



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda Bis)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 13950 del 2023, proposto da (Omissis), in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'avv. A. C. che la rappresenta e difende nel presente giudizio

contro

- COMUNE DI (Omissis), in persona del Sindaco p.t., quale Ente Capofila dell'Ufficio avente ad oggetto la CENTRALE DI COMMITTENZA (CUC Centrale Unica di Committenza) incardinata nel Comune di (Omissis) in forza di convenzione ex artt. 30 d. lgs. n. 267/2000 e 37 comma 4 lettera b d. lgs. n. 50/16, con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'avv. C.A. M. che lo rappresenta e difende nel presente giudizio;
- COMUNE DI (Omissis), in persona del Sindaco p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'avv. C. A. M. che lo rappresenta e difende nel presente giudizio;
- (Omissis) , in persona del Ministro p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'Avvocatura Generale dello Stato che ex lege lo rappresenta e difende nel presente giudizio;
- (Omissis), in persona del Ministro p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'Avvocatura Generale dello Stato che ex lege lo rappresenta e difende nel presente giudizio;
- (Omissis), in persona del Presidente p.t. – non costituita in giudizio;
- (Omissis), in persona del Ministro p.t. – non costituito in giudizio;
- (Omissis) in persona del Ministro p.t. – non costituito;

nei confronti

(Omissis), in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso gli indirizzi di posta elettronica certificata, come risultanti dai registri di giustizia, degli avvocati P. C., S. V. e S. Bardelloni che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

per l'annullamento

dei seguenti atti:

- determinazione n. 46 del 15/09/23 con cui il Comune di (Omissis) ha disposto l'aggiudicazione, in favore dell'impresa (Omissis) , della gara indetta dalla Centrale Unica di Committenza dei Comuni di (Omissis) e (Omissis) per l'affidamento, con procedura aperta, dell'appalto di redazione della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di messa in sicurezza strutturale ed adeguamento alla normativa antincendio nell'istituto scolastico Don Milani – CIG: (Omissis) – CUP: (Omissis);
- nota del 29/09/23 nella parte in cui la Centrale Unica di Committenza ha comunicato il diniego dell'istanza di riesame formulata dalla ricorrente per l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione;

- verbale del 14/09/23, nella parte in cui la Centrale Unica di Committenza ha considerato valida la documentazione integrativa trasmessa dalla (Omissis) in sede di soccorso istruttorio, ammettendo la medesima impresa alla fase successiva della gara, per la condanna delle amministrazioni intimare al risarcimento del danno ingiusto in forma specifica mediante annullamento degli atti impugnati ed eventuale aggiudicazione dell'appalto con subentro, ex art. 122 c.p.a., nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato con l'originario aggiudicatario e per la declaratoria d'inefficacia del contratto con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio degli enti in epigrafe indicati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2023 il dott. Michelangelo Francavilla e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Espletate le formalità previste dall'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 16/10/23 e depositato il 24/10/23 la (Omissis) ha impugnato la determinazione n. 46 del 15/09/23, con cui il Comune di (Omissis) ha disposto l'aggiudicazione, in favore della (Omissis), della gara indetta dalla Centrale Unica di Committenza dei Comuni di (Omissis) e (Omissis) per l'affidamento, con procedura aperta, dell'appalto di redazione della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di messa in sicurezza strutturale ed adeguamento alla normativa antincendio nell'istituto scolastico Don Milani – CIG: (Omissis) – CUP: (Omissis), la nota del 29/09/23, nella parte in cui la Centrale Unica di Committenza ha comunicato il diniego dell'istanza di riesame formulata dalla ricorrente per l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, il verbale del 14/09/23, nella parte in cui la Centrale Unica di Committenza ha considerato valida la documentazione integrativa trasmessa dalla (Omissis) in sede di soccorso istruttorio, ammettendo l'impresa alla fase successiva della gara, ed ha chiesto la condanna delle amministrazioni intimare al risarcimento del danno ingiusto in forma specifica mediante annullamento degli atti impugnati ed eventuale aggiudicazione dell'appalto con subentro, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato e la declaratoria d'inefficacia del predetto contratto con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario.

