizzare direttamente, con mezzi propri, la prestazione convenuta (sent. 23 dicembre 2009, C-305/08, Conisma). La direttiva 2004/18/CE, per tale aspetto non contraddetta dalla successiva direttiva 2014/24/UE, non vieta che un concorrente possa avvalersi delle capacità di una o più imprese ausiliarie, in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri di qualificazione posti dal bando di gara, secondo lo schema del cosiddetto avvalimento "cumulativo" o "frazionato" (sent. 10 ottobre 2013, C-94/12, Swm Costruzioni; per una ricostruzione dell'istituto cfr. TAR Piemonte, 2 gennaio 2018, n. 1, nonché Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2183);

RITENUTO che, nel caso di specie, visti i contratti di avvalimento allegati all'istanza di precontenzioso, la questione non sia tanto quella relativa all'ammissibilità dell'avvalimento frazionato o cumulativo del requisito di capacità economico-finanziaria (al quale va certamente fornita risposta positiva, alla luce sia del Codice che della giurisprudenza), quanto, invece, quella relativa alla validità, sotto il profilo della determinatezza dell'oggetto, dei tre contratti di avvalimento prodotti dalla mandataria De Linea S.r.l. Questi ultimi, infatti, riportano la generica dichiarazione che *"la impresa ausiliaria dispone di idonei requisiti e capacità tecniche nel settore della progettazione urbanistica, architettonica e strutturale; che l'impresa avvalente, sebbene tecnicamente ed economicamente organizzata, è carente del requisito di qualificazione sopra indicato e di alcuni requisiti di capacità finanziaria posseduti dall'impresa ausiliaria"*. Nel contratto di avvalimento con l'Ing. Longhi e con l'Ing. Conti non viene indicato né quali sono i requisiti di qualificazione di cui il raggruppamento concorrente è carente né quali sono i requisiti che i professionisti ausiliari mettono concretamente a disposizione del raggruppamento ai fini della qualificazione alla gara, con la conseguenza che non appare possibile ricostruire neppure *per relationem* l'oggetto del contratto (sulla essenzialità di tale elemento cfr. per tutte Cons. Stato, Ad. Plen. n. 23, 4 novembre 2016). Analoga indeterminatezza dell'oggetto del contratto caratterizza quello stipulato tra la De Linea S.r.l. e l'Arch. Andreani, nel quale è stata solo aggiunta una tabella contenente i servizi professionali pregressi svolti dal professionista ausiliario, ma dalla cui lettura non si evincono i mezzi e le risorse messe a disposizione della stazione appaltante per tutta la durata dell'appalto, quelle cioè che rendono l'avvalimento (nella fattispecie, operativo) concreto ed effettivo e non meramente "cartolare";

RILEVATO che **numerosi quesiti sottoposti in esame (sub 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10 e 11)** riguardano l'eventuale esclusione dalla procedura a fronte di incompletezze, irregolarità o mancanze di alcuni documenti o dichiarazioni da presentare in fase di gara e attengono, pertanto, alla latitudine dell'istituto del soccorso istruttorio e alla sua doverosità prima di procedere all'eventuale esclusione di un operatore;

CONSIDERATO che l'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 rende doverosa l'attivazione del procedimento di soccorso in caso di *i) carenza di qualsiasi "elemento formale della domanda", ii) mancanza, incompletezza e/o altre irregolarità essenziali "degli elementi e del documento di gara unico europeo"*. In particolare, il meccanismo del soccorso istruttorio può essere utilizzato per sanare le incompletezze della documentazione di gara (ad esclusione di quelle afferenti l'offerta tecnica ed economica), nonché per

colmare le omissioni nelle dichiarazioni e/o documentazione richieste dalla legge di gara, con il limite dell'ineludibile possesso dei requisiti di partecipazione alla data di presentazione dell'offerta. Costituisce, infatti, un dato ormai pacifico la necessità di dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (la completezza delle dichiarazioni e della documentazione presentate dai concorrenti), con la conseguenza che l'esclusione dalla gara può essere disposta non in presenza di una dichiarazione incompleta oppure omessa, ma esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante ovvero non possieda, effettivamente, il requisito richiesto dalla *lex specialis* (cfr. Determinazione ANAC n. 1 del 8 gennaio 2015, nonché Bando Tipo ANAC n. 1, approvato con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 1228 del 22 novembre 2017, il quale anche se relativo all'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, detta principi di carattere generale);

