

Publicato il 30/12/2022

N. 17947/2022 REG.PROV.COLL.
N. 08986/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8986 del 2022, proposto da -OMISSIS- soc. cons. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandataria del -OMISSIS- s.r.l. (mandante), rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli Avv.ti Prof. Angelo Clarizia e Maria Ida Leonardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Como, Francesca Bonparola e Flavia De Pellegrin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS- Costruzioni Generali s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti e Angelo Buongiorno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

- della nota ricevuta il 7 giugno 2022 CDG UFF GACO Registro Ufficiale U. -OMISSIS- con la quale ANAS s.p.a. comunicava, ai sensi dell'art. 76, comma 2 bis e comma 5, lettera, del d.lgs. 50/2016 che con provvedimento n. prot. CDG -OMISSIS- del 6 giugno 2022 è stata disposta l'aggiudicazione dell'Accordo Quadro quadriennale per i lavori di potenziamento e riqualificazione dell'itinerario E45, in favore del concorrente Impresa -OMISSIS- Costruzioni Generali s.p.a. con il punteggio complessivo di 79,22 punti su 100 e con ribasso offerto del 15,213;

- del provvedimento di aggiudicazione a favore della -OMISSIS- Costruzioni Generali spa n. Prot. CDG -OMISSIS- del 6 giugno 2022;

- di tutti i verbali di gara, ed i provvedimenti in relazione alle determinazioni con le quali la -OMISSIS- Costruzioni Generali s.p.a. è stata ammessa o non è stata esclusa dalla competizione e si è valutata la sua offerta, in particolare del 6^ Verbale Seduta riservata rep. -OMISSIS- dell'11 maggio 2022 di valutazione dell'offerta tecnica della -OMISSIS- Costruzioni Generali s.p.a- e del verbale rep. -OMISSIS- del 12 maggio 2022 ed anche in parte del 2^ Verbale Seduta riservata rep. -OMISSIS- del 31 marzo 2022 di verifica offerte tecniche;

- di ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresa la proposta di aggiudicazione e, all'occorrenza, il bando, il disciplinare, il capitolato di appalto e qualsiasi documento facente parte della *lex specialis*, nonché i chiarimenti di gara;

nonché

per il conseguimento dell'aggiudicazione e per il subentro nel contratto eventualmente stipulato, previa declaratoria di nullità, invalidità e inefficacia dello stesso e per il risarcimento in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente (con riserva di quantificazione in corso di causa o in separato giudizio).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas s.p.a. e di -OMISSIS- Costruzioni Generali s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2022 la dott.ssa Marianna Scali e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara del 24 dicembre 2021 (prot. n. -OMISSIS-), ANAS s.p.a. ha indetto una procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50 del 2016 e dell'art. 2, comma 2, della legge 11 settembre 2020, n.120, per l'affidamento dell'Accordo Quadro quadriennale per i lavori di potenziamento e riqualificazione dell'itinerario "E45", con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con importo complessivo a base di gara, pari ad euro 250.000.000,00.

La gara è stata aggiudicata in favore di -OMISSIS- Costruzioni Generali s.p.a. (di seguito anche solo -OMISSIS-), che ha ottenuto un punteggio complessivo pari a 79,22, mentre -OMISSIS- soc. cons. a r.l. (di seguito anche solo -OMISSIS-), con un punteggio di 76,78, si è collocata al secondo posto.

2. Con il presente gravame -OMISSIS- ha agito, in via principale, per l'annullamento dell'aggiudicazione a favore di -OMISSIS- e, in via subordinata, per il risarcimento del danno.

Il gravame è affidato ai seguenti motivi di ricorso:

“I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 5, lett. c), c bis) e c ter) del d.lgs. 50/2016 e delle Linee Guida Anac n.6; Violazione della lex specialis di gara – 4 Violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare - eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e diritto, difetto di istruttoria e carenza di motivazione”;

“II. Violazione e falsa applicazione di legge; violazione della lex specialis di gara. Violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare - eccesso di potere per

travisamento dei presupposti di fatto e diritto, difetto di istruttoria e carenza di motivazione”;

“III. Violazione e falsa applicazione di legge; violazione della lex specialis di gara. Violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare - eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e diritto, difetto di istruttoria e carenza di motivazione”.

3. L'Amministrazione e la controinteressata si sono costituite per resistere al ricorso, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza.

4. Nel corso della camera di consiglio del 9 settembre 2022, parte ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare e si è disposta la fissazione dell'udienza pubblica al 21 dicembre 2022.

5. All'esito dell'udienza pubblica, dopo discussione tra le parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

5.1. In via preliminare occorre esaminare l'eccezione di tardività del ricorso, sollevata dalla controinteressata. La -OMISSIS- in particolare sostiene che il ricorso sarebbe tardivo perché notificato - in data 15 luglio 2022 - oltre il termine di 30 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, avvenuta in data 7 giugno 2022.

