Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 5499 del 1 luglio 2022

Appalti di servizi – Appalto integrato – Progettista coinvolto nel progetto definitivo – Esclusione automatica – Inammissibilità – Inversione onere della prova

Pubblicato il 01/07/2022

N. 05499/2022REG.PROV.COLL.

N. 10804/2021 REG.RIC.

N. 00579/2022 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 10804 del 2021, proposto da (…) s.r.l., in proprio e quale mandataria di costituendo Rti con (…) s.r.l., e da quest'ultima, in proprio e quale mandante del medesimo Rti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato (…);

contro

(…) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato (…);

nei confronti

(…), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

sul ricorso in appello numero di registro generale 579 del 2022, proposto da (…), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio della stessa in (…);

contro

(…) s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(…) s.r.l. e (…) s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato (…);

(…), non costituita in giudizio;

per la riforma

quanto a entrambi gli appelli principali e all'appello incidentale, della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (sezione Seconda) n. 10914/2021, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della (…) s.r.l. in entrambi i giudizi, della (…) nel giudizio r.g. n. 10804 del 2021, nonché di (…) s.r.l. e di (…) s.r.l. nel giudizio r.g. n. 579 del 2022;

Visto l'appello incidentale proposto dalla (…) s.r.l. nell'ambito del giudizio r.g. n. 10804 del 2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2022 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti, in relazione a entrambi i giudizi, gli avvocati (…);
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La (…) indiceva con lettera d'invito inviata il 15 dicembre 2020 procedura negoziata ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. *b)*, d.l. n. 76 del 2020, conv. legge n. 120 del 2020, per l'affidamento congiunto dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, ed esecuzione dei lavori relativi all'intervento di miglioramento e adeguamento sismico del Liceo Artistico "…", in Roma, (…).
Risultava aggiudicatario della procedura il Rti capeggiato dalla (…) s.r.l., mentre si classificava in seconda posizione in graduatoria la (…) soc. cons. a r.l.
2. Avverso l'aggiudicazione e gli altri atti di gara proponeva ricorso la terza classificata (…) s.r.l., dolendosi tra l'altro della violazione delle previsioni degli artt. 24, comma 7 e 42 d.lgs. n. 50 del 2016, dal momento che i primi due concorrenti in graduatoria avevano designato quali soggetti deputati alla progettazione esecutiva (che pure avevano sottoscritto la relazione tecnica presentata) società che avevano già preso parte alla progettazione definitiva dei medesimi interventi.
3. Il Tribunale amministrativo adìto, nella resistenza della Città Metropolitana di (…), nonché della (…) e della (…) s.r.l. (mandante del medesimo Rti capeggiato dalla …) - le quali proponevano a loro volta ricorso incidentale avverso la *lex specialis* di gara e la mancata attivazione del soccorso istruttorio o di procedimento in contraddittorio con le controinteressate - nonché della (…), accoglieva il ricorso principale, annullando i provvedimenti gravati, e respingeva il ricorso incidentale.
4. Avverso la sentenza hanno proposto congiuntamente appello la (…) e la (…) deducendo:
I) *error in iudicando* in ordine alla presunta violazione e/o falsa applicazione degli art.

24, comma 7, 42 e 80, comma 5, lett. *d)*, d.lgs. n. 50 del 2016; errore nei presupposti, travisamento dei fatti;

II) *error in iudicando* in ordine alla presunta violazione e/o falsa applicazione degli art. 24, comma 7, 42 e 80, comma 5, lett. *d)*, d.lgs. n. 50 del 2016 sotto altro profilo; errore nei presupposti, travisamento dei fatti;

III) *error in iudicando* in ordine al rigetto del ricorso incidentale.

5. S'è costituita in giudizio la Città Metropolitana di (…) chiedendo l'accoglimento dell'appello - ad eccezione delle doglianze avverso la reiezione del ricorso incidentale in primo grado, delle quali ha chiesto il rigetto - mentre resiste al gravame la (…), che interpone a sua volta appello incidentale (cui le altre parti resistono) avverso la sentenza deducendo:

I) *errores in iudicando*: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. *d)*, d.lgs. n. 50 del 2016; violazione delle previsioni della lettera di invito; violazione dei principi di concorrenza, trasparenza e legalità; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, ingiustizia, irragionevolezza e illogicità manifeste; configurazione di una falsità/omissione dichiarativa e mancato approfondimento istruttorio; sviamento di potere;

II) *errores in iudicando*: violazione e/o falsa applicazione degli artt. 97 Cost., 80 d.lgs. n. 50 del 2016; violazione delle previsioni della lettera di invito; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, ingiustizia, irragionevolezza e illogicità manifeste; configurabilità di un collegamento sostanziale vietato e mancato approfondimento istruttorio; sviamento di potere.