I Ministeri (Omissis) e (Omissis), costituitisi in giudizio con comparsa depositata il 31/10/23, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Anche il Comune di (Omissis), la (Omissis) ed il Comune di (Omissis), costituitisi in giudizio con comparse depositate rispettivamente in date 02/11/23, 17/11/23 e 18/11/23, hanno concluso per la reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 17358/23 del 21/11/23 il Tribunale ha ordinato l'integrazione del contraddittorio nei confronti della (Omissis), del (Omissis) del (Omissis) ed ha rinviato, in prosieguo, alla camera di consiglio del 18/12/23.

Alla camera di consiglio del 18/12/23, fissata per l'esame dell'istanza cautelare, il Tribunale, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., ha dato avviso alle parti della possibilità di definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata; all'esito, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il giudizio deve essere definito con sentenza in forma semplificata emessa ai sensi dell'art. 60 c.p.a..

In via pregiudiziale, il Tribunale rileva che il Comune di (Omissis) ha eccepito l'inammissibilità del gravame in quanto proposto contro l'aggiudicazione provvisoria, come tale non avente natura lesiva. L'eccezione è infondata in quanto la gravata determina del 15/09/23 è una vera e propria aggiudicazione definitiva come emerge dal contenuto dell'atto e dal richiamo dello stesso alla proposta di aggiudicazione proveniente dalla commissione.

Con un'ulteriore eccezione pregiudiziale la (Omissis) ha dedotto la carenza d'interesse della ricorrente la quale, ove fosse ritenuta fondata la sua prospettazione circa l'insostituibilità del progettista indicato dall'aggiudicataria, dovrebbe essere, a sua volta, esclusa in quanto anche il progettista da essa indicato sarebbe privo dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

L'eccezione è infondata in quanto ha ad oggetto una vera e propria contestazione della legittimità dell'ammissione della ricorrente alla gara che avrebbe dovuto essere necessariamente fatta valere attraverso un ricorso incidentale, mai proposto.

Nel merito, il ricorso è fondato e deve essere accolto secondo quanto in prosieguo specificato.

La (Omissis) impugna la determinazione n. 46 del 15/09/23, con cui il Comune di (Omissis) ha disposto l'aggiudicazione, in favore della (Omissis) della gara indetta dalla Centrale Unica di Committenza dei Comuni di (Omissis) e (Omissis) per l'affidamento, con procedura aperta, dell'appalto di redazione della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di messa in sicurezza strutturale ed adeguamento alla normativa antincendio nell'istituto scolastico Don Milani – CIG: (Omissis) – CUP: (Omissis), la nota del 29/09/23, nella parte in cui la Centrale Unica di Committenza ha comunicato il diniego dell'istanza di riesame formulata dalla ricorrente per l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, il verbale del 14/09/23, nella parte in cui la Centrale Unica di Committenza ha considerato valida la documentazione integrativa trasmessa dalla (Omissis) in sede di soccorso istruttorio, ammettendo l'impresa alla fase successiva della gara, e chiede la condanna delle amministrazioni intimato al risarcimento del danno ingiusto in forma specifica mediante annullamento degli atti impugnati ed eventuale aggiudicazione dell'appalto con subentro, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato e la declaratoria d'inefficacia del predetto contratto con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario.

Con una serie di censure, tra loro connesse, parte ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Cost., 83 e 94 d. lgs. n. 50/16, 3.6 lettera a.6) del disciplinare di gara, la violazione del principio d'immodificabilità sostanziale dell'offerta e dei principi di trasparenza e *par condicio* ed eccesso di potere sotto vari profili evidenziando che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto la società da essa indicata come progettista avrebbe autocertificato per l'anno 2019 un fatturato di gran lunga inferiore a quello richiesto, a pena di esclusione, dall'art. 3.6 lettera a.6 del disciplinare di gara.