CONSIDERATO che il fine perseguito dal legislatore con la disposizione in esame è quello di evitare l'esclusione dalla gara per mere carenze documentali (ivi compresa la mancanza assoluta delle dichiarazioni), imponendo a tal fine un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, prima della valutazione dell'ammissibilità dell'offerta o della domanda (Cons. Stato, Ad. Plen. 30 luglio 2014, n. 16);

RILEVATO che il meccanismo del soccorso istruttorio opera anche nel caso di totale omissione di una dichiarazione richiesta dalla *lex specialis* "a pena di esclusione" dalla gara. Come chiarito dall'Autorità nella citata Determinazione n. 1/2015, il procedimento di soccorso istruttorio ha operato un'inversione radicale di principio rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 46 del d.lgs. 163/2006 (prima della modifica apportata dall'art. 39 del d.l. n. 90/2014), in base alla quale è divenuta generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara;

RITENUTO, con riferimento alle numerose questioni sottoposte dal Comune di Amatrice, che:

- 1) la mancata produzione del PassOE all'interno della documentazione amministrativa comporta l'attivazione del soccorso istruttorio, in quanto integra una mera carenza documentale e non un'ipotesi di irregolarità essenziale (cfr. Delibera ANAC n. 175 del 21 febbraio 2018; TAR Piemonte, 5 luglio 2020, n. 444; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 30 aprile 2019, n. 970; TAR Veneto, sez. I, 9 maggio 2018, n. 489; Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2017, n. 4506; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 20 dicembre 2017, n. 2941);
- 2) la mancata indicazione del nominativo del giovane professionista nel PASSOE non costituisce causa di esclusione dalla gara e nel caso in cui quest'ultimo non assuma il ruolo di mandante di un RTP, non facendo parte del raggruppamento, non va indicato nel PassOE (cfr. *ex multis*, Delibera ANAC n. 1178 del 19 dicembre 2018, secondo cui "*il giovane professionista non necessariamente deve formalmente far parte del raggruppamento di professionisti, ed è sufficiente che tale presenza si manifesti in un mero rapporto di collaborazione o di dipendenza. Pertanto la mancata indicazione del nominativo del giovane professionista nel modello di passoe non poteva costituire causa di esclusione del concorrente dalla procedura, in quanto non tenuto ad assumere la veste di mandante (e comunque il passoe non potrebbe costituire causa automatica di esclusione in quanto soggetto a soccorso istruttorio)*");
- 3) l'incompletezza del DGUE così come la mancanza e/o l'incompletezza delle dichiarazioni integrative di cui all'art. 15.3 della lettera di invito, per costante orientamento della giurisprudenza e dell'Autorità, comportano l'attivazione del soccorso istruttorio, fermo restando che la sussistenza del possesso dei requisiti di partecipazione deve essere verificata al momento fissato dalla legge di