6. La medesima sentenza è stata impugnata con distinto appello dalla Città Metropolitana di (…), la quale si duole con unico motivo di censura dell'*error in iudicando* in ordine alla violazione dell'art. 24, comma 7, e art. 42, nonché art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016.

7. La (…) resiste anche a tale appello, mentre vi aderiscono la (…) e la (…), pure costituitesi in giudizio.

8. All'udienza pubblica del 16 giugno 2022 entrambe le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente disposta la riunione degli appelli *ex* art. 96, comma 1, Cod. proc. amm. in quanto aventi a oggetto la medesima sentenza.

2. Col primo motivo d'appello la (…) si duole dell'accoglimento del ricorso di primo grado deducendo che la pregressa attività progettuale posta in essere da soggetto designato per la progettazione esecutiva non determina di per sé una ragione di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016.

Il giudice di primo grado ha apoditticamente ravvisato al riguardo una situazione distorsiva nella "verosimile conoscenza" che i progettisti avrebbero di altri elementi conoscitivi, diversi da quelli che si materializzano normalmente nella documentazione tecnica: il che corrisponde tuttavia a una mera illazione priva di riscontri specifici e concreti.

Le Linee Guida n. 1 del 2016 dell'Anac chiariscono in proposito che la posizione di vantaggio goduta dal progettista è superabile mettendo a disposizione di tutti i concorrenti le medesime informazioni in possesso dello stesso, nonché prevedendo una congrua tempistica ai fini della presentazione delle offerte; analogo principio emerge del resto dall'art. 67 d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione alle consultazioni preliminari di mercato e altre informazioni scambiate o acquisite da un concorrente nella preparazione della procedura, che vanno rese disponibili agli altri operatori economici.

Nella specie tutte le informazioni relative alla progettazione sono state messe a disposizione dei partecipanti alla gara, né il "*file* sorgente" editabile dei modelli di calcolo richiamato dalla sentenza era necessario alla predisposizione dell'offerta, considerato che non era previsto che lo stesso dovesse essere messo a disposizione dei concorrenti, né comunque conteneva informazioni aggiuntive utili alla partecipazione.

In tale contesto, la paventata "asimmetria informativa" costituisce una mera petizione di principio evocata dal giudice di primo grado: l'oggetto della controversia si risolve infatti nel valutare la congruità del termine messo a disposizione dei concorrenti per presentare l'offerta (in specie pari a 35 giorni), in sé ben adeguato e non comparabile *sic et simpliciter* con quello di 60 giorni previsto per tutt'altra fase, qual è quella di predisposizione del progetto definitivo.

Tra l'altro la stazione appaltante aveva messo a disposizione dei concorrenti tutte le informazioni necessarie in formato editabile sin dal 22 dicembre 2020, mentre la (…) ne aveva curato l'acquisizione solo il 7 gennaio 2021.

Sotto altro profilo la (…) pone in risalto come non possa farsi riferimento, nella specie, alla previsione della *lex specialis* che richiedeva il rispetto in fase di progettazione esecutiva delle indicazioni fornite dai progettisti definitivi, atteso che il rapporto fra questi ultimi e l'amministrazione era ormai esaurito, sicché la clausola della lettera d'invito che ciò prevede non assume alcun rilievo concreto, né appare del resto ipotizzabile un'attività progettuale postuma affidata con modalità diverse da quelle previste dal d.lgs. n. 50 del 2016.

Allo stesso modo, non rileva il criterio valutativo incentrato sull'analogia col progetto a base di gara, che atteneva semplicemente a pregresse esperienze vantate che presentassero contenuti progettuali simili a quelli oggetto della gara riguardo alla Categoria e ID delle opere e grado di complessità, ciò che non determina, evidentemente, alcuna lesione della *par condicio* dei concorrenti.

Lo stesso è a dirsi per il criterio valutativo *sub* A.3 relativo alle soluzioni migliorative, che presuppone *ex se* un riferimento al progetto definitivo, senza alcun profilo di distorsione.

Ancora, l'appellante pone in evidenza come nessuna informazione privilegiata fosse in possesso delle società già incaricate del progetto definitivo, né assumono rilievo di per sé circostanze successive e distinte quali l'elevato punteggio assegnato al Rti (…) e alla (…) in sede di valutazione, considerato d'altra parte che la (…)

aveva presentato un'offerta non firmata e non leggibile (e perciò penalizzata nell'attribuzione del punteggio) e aveva inteso acquisire i documenti in formato editabile ben dopo la loro messa a disposizione da parte della stazione appaltante.

2.1. Col secondo motivo la (…) si duole dell'accoglimento del ricorso di primo grado in relazione all'affermata sussistenza di una violazione dell'obbligo dichiarativo circa l'integrazione della causa escludente *ex* art. 80, comma 5, lett. *d)*, d.lgs. n. 50 del 2016.

In conseguenza di quanto dedotto nell'ambito del primo motivo in ordine all'insussistenza di ragioni escludenti a norma dell'art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 (oltreché di conflitto d'interessi *ex* art. 42 d.lgs. n. 50 del 2016), alcuna violazione del corrispondente obbligo dichiarativo potrebbe nella specie rivenirsi, considerato del resto che l'omessa (non già falsa) dichiarazione sulla situazione di conflitto d'interessi non dà luogo ad esclusione *ipso facto* del concorrente, né è d'altra parte riscontrabile nella specie alcuna falsità nelle dichiarazioni rese dalla (…), rimesse pur sempre a valutazione e apprezzamento della stazione appaltante.

2.2. Doglianze sostanzialmente analoghe propone la Città Metropolitana di (…) con l'unico motivo d'impugnazione formulato, ponendo in risalto tra l'altro l'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nell'affermare che non sia stata superata la presunzione della sussistenza di un vantaggio competitivo in capo al progettista prevista dall'art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016, quando in realtà la possibile asimmetria informativa fra i concorrenti è stata risolta dal fatto che la stazione appaltante ha messo a disposizione di tutti gli operatori economici la documentazione del progetto (anche) "in formato editabile", contestualmente differendo il termine per la presentazione delle offerte così da lasciare un margine di ben 35 giorni per la predisposizione e invio di queste.

L'amministrazione precisa inoltre che l'offerta tecnica è in sé autonoma dal progetto definitivo, sicché alcun vantaggio è possibile ravvisare in capo all'operatore già investito del ruolo e dell'attività di progettista definitivo.

Anche la Città Metropolitana si duole poi dell'accoglimento della censura relativa all'omessa dichiarazione circa la situazione conflittuale *ex* art. 80, comma 5, lett. *d)*, d.lgs. n. 50 del 2016, deducendo come nessuna situazione d'incompatibilità fosse in realtà ravvisabile in capo alle controinteressate.

2.3. Le doglianze, che possono essere esaminate congiuntamente per connessione e parziale sovrapponibilità, sono fondate, nei termini e per le ragioni che seguono.

2.3.1. Può prescindersi dall'esame dell'eccezione d'inammissibilità per novità dei documenti prodotti dalla (…) in quanto non rilevanti ai fini del decidere.

2.3.2. Nel merito, è pacifico in fatto che i soggetti designati ai fini del progetto esecutivo dal Rti (…) e dalla (…) (*i.e.*, rispettivamente, la (…) s.r.l. e la (…) s.r.l.) abbiano partecipato nell'ambito di Rti all'attività di progettazione definitiva degli stessi lavori, così come è pacifico che entrambi i progettisti abbiano sottoscritto le relazioni tecniche rispettivamente presentate dal Rti (…) e dalla (…).

In tale contesto, trova applicazione la disposizione dell'art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016, sostanzialmente corrispondente al previgente art. 90, comma 8 e 8-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 (cfr., ancor prima, l'art. 17, comma 9, l. n. 109 del 1994; al riguardo, v. Cons. Stato, IV, 2 maggio 2011, n. 2650 e richiami *ivi* alla giurisprudenza maturata nella vigenza della legge n. 109 del 1994).

La norma prevede che «*gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara non possono essere affidatari degli appalti, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione*», e precisa che «*Tali divieti non si applicano laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita dell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori*».

La *ratio* della previsione, da tempo chiarita dalla giurisprudenza, è quella di evitare che nella fase di selezione dell'appaltatore dei lavori sia "*attenuata la valenza pubblicistica della progettazione*" di opere pubbliche (Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n. 3656), e cioè che gli interessi di carattere generale ad essa sottesi possano essere

sviati a favore dell'interesse privato di un operatore economico, con la predisposizione di progetto "*ritagliato 'su misura' per quest'ultimo, anziché per l'amministrazione aggiudicatrice*" (Cons. Stato, V, 9 aprile 2020, n. 2333), e la competizione per aggiudicarsi i lavori risulti falsata - anche alla luce del maggior compendio tecnico-informativo disponibile al progettista - a vantaggio dello stesso operatore (cfr. anche Cons. Stato, V, 2 dicembre 2015, n. 5454). Sotto altro profilo, in termini generali, il divieto si propone di assicurare le condizioni di indipendenza e imparzialità del progettista rispetto all'esecutore dei lavori, necessarie affinché il primo possa svolgere nell'interesse della stazione appaltante la funzione assegnatagli dall'amministrazione, anche "*di ausilio alla P.A. nella verifica di conformità tra il progetto e i lavori realizzati*" (Cons. Stato, n. 3656 del 2012, cit.; n. 2333 del 2020, cit.).