Ai fini della disamina dell'eccezione occorre puntualizzare, in punto di fatto, che parte ricorrente, in data 14 giugno 2022, ha presentato istanza di accesso agli atti e che siffatta istanza è stata accolta, per quel che riguarda la documentazione amministrativa ed economica, in data 20 giugno 2022, e per quel che attiene alla documentazione relativa all'offerta tecnica, in data 5 luglio 2022.

Tanto precisato, deve evidenziarsi che l'Adunanza Plenaria 2 luglio 2020, n. 12 del 2020, chiamata a dirimere il contrasto giurisprudenziale riguardante l'esatta individuazione del termine per impugnare il provvedimento di aggiudicazione in materia di appalti pubblici, ha chiarito che *“la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la ‘dilazione temporale’ quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario*

ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta".

5.2. In applicazione delle esposte coordinate ermeneutiche, la tempestività del ricorso andrà valutata tenendo conto anche del tempo occorso a -OMISSIS- per ottenere la documentazione oggetto di accesso; e ciò in quanto, solo dopo la visione dei verbali e della documentazione amministrativa prodotta dalla -OMISSIS-, parte ricorrente ha potuto accertare che non vi era alcuna indicazione nel DGUE di eventuali risoluzioni o illeciti professionali e solo dopo la visione dell'offerta tecnica, all'evidenza, ha potuto valutare l'esistenza di vizi ad essa relativi.

Ebbene, poiché nel caso di specie -OMISSIS- si è prontamente attivata nel presentare l'istanza di accesso e l'esibizione della documentazione è stata consentita nelle date, rispettivamente, del 20 giugno 2022 data 5 luglio 2022 ne deriva la tempestività del presente ricorso, notificato in data 15 luglio 2022.

6. Nel merito ricorso è fondato, in accoglimento del primo motivo, nei limiti e nei termini che verranno di seguito precisati.

7. Con il primo motivo parte ricorrente sostiene che l'attuale aggiudicataria andrebbe esclusa dalla gara per aver rilasciato una falsa dichiarazione determinante un automatismo espulsivo.

Nella specie, la -OMISSIS- ha affermato nella sezione C "Motivi legati a insolvenza, conflitti di interessi o illeciti professionali" una dichiarazione negativa alla voce "*L'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali di cui all'art. 80 comma 5 lettera c) del Codice*". Tale circostanza risulterebbe falsa, in quanto, secondo quanto prospettato da parte ricorrente:

"è stata accertata una risoluzione disposta a febbraio 2020 del contratto sottoscritto tra il Dipartimento Strade del Ministero dello Sviluppo Regionale della Georgia e la -OMISSIS- Costruzioni Generali spa il 2 agosto 2018, avente ad oggetto i lavori di Riabilitazione - Ricostruzione del tratto Khulo-Zarzma della strada secondaria Batumi (Angisa) Akbaltstike lotto 1 e lotto 2 per gravi inadempimenti nell'esecuzione dei lavori e violazioni di specifici obblighi contrattuali.

(...) Ib2. Vi è, inoltre, una risoluzione intervenuta il 18 febbraio 2019 del contratto sottoscritto il 27 giugno 2017 sempre tra le medesime parti sopracitate avente ad oggetto la costruzione della strada Grigoleti dal km 30 al km 42 lott. 3, le contestazioni sollevate all'impresa -OMISSIS- riguardano sempre gravi inadempienze contrattuali poste in essere dall'impresa nel corso dell'affidamento.

Ib3. Infine, si è appreso che nell'ambito dei lavori affidati alla -OMISSIS- Costruzioni Generali spa dal Ministero dei Trasporti della Repubblica del Kirghizistan, con contratto del 7 settembre 2018 per la realizzazione del Corridoio 1 e 3 Epkin - Dykan Road sono state accertate fattispecie di corruzione e collusione: pertanto, il Governo ha disposto la risoluzione contrattuale ed i soggetti coinvolti (ivi compreso un alto funzionario dell'appaltatore, denunciato per aver dato tangenti al fine di ottenere il contratto) sono stati tutti denunciati innanzi le Autorità giudiziarie”.

Sotto altro profilo parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 80 comma 5, lett. c) c bis) e c ter) del d.lgs. 50/2016, in quanto la -OMISSIS- avrebbe omesso informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, per quel che attiene in particolare le risoluzioni subite, in ciò fuorviando il processo decisionale della stazione appaltante.