- gara quale termine per la presentazione dell'offerta (Delibere ANAC n. 685 del 28 giugno 2017 e n. 695 del 05 luglio 2017; Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2019, n. 2344);
- 4) il giovane professionista è tenuto a presentare il DGUE e le dichiarazioni integrative di cui all'art. 15.3.1 della lettera di invito nel solo caso in cui assuma il ruolo di mandante del raggruppamento (solo in questo caso va attivato il soccorso istruttorio). Di contro, né il Codice vigente né l'art. 4 del d.m. 263/2016 impongono la verifica dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 (cui è funzionale la presentazione del DGUE) in capo al giovane professionista-progettista che non risulta componente del raggruppamento (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2015, n. 2048);
 - 5) comporta l'attivazione del soccorso istruttorio, trattandosi di mere carenze documentali, anche la mancata presentazione, nel caso di studi associati, dello statuto dell'associazione professionale e, ove non indicato il rappresentante, l'atto di nomina di quest'ultimo con i relativi poteri (ai sensi dell'art. 15.3.2 n. 14 della lettera di invito); tale documento, peraltro, non è richiesto "a pena di esclusione" dalla procedura;
 - 6) quanto alla richiesta di F23 quietanzato, non appare chiaro (dal quesito formulato dalla SA) a quale documento prescritto dalla *lex specialis* occorre fare riferimento; in ogni caso, valgono i principi generali sopra richiamati in tema di soccorso istruttorio;
 - 7) relativamente alla dichiarazione di impegno a costituire un RTP/RTI (quesito *sub 7*) si osserva che: *i)* la mancanza della dichiarazione *de qua* in un atto *ad hoc* non comporta l'esclusione del raggruppamento laddove l'impegno degli operatori associati a conferire, in caso di aggiudicazione della gara, mandato collettivo speciale con rappresentanza a uno di essi (ai sensi dell'art. 48, comma 8, del Codice) si evinca in modo chiaro, inequivoco e completo dalla documentazione amministrativa presentata in sede di gara, essendo presente (secondo quanto riferito dalla SA) nelle dichiarazioni integrative di cui all'art. 15.3.1 della lettera di invito (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2019, n. 5747); *ii)* ai sensi dell'art. 14 della lettera di invito, la mancata presentazione della dichiarazione di impegno a conferire mandato collettivo è sanabile solo se è preesistente e comprovabile con documento avente data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta, dunque se risulta in modo inequivoco che la sua mancata presentazione all'interno della busta A-documentazione amministrativa rappresenta una mera incompletezza documentale; laddove, invece, risultino totalmente assenti la dichiarazione di impegno e l'indicazione delle quote di esecuzione all'interno del raggruppamento con data certa anteriore alla scadenza delle offerte, il RTP dovrà essere escluso dalla procedura (sull'essenzialità di tali dichiarazioni cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 agosto 2020, n. 4927, secondo cui "La mancata indicazione delle quote di esecuzione dei lavori, anche in caso di ATI orizzontale a due società, comporta un'incertezza sull'offerta dal punto di vista soggettivo, che rende la relativa carenza essenziale e non sanabile col soccorso istruttorio perché, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici non consente l'individuazione certa del contenuto dell'offerta"; Cons. Stato, V, 21 giugno 2017, n. 3029; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 5 ottobre 2018, n. 9789); *iii)* la sottoscrizione della dichiarazione di impegno da parte del giovane professionista è richiesta nel solo caso in cui questo assuma il ruolo di mandante del RTP, in tale ipotesi il difetto di sottoscrizione comporta l'attivazione del soccorso istruttorio (non necessario, invece, nel caso in cui il giovane professionista non faccia parte del RTP, non essendo qualificabile come concorrente);
 - 8) in ordine alla domanda di partecipazione alla gara si osserva che: *i)* non è necessaria la sua sottoscrizione da parte del giovane professionista laddove questo non assuma il ruolo di mandante del RTP; *ii)* relativamente al divieto di modificazione soggettiva del raggruppamento tra la fase esplorativa e l'invito a partecipare alla procedura negoziata, si richiamano i principi da ultimo ribaditi dall'Autorità nella Delibera n. 493 del 10 giugno 2020, nella quale è stato evidenziato che "in caso di procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del Codice preceduta da una fase esplorativa di manifestazione di interesse, il principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese o di professionisti viene in rilievo solo dopo la formulazione dell'offerta, non con la manifestazione di interesse", in quanto il divieto di modifica dei raggruppamenti temporanei (di cui all'art. 48, comma 9, del Codice) opera per le modifiche effettuate dopo la presentazione dell'offerta; tanto più che l'art. 48, comma 11, del Codice, nelle procedure negoziate o ristrette, consente espressamente all'operatore invitato individualmente di presentare un'offerta nell'ambito di un raggruppamento temporaneo di imprese, a dimostrazione del fatto che solo con la formulazione dell'offerta si

instaura una relazione giuridicamente rilevante tra l'operatore e la stazione appaltante ed il primo assume un concreto ed effettivo impegno (cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 23 luglio 2018, n. 259); *iii*) come recentemente evidenziato nella Delibera ANAC n. 673 del 29 luglio 2020 nonché nella Delibera ANAC n. 261 del 26 marzo 2019, il soccorso istruttorio può essere utilizzato solo per verificare l'effettiva presenza, all'interno del gruppo di lavoro già indicato in sede di gara, delle figure professionali richieste nella *lex specialis*, ma non per integrare i nominativi delle figure professionali all'interno del gruppo di lavoro, né per inserire nuovi professionisti che concorrono alla qualificazione del RTP, quindi alla soddisfazione dei requisiti di partecipazione richiesti dalla *lex specialis*;

- 9) è attivabile il soccorso istruttorio per chiarire se un operatore partecipa alla gara, in veste di mandante di un RTP, come professionista singolo ovvero come studio associato, fermo restando il divieto di modificare la composizione del RTP rispetto a quanto indicato in sede di gara;

CONSIDERATO che, con riferimento alla diversa **questione sub 8)** relativa all'inserimento dell'offerta economica all'interno della documentazione amministrativa, in punto di fatto, occorre premettere che la procedura di che trattasi ha ad oggetto l'affidamento dell'incarico di redazione del piano attuativo (P.U.A.) di Amatrice centro da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 2, comma 2-*bis*, del D.L. n. 189/2016. Occorre, pertanto, valutare se il principio di segretezza dell'offerta economica sia applicabile anche in una gara da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo e se la sua violazione (al pari delle procedure regolate dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) comporta l'esclusione dell'operatore economico;