In tale prospettiva, la norma non introduce una causa automatica e insuperabile d'esclusione a carico del progettista coinvolto nella successiva fase esecutiva, bensì - a seguito dei correttivi introdotti in conseguenza della procedura d'infrazione europea Eu Pilot 4860/13/MARKT e della modifica legislativa di cui alla legge n. 161 del 2014, all'epoca intervenuta sul decreto legislativo n. 163 del 2006, con novellazione sostanzialmente corrispondente al testo dell'attuale art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 - determina un regime di "*inversione normativa dell'onere della prova*" (Cons. Stato, V, 14 maggio 2018, n. 2853).

In particolare "*Tale norma pone* […] *a carico dell'operatore economico aggiudicatario l'onere di dimostrare che l'esperienza acquisita nell'espletamento dell'incarico di progettazione non abbia determinato un vantaggio tale da falsare la concorrenza con gli altri operatori in fase di gara*" (Cons. Stato, V, 9 marzo 2020, n. 1691); d'altra parte la possibilità di fornire detta prova contraria deve essere necessariamente assicurata all'operatore (Cons. Stato, n. 2333 del 2020, cit.).

In tale prospettiva, se non v'è un divieto partecipativo assoluto e aprioristico conseguente all'avvenuta predisposizione del progetto, bensì un necessario

accertamento da eseguire nel caso concreto in ordine alla posizione di vantaggio goduta dal progettista (cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., parere 3 novembre 2016, n. 2285), v'è nondimeno una presunzione normativa d'incompatibilità che si rende necessario ribaltare.

Nel caso di specie, l'onere probatorio in ordine al superamento dei vantaggi che potessero «*falsare la concorrenza con gli altri operatori*» in favore dei progettisti definitivi può ritenersi assolto.

2.3.3. Occorre premettere che la stazione appaltante ha assunto nella specie espressa posizione sul tema dell'incompatibilità ai sensi dell'art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 dei progettisti coinvolti, attraverso il provvedimento di riesame del 2 luglio 2021 adottato a seguito dei rilievi mossi dalla (…): in particolare, la Città Metropolitana ha indicato gli elementi che, sulla base di quanto esposto nelle Linee Guida n. 1 dell'Anac, risulterebbero idonei a superare la presunzione posta dall'art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016.

Su tali elementi - qui ribaditi dalle appellanti principali - s'incentra dunque la valutazione *ex* art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016, non rilevando di per sé (una volta che l'amministrazione si sia espressa prendendo circostanziata posizione favorevole sul punto) il fatto che in sede procedimentale le imprese interessate non avessero addotto elementi a conforto dell'assenza di ragioni d'incompatibilità a norma del citato art. 24, comma 7.

Nella specie, come posto in risalto nella suddetta nota del 2 luglio 2021 e qui dedotto dalle appellanti, con avviso del 22 dicembre 2020 l'amministrazione aveva messo a disposizione dei concorrenti "*tutti gli elaborati tecnici già oggetto di pubblicazione in formato editabile*", differendo contestualmente il termine di presentazione delle offerte (originariamente fissato al 13 gennaio 2021) al 25 gennaio 2021, così da assicurare il suddetto periodo complessivo di 35 giorni ai fini della presentazione delle offerte.

A tal riguardo l'amministrazione in sede di riesame (e qui le appellanti) si

richiamava appunto alle Linee Guida n. 1 dell'Anac, approvate giusta delibera n. 973 del 14 settembre 2016, aggiornate con successive delibere n. 138 del 21 febbraio 2018 e n. 417 del 15 maggio 2019, le quali affermano ai fini della prova *ex* art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016, che sia "*almeno necessario - in coerenza con quanto previsto per le consultazioni preliminari di mercato - mettere a disposizione di tutti gli altri candidati e offerenti le medesime informazioni messe a disposizione - anche in formato editabile - nella gara bandita per la progettazione e prevedere termini adeguati, nella gara relativa all'appalto dei lavori, per la ricezione delle offerte, in modo da consentire agli altri concorrenti di elaborare le citate informazioni*" (Linee Guida n. 1, cit., par. n. 2.2).

Il principio così affermato dalle Linee Guida è condivisibile, e ben si collega alla (similare) fattispecie tipizzata dal legislatore delle informazioni o documenti privilegiati posseduti da alcuni operatori per effetto delle consultazioni preliminari di mercato o della partecipazione alle attività preparatorie della procedura, a norma degli artt. 66 e 67 d.lgs. n. 50 del 2016.