7.1. Ai fini dello scrutinio di tale motivo, deve anzitutto precisarsi che, sulla base di quanto rappresentato dall'Amministrazione resistente, nel casellario ANAC della -OMISSIS-, non risulta alcuna delle vicende contestate, ma solo delle annotazioni relative ad alcune variazioni della direzione tecnica e a una cessione di ramo di azienda. Il primo motivo, pertanto, nella parte in cui è volto a censurare la condotta dell'Amministrazione - che avrebbe omesso di valutare o comunque valutato erroneamente illeciti professionali risultanti dal casellario ANAC - è infondato. Esso, difatti, muove dal presupposto fattuale - che si è rivelato errato nel corso del presente giudizio - che dal predetto casellario risultassero i fatti cui parte ricorrente fa riferimento.

Tanto chiarito, ai fini di una compiuta disamina della censura, residua però stabilire se la -OMISSIS- fosse comunque tenuta a dichiarare le vicende di cui in premessa e, per l'effetto, se l'istruttoria condotta dall'Amministrazione

possa dirsi viziata in ragione della mancata conoscenza, da parte di quest'ultima, di tutti gli elementi necessari al fine di una più completa valutazione di affidabilità del concorrente.

7.2. Viene in rilievo in proposito quanto disposto dall'articolo 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale, per i profili di interesse, stabilisce quanto segue:

“5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora:

(...)

c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;

c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

c-ter) l'operatore economico 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;”

(...)

f-bis) l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”.

La piana lettura dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 rende evidente come gli illeciti professionali non siano tipizzati *ex lege*, ma si tratti di una categoria aperta. La norma mira, difatti, a tutelare il vincolo fiduciario tra Amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, consentendo a quest'ultima di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito professionale, che sia in grado di minare l'affidabilità del concorrente, intesa come capacità

tecnico — professionale e serietà nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento. Stante la *ratio* della previsione, è opinione del Collegio che i concorrenti non possano limitarsi a comunicare quanto previsto da specifiche previsioni di legge o di gara o quanto già risultante dal casellario ANAC. L'operatore economico è invero tenuto, nel rispetto dei principi di buona fede e leale collaborazione che devono improntare i rapporti con la pubblica amministrazione (art. 1, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990) a comunicare tutti i fatti illeciti riconducibili alla propria attività professionale, accertati o in via di accertamento, astrattamente in grado di condizionare il procedimento valutativo dell'Amministrazione. Spetta quindi alla stazione appaltante, e non al concorrente, selezionare tra gli illeciti contestati quelli che siano rilevanti e gravi, essendo rimessa a quest'ultima la valutazione del grado di affidabilità che l'operatore deve assicurare nell'esecuzione di una specifica commessa (cfr. in argomento T.a.r. Lazio - Roma, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 732 secondo cui: *“Le fattispecie elencate nel comma 5, lett. c) dell'art. 80, d.lgs. n. 50/2016 hanno carattere esemplificativo e non esaustivo e si collocano all'interno di una norma a fattispecie aperta o causalmente orientata, per l'applicazione della quale è sufficiente per l'interprete accertare l'idoneità causale del fatto addebitato all'operatore economico a minare la sua integrità e/o affidabilità, nell'esecuzione di un futuro contratto pubblico”*; Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2018, n. 6461: *“L' art. 80, comma 5, lett. c) d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, in virtù del quale il concorrente può essere escluso dalla gara qualora la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità ed affidabilità”* indica una serie di vicende professionali idonee ad integrare i *“gravi illeciti professionali”* che hanno carattere meramente esemplificativo, potendo la stazione appaltante disporre l'esclusione in ragione di una pregressa vicenda professionale dell'operatore economico integrante un illecito non richiamato dal codice, ma comunque, in grado di metterne in dubbio l'affidabilità e l'integrità, dovendo però in tal caso esporre con adeguata motivazione le ragioni della sua decisione”; Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142: *«L'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 rimette alla*

stazione appaltante il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un "grave illecito professionale", tale da metterne in dubbio la sua integrità o affidabilità anche oltre le ipotesi elencate nel medesimo articolo, le quali, dunque, hanno carattere meramente esemplificativo. E tuttavia, affinché la valutazione della stazione appaltante possa essere effettiva è necessario che essa abbia a disposizione quante più informazioni possibili, della cui fornitura deve farsi carico l'operatore economico. L'omessa dichiarazione di informazioni rilevanti costituisce "grave errore professionale" che conduce all'espulsione del concorrente solo se la stazione appaltante lo reputi idoneo a compromettere l'affidabilità e l'integrità dell'operatore. Non vi è quindi una espulsione automatica, ma una doverosa valutazione sulla professionalità dell'operatore economico che, con adeguata motivazione, dia conto delle ragioni dell'esclusione ovvero della sua ammissione"; Cons. Stato, V, 17 luglio 2017, n. 3493: "Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lg. 2 aprile 2006, n. 163 sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni da essa affidate e che ha bandito la gara o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova dalla stazione appaltante; la ratio della succitata norma è nell'esigenza di assicurare l'affidabilità di chi si propone quale contraente, requisito che si ritiene effettivamente garantito solo se si allarga il panorama delle informazioni, comprendendo anche le evenienze patologiche contestate da altri committenti".

7.3. Orbene, con riferimento al caso di specie, è emerso quanto segue:

1) a causa di problematiche connesse all'esecuzione di contratti d'appalto sottoscritti nell'agosto 2018 tra la -OMISSIS- e il *Roads Department of the Ministry of Regional Development and Infrastructure of Georgia*, quest'ultimo, in data 13 febbraio 2020, richiedeva l'escussione della garanzia provvisoria; le parti, quindi, nel medesimo mese di febbraio provvedevano a comunicarsi, reciprocamente, le rispettive "Notice of Termination"; e la -OMISSIS-, infine, instaurava innanzi all'*International Chamber of Commerce* una procedura di arbitrato avverso l'Ente appaltante, che si concludeva con una transazione;

2) a seguito di contestazioni riguardanti ritardi nell'esecuzione dei lavori e presunti inadempimenti relativi al contratto di appalto sottoscritto in data 27 giugno 2017 tra la -OMISSIS- e il *Roads Department of the Ministry of Regional Development and Infrastructure of Georgia*, l'Ente appaltante, nel febbraio 2019, notificava alla -OMISSIS- una "*Notice of termination*". La correttezza della disposta risoluzione veniva confermata dal Collegio Arbitrale in data 30 giugno 2022;

3) in data 30 luglio 2019 un dipendente della -OMISSIS- impiegato nell'esecuzione di un contratto di appalto, stipulato tra quest'ultima ed il *Ministry of Transport and Roads Kyrgyz Republic*, veniva condannato per corruzione per vicende connesse all'appalto in discussione, e in data 1° dicembre 2020, l'Ente Appaltante disponeva la risoluzione contrattuale nei confronti dell'attuale aggiudicataria. Per definire tale controversia, nel marzo 2022, le parti raggiungevano un accordo transattivo.

7.4. A fronte di tale concorde rappresentazione dei fatti di causa, il Collegio non può far a meno di rilevare che le vicende appena esposte riguardano tutte problematiche insorte nell'esecuzione di precedenti commesse con stazioni appaltanti estere e che, quantomeno gli "eventi" di cui ai richiamati punti 2) e 3) costituiscono fatti astrattamente in grado di essere qualificati come "illeciti"; di tal ch , una loro comunicazione nei confronti della stazione appaltante si rivelava senz'altro opportuna al fine di consentire a quest'ultima di valutarne la rilevanza ai sensi delle richiamate previsioni del codice dei contratti pubblici.

Le conclusioni cui si   giunti non possono essere messe in discussione dal rilievo, mosso dalla controinteressata, che l'accertamento della legittimit  della risoluzione di cui al punto 2) sia intervenuta in un momento successivo all'aggiudicazione. Infatti la circostanza che "la conferma" in sede di arbitrato della correttezza della disposta risoluzione sia sopravvenuta termine di presentazione della domanda di partecipazione (e anche dell'aggiudicazione) non esimeva la -OMISSIS- dal dichiararne l'esistenza; e ci , per l'eventualit ,

che in effetti si è verificata nel caso di specie, che venisse confermata la correttezza della già disposta risoluzione in sede di arbitrato.

Allo stesso modo non può assumere significato - al fine di negare l'esistenza di un onere dichiarativo - che i contestati inadempimenti riguardassero vicende relative ad appalti affidati da pubbliche amministrazioni di paesi non appartenenti all'UE (che, in quanto tali, secondo quanto sostiene la difesa di ANAS e della controinteressata, non potrebbero comunque determinare un'esclusione del concorrente, perché difficili da accertare). Difatti spetta all'Amministrazione e non al Collegio (e tantomeno alla difesa delle predette parti) un apprezzamento della rilevanza di tali circostanze, mancando il quale alla disamina di tali aspetti osta il divieto di pronunciarsi su poteri amministrativi non esercitati.

7.5. Chiarito dunque che l'istruttoria condotta dalla stazione appaltante non può dirsi completa per la mancata valutazione degli elementi di cui al precedente punto, si tratta, a questo punto, di stabilire quali siano le conseguenze delle omissioni dichiarative in contestazione.

È d'obbligo, in proposito, di richiamare i principi di diritto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 28 agosto 2020, n. 16, per come recentemente ricostruiti da una pronuncia di questa Sezione (sentenza 23 novembre 2022, n. 15623), i cui passaggi di maggior interesse, al fine del presente decidere, si riproducono:

«Tale pronunzia, quanto alla distinzione fra omesse, reticenti e false dichiarazioni, ai sensi dell'art. 80, comma 5, del D.Lgs. n. 50 del 2016, ha precisato che "v'è omessa dichiarazione quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come 'grave illecito professionale'; v'è dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente. Infine, la falsa dichiarazione consiste in una immutatio veri; ricorre, cioè, se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero" (cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407; 22 luglio 2019, n. 5171; 28

ottobre 2019, n. 7387; 13 dicembre 2019, n. 8480; 17 marzo 2020, n. 1906; 12 maggio 2020, n. 2976).

L'indicata decisione dell'Adunanza Plenaria ha chiarito, in proposito, che "la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50"; e che essa soggiace a un regime in forza del quale "la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo".

Sempre con riferimento ai principi individuati dalla citata Adunanza Plenaria, il medesimo regime vale per "l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico".

La condotta omissiva, reticente o mendace tenuta dal concorrente in relazione a circostanze potenzialmente rilevanti ai fini dell'ammissione alla gara, della selezione delle offerte e dell'aggiudicazione non determina, quindi, quale conseguenza automatica, l'esclusione: piuttosto, occorrendo una valutazione da effettuare in concreto, ad opera della Stazione appaltante, circa l'effettiva rilevanza di una tale condotta dichiarativa, per le sue concrete caratteristiche, rispetto al contratto di cui si verte, nonché degli episodi sottostanti non adeguatamente comunicati (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307 e Sez. VI, 2 novembre 2020, n. 6734).

La valutazione di che trattasi viene, per l'effetto, ad assumere un duplice contenuto espansivo:

- in primo luogo, rivolgendosi a verificare se venga, effettivamente, in considerazione un effettivo caso di pregresso «grave illecito professionale»,*
- ulteriormente, estendendosi ad apprezzare in che termini il fatto che lo integra risulti incongruo rispetto all'affidabilità dell'impresa in vista del particolare contratto per il quale è*

gara.

Per le stesse ragioni, in presenza di una condotta dichiarativa a carattere omissivo, reticente o falso, ex art. 80, comma 5, lett. c) [ora c-bis], del d.lgs. n. 50 del 2016, non rilevata dall'Amministrazione in corso di gara, il giudice non può tout court pronunciare l'esclusione del concorrente, ma deve rimettere la relativa valutazione alla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142).

3.2 Un più recente arresto della giurisprudenza del Consiglio di Stato conferma gli illustrati principi.

Intende, il Collegio, riferirsi alla sentenza della Sezione V, 4 febbraio 2022, n. 795, che ha puntualizzato come:

- se, secondo un determinato indirizzo della giurisprudenza, l'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, "quanto agli obblighi dichiarativi posti a carico del partecipante alla procedura di gara, ha un carattere aperto, in grado di comprendere tutti quei fatti riguardanti l'operatore economico, di cui sia accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, qualificabili come gravi illeciti professionali e quindi possibili oggetti della valutazione di incidenza sulla affidabilità professionale",*
- "tuttavia, il carattere aperto del catalogo di obblighi dichiarativi trova un bilanciamento nell'esigenza di uno specifico apprezzamento della stazione appaltante circa il valore dei fatti dichiarati, che deve investire, in prima battuta la qualifica di gravità dell'illecito professionale [ovvero dell'infrazione, nell'ipotesi normativa di cui all'art. 80, comma 5, lett. a)] e successivamente la sua incidenza sull'affidabilità professionale dell'operatore economico".*

Lo sviluppo dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria con la citata sentenza n. 16 del 2020, ha, quindi, condotto a ritenere che "la valutazione riservata alla stazione appaltante sui due profili richiamati rappresenti l'elemento specializzante della causa di esclusione in esame, rispetto alla causa di esclusione descritta nella lett. f-bis) (introdotta dall'art. 49 del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, che impone l'automatica esclusione dell'operatore economico il quale abbia presentato in gara «documentazione o dichiarazioni non veritiere»)».

E ciò in quanto “i rapporti tra le due norme configurano ... un caso di specialità reciproca”, atteso che:

- se “la fattispecie di cui alla lett. c) è speciale, per aggiunta, rispetto alla fattispecie di cui alla lett. f-bis), perché oltre agli elementi di quest’ultima contempla l’elemento ulteriore della valutazione riservata alla stazione appaltante della gravità e della incidenza sulla affidabilità dell’operatore economico”,

- “la fattispecie di cui alla lett. f-bis) è a sua volta speciale, per specificazione, perché in essa non rientrano tutti i gravi illeciti professionali dell’operatore economico, ma solo quelli costituiti dall’aver presentato in gara documentazione o dichiarazioni non veritiere”.

Conseguentemente, l’omessa dichiarazione di fatti che potrebbero assurgere a gravi illeciti professionali (ovvero, la dichiarazione reticente su tali fatti) non integra mai autonoma causa di esclusione, neppure ai sensi della lett. f-bis) dello stesso art. 80, comma 5: la quale condiziona l’esclusione alla presenza di una dichiarazione “non veritiera” (ovvero, alla dichiarazione di fatti che non trovino corrispondenza nella realtà) e non anche alla dichiarazione reticente o omessa (trovando, quindi applicazione alle sole ipotesi in cui, come affermato dall’Adunanza Plenaria n. 16/2020, «le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità»).

8. Stanti i principi sopra illustrati, va quindi escluso che all’omissione dichiarativa della -OMISSIS-, in sede di partecipazione alla gara *de qua*, potesse legittimamente conseguire un effetto automaticamente espulsivo, potendo la stessa determinare solo un riesame della posizione dell’aggiudicataria. A questi limitati effetti la censura in esame può trovare favorevole valutazione.

L’Amministrazione, in particolare, in accoglimento del presente motivo, sarà tenuta a verificare:

- 1) se, effettivamente, nel caso di specie i fatti contestati (cfr. precedente punto 7.3) costituiscano un «grave illecito professionale»;
- 2) se, a prescindere dalla pregressa rilevanza di tali fatti ai sensi del citato comma 5 dell’articolo 80 del codice dei contratti pubblici, l’omissione

informativa ad essi relativa possa configurare, di per sé, un grave illecito professionale “endoprocedimentale”, idoneo a minare l’affidabilità del concorrente.

Siffatto accertamento andrà effettuato in contraddittorio con l’aggiudicataria. Dell’esito dell’attività valutativa relativa ai predetti aspetti l’Amministrazione dovrà dar conto nell’adottando provvedimento.

9. Considerato che l’accoglimento del primo motivo, nei limiti appena precisati, soddisfa il mero interesse strumentale di parte ricorrente ad un riesame della posizione dell’attuale aggiudicataria, il Collegio non può esimersi dall’esplicitare le ragioni di infondatezza anche delle censure contenute nel secondo e nel terzo motivo di ricorso.

10. Con il secondo motivo -OMISSIS- contesta il punteggio, pari a 2.5, ottenuto in relazione al criterio B.4.2 relativo alle “*Certificazioni possedute*”, rivendicando il punteggio massimo, pari a 3.

Tale motivo si presenta inammissibile per mancato superamento della c.d. “prova di resistenza”, in quanto l’attribuzione del punteggio invocato non consentirebbe a parte ricorrente di colmare il divario che la separa dalla prima classificata. -OMISSIS-, difatti, con un punteggio complessivo di 76,78, anche ove ottenesse gli 0,5 punti rivendicati in relazione a questo criterio, non sopravanzerebbe certamente la -OMISSIS- che ha ottenuto un punteggio complessivo pari a 79,22. E ciò, anche tenuto conto dell’inammissibilità delle censure di cui al terzo motivo di ricorso sulle quali si sta per dire.

11. Con il terzo motivo parte ricorrente lamenta gravi carenze nell’offerta della -OMISSIS- che, in forza di quanto previsto dal Disciplinare di gara, avrebbero dovuto comportarne l’esclusione dalla gara o quantomeno una rideterminazione dei punteggi in termini idonei a far conseguire e a -OMISSIS- l’aggiudicazione.

12. Va preliminarmente osservato che le censure in discorso pongono un problema di compatibilità rispetto al limite del sindacato consentito al giudice amministrativo rispetto a valutazioni tecnico-discrezionali.

Secondo il prevalente e consolidato orientamento della giurisprudenza, che questo Collegio condivide, difatti, il sindacato del G.A. sulle valutazioni amministrative caratterizzate da discrezionalità tecnica deve restare “*circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità, irragionevolezza o arbitrarietà, ovvero di motivazione fondata su palese e manifesto travisamento dei fatti (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2012, n. 36; Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2018 n. 1294; Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2016, n. 3855; Cons. Stato, Sez. V, 25 giugno 2014, n. 3223; Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 246). L'unica deroga ai rilevanti limiti posti all'attività giurisdizionale (v. Consiglio di Stato, III, 25 novembre 2016, n. 4990) è rappresentata dalle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza delle valutazioni compiute dalla stazione appaltante, in sede di valutazione dell'offerta tecnica (o verifica di anomalia), laddove siano sintomatiche di un uso della discrezionalità tecnica distorto e contrario ai principi di efficacia, economicità e buon andamento, in presenza del quale, soltanto, è consentito l'intervento caducatorio dell'autorità giurisdizionale*” (T.a.r. Lazio - Roma, sez. III, 3 dicembre 2018, n. 11691). Difatti, “*le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica e come tali sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti ovvero ancora salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione*” (Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2020, n. 6335).

13. In applicazione delle esposte coordinate ermeneutiche il contenuto della offerta tecnica, pertanto, potrà essere sindacato solo ove le censure di parte ricorrente, in relazione ad uno o più profili, facciano emergere vizi rilevabili *ictu oculi*.

Così non è.

13.1. -OMISSIS- sostiene, in primo luogo, che l'offerta dell'aggiudicataria non rispetti il capitolato tecnico informatico impianti il quale richiedeva che il “collegamento dati” alla sede oggetto della fornitura per la remotizzazione

alla “Sala Operativa” di competenza dovesse essere di tipo “rame” e/o “fibra ottica”.