CONSIDERATO che il principio di segretezza dell'offerta economica è posto a presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost., nonché della trasparenza e della *par condicio* dei concorrenti, essendo funzionale a garantire il corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale - volitivo che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica ed in particolare con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest'ultima viene valutata (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 612; Id., 11 maggio 2012, n. 2734). Come più volte osservato dalla giurisprudenza, laddove la procedura di gara sia da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche, è interdotta alla Commissione la conoscenza delle percentuali di ribasso dell'offerta, per evitare ogni possibile influenza sulla valutazione dell'offerta tecnica;

VISTO l'orientamento di una parte della giurisprudenza (citata dalla SA) secondo cui il principio di segretezza dell'offerta economica non subisce deroghe in caso di gara da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, in quanto *"la circostanza che, con l'applicazione del solo criterio del "ribasso", non vi sarebbe esplicazione di alcuna discrezionalità nella decisione finale (il che renderebbe irrilevante la conoscenza "anticipata" di un dato oggettivo), non è argomentazione convincente in quanto non è ammissibile "confondere" elementi attinenti alle due fasi, anche perché, potenzialmente, potrebbero sussistere riflessi sulle decisioni di ammissioni/esclusioni da parte della Commissione. Ed, in ogni caso, la posizione di parità fra concorrenti è stata oggettivamente turbata da un elemento estraneo, con violazione dei basilari principi che la legislazione impone in materia di gare pubbliche"* (TAR Sardegna, 3 luglio 2019, n. 604; TAR Lazio, Latina, sez. I, 20 settembre 2019, n. 551);

TENUTO CONTO che secondo un contrapposto orientamento giurisprudenziale (TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 19 settembre 2017, n. 2195) il principio di segretezza dell'offerta economica non opera per le gare che sono da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso, in quanto *"il principio della segretezza delle offerte economiche fino all'esaurimento dell'esame delle offerte tecniche ha lo scopo di evitare che la*



conoscenza del prezzo richiesto possa influenzare i componenti della Commissione nella formazione dei giudizi tecnici, di talché se la gara è da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso, l'automaticità della valutazione esclude che la mancata operatività del principio di segretezza possa comportare effetti pregiudizievoli in ordine all'obiettività ed omogeneità delle valutazioni compiute (v. Cons. Stato, Ad. Plen., 26 luglio 2012, n. 30; Cons. Stato, sez. III, 13 ottobre 2014, n. 5057; T.a.r. Lazio – Roma, sez. III, 11 dicembre 2015, n. 13884; T.a.r. Sicilia – Catania, sez. II, 28 settembre 2016, n. 2339)'. Anche l'Autorità, con il Parere n. 115 del 19 luglio 2012, ha affermato che "considerata la ratio sottesa al principio di segretezza delle offerte economiche, risulta evidente che tale principio non possa essere richiamato in relazione alla procedura di gara in esame, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso, e dunque non caratterizzata da quella netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica che come chiarito giustifica, ed anzi impone, di tenere ben distinti gli elementi di valutazione tecnica da quelli economici sia attraverso l'antiorità della valutazione tecnica che attraverso la materiale separazione delle buste contenenti l'offerta tecnica da quelle contenenti l'offerta economica";

RITENUTO di aderire all'indirizzo da ultimo citato e che, nella gara in oggetto da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, l'inserimento dell'offerta economica all'interno della busta telematica A recante la documentazione amministrativa non costituisce motivo di esclusione dalla gara, considerata l'automaticità dell'attribuzione del punteggio relativo al ribasso percentuale offerto e l'assenza di una valutazione dell'offerta tecnica che, invece, nelle procedure da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa richiede di preservare la segretezza degli elementi economici, a garanzia dell'imparzialità dell'attività valutativa della Commissione;

RILEVATO, peraltro, che, trattandosi di gara telematica, il contenuto dell'offerta economica (sebbene sia astrattamente conoscibile dagli addetti alla procedura di gara) potrebbe non essere stato conosciuto dal seggio di gara né diffuso agli operatori presenti alla seduta telematica; dal quesito posto non appare, infatti, chiaro se il file firmato digitalmente e marcato temporalmente contenente l'offerta economica era contenuto in una busta separata inserita all'interno del plico contenente la documentazione amministrativa che non è stato aperto.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che la stazione appaltante possa (*rectius* debba) svolgere le proprie valutazioni relative all'ammissione/esclusione degli operatori economici invitati a partecipare alla procedura negoziata in oggetto, in base alle coordinate ermeneutiche sopra tracciate.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 ottobre 2020

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente