

Rito appalti e individuazione dei controinteressati. Disciplina applicabile agli appalti integrati con progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori in presenza di progettista privo di requisiti

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 21-4-2021

Prima della formale aggiudicazione della gara il primo graduato all'esito della procedura non riveste la qualifica di controinteressato, al quale il ricorso deve essere notificato.

Nell'appalto integrato, che comprende progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori, ai sensi dell'art. 59, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici, è possibile la estromissione del soggetto sprovvisto del requisito e la sua eventuale sostituzione con altro soggetto che, viceversa, sia in possesso di tutti i requisiti di ordine generale, salvo il caso in cui il progettista esterno all'impresa si associ con quest'ultima ai fini della progettazione ma soprattutto ai fini dell'offerta, vale a dire si qualifica come offerente.

Guida alla lettura

Con la **pronuncia n. 276** dello scorso 31 marzo il **Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia** ha soffermato la sua attenzione su due differenti profili afferenti alle procedure di gara.

In primo luogo la Corte ha statuito che **“prima della formale aggiudicazione della gara il primo graduato all'esito della procedura non riveste la qualifica di controinteressato (in senso tecnico), al quale il ricorso deve essere notificato”**.

Al riguardo il Collegio ha rilevato come **le gare di appalto, come tutte le procedure concorsuali**, si caratterizzano per la loro articolazione in due fasi: la fase di ammissione alla procedura e la fase di svolgimento della gara vera e propria.

Nella fase di ammissione, il candidato è titolare di un interesse legittimo “strumentale” alla partecipazione, per cui vanta un interesse legittimo oppositivo alla esclusione, rispetto al quale non sussistono interessi qualificati di altri concorrenti a meno che non sia medio tempore intervenuta l'aggiudicazione in loro favore.

La fase di svolgimento della gara, invece, si contraddistingue per la scarsità dei beni della vita ai quali i concorrenti ammessi aspirano.

In particolare, nelle gare di appalto, il **“bene della vita”, costituito dall'aggiudicazione, è unico, per cui, mentre nell'ammissione può essere eventualmente soddisfatto**

l'interesse legittimo "strumentale" di ogni candidato, in esito allo svolgimento della gara può essere soddisfatto esclusivamente un solo interesse legittimo "finale" ad ottenere l'affidamento dell'appalto.

Spostando l'attenzione sulla vicenda contenziosa all'esame, i Giudici hanno affermato che essa attiene alla fase dell'ammissione, in quanto, sebbene la gara si sia svolta e sia stata formata la graduatoria, la stazione appaltante non ha ancora proceduto all'aggiudicazione ed ha escluso dalla procedura le prime due classificate.

In altri termini, non rileva la circostanza che la gara, al momento di proposizione del ricorso, è già stata espletata, con la formazione della relativa graduatoria.

Secondariamente, il Consesso amministrativo ha ricordato che l'appalto oggetto del giudizio sottoposto al suo vaglio è un **appalto integrato comprende progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori, ai sensi dell'art.59, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici.**

L'appalto integrato è caratterizzato dal fatto che l'oggetto negoziale è unico, nel senso che non vi è una doppia gara, una per la progettazione, l'altra per l'esecuzione dei lavori, ma un'unica gara, con un unico aggiudicatario, che diviene il solo contraente della stazione appaltante per tutte le prestazioni pattuite.

Il comma 1-bis dell'art. 59, d.lgs. n. 50 del 2016, in proposito, stabilisce che: *"Le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei 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";* specifica, inoltre, che: *"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"*.

Una previsione sostanzialmente simile era contenuta nell'art. 53, comma 3, del previgente d.lgs. n. 163 del 2006.

Il progettista, ai sensi delle vigenti disposizioni di legge, quindi, può essere individuato e coinvolto in tre modi: a) mandante in raggruppamento temporaneo "eterogeneo" con gli operatori economici che partecipano per l'appalto o alla concessione dei lavori e, in tal caso, assume anche la qualifica di offerente; b) indicato ma estraneo all'offerente (sul tema Cons. Stato, Ad. Plen., 9 luglio 2020, n. 13), cosiddetto ausiliario che presta un "avalimento atipico"; c) appartenente allo staff tecnico dell'offerente che concorre per i lavori, a tale scopo contrattualizzato da quest'ultimo operatore economico; in tal caso, lo staff tecnico può essere costituito anche da più professionisti contrattualizzati individualmente in quanto assunti a tempo indeterminato e a tempo pieno, quindi integrati nell'impresa con un rapporto diretto.

Se lo *staff* tecnico dell'impresa non ha i requisiti tecnico-professionali per la progettazione, l'impresa concorrente deve ricorrere a una delle fattispecie sub a) o sub b).

Spostando ancora una volta l'attenzione al caso specifico oggetto del giudizio, la Corte ha rilevato come l'art. 10 del disciplinare di gara, coerentemente con la descritta normativa, ha disposto che i soggetti in possesso di attestazione SOA per la sola costruzione, ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, devono alternativamente: indicare, in sede di offerta, un progettista, sia esso persona fisica o giuridica, qualificato per l'attività di progettazione, in possesso dei requisiti progettuali e di regolare abilitazione professionale ad operare nello Stato italiano, al quale saranno affidate in subappalto le attività di progettazione (Progettista "indicato"); associare, quale mandante di raggruppamento temporaneo di tipo verticale assegnatario della progettazione, uno dei soggetti elencati all'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i., in possesso dei requisiti progettuali di cui al successivo punto 10.2 (Progettista "associato").

Il citato art. 10, inoltre, prevede che non è ammessa, pena l'esclusione, la partecipazione alla gara di quei concorrenti che si avvalgono di progettisti "indicati" o "associati" per i quali sussistono le cause ostative alla partecipazione indicate nel paragrafo (vale a dire, i motivi di esclusione di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016).

Richiamando quanto statuito dall'innanzi indicata pronuncia della Plenaria n. 13/2020 può, dunque, affermarsi che **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 e il "progettista indicato", pertanto, rimangono due soggetti distinti, che svolgono funzioni differenti, con conseguente diversa distribuzione delle responsabilità.

Ha soggiunto la Corte che, **accertata l'assenza di uno dei requisiti generali nel progettista indicato, l'offerente deve essere automaticamente escluso, come avvenuto nel caso di specie, ovvero sia possibile la estromissione del soggetto sprovvisto del requisito e la sua eventuale sostituzione con altro soggetto che, viceversa, sia in possesso di tutti i requisiti di ordine generale.**

La qualificazione del progettista indicato come di un soggetto diverso dai concorrenti alla procedura determina che **in caso di raggruppamento di progettisti** - quantomeno nelle ipotesi in cui il soggetto da estromettere non sia stato determinante per la costituzione del raggruppamento, avendo contribuito in modo essenziale a "portare" i requisiti di qualificazione necessari alla partecipazione - **il concorrente non possa essere per ciò solo escluso a seguito dell'accertata carenza di un requisito di carattere generale del progettista indicato, essendo consentita la sua estromissione, nel caso di specie dal RTP dei progettisti, e la sua sostituzione.**

In altri termini, **non essendo un offerente, ma un collaboratore (o, più propriamente, un**

ausiliario) del concorrente, deve ritenersi possibile la estromissione e l'eventuale sostituzione 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.

La differenza si rivela evidente, poiché, trattandosi di offerente, il progettista "associato", non solo, al pari del progettista "indicato", è coinvolto direttamente dai motivi di esclusione di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici ma, a differenza del progettista "indicato", è decisamente arduo ritenere che possa essere estromesso o sostituito, in quanto ciò determinerebbe una modificazione dell'offerta e dell'offerente, per cui la sua esclusione è destinata a riflettersi, travolgendolo, sull'intero raggruppamento temporaneo tra l'impresa e il progettista.

D'altra parte, deve ritenersi che **escludere in via automatica il concorrente per una carenza riscontrata in capo ad un soggetto allo stesso estraneo costituisce un esito contrario ai principi comunitari di cui all'art. 57, comma 3, della Direttiva UE 2014/24, e in particolare a quello di proporzionalità** (cfr. in proposito, sia pure in tema di subappalto, Corte di giustizia dell'Unione Europea 30 gennaio 2020, in causa C-395/2019).

Guardando ancora una volta allo specifico caso di riferimento la clausola della *lex specialis*, facendo riferimento anche ai progettisti "indicati", ha chiaramente disposto l'esclusione per fattispecie come quelle in esame, né tale clausola è stata oggetto di impugnazione.

Tuttavia, l'esclusione dalla gara per inosservanza delle previsioni della *lex specialis* può essere disposta solo ove tali previsioni siano poste a tutela di un interesse pubblico effettivo e rilevante, sicché, nell'ottica di favorire la realizzazione delle finalità sottese alla normativa in materia, attraverso il fondamentale canone del *favor participationis* è in atto un processo di dequotazione delle carenze formali o, comunque, superabili che precludono l'accesso alla gara, di cui sono testimoni, in particolare, l'introduzione del principio di tassatività delle fonti delle cause di esclusione e l'ampliamento del c.d. soccorso istruttorio.

Ora, non c'è dubbio che la causa di esclusione di cui all'art. 10 del disciplinare sia correttamente mutuata dall'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, che disciplina per l'appunto i motivi di esclusione dalle gare pubbliche. Tuttavia, **il citato art. 80 si riferisce alla "esclusione di un operatore economico dalla partecipazione"**, sicché si riferisce agli offerenti, vale a dire alle imprese concorrenti, laddove, come si è illustrato, il progettista "indicato" non è un offerente, perché costituisce un soggetto affatto diverso dal concorrente, per cui non può ritenersi che la disposizione di legge si riferisca anche ai progettisti "indicati".