Per questo motivo, secondo la prospettazione ricorsuale, l'offerta dell'aggiudicataria non sarebbe conforme ai requisiti minimi richiesti dalla *lex specialis* e la controinteressata, all'esito dell'esperimento infruttuoso del soccorso istruttorio, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara; invece, la commissione, posticipando alla successiva fase di stipula del contratto il controllo sul possesso del requisito di fatturato globale richiesto, ai fini partecipativi, dal punto 3.6, lett. a.6) del disciplinare, avrebbe trasformato un requisito di partecipazione in un requisito di esecuzione del contratto, in violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento. Sotto altro profilo, la scelta della commissione di gara di consentire la sostituzione del progettista indicato, come prospettata nel verbale del 14/09/23 e nel diniego di riesame del 29/09/23, sarebbe illegittima in quanto comporterebbe una non consentita modifica sostanziale dell'offerta.

I motivi sono fondati.

Dagli atti di causa emerge che:

1) la gara oggetto di gravame ha ad oggetto la “Redazione della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di messa in sicurezza strutturale ed adeguamento alla normativa antincendio nell'istituto scolastico Don Milani” Cig: (Omissis) - Cup: (Omissis)”;

2) l'art. 3.6 lettera a.6 del disciplinare di gara ha previsto, per quanto qui d'interesse, che *“gli operatori economici che non siano in possesso della qualificazione per la progettazione sono tenuti, pena l'esclusione dalla gara, ad indicare o associare, per la redazione del progetto esecutivo, uno o più operatori economici di cui all'art. 46, comma 1 - lettere a), b), c), d) e) ed f), del Codice in possesso dei requisiti previsti dal Decreto Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 263/2016 nonché dei seguenti ulteriori requisiti riferiti alle seguenti classi e categorie, tra quelle indicate nella tabella che segue (Legge n.143/1949 e D.M. 17 giugno 2016):*

a.6) possesso di fatturato globale per servizi di ingegneria e di architettura di cui all'articolo 3, comma 1 - lettera vvvv), del D.lgs. n. 50/2016, espletati in ciascuno dei tre migliori esercizi dell'ultimo quinquennio antecedente la data di indizione della gara (2018, 2019, 2020, 2021, 2022) per un importo complessivamente non inferiore (per ciascuno dei suddetti tre migliori esercizi) ad € 50.000,00 (quarantaduemila/00), pari ad due volte l'importo del corrispettivo per la redazione della progettazione esecutiva posto a base di gara di gara: : quindi in ognuno dei tre migliori anni prescelti nel quinquennio su indicato l'importo del fatturato globale non deve essere inferiore al limite precedentemente richiesto”;

3) sempre il disciplinare di gara all'art. 3.6 lettere b), b.1) e b.2) ha richiesto, per la progettazione, una serie di figure minime specificandone anche i requisiti minimi in punto di titolo di studio e di avvenuto espletamento di servizi di architettura ed ingegneria negli ultimi dieci anni, ivi compresi due servizi *“di punta”*;

4) nel corso della seduta del 12/09/23 la commissione, in relazione alla controinteressata, ha rilevato la *“mancata produzione dell'Autodichiarazione resa ai sensi degli artt. 46 e 47 del DPR 445/2000 inerente il possesso di fatturato globale per servizi di ingegneria e di architettura di cui all'art. 3, comma 1 - lettera vvvv), del D.lgs. n. 50/2016, espletati in ciascuno dei tre migliori esercizi dell'ultimo quinquennio antecedente la data di indizione della gara (2018, 2019, 2020, 2021, 2022) per un importo complessivamente non inferiore (per ciascuno dei suddetti tre migliori esercizi) ad € 50.000,00 (CINQUANTAMILA/00), pari a due volte l'importo del corrispettivo per la redazione della progettazione esecutiva posto a base di gara: quindi in ognuno dei tre migliori anni prescelti nel quinquennio su indicato l'importo del fatturato globale non deve essere inferiore al limite precedentemente richiesto – come indicato nel Disciplinare di gara punto 3.6, lett. a.6) – REQUISITI DEI PROFESSIONISTI INDICATI O ASSOCIATI”*;

5) nel verbale della seduta del 14/09/23 la commissione ha evidenziato che, *“per quanto riguarda (Omissis) il presidente prende atto della non corretta produzione dell'autodichiarazione resa ai sensi degli artt. 46 e 47 del DPR 445/2000 inerente il possesso di fatturato globale per servizi di ingegneria e di architettura di cui all'art. 3, comma 1 - lettera vvvv), del D.lgs. n. 50/2016, espletati in ciascuno dei tre migliori esercizi dell'ultimo quinquennio antecedente la data di indizione della gara (2018, 2019, 2020, 2021, 2022)...., così come indicato nella richiesta di soccorso istruttorio del 12.9.2023”* (in quanto nel 2019 ha autocertificato lo svolgimento di servizi analoghi pari ad euro 4.567,00 e, quindi, per un importo inferiore a quello richiesto dalla *lex specialis*) ma ha ritenuto di non escludere l'operatore dalla gara in quanto *“il professionista è designato dall'operatore economico e quindi non partecipa in modo diretto alla procedura di che trattasi”* demandando *“al RUP i relativi controlli sull'operatore economico partecipante e sul professionista incaricato prima della stipula del Contratto d'Appalto”* (verbale del 14/09/23);

6) con determinazione n. 45 del 15/09/23 il Comune di (Omissis) ha aggiudicato l'appalto in favore della (Omissis) mentre la ricorrente si è classificata al secondo posto;

7) con nota del 29/09/23 la Centrale Unica di Committenza ha respinto l'istanza di riesame presentata dalla ricorrente in quanto *“la posizione giuridica del “progettista indicato” dall'impresa che ha formulato l'offerta, è quella di un prestatore d'opera professionale che non entra a far parte della struttura societaria che si avvale della sua opera, e men che meno rientra nella struttura societaria. Il concorrente ed il “progettista indicato” rimangono due soggetti distinti, che svolgono funzioni differenti, con conseguente diversa distribuzione delle responsabilità. Il “progettista indicato”, è qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo. Pertanto non*

rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea. In altri termini, non essendo un offerente, ma un collaboratore o, più propriamente, un ausiliario del concorrente, è da ritenersi possibile l'estromissione e l'eventuale sostituzione, in caso di accertata carenza dei requisiti a seguito di verifica da parte del RUP, del progettista indicato con altro professionista, non incorrendosi in una ipotesi di modificazione dell'offerta, né di modificazione soggettiva del concorrente. Un trattamento diverso, invece, deve essere riservato al caso nel quale il progettista esterno all'impresa si associa con quest'ultima ai fini della progettazione ma soprattutto ai fini dell'offerta, vale a dire si qualifica come offerente”;

8) con istanza dell'08/11/23, successiva al provvedimento di aggiudicazione, la (Omissis) ha proposto un nuovo progettista in luogo di quello originariamente indicato, privo di requisiti.

Così ricostruita, in fatto, la vicenda, il Tribunale, innanzi tutto, ritiene che, contrariamente a quanto evidenziato nella gravata determina di aggiudicazione, **l'appalto in esame, nell'ambito del quale la determina a contrarre è stata emessa il 17/08/23 e il bando è stato pubblicato in data successiva, sia soggetto alla disciplina di cui al d. lgs. n. 36/2023 come è desumibile dai seguenti articoli del predetto decreto legislativo:**

- **229 comma 2**, secondo cui *“le disposizioni del codice, con i relativi allegati, acquistano efficacia il 1° luglio 2023”;*

- **226 comma 2 lettera a) il** quale prevede che, *“a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso. A tal fine, per procedimenti in corso si intendono: a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia”;*

- **225 comma 8** che stabilisce che *“in relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018”.*

Con particolare riferimento a tale ultima disposizione, il Collegio rileva che essa si limita a stabilire la perdurante vigenza delle sole norme speciali in materia di appalti PNRR (tra cui gli artt. 47 e ss. d. l. n. 77/21) ma non anche degli istituti del d. lgs. n. 50/16 in esso sporadicamente richiamati; la contraria opzione ermeneutica, seguita dalla circolare del MIT del 12/07/23 (richiamata dalla “premessa” del disciplinare di gara), collide con il ricordato disposto del comma 2 dell'art. 226 d. lgs. n. 36/23, che sancisce l'abrogazione del d. lgs. n. 50/16 a decorrere dal 01/07/23 senza alcuna eccezione, e con il comma 5 della medesima disposizione, secondo cui “ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso”.

Quanto fin qui evidenziato comporta che le doglianze e le argomentazioni prospettate dalle parti saranno valutate con riferimento alla disciplina del d. lgs. n. 36/23 e al contenuto concreto delle doglianze stesse a prescindere dal nomen iuris delle disposizioni da esse richiamate.

Ciò posto, il Collegio ritiene che gli atti impugnati siano affetti dai vizi prospettati nel gravame.

Nella fattispecie, infatti, la stazione appaltante ha consapevolmente disapplicato, in violazione dei principi di *par condicio* e d'imparzialità, la *lex specialis* e, in particolare, l'art. 3.6 lettera a.6 del

disciplinare di gara che qualifica il fatturato globale per servizi d'ingegneria ed architettura, ivi indicato, come requisito di partecipazione, sancendo espressamente, in caso di mancanza di tale requisito anche in capo al progettista "indicato", l'esclusione del concorrente dalla gara.

Pertanto, la commissione, una volta appurato che la (Omissis) ha indicato, quale progettista, un operatore economico privo del requisito in esame, avrebbe dovuto escludere la controinteressata dalla gara, come previsto dall'art. 3.6 del disciplinare.

La mancata esclusione risulta illogica e non agevolmente spiegabile alla luce dello stesso *iter* volontariamente seguito dall'amministrazione la quale ha, dapprima, attivato la procedura di soccorso istruttorio oggi previsto dall'art. 101 d. lgs. n. 36/23 e, poi, una volta constatato il mancato deposito, da parte dell'operatore, della documentazione richiesta, non ha applicato la conseguenza, in punto di esclusione dalla gara, necessariamente prevista dal comma 2 del citato art. 101 la cui disciplina è, in proposito, pienamente sovrapponibile a quella dell'abrogato art. 83 comma 9 d. lgs. n. 50/16.

In altri termini, la commissione ha attivato la procedura di soccorso istruttorio senza, però, dare seguito alle conseguenze normativamente previste, in punto di esclusione del concorrente dalla gara, nel caso di esito infruttuoso del soccorso stesso.

Come correttamente evidenziato da parte ricorrente, la commissione, demandando al rup, prima della stipula del contratto di appalto, il controllo sui requisiti del progettista "indicato", non solo ha surrettiziamente trasformato un requisito di partecipazione in un requisito di esecuzione ma ha agito illogicamente dal momento che ha rinviato ogni decisione all'esito dei successivi controlli del rup che già all'epoca risultavano pacificamente inutili in quanto, nel corso del soccorso istruttorio, lo stesso progettista indicato dalla controinteressata, ha autodichiarato l'insussistenza del requisito di partecipazione costituito dal fatturato.

Né la legittimità degli atti impugnati può essere desunta da quanto la stazione appaltante ha evidenziato nella nota del 29/09/23 circa l'indiscriminata possibilità di sostituzione del progettista "indicato" dalla controinteressata.

Infatti, quand'anche volesse ammettersi, in astratto, la sostituzione del progettista "indicato", tale sostituzione deve avvenire necessariamente nell'ambito del soccorso istruttorio in quanto fase normativamente deputata alla verifica dei requisiti autocertificati dai soggetti chiamati all'espletamento delle prestazioni oggetto di appalto mentre tale meccanismo non potrebbe operare nelle fasi successive ed, in particolare, dopo l'aggiudicazione, come, invece, è accaduto nella fattispecie, perché ciò sarebbe in contrasto con il principio di massima celerità della procedura di gara codificato dall'art. 1 d. lgs. n. 36/23.

In ogni caso, nella fattispecie, la sostituzione del progettista "indicato" non può essere ritenuta ammissibile in quanto comporta una modifica sostanziale dell'offerta.

Secondo l'art. 44 comma 3 d. lgs. n. 36/23, nelle ipotesi di appalto integrato "*gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione*"; La disposizione si pone in linea con i precedenti testi normativi che hanno disciplinato l'appalto integrato.

In particolare:

a) l'art. 59 bis d. lgs. n. 50/16 stabiliva che "*le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori. I requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto sono previsti nei documenti di gara nel rispetto del presente codice e del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies; detti requisiti sono posseduti dalle imprese attestare per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1*";

b) l'art. 53 comma 3 d. lgs. n. 163/06 prevedeva che "*quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti*

per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione”;

c) nello stesso senso l'art. 92 comma 6 d.p.r. n. 207/10 prescriveva che *“i requisiti per i progettisti previsti dal bando ai sensi dell'articolo 53, comma 3, del codice devono essere posseduti dalle imprese attestare per prestazioni di sola esecuzione, attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis, g) e h), del codice, e sono costituiti in rapporto all'ammontare delle spese di progettazione”.*

Ne deriva che la giurisprudenza formatasi in riferimento al testo delle disposizioni abrogate può essere utilmente richiamata anche in relazione al disposto del vigente art. 44 comma 3 d. lgs. n. 50/16. In proposito, il Collegio rileva che, secondo l'Adunanza Plenaria, *“il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia dell'articolo 53, comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006, va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo. Pertanto non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea”* (A.P. n. 13/2020);

L'Adunanza Plenaria ha enunciato il principio in esame per trarne la conseguenza per cui il progettista *“indicato” “non può utilizzare l'istituto dell'avvalimento per la doppia ragione che esso è riservato all'operatore economico in senso tecnico e che l'avvalimento cosiddetto “a cascata” era escluso anche nel regime del codice dei contratti pubblici, ora abrogato e sostituito dal decreto legislativo n. 50 del 2016, che espressamente lo vieta”* (così sempre A.P. n. 13/2020).

La conclusione raggiunta dal Supremo Consesso, in punto di qualificazione del progettista *“indicato”* come professionista esterno che non assume la veste di concorrente, ha, poi, costituito il presupposto da cui ha mosso la giurisprudenza per ammettere la sostituzione del progettista stesso nell'ipotesi di carenza dei requisiti in capo a quest'ultimo, in tutti i casi (in questo senso, tra le altre, CGA n. 276/21, TAR Calabria – Catanzaro n. 1004/23, TAR Lombardia – Milano n. 252/21) o, secondo altro più restrittivo orientamento, nelle sole ipotesi in cui ciò non comporti una modifica sostanziale dell'offerta (Cons. Stato n. 9923/22, TAR Lombardia – Milano n. 703/23).