L’offerta della -OMISSIS-, difatti, utilizzerebbe la connettività cellulare in luogo di quale via “rame” e/o “fibra ottica” prevista dalle *lex specialis*.

Ai fini dello scrutinio di tale motivo è opportuno richiamare la previsione del disciplinare di cui si lamenta la violazione.

Il Capitolato tecnico informatico impianti, alla pagina 12, par. 3.2.2.4 “Collegamenti” dispone quanto segue: *«L’aggiudicatario della fornitura deve rilasciare il collegamento dati della sede oggetto della fornitura per la remotizzazione alla Sala Operativa di competenza. Il collegamento deve essere di tipo “privato” (MPLS - Intranet) tramite il gestore di trasmissione dati dell’ANAS, indicato in fase di progetto esecutivo. La tipologia di collegamento deve essere esclusivamente di tipo “rame” e/o “fibra ottica” di tipo bilanciato, non saranno accettati collegamenti di tipo sbilanciato “Adsl”»*.

Deve anzitutto evidenziarsi che la specifica tecnica appena riportata si riferisce al tratto di collegamento tra “sede oggetto della fornitura” (quindi un punto in prossimità dei cantieri ove allocare il monitoraggio strutturale) e “Sala Operativa di competenza” e non pone l’obbligo di utilizzare la connettività “rame” e/o “fibra ottica” per ogni forma di collegamento dati imposta dall’offerta tecnica.

Ciò premesso, al fine di valutare la fondatezza della censura, si tratta di stabilire se gli argomenti svolti da parte ricorrente siano riusciti a far emergere, con il grado di evidenza necessario per consentire la sindacabilità del vizio, che per il citato tratto di collegamento, l’aggiudicataria abbia, effettivamente, utilizzato la connettività cellulare in luogo di quella “rame” e/o “fibra ottica”.

È opinione del Collegio che a tale quesito debba darsi risposta negativa anche tenuto conto delle specifiche controdeduzioni formulate dalla -OMISSIS- e dall’Amministrazione, le quali risultano idonee ad escludere che l’Amministrazione sia incorsa in un’abnorme ed erronea valutazione dell’offerta della -OMISSIS-.

In particolare, secondo quanto chiarito dall'aggiudicataria:

- «il “gateway è un apparato di campo che trasferisce le informazioni provenienti da sensori a server cloud e piattaforma di gestione (un semplice PC industriale presente presso la sede oggetto della fornitura e quindi un punto in prossimità dei cantieri ove allocare il monitoraggio strutturale) che, a sua volta, le trasferisce (con collegamento internet su fibra) alla Sala Operativa di competenza. In sostanza il trasferimento dei dati avviene solo in “locale” (ovvero dal sensore al gateway e dal gateway al PC industriale presente in loco) in modalità wireless per poi giungere alla sala operativa di competenza (tratta da PC industriale a Sala Operativa) con collegamento internet su fibra».

- l'architettura tecnologica proposta nell'offerta tecnica si svolge su tre livelli:

“Livello 1: acquisizione dei dati attraverso il monitoring con sensori (livello di campo);

- Livello 2: elaborazione dei dati acquisiti;

- Livello 3: trasferimento dei risultati dell'elaborazione all'interno di una rete internet in fibra”;

- “anche per il collegamento tra livello di campo (livello 1) e sistemi di elaborazione (livello 2) la -OMISSIS- ha indicato, oltre alla trasmissione dati wireless (certamente utilizzabile per questo livello di comunicazione senza violare alcuna prescrizione di gara), l'uso della fibra ottica”.

A comprova di ciò, la -OMISSIS-:

- richiama quanto indicato nell'allegato “GT_D_B.5.2” dell'offerta la quale, alle pagine 4, 5, 6 e 7 indica, nella colonna Descrizione Lavorazione/Materiale/Servizio, prevede che il collegamento (tra “sede oggetto della fornitura” e “Sala Operativa di competenza”) sarà realizzato in fibra ottica;

- evidenzia e richiama negli scritti difensivi le specifiche parti dell'offerta tecnica da cui si ricava l'operatività del meccanismo in fibra ottica.

Inoltre, in senso contrario alla fondatezza della tesi di parte ricorrente, occorre rilevare che ANAS, oltre a replicare in ordine ai profili tecnici della censura (cfr. p. 21 ss. della memoria ANAS del 4 settembre 2022), pone in evidenza come il modello di dichiarazione “GT_D_B.5.1 Dichiarazione di

Ottemperanza”, reso ai sensi del d.P.R. 445 del 2000, e sottoscritto dalla ricorrente, in merito al criterio di gara B.5.2. “*Monitoraggio dinamico strutturale dei viadotti*”, conteneva l’indicazione che i sistemi tecnologici proposti ottemperassero a quanto previsto nella lex specialis e la precisazione che “*Ai fini della presente dichiarazione sono ritenute valide ed accettabili anche architetture di impianto differenti da quelle generali indicate nei progetti tipologici, con la condizione che le prestazioni minime richieste per i sensori ed i requisiti generali di cui al suddetto allegato vengano rispettate*”.