Ne consegue che, a prescindere dalla mancata impugnazione, la clausola deve essere dichiarata nulla, perché contiene una causa di esclusione non prevista dal codice dei contratti pubblici o da altra disposizione di legge.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA****Sezione giurisdizionale**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 889 del 2020, proposto dal Consorzio Stabile Medil S.c.p.a., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Del Bo S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Andrea Abbamonte, con gli stessi elettivamente domiciliato presso l'avvocato Carlo Comandè in Palermo, via Caltanissetta, n. 2/D;

contro

il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Gestione Governativa Ferrovia Circumetnea, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, n. 6;

la Cooperativa Muratori & Cementisti - C.M.C. di Ravenna Società Cooperativa, la Società Ansaldo Sts S.p.a. (oggi Hitachi Rail Sts S.p.a), la Thales Italia S.p.a., il Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" Soc. Coop. p.a., in proprio e nella qualità di designata mandataria la prima e di designate mandanti le altre del costituendo RTI, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Massimo Frontoni e Felice Alberto Giuffrè, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

la ICM S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso l'avvocato Patrizia Stallone, in Palermo, via Giacomo Cusmano, n. 40;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, Sezione Prima, n. 1783 del 2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Gestione Governativa Ferrovia Circumetnea, della Cooperativa Muratori & Cementisti - C.M.C. di Ravenna Società Cooperativa, della Società Ansaldo Sts S.p.a. (oggi Hitachi Rail Sts S.p.a), della Thales Italia S.p.a., dell'Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" Soc. Coop. p.a. e della ICM S.p.a.;

Visti gli atti di appello incidentale proposti dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Gestione Governativa Ferrovia Circumetnea e dalla ICM S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2021, svoltasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, il Cons. Roberto Caponigro e uditi per le parti l'avvocato Gianluigi Pellegrino, l'avvocato Massimo Frontoni, l'avvocato Gianluca Luzzi, su delega dell'avvocato Felice Alberto Giuffrè, e l'avvocato Francesco Vagnucci;

Vista la richiesta di passaggio in decisione senza discussione presentata dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo con nota di carattere generale a firma dell'Avvocato Distrettuale del 2 febbraio 2021;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Gestione Governativa Ferrovia Circumetnea, con bando pubblicato sulla GURI n. 14 del 2 febbraio 2018, ha indetto la gara per l'affidamento della "progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di potenziamento e trasformazione della Ferrovia Circumetnea nelle aree urbane di Catania e Misterbianco e della tratta submetropolitana fino a Paternò - Tratta compresa tra l'uscita della stazione "Nesima" e l'uscita della stazione "Misterbianco C." – Lotto di completamento C.I.G. 7359571E1A – CUP C81E15000710006", con importo a base di gara fissato in complessivi € 112.424.454,48.

L'appellante Consorzio Medil ha rappresentato che, trattandosi di appalto integrato quanto

alla progettazione esecutiva, l'art. 10 del disciplinare ha previsto che i concorrenti, non in possesso dei requisiti di partecipazione, avrebbero potuto non solo associare il progettista quale mandante di raggruppamento temporaneo di tipo verticale (Progettista "associato"), ma anche limitarsi ad indicare un progettista qualificato (singolo o in RTP), in possesso dei requisiti progettuali e di regolare abilitazione professionale, a cui affidare in subappalto le attività di progettazione (Progettista "indicato").

Il Consorzio Medil, in ATI con la Del Bo s.p.a., ha partecipato alla gara "indicando" un RTP, cui sarebbero state affidate in subappalto le prestazioni di progettazione, composto dalla capogruppo 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata S.p.a. e dalle mandanti Studio 4C S.r.l., GIS Design S.r.l. e Muving Architettura Ingegneria Territorio S.r.l.

All'esito della gara, per quanto di interesse in questa sede, la graduatoria è risultata così composta:

1° posto RTI Cooperativa Muratori & Cementisti C.M.C. (di seguito anche CMC);

2° posto RTI Consorzio Stabile Medil (di seguito anche Medil);

3° posto RTI ICM S.p.a. (di seguito ICM).

Il Raggruppamento primo classificato è stato escluso con la determina del 15 maggio 2019, in esito alla verifica di anomalia dell'offerta, ed ha impugnato il provvedimento dinanzi al Tar Sicilia, Sezione staccata di Catania, con ricorso R.G. n. 990 del 2019; nel relativo giudizio sia il Consorzio Medil sia la ICM s.p.a. hanno proposto ricorso incidentale.

A seguito della esclusione del Raggruppamento CMC, la graduatoria ha visto in prima posizione il RTI Consorzio Medil, il quale, però, è stato a sua volta escluso, con determina del 12 febbraio 2020, per carenza del requisito di regolarità fiscale della mandante Muving nonché per l'interruzione di continuità, in capo a Medil, del possesso della certificazione SOA, nella categoria OS30, classifica VI.

Tale provvedimento è stato ugualmente impugnato dal Consorzio interessato dinanzi al Tar Sicilia, Sezione staccata di Catania, con ricorso R.G. n. 459 del 2020, nel cui giudizio ha spiegato ricorso incidentale la ICM S.p.a.

2. Il Tar Sicilia, Sezione staccata di Catania, con la sentenza 17 luglio 2020, n. 1783, ha così provveduto:

a) con riferimento al ricorso n. 990/2019, proposto dalla CMC:

- ha dichiarato inammissibili i ricorsi incidentali proposti dal Consorzio Medil e dalla ICM;
- ha accolto il ricorso principale e, per l'effetto, ha annullato gli atti impugnati, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione;

b) con riferimento al ricorso n. 459/2020, proposto dal Consorzio Medil:

- ha respinto il ricorso principale;
- ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla ICM.

3. Il Consorzio Medil ha interposto appello avverso detta sentenza, articolando i seguenti motivi di impugnativa:

Quanto al ricorso n. 459 del 2020 proposto da Medil.

La decisione del Tar sarebbe errata, in quanto, in un raggruppamento di progettisti meramente indicato dal concorrente, cui affidare in subappalto il servizio di progettazione, il mandante, non portante nemmeno requisiti, quale era Muving, avrebbe potuto essere sostituito o estromesso (come avvenuto) in caso di carenza di suoi requisiti.

Di talché, sarebbe errata la equiparazione compiuta dal Tar tra il soggetto che, ove associato in ATI dal concorrente, lo componga, candidandosi a contrarre con l'Amministrazione, e il soggetto meramente indicato dal primo che, pertanto, allo stesso ed al contratto con l'Amministrazione rimane estraneo.

Il progettista meramente indicato, insomma, configurerebbe un soggetto esterno al concorrente, che rimane sempre estraneo alla vicenda dell'aggiudicazione e del conseguente contratto di appalto.

L'art. 10 del disciplinare di gara, in tale ottica, ha previsto l'applicabilità al progettista indicato delle norme sul subappalto, atteso che, in caso di progettisti meramente indicati, ha prescritto "l'affidamento in subappalto quale strumento negoziale reputato opportuno per conferire l'incarico di progettazione al professionista indicato del servizio di ingegneria".

Il subappaltatore, anche necessario, è sempre sostituibile ed è lo stesso art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 a prevedere che devono essere sostituiti i subappaltatori per cui sussistano i motivi di esclusione di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016.

L'eventuale carenza da parte del subappaltatore esterno dei requisiti ex art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 non potrebbe mai riverberarsi sul concorrente, essendo sempre ammissibile la sostituzione del primo ad opera del secondo.

Tali principi dovrebbero senz'altro operare anche nell'ipotesi in cui a risultare carente dei requisiti sia il progettista meramente indicato, non potendo farsi discendere da tale carenza conseguenze espulsive nei confronti del concorrente.

L'art. 10 del disciplinare non potrebbe essere interpretato nel senso di estendere anche ai progettisti meramente indicati le cause espulsive previste esclusivamente per i concorrenti, dovendosi altrimenti ritenere nulla la clausola ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto introduttiva di una causa di esclusione non prevista dalla legge, ponendosi

anzi in contrasto con le disposizioni nazionali e i principi eurounitari.

La previsione, per non incorrere nella radicale nullità, dovrebbe essere intesa nel senso che non si può pretendere di concorrere all'aggiudicazione con un progettista indicato privo dei requisiti generali o tecnici, mentre giammai potrebbe darsi un'interpretazione nel senso di escludere che, proprio per garantire tale possesso, possa ricorrersi agli strumenti consentiti, come nella specie l'estromissione dalla mandante del RTP meramente indicato e non portante requisiti di qualificazione.

Il Tar avrebbe anche errato nel non rilevare che persino in capo al soggetto associato concorrente vigerebbe ormai il principio di estromettibilità di una mandante per di più non portante requisiti.

Il RTP di progettisti designato deterrebbe tutti i requisiti senza Muving, peraltro già fuoriuscita.

Peraltro, sarebbe escluso in radice che i soggetti meramente indicati debbano comprovare requisiti di carattere generale, una volta che gli stessi non sono concorrenti e non devono contrarre con la p.a.

Ad ogni buon conto, il Tar sarebbe incorso in errore anche laddove ha respinto le censure con cui la deducente avrebbe dimostrato l'insussistenza di qualsivoglia irregolarità fiscale a carico di Muving.

Infatti, erroneamente, il giudice di primo grado non avrebbe riconosciuto efficacia liberatoria alle certificazioni dell'Agenzia delle Entrate, laddove il RUP avrebbe dato rilevanza alla sola certificazione del 4 giugno 2018, relativa peraltro ad altra e diversa procedura di gara.

Quanto al ricorso n. 990 del 2019 proposto dalla CMC

Erronea statuizione di inammissibilità sull'incidentale Medil.

Il Tar avrebbe erroneamente ritenuto inammissibile il ricorso incidentale proposto dalla Medil.

Per le controparti di CMC, l'interesse a far valere altre cause di esclusione che l'Amministrazione avrebbe dovuto rilevare, come il fatto che la mandataria era entrata in procedura di concordato in bianco, sarebbe sorto a seguito dell'impugnazione principale di CMC.

Peraltro, che il ricorso incidentale possa essere proposto anche dall'interventore *ad opponendum* costituisce espressa previsione di legge, di cui all'art. 42, comma 1, c.p.a.

Fondatezza del ricorso incidentale Medil.

L'operatore economico che ha presentato domanda di concordato "in bianco" non potrebbe partecipare a gare pubbliche, non operando la speciale deroga, relativa al solo caso di avvenuta ammissione alla continuità aziendale previa approvazione del relativo piano

concordatario.

L'ordinamento degli appalti pubblici, in un settore connotato da rischi di inadempimento e connessa necessità della più ampia tutela per le stazioni appaltanti, escluderebbe che possa candidarsi ad assumere impegni in materia di pubblici lavori, servizi e forniture un operatore economico che ha esso stesso proclamato il suo stato di crisi e, peraltro, abbia attivato una procedura che impedisce di agire alle controparti contrattuali ed ai creditori.

In ogni caso, il RTI CMC avrebbe dovuto essere escluso in quanto l'impresa in concordato in continuità potrebbe concorrere anche riunita in un raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria.

Inammissibilità del ricorso principale CMC.

Il ricorso principale di CMC, oltre a divenire improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse in ragione della fondatezza e dell'accoglimento del ricorso incidentale, sarebbe anche in sé inammissibile per omessa notifica a Medil quale controinteressato.

Erronea statuizione di accoglimento del ricorso di CMC.

La previsione di gara (art. 20, comma 9, del disciplinare) non avrebbe stabilito un divieto per il RUP di valersi della Commissione giudicatrice anche per la verifica dell'anomalia, ma avrebbe solo previsto che l'organo di supporto al RUP fosse dotato di specifiche competenze per valutare i profili di incongruità delle offerte.

La Commissione che ha valutato le offerte sarebbe stata titolata e in possesso di adeguate competenze, per cui la scelta del RUP di demandare alla Commissione giudicatrice anche il compito di vagliare la congruità delle offerte sarebbe stata legittima e conforme ai principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

4. L'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo ha sviluppato argomentazioni per confutare le doglianze proposte avverso la sentenza impugnata, nella parte in cui ha disatteso i ricorsi proposti, e, con l'appello incidentale, ha contestato le statuizioni con cui la sentenza ha accolto parte delle censure proposte in primo grado, deducendo che:

Ricorso nn. 990 del 2019, proposto dalla CMC.

Sulla Commissione giudicatrice.

La Commissione giudicatrice in sede di verifica dell'anomalia, ai sensi dell'art. 77 d.lgs n. 50 del 2016 dovrebbe essere composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto e della Commissione avrebbero fatto parte soggetti le cui competenze si aggiungevano a quelle del RUP.

Ricorso n. 459 del 2020, proposto da Medil.

Sulla irregolarità del SOA

Sarebbe incontrovertibile la carenza di continuità in capo al mandatario del possesso della certificazione SOA, categoria OS30, classifica VI.

5. La ICM s.p.a., terza in graduatoria e ritrovatasi in prima posizione a seguito della esclusione delle prime due classificate, ricorrente incidentale in primo grado in entrambi i giudizi, ha proposto un appello incidentale autonomo, articolando i seguenti motivi:

Ricorso n. 990 del 2019, proposto da CMC

Sull'erroneità della sentenza gravata per avere ritenuto inammissibile il ricorso incidentale interposto da ICM.

Error in iudicando: violazione e erronea applicazione dell'art. 42, comma 1, c.p.a.

Il gravame incidentale proposto dalla ICM, prima ancora che paralizzare l'eventuale aggiudicazione in favore di CMC, sarebbe stato preordinato a tutelare la propria posizione di aggiudicatario *in pectore*, atteso che la stazione appaltante non è ancora giunta ad adottare tale aggiudicazione per le impugnative proposte da CMC e Medil.

D'altra parte, sarebbe irragionevole e contrario ai principi ordinamentali di ragionevole durata del processo e concentrazione delle difese la decisione di posporre la proposizione delle censure alla futura ed eventuale aggiudicazione in favore di CMC.

Nel merito.

Sull'erroneità della sentenza per non avere accolto il ricorso incidentale della ICM.

Il RTI CMC avrebbe dovuto essere escluso dalla gara anche in applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. b), del codice dei contratti pubblici e dell'art. 186-bis della legge fallimentare, atteso che la CMC, mandataria del Raggruppamento, ha presentato in corso di gara una domanda di ammissione al concordato in bianco ai sensi dell'art. 161, comma 6, legge fallimentare ed è stata ammessa al concordato in continuità aziendale solo con decreto del Tribunale di Ravenna del 12 giugno 2019.

In ogni caso, anche a voler dilatare il perimetro applicativo della deroga fino a ricomprendervi la diversa ipotesi del concordato in bianco, la disposizione non potrebbe comunque applicarsi poiché l'impresa che ha fatto richiesta di concordato riveste la posizione di mandataria nel Raggruppamento.

Sull'erroneità della sentenza gravata per avere accolto il primo motivo di ricorso di CMC.

L'art. 20 del disciplinare non imporrebbe che la Commissione di verifica dell'anomalia debba essere necessariamente diversa da quella costituita ex art. 77 del codice.

La scelta del RUP di avvalersi della medesima Commissione anche ai fini della valutazione della congruità delle offerte sarebbe ragionevole e legittima, anche in considerazione dell'elevato profilo tecnico-esperienziale di tutti i membri della Commissione medesima.

Ricorso n. 459 del 2020, proposto da Medil

Error in iudicando: sulla doverosa esclusione dalla gara del RTI Medil.

La ICM, nel sostenere la correttezza della sentenza di primo grado nella parte in cui ha respinto il ricorso di Medil, ha riproposto la contestazione mossa in via incidentale in primo grado avverso l'art. 10 del disciplinare, perché, nella parte in cui sembra estendere gli schemi operativi del subappaltatore al progettista indicato, si porrebbe in aperto contrasto con il divieto generale di subappaltare le attività di progettazione.

Sulla erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha annullato l'esclusione del RTI Medil per carenza di adeguata qualificazione.

Ai fini dell'esecuzione delle opere previste dal bando nella categoria OS30, in classifica VI, il Consorzio Stabile Medil si è espressamente qualificato in proprio, spendendo l'adeguata iscrizione all'atto della partecipazione posseduta nella categoria OG11, mentre è incontestata tra le parti la circostanza che Medil sia incorsa in una soluzione di continuità, dal 12 luglio 2019 al 10 settembre 2019, nel possesso della qualificazione SOA per la categoria OS20, classifica VI.

6. La CMC si è costituita in giudizio per contestare analiticamente i motivi formulati dalle appellanti, il cui accoglimento potrebbe ridondare in suo sfavore, ed ha riproposto domande ed eccezioni ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

6.1. In rito, in particolare, ha rilevato come l'appellante abbia insistito nell'eccepire una presunta nullità del paragrafo 10 del disciplinare di gara per avere introdotto ipotesi di esclusione non previste dalla legge, sostenendo l'inammissibilità e l'irricevibilità di tale eccezione, peraltro formulata solo in corso di causa, in quanto Medil non ha impugnato le previsioni del disciplinare di gara, delle quali, quindi, non potrebbe dolersi.

Ad ogni buon conto, ha eccepito l'inammissibilità e l'improcedibilità dell'appello di Medil per carenza di interesse, non avendo il Consorzio alcuna legittimazione a sindacare l'ammissione del RTI CMC, non essendo mai stato dichiarato aggiudicatario della gara.

6.2. La CMC ha riproposto le seguenti domande ed eccezioni formulate in primo grado e non esaminate dal Tar:

- i provvedimenti impugnati sarebbero stati illegittimi anche perché la sanzione espulsiva adottata non era prevista dalla *lex specialis*;

- l'offerta formulata, infatti, non era anomala ai sensi dell'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 e la verifica di congruità si è incentrata unicamente sulla coerenza della riduzione

temporale dell'offerta ai sensi del punto 19, comma 4, lett. a) del disciplinare di gara che, tuttavia, non comminava l'esclusione in caso di esito negativo della verifica;

- la verifica di congruità in ordine al ribasso temporale offerto dalla CMC sarebbe stata avviata senza alcuna motivazione e precludendo il contraddittorio all'appaltatore;

- sarebbe stato impedito all'offerente di beneficiare delle condizioni particolarmente vantaggiose di cui godevano per eseguire i lavori, essendo affidatario del lotto limitrofo i cui lavori sono in corso;

- la valutazione di non congruità dell'offerta sarebbe stata svolta in assenza di contraddittorio con il concorrente e sarebbe manifestamente illogica e contraddittoria.

6.3. La CMC ha insistito nella domanda di risarcimento dei danni tramite, in primo luogo, la reintegrazione in forma specifica, consistente, previo annullamento degli atti impugnati, nella aggiudicazione in favore del RTI di cui è mandataria e, in subordine, nel risarcimento del danno equivalente, indicato nella misura complessiva di € 12.610.495,00, maggiorate degli interessi e della rivalutazione monetaria.

7. Le parti hanno depositato altre cospicue ed articolate memorie a sostegno ed illustrazione delle rispettive ragioni.

8. All'udienza pubblica del 24 febbraio 2021, svoltasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, la causa è stata trattenuta per la decisione.

8.1. Nella stessa udienza, l'avvocato Pellegrino, difensore del Consorzio Medil appellante, ha dichiarato come risulti a Medil che l'Amministrazione stia rinnovando il procedimento di verifica dell'anomalia di CMC, avendo individuato la Commissione di supporto al RUP, e, per questo, ha chiesto il rinvio della trattazione della causa o istruttoria sul punto, evidenziando di aver sentito l'Avvocatura dello Stato che concorda con la richiesta.

8.2. La richiesta di rinvio, formulata a verbale nell'udienza pubblica del 24 febbraio 2021, non può essere accolta, in quanto, nella complessiva economia processuale, formulare alla stazione appaltante una richiesta istruttoria, volta ad accertare se l'azione amministrativa sia stata intrapresa o meno in mera esecuzione della pronuncia di primo grado, determinerebbe un inevitabile allungamento dei tempi di definizione del giudizio.

In ogni caso, il Collegio ritiene che la circostanza rappresentata non sia dirimente o essenziale ai fini della decisione della controversia.

9. Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Gestione Governativa Ferrovia Circumetnea, con bando pubblicato sulla GURI n. 14 del 2 febbraio 2018, ha indetto la gara per l'affidamento della “progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di potenziamento e trasformazione della Ferrovia Circumetnea nelle aree urbane di Catania e Misterbianco e della tratta submetropolitana fino a Paternò - Tratta compresa tra l'uscita della stazione “Nesima” e l'uscita della stazione “Misterbianco C.” – Lotto di completamento C.I.G. 7359571E1A – CUP

C81E15000710006”, ex art. 3, lett. II), del d.lgs. n. 50 del 2016, con importo a base di gara fissato in complessivi € 112.424.454,48.

La graduatoria di gara ha visto ai primi tre posti:

1° posto RTI Cooperativa Muratori & Cementisti C.M.C.;

2° posto RTI Consorzio Stabile Medil;

3° posto ICM.

La stazione appaltante, con la determina n. 6071 del 15 maggio 2019, ha ritenuto non congrua l’offerta presentata dalla concorrente prima classificata RTI Cooperativa Muratori & Cementisti C.M.C. di Ravenna Società cooperativa (capogruppo mandataria), Ansaldo Sts S.p.a. (mandante), Thales Italia S.p.a. (mandante), Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro “Ciro Menotti” Soc. Coop. P.A. (mandante), per tutte le motivazioni contenute nei verbali di verifica di congruità dell’offerta nn. 1, 2, 3, 4, 5, e, nello specifico, per infondatezza della riduzione temporale offerta sul tempo di esecuzione dei lavori, rispetto alle indicazioni progettuali e realizzative illustrate nell’offerta tecnica.

Di talché, con la stessa determina n. 6071 del 15 maggio 2019, la stazione appaltante ha escluso, ai sensi e per gli effetti dell’art. 97, commi 1 e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, il RTI CMC dal prosieguo della procedura.

Con successiva determina n. 2333 del 12 febbraio 2020, la Gestione Governativa Ferrovia Circumetnea ha escluso dal prosieguo della procedura il costituendo RTI Consorzio Stabile Medil (mandataria) e Del Bo S.p.a. (mandante), che, a seguito dell’esclusione del RTI CMC, era venuto a trovarsi in prima posizione, con la seguente motivazione:

- carenza del requisito di regolarità contributiva in capo all’operatore economico “Muving Architettura Ingegneria Territorio S.r.l.” già alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (22 marzo 2018) e perdurato nel prosieguo della procedura;
- carenza del requisito di continuità nel possesso dell’attestazione SOA nella categoria OS30, classifica VI, in capo alla mandataria Consorzio Stabile Medil S.c.a.r.l., nel periodo dal 12 luglio 2019 al 10 settembre 2019.

A seguito dell’esclusione delle prime due graduate, la migliore offerta risulta quella della ICM S.p.a.

Peraltro, a seguito della sentenza di primo grado, che ha accolto il ricorso proposto dal RTI CMC, annullando il relativo provvedimento di esclusione, ed ha respinto il ricorso proposto dal RTI Medil (accogliendo la censura relativa al secondo profilo dell’esclusione), la graduatoria vede nuovamente al primo posto il RTI CMC, con collocazione al secondo posto della ICM.

Di qui, l’appello proposto dal Consorzio Medil, che avrebbe naturalmente interesse alla

propria riammissione ed all'esclusione della CMC, al fine di conseguire la prima posizione in graduatoria e la conseguente aggiudicazione, nonché l'appello incidentale autonomo della ICM, che avrebbe naturalmente interesse sia all'esclusione della CMC, con riforma della sentenza di primo grado, sia alla conferma dell'esclusione del Consorzio Medil, al fine di conseguire la prima posizione in graduatoria e la conseguente aggiudicazione.

L'appello della stazione appaltante, invece, è volto a sostenere la legittimità dei provvedimenti di esclusione impugnati e, quindi, è indirizzato a contestare la sentenza del Tar sia nella parte in cui ha accolto il ricorso CMC sia nella parte in cui ha accolto la censura inerente al secondo profilo dell'esclusione Medil, per cui, da un punto di vista sostanziale, nel sostenere la legittimità della complessiva azione della stazione appaltante, mira al ripristino della graduatoria che ha visto classificata al primo posto la ICM.