Nel caso di specie, è pacifica la messa a disposizione in formato editabile di tutti i documenti già pubblicati, e in specie - come chiarito in giudizio, e non contestato fra le parti - di tutti gli elaborati del progetto definitivo, così come è pacifico che è stato disposto al contempo dalla stazione appaltante un differimento del termine per la presentazione delle offerte (così da assicurare un periodo di 35 giorni a tutti i concorrenti): il che consente di ritenere assolta la prova richiesta al riguardo dall'art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016.

L'amministrazione si è infatti fattivamente e concretamente adoperata affinché fossero scongiurate ipotesi di vantaggi informativi e - più in generale - competitivi in favore di alcuni operatori in ragione della pregressa attività di progettisti dei medesimi interventi, e nel far ciò ha dato prova di essersi espressamente allineata ai principi (ragionevolmente) affermati dall'Anac e desumibili dalle previsioni affini di cui agli artt. 66 e 67 d.lgs. n. 50 del 2016 in ordine alla (paritaria) *discovery* informativa e documentale, oltreché all'adeguata tempistica messa a disposizione

per la presentazione delle offerte.

A fronte di ciò, fornita l'evidenza - attraverso la messa a disposizione di tutta la suddetta documentazione in formato editabile, nonché la concessione a tutti i concorrenti di un ampio termine per la presentazione delle offerte - circa il superamento dei possibili vantaggi competitivi vantati dai precedenti progettisti, incombeva alla ricorrente offrire prova processuale *ex* art. 2697 Cod. civ. sull'inadeguatezza a tal fine del suddetto termine e della documentazione messa a disposizione dalla stazione appaltante.

Il che tuttavia non è avvenuto.

Quanto al termine per la presentazione delle offerte, non assume infatti rilievo, di per sé, la circostanza che fu prevista a beneficio del progettista definitivo una diversa tempistica (*i.e.*, 60 giorni, in luogo di 35), considerata in specie la diversità dell'oggetto dell'affidamento e delle attività da compiere, né è *aliunde* dimostrata l'incongruità del detto termine di 35 giorni, non rilevando a tal fine la sola circostanza che il progetto definitivo includesse n. 103 elaborati allo stesso annessi (cfr. peraltro, al riguardo, il generale regime di riduzione dei termini per la presentazione delle offerte introdotto proprio dal d.l. n. 76 del 2020, all'art. 8, comma 1, lett. *c)*).

Allo stesso modo, in relazione alla documentazione fornita, incontestata la messa a disposizione dei concorrenti di tutti i suddetti elaborati del progetto definitivo, ma (come rilevato dalla sentenza e in sé non contestato dalle appellanti) non anche del *file* sorgente in formato editabile del modello di calcolo (che la ricorrente aveva dedotto essere stato messo a disposizione del progettista definitivo), spettava ancora una volta alla ricorrente in primo grado dimostrare puntualmente che il detto *file* fosse indispensabile (specificamente) per la risoluzione delle "asimmetrie informative", pena l'alterazione in concreto della parità fra gli operatori economici, in un contesto nel quale la stazione appaltante aveva messo disposizione tutti gli elaborati tecnici in formato editabile (inclusa relazione o dati di calcolo, come

dedotto dalle appellanti principali e in sé non contestato dalla …) a superamento delle possibili ragioni di vantaggio godute dai progettisti nei termini suindicati. Né, come eccepito dalla (…), è ammissibile il richiamo agli altri documenti ed elementi che non sarebbero stati messi a disposizione dei concorrenti, avvenuto *ex novo* da parte della (…) solo in appello, documenti ed elementi in ogni caso rispetto ai quali neppure - a fronte della "*discovery*" eseguita dall'amministrazione nei modi e termini suindicati - la ricorrente ha fornito evidenza specifica di un'imprescindibile rilevanza per la risoluzione di vantaggi informativi.

Del pari irrilevanti sono, in tale contesto, i generici richiami ad altri possibili dati ed elementi (non precisati, né circostanziati) che avrebbero posto i progettisti in una posizione di vantaggio rispetto agli altri operatori economici.

Per questo, non emergono adeguati elementi offerti dalla ricorrente contrari all'evidenza - fornita dall'amministrazione nei termini suindicati - del superamento della presunzione *ex* art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016, né sono stati *aliunde* forniti indizi seri e precisi in relazione a vantaggi irrisolti goduti dai progettisti (cfr., in prospettiva generale, Cons. Stato, n. 1691 del 2020, cit.).