Orbene, a fronte di tale specifiche controdeduzione della controinteressata e di ANAS, parte ricorrente si è limitata ad osservare che dal contenuto degli stralci dell’offerta tecnica non sarebbe evincibile con certezza che il collegamento verso la Sala operativa avvenga tramite fibra ottica; tali notazioni, tuttavia, ad opinione del Collegio, risultano inidonee a rilevare profili di abnormità nella valutazione della Commissione. Per negare che la fibra ottica venisse effettivamente utilizzata per realizzare il collegamento con la Sala operativa parte ricorrente avrebbe dovuto svolgere argomenti più puntuali e specifici, volti a chiarire, tra l’altro, a cosa servissero i collegamenti in fibra ottica cui più volte la -OMISSIS- fa riferimento nell’offerta tecnica e dimostrare che la Commissione avesse travisato, in maniera manifesta, il contenuto dell’offerta della -OMISSIS- o applicato in modo abnorme e irragionevole le regole della lex specialis. Non riuscendo le censure in siffatto intento, le stesse si presentano inammissibili in quanto volte sollecitare un sindacato sulla discrezionalità tecnica esercitata dalla Commissione di gara, oltre i limiti in cui lo stesso è consentito.

13.2. Sotto un secondo profilo -OMISSIS- lamenta che i gateway proposti dalla -OMISSIS- non rispettino le prescrizioni relative al *range di temperatura d’esercizio* (-20 °C / +60 °C) in difformità da quanto previsto dal disciplinare. Anche tale censura va dichiarata inammissibile tenuto conto che, anche in questo caso, gli specifici argomenti svolti dall’Amministrazione (cfr. p. 22 ss. memoria ANAS del 4 settembre 2022) e dalla controinteressata escludono

l'esistenza di abnormi errori valutativi dell'Amministrazione (cfr. in particolare p. 26 ss. della memoria della -OMISSIS- del 5 settembre 2022).

13.3. Sotto un terzo profilo la ricorrente contesta che, quanto al criterio B.5.2 "*Proposte migliorative per la realizzazione di un monitoraggio dinamico strutturale*" la -OMISSIS- strutturi l'intera offerta su una architettura di monitoraggio di tipo statico e non dinamico come richiesto dal Disciplinare.

La censura va dichiarata inammissibile, sia perché la sua genericità non consente di cogliere quali aspetti dell'offerta tecnica rivelassero la violazione del criterio, sia perché volta a mettere in discussione, senza un supporto argomentativo idoneo a far emergere vizi rilevabili *ictu oculi*, le valutazioni discrezionali della Commissione.

13.4. Analoghe considerazioni devono essere spese per quel che attiene alle contestazioni relative al punteggio attribuito in relazione agli ulteriori criteri (e segnatamente criterio B.2 "*Gestione del cantiere*", criterio B.3.3 "*Proposte mirate al supporto nella definizione della riprofilatura del piano viabile con generazione di modelli 3d BIM compatibili*", criterio B.4 "*Gestione ambientale e sostenibilità del cantiere*" (ed in particolare "B.4.1 "*Mitigazione degli impatti ambientali nella gestione del cantiere e delle lavorazioni*"), al CRITERIO B.6 "*Qualità dei materiali e soluzioni tecniche*". Le censure di parte ricorrente, difatti, sono state oggetto di puntuali e controdeduzioni da parte dell'Amministrazione (p. 18 ss. della memoria dell'Amministrazione del 4 settembre 2022) della controinteressata (cfr. in particolare pagine 25 ss. della memoria del 5 settembre 2022, cui si rinvia per ragione di sintesi), che, a giudizio del Collegio, sono idonee ad escludere l'esistenza di abnormità valutative nell'esercizio del potere discrezionale della Commissione

Stante quanto precede il terzo motivo di ricorso va dichiarato inammissibile.

14. Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso va accolto in relazione al suo primo motivo, ai soli fini di una rinnovata pronuncia nei termini e ai fini già precisati al punto 7.4 di questa sentenza.

15. La peculiarità della questione trattata giustifica la compensazione delle spese di lite di tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei limiti di cui in motivazione; e, per l'effetto, annulla - riservata alla competente Autorità la rinnovata effusione del potere - gli atti con esso avversati.

Spese compensate.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità dell'aggiudicataria nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare parti coinvolte in procedimenti penali.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Marianna Scali, Referendario, Estensore

Giuseppe Bianchi, Referendario

L'ESTENSORE
Marianna Scali

IL PRESIDENTE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.