Il Collegio, pur condividendo l'opzione ermeneutica che ammette l'astratta sostituibilità del progettista indicato in ragione della qualificazione di tale figura come professionista esterno, ritiene, tuttavia, in adesione all'orientamento più rigoroso, che tale sostituzione sia possibile nelle sole ipotesi in cui ciò non comporti una modifica sostanziale dell'offerta, potendosi, in caso contrario, configurare una violazione dei principi generali di *par condicio* e d'imparzialità i quali precludono la modifica sostanziale dell'offerta anche nel nuovo codice degli appalti (si vedano, tra gli altri, gli artt. 97 comma 2 in tema di sostituzione del componente del raggruppamento, 101 commi 3 e 4, in riferimento ai chiarimenti e correzioni di errori materiali del contenuto dell'offerta, e 104 comma 5 in relazione alla sostituzione dell'ausiliaria).

Nella fattispecie, la sostituzione del progettista *“indicato”* dall'aggiudicataria comporterebbe un'inammissibile modifica sostanziale dell'offerta dalla stessa presentata.

Infatti, l'articolo 9 del disciplinare di gara, tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha previsto ben cinque punti per il criterio *“Professionalità e adeguatezza e caratteristiche metodologiche del servizio di ingegneria oggetto di affidamento”* per la cui attribuzione ha attribuito rilevanza alla *“Professionalità e adeguatezza dell'offerta con riferimento all'esperienza specifica acquisita in servizi affini di edilizia scolastica (attraverso n. 3 servizi)”* (art. 9 del disciplinare di gara).

Il criterio in esame, pertanto, espressamente correla l'attribuzione del punteggio a tre singoli e specifici servizi espletati proprio dal progettista *“indicato”* come, del resto, si evince dalla relazione sull'offerta tecnica presentata dalla controinteressata la quale, in riferimento al criterio in questione, richiama con dovizia di particolari i tre servizi, specificamente identificati (realizzazione di un asilo nido comunale in Ladispoli con fondi PNRR, di un asilo nido nel Comune di (Omissis) con fondi PNRR e di un edificio destinato alla scuola d'infanzia/ ludoteca volta ad accogliere circa 60 bambini

di età compresa tra i 3 mesi e i 3 anni nel Comune di (Omissis)), espletati dallo studio (Omissis), da essa indicato come progettista nella domanda di partecipazione (pagg. 21-26 della relazione).

La commissione, invece di trarre le debite conseguenze dalla stessa autodichiarazione del progettista “*indicato*”, comprovante l’assenza dei requisiti di fatturato richiesti e, quindi, escludere il concorrente dalla gara, ha sottoposto a valutazione l’offerta della (Omissis) attribuendo alla stessa, in relazione al criterio sopra indicato, cinque punti così quantificati in relazione ai servizi espletati dal progettista da essa “*indicato*” studio (Omissis).

Proprio la diretta riferibilità del criterio di valutazione in esame alla specifica figura del progettista “*indicato*” induce a ritenere che la sostituzione di quest’ultimo comporti un’inammissibile modifica sostanziale dell’offerta non essendo i servizi valutati ai fini dell’attribuzione del punteggio riferibili al nuovo progettista.

Nella memoria depositata il 17/11/23 la (Omissis) prospetta la non decisività, ai fini della caratterizzazione dell’offerta, del criterio n. 5 di cui al paragrafo 9 del disciplinare in relazione all’assenza di discrezionalità ai fini dell’attribuzione del relativo punteggio (secondo il metodo on/off) e della non rilevante entità di tale punteggio ed, inoltre, evidenzia che, “*anche qualora volesse ritenersi che la sostituzione del progettista non consenta di ritenere applicabile il punteggio premiale di 5 punti all’aggiudicataria, il risultato complessivo della gara non cambierebbe, giacché comunque (Omissis) otterrebbe un punteggio più alto, pari a 92,333 punti complessivi a fronte dei 90,978 ottenuti da (Omissis). A ben vedere, ciò vale anche a ritenere difficilmente superata sul punto la prova di resistenza da parte del ricorrente, laddove dovesse ritenersi che la sostituzione del progettista comporti la sottrazione del punteggio premiale all’aggiudicataria (Omissis)*” (pag. 17 della memoria).