Al riguardo, anche il richiamo al criterio selettivo di cui alla lett. A.1 del disciplinare operato dalla sentenza per ravvisare un effetto distorsivo conseguente alla pregressa attività di progettazione posta in essere non vale a confortare tale assunto, essendo assorbente rilevare come detto criterio si limitasse invero a prevedere la valutazione in termini premiali di esperienze pregresse ("*illustrazione dell'avvenuta esecuzione di un numero massimo di tre servizi di progettazione esecutiva effettivamente realizzati dal/i progettista/i, ritenuti significativi delle proprie capacità professionali*") relative ad attività di progettazione *esecutiva* posta in essere, rispetto a cui non si poneva dunque alcun problema d'interferenza con la progettazione *definitiva* relativa agli interventi oggetto d'affidamento, che peraltro non emerge (né è dedotto) essere stata spesa dalla (…) e dalla (…) a fini della valutazione nella gara controversa.

Il che parimenti vale per il riferimento al criterio *sub* A.3, che semplicemente prevede l'attribuzione di punteggi premiali alle migliorie nei vari ambiti apportate, senza che da ciò derivi *ex se* alcuna specifica interferenza distorsiva con la precedente attività di progettazione definitiva.

Lo stesso è a dirsi per gli esiti valutativi della procedura, che costituiscono un semplice *posterius* e non possono di per sé concorrere a provare l'assunto della sussistenza (a monte) di una situazione di vantaggio concorrenziale concretamente irrisolto.

Allo stesso modo, non rileva qui la previsione della *lex specialis* per cui l'aggiudicatario debba provvedere a redigere il progetto esecutivo "*con l'onere di ogni indagine e rilievo integrativo necessario richiesto di tutte le opere oggetto dell'Appalto in conformità*", fra l'altro, "*alle prescrizioni di dettaglio in corso di progettazione dei Progettisti della fase definitiva* […]": il profilo attiene infatti, eventualmente, alla fase esecutiva (rimessa alla pertinente valutazione e responsabilità dell'amministrazione, considerato peraltro che s'è in presenza di clausola di gara che sancisce *in parte qua* i vincoli per l'aggiudicatario, ma non v'è evidenza che le indicazioni di dettaglio dei progettisti della fase definitiva siano *aliunde* prescritte o imposte all'amministrazione), ma non è in grado d'incidere di per sé sul segmento procedurale qui interessato, considerato che "*il vantaggio rilevante ai fini dell'alterazione del meccanismo concorrenziale che la norma dell'art. 24, comma 7, mira ad impedire, è quello che venga speso nell'espletamento della gara, quando il concorrente si sia potuto avvalere dell'apporto di conoscenze e di informazioni del progettista, al fine di predisporre un'offerta tecnica meglio rispondente alle esigenze ed agli obiettivi della stazione appaltante*" (Cons. Stato, n. 2853 del 2018, cit.).

In tale contesto, peraltro, il tema del "conflitto d'interessi" si pone e va esaminato nella specie proprio nei termini di cui alla norma *speciale* (tale rispetto a quella generale di cui all'art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016) dell'art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016, con il relativo regime, inclusivo della prova contraria nei sensi

suesposti, considerato d'altra parte che le società già investite dell'attività di progettazione definitiva non assumono una funzione pubblicistica *diretta* nell'ambito della successiva gara, né possono incidere sugli esiti della stessa, sicché la previsione e il paradigma normativo di (diretto) riferimento sono costituiti nella specie dal suddetto art. 24, comma 7.

Parimenti prive di rilievo sono le affermazioni contenute nell'offerta della (…) in ordine al vantaggio conseguente alla designazione, quale progettista esecutivo, di un soggetto che avesse già preso parte alla progettazione definitiva: si tratta a ben vedere di mere considerazioni (personali) espresse dal concorrente, di per sé non significative ai fini dell'apprezzamento dell'oggettivo superamento dei vantaggi competitivi vantati dai progettisti definitivi.

Per tali ragioni, le doglianze sono fondate e vanno accolte.

2.3.4. Anche le doglianze formulate nel secondo motivo di gravame della (…) e nelle corrispondenti censure avanzate dall'amministrazione sono condivisibili.

È assorbente rilevare infatti che, alla luce di quanto suesposto in relazione alle precedenti doglianze, non è dato riscontrare - a seguito di quanto posto in essere dall'amministrazione - alcuna situazione conflittuale «*non diversamente risolvibile*», in capo alle controinteressate, effettivamente significativa, neppure occorreva nella specie la presentazione di una dichiarazione al riguardo da parte dei concorrenti.

In tale contesto, va peraltro osservato come le dichiarazioni omesse o inveritiere circa elementi incidenti sulle determinazioni relative all'esclusione e ammissione (come nel caso di specie), ovvero valutazione nell'ambito della gara non rilevino di per sé a fini escludenti, essendo rimesse piuttosto al discrezionale apprezzamento della stazione appaltante (Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16), nella specie avvenuto - in termini non irragionevoli - giusta la suddetta nota del 2 luglio 2021, nella quale la Città Metropolitana, pur edotta delle circostanze (potenzialmente) foriere di criticità non ha ravvisato la sussistenza di alcun vizio escludente.

3. Col terzo motivo la (…) di duole del rigetto del ricorso incidentale proposto in primo grado, e denuncia l'errore in cui il Tar sarebbe incorso nel ritenere che non sia stata fornita prova contraria in ordine alla posizione di vantaggio in tesi goduta dall'appellante per effetto del coinvolgimento di uno dei progettisti definitivi, prova invece ben offerta in giudizio e non occorrente in gara, attesa la favorevole valutazione espressa dalla stazione appaltante.

In ogni caso il giudice non avrebbe potuto disporre la diretta esclusione dalla gara della concorrente, dovendo semmai rimettere all'amministrazione ogni valutazione in merito.

La *lex specialis* sarebbe poi illegittima per il fatto di non prevedere modalità per comprovare attraverso procedimento in contraddittorio l'insussistenza di vantaggi concorrenziali *ex* art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016.

3.1. Il motivo, per la parte non già ricompresa nelle precedenti (accolte) doglianze (cfr. *retro*, *sub* § 2 ss.) è improcedibile per carenza d'interesse (con conseguente assorbimento delle contrapposte eccezioni preliminari), atteso che l'accoglimento dei precedenti motivi (in una al rigetto dell'appello incidentale, su cui cfr. *infra*, *sub* § 4 ss.) determina di per sé il rigetto del ricorso principale di primo grado, a fronte del quale la (…) non ha alcun interesse al proprio ricorso incidentale e alla riforma del corrispondente capo di sentenza che lo ha ritenuto non fondato.

4. Quanto all'appello incidentale, col primo motivo dello stesso la (…) si duole del rigetto della doglianza con cui aveva dedotto in primo grado che le controinteressate andavano escluse dalla procedura di gara anche per altra distinta ragione, coincidente con la falsità dichiarativa commessa *ex* art. 80, comma 5, lett. *f-bis)*, d.lgs. n. 50 del 2016 per aver dichiarato di non aver partecipato alla preparazione della procedura ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *e)*, d.lgs. n. 50 del 2016.

Così come previsto dagli artt. 66 e 67 d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione agli studi di mercato e preparazione della documentazione di gara, a maggior ragione in caso di

predisposizione del progetto definitivo si ravvisa una partecipazione all'attività di preparazione della procedura che va comunicata all'amministrazione: di qui l'integrazione della causa espulsiva, anche a fronte della falsità dichiarativa integrata, erroneamente esclusa dal giudice di primo grado.

4.1. Il motivo non è condivisibile.

4.1.1. È assorbente rilevare al riguardo come la causa escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. *e)*, d.lgs. n. 50 del 2016 evocata dall'appellante incidentale risulti integrata in caso di «*distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'art. 67*» (che richiama, oltre alla partecipazione a consultazioni di mercato, l'aver «*altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto*») la quale «*non possa essere risolta con misure meno intrusive*» (cfr., al riguardo, Cons. Stato, III, 29 marzo 2019, n. 2079).

Nel caso di specie, alla luce di quanto suesposto, non v'è evidenza d'una distorsione concorrenziale derivante dalla precedente attività progettuale tale da imporre l'esclusione del concorrente, sicché non può ritenersi integrata la causa espulsiva dell'art. 80, comma 5, lett. *e)*, d.lgs. n. 50 del 2016, né rileva perciò la mancata comunicazione di una fattispecie in concreto non riscontrabile.

In ogni caso, quanto al profilo dichiarativo, è assorbente rilevare come la comunicazione eventualmente omessa od inveritiera afferisca a elementi funzionali all'ammissione alla procedura, come tali rientranti comunque nell'art. 80, comma 5, lett. *c-bis)*, d.lgs. n. 50 del 2016 e rimessi ad apprezzamento della stazione appaltante che nella specie, resa edotta della situazione in essere, con valutazione non irragionevole non ha ravvisato alcuna correlato motivo escludente (cfr. ancora Cons. Stato, Ad. plen., n. 16 del 2020, cit.).