La prospettazione della controinteressata non può essere condivisa in quanto non tiene conto del fatto che, nelle ipotesi in cui la sostituzione del progettista “*indicato*” comporta la modifica sostanziale dell’offerta, tale sostituzione deve ritenersi preclusa in assoluto e a prescindere dal contenuto e dall’entità della stessa e ciò per un duplice ordine di ragioni:

a) la valutazione *a posteriori* della rilevanza di tali modifiche ai fini dell’aggiudicazione della gara risulta di difficile compatibilità con i principi di imparzialità e *par condicio* la cui corretta declinazione impone di consentire a tutti gli operatori di partecipare alla gara nelle medesime condizioni iniziali;

b) tale valutazione *a posteriori* richiederebbe, in proposito, un nuovo intervento della commissione di gara, unico organo competente in proposito (nella fattispecie la commissione dovrebbe valutare se i servizi espletati dal nuovo progettista “*indicato*” siano “*affini*”, ai fini dell’attribuzione del punteggio), da ritenersi inammissibile perché non previsto da alcuna norma e, per di più, non coerente con il principio di celerità del procedimento di gara oggi codificato dagli artt. 1 e 17 d. lgs. n. 36/23. Proprio la concreta articolazione *della lex specialis* induce, pertanto, il Collegio a ritenere che la figura del progettista abbia influito sul contenuto dell’offerta e sulla valutazione della stessa di talché la modifica del progettista “*indicato*” comporterebbe un’inammissibile modifica sostanziale dell’offerta stessa.

La fondatezza delle censure esaminate comporta l’accoglimento del ricorso e l’annullamento, nella parte d’interesse della ricorrente, degli atti impugnati tra cui l’aggiudicazione disposta con la determinazione n. 46 del 15/09/23, emessa dal Comune di (Omissis) e da ritenersi illegittima in ragione della mancata esclusione della controinteressata.

Va, poi, respinta la domanda con cui la ricorrente ha chiesto la condanna degli enti intimati ad aggiudicare l’appalto in suo favore essendo tale aggiudicazione subordinata alla positiva verifica dei requisiti come espressamente previsto dall’art. 17 comma 5 d. lgs. n. 36/23.

Il Tribunale, poi, ritiene di non dovere provvedere in ordine alla domanda con cui la ricorrente ha chiesto la declaratoria d’inefficacia del contratto il quale, come risulta dalla dichiarazione resa nel corso della camera di consiglio del 18/12/23 dal Comune resistente, non è stato ancora stipulato.

Il Comune di (Omissis), il Comune di (Omissis) e la (Omissis), in quanto soccombenti, devono essere condannati a pagare, in favore della ricorrente, le spese del presente giudizio il cui importo è liquidato in dispositivo.

Sussistono, poi, giusti motivi per disporre la compensazione delle spese processuali nei confronti dei (Omissis).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definendo il giudizio, così provvede:

- 1) accoglie la domanda caducatoria e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei limiti di quanto d'interesse della ricorrente secondo quanto specificato in motivazione;
- 2) respinge la domanda avente ad oggetto la condanna degli enti intimati a disporre l'aggiudicazione in favore della ricorrente ed il subentro della stessa del contratto;
- 3) dichiara non luogo a provvedere in ordine alla domanda con cui la ricorrente ha chiesto la declaratoria d'inefficacia del contratto;
- 4) condanna il Comune di (Omissis), il Comune di (Omissis) e la (Omissis) a pagare, in favore della ricorrente, le spese del presente giudizio il cui importo, per ognuno dei predetti enti, liquida in euro duemila/00, oltre spese generali, iva, cpa e contributo unificato come per legge;
- 5) dispone la compensazione delle spese processuali nei confronti dei (Omissis) delle altre amministrazioni intimiate non costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere

L'ESTENSORE

Michelangelo Francavilla

IL PRESIDENTE

Pietro Morabito

IL SEGRETARIO