5. Col secondo motivo l'appellante incidentale si duole del rigetto della censura con cui aveva dedotto in primo grado la sussistenza di un unico centro decisionale fra il Rti (…) e la (…) desumibile dal coinvolgimento, da parte di entrambi i

concorrenti, di progettisti che avevano partecipato alla predisposizione del progetto definitivo nell'ambito del medesimo Rti, ragion per cui, peraltro, le controinteressate avevano conseguito un punteggio superiore agli altri concorrenti nella valutazione delle offerte.

5.1. Neanche tale motivo è condivisibile, e il che esime dallo scrutinio dell'eccezione di relativa inammissibilità sollevata dalla (…).

5.1.1. La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha da tempo chiarito che, ai fini dell'integrazione della causa escludente *ex* art. 80, comma 5, lett. *m)*, d.lgs. n. 50 del 2016 della sussistenza di un unico centro decisionale, occorre tenere un approccio gradualista e progressivo: "*l'accertamento della causa di esclusione in esame passa attraverso un preciso sviluppo istruttorio: a) la verifica della sussistenza di situazione di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ.; b) esclusa tale forma di controllo, la verifica dell'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte; c) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell'esistenza di un 'unico centro decisionale' da effettuare* ab externo *e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale*" (Cons. Stato, V, 3 gennaio 2019, n. 69; 10 gennaio 2017, n. 39; III, 7 marzo 2019, n. 1577; cfr. anche Id., V, 28 dicembre 2020, n. 8407; 12 gennaio 2021, n. 393; VI, 31 agosto 2021, n. 6119).

A tal fine, seppure la fattispecie escludente è qualificabile "*di 'pericolo presunto'* […]*, in coerenza con la sua 'funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione che si attua mediante le procedure ad evidenza pubblica', e con la circostanza che la concreta alterazione degli esiti della selezione 'non è nella disponibilità delle imprese sostanzialmente collegate, ma dipende da variabili indipendenti rispetto alla loro volontà, quali in particolare il numero delle partecipanti e l'entità dei ribassi' (sentenza 11 luglio 2016, n. 3057* […]*)*" (Cons. Stato, V, 24 novembre 2016, n. 4959; più di recente, Cons.

Stato, V, 14 gennaio 2022, n. 259), non può nondimeno prescindersi dalla rilevazione di *significativi* elementi indiziari che consentano di ravvisare la sussistenza dell'unico centro decisionale.

In tale prospettiva, se non occorre la dimostrazione dell'effettivo coordinamento fra le concorrenti, né delle conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene (Cons. Stato, V, 2 maggio 2022, n. 3440; 7 gennaio 2022, n. 48; 5 agosto 2021, n. 5778; 15 aprile 2020, n. 2426), nondimeno è imprescindibile il riscontro di indizi gravi, precisi e concordanti in grado di dimostrare in termini presuntivi *ex* art. 2727 Cod. civ. la sussistenza dell'unicità del centro decisionale (cfr. Cons. Stato, n. 3440 del 2022, cit.; n. 2426 del 2020, cit.).

Non giova a tal fine il richiamo della (sola) circostanza che il Rti (…) e la (…) abbiano indicato quali progettisti esecutivi due soggetti facenti parte in passato del medesimo raggruppamento investito dell'attività di progettazione definitiva: si tratta a ben vedere di elemento isolato, di per sé neutro, e tale da non disvelare una situazione di collegamento (oltreché formale, chiaramente insussistente) di natura sostanziale fra i concorrenti, atteso che il mero ricorso a progettisti in passato appartenenti al medesimo Rti incaricato della progettazione definitiva non vale a dimostrare la sussistenza di ragioni di collegamento sostanziale fra le imprese che a tali progettisti abbiano fatto ricorso.

Quanto alle deduzioni circa l'esito della gara, come già posto in risalto (*retro*, *sub* § 2.3.3) lo stesso costituisce un *posterius* che, così come non vale a comprovare la sussistenza di una situazione d'incompatibilità *ex* art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016, parimenti non rileva - in difetto di altri elementi addotti dall'appellante al riguardo - ai fini dell'individuazione di un unico centro decisionale *ex* art. 80, comma 5, lett. *m)*, d.lgs. n. 50 del 2016.

Di qui l'infondatezza della doglianza.

6. In conclusione, per le suesposte ragioni, previa riunione, vanno accolti gli appelli principali, mentre va respinto l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della

sentenza impugnata, va respinto il ricorso principale di primo grado.

6.1. La particolarità della fattispecie e la complessità di alcune delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa riunione, accoglie gli appelli principali, respinge l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso principale di primo grado;

Compensa integralmente fra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca,

Consigliere

L'ESTENSORE
Alberto Urso

IL PRESIDENTE
Francesco
Caringella

IL SEGRETARIO