10. Il Collegio, per esigenze di razionalità espositiva, ritiene di esaminare distintamente i motivi di appello proposti avverso i capi della sentenza che hanno definito il ricorso proposto in primo grado dalla CMC, dichiarando inammissibili i ricorsi incidentali ed accogliendo il ricorso principale (ricorso R.G. n. 990 del 2019), per poi esaminare i motivi di appello proposti avverso le statuizioni della sentenza che ha respinto il ricorso Medil (accogliendo solo la censura relativa al secondo profilo dell'esclusione) ed ha dichiarato improcedibile, nell'ambito dello stesso giudizio, il ricorso incidentale proposto dalla ICM, così definendo il ricorso proposto in primo grado dalla Medil (ricorso R.G. n. 459 del 2020)

11. *Ricorso di primo grado n. 990 del 2019.*

Il Consorzio Medil ha eccepito l'inammissibilità del ricorso CMC per mancata notifica dello stesso al controinteressato.

Il Consorzio Medil e la ICM hanno entrambi sostenuto l'erroneità della statuizione di inammissibilità dei ricorsi incidentali proposti da ciascuno di essi ed hanno prospettato il loro accoglimento, in quanto l'operatore economico che ha presentato domanda di concordato "in bianco" non potrebbe partecipare alle gare pubbliche e, comunque, anche ove ammesso alla continuità aziendale non potrebbe parteciparvi se mandatario del raggruppamento.

L'Avvocatura dello Stato, il Consorzio Stabile Medil e la ICM, vale a dire tutte le parti appellanti, hanno evidenziato che il ricorso dovesse essere respinto, in quanto l'art. 20, comma 9, del disciplinare non avrebbe stabilito un divieto per il RUP di valersi della Commissione giudicatrice anche ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta.

11.1. Il ricorso proposto in primo grado dalla CMC avverso la propria esclusione non è inammissibile per omessa notificazione al controinteressato.

Il Consorzio Medil, in assenza di un provvedimento di aggiudicazione, non rivestiva, al momento della proposizione del ricorso, una posizione di controinteressato in senso tecnico rispetto alla posizione rivestita dalla ricorrente CMC, sicché il ricorso non avrebbe dovuto essergli notificato a pena di inammissibilità.

Le gare di appalto, come tutte le procedure concorsuali, si caratterizzano per la loro articolazione in due fasi: la fase di ammissione alla procedura e la fase di svolgimento della gara vera e propria.

Nella fase di ammissione, il candidato è titolare di un interesse legittimo “strumentale” alla partecipazione, per cui vanta un interesse legittimo oppositivo alla esclusione, rispetto al quale non sussistono interessi qualificati di altri concorrenti a meno che non sia *medio tempore* intervenuta l’aggiudicazione in loro favore.

La fase di svolgimento della gara, invece, si contraddistingue per la scarsità dei beni della vita ai quali i concorrenti ammessi aspirano.

In particolare, nelle gare di appalto, il “bene della vita”, costituito dall’aggiudicazione, è unico, per cui, mentre nell’ammissione può essere eventualmente soddisfatto l’interesse legittimo “strumentale” di ogni candidato, in esito allo svolgimento della gara può essere soddisfatto uno e uno solo interesse legittimo “finale” ad ottenere l’affidamento dell’appalto.

La vicenda contenziosa all’esame attiene alla fase dell’ammissione, in quanto, sebbene la gara si sia svolta e sia stata formata la graduatoria, la stazione appaltante non ha ancora proceduto all’aggiudicazione ed ha escluso dalla procedura le prime due classificate.

Pertanto, a fronte dell’interesse legittimo oppositivo che vanta avverso il provvedimento di esclusione dalla gara la CMC – la quale, prima in graduatoria, ha visto precludersi la possibilità di divenire aggiudicataria e di ottenere l’affidamento dell’appalto, vale a dire il “bene della vita” al quale aspirava - la posizione della Medil che, pur avendo la possibilità, in esito all’accoglimento della propria impugnativa, di essere graduata al primo posto per effetto dell’esclusione dell’impresa originariamente collocata prima e poi esclusa, non assume la consistenza di interesse legittimo, ma si concreta in un interesse di mero fatto, con la conseguenza che il concorrente non può essere considerato controinteressato ai sensi dell’art. 41, comma 2, c.p.a.

In altri termini, non deve trarre in inganno la circostanza che, nella fattispecie, la gara era già stata espletata, con la formazione della relativa graduatoria, e che la CMC è stata esclusa in sede di verifica dell’anomalia dell’offerta, in quanto le esclusioni sia della CMC che della Medil, intervenute quando l’aggiudicazione non era stata ancora disposta, refluiscono comunque sulle ammissioni alla gara degli operatori economici, precludendo agli stessi la legittima possibilità di concorrere e di aspirare al “bene della vita” unico, costituito dall’aggiudicazione.

Di qui, l’infondatezza del motivo di appello con cui il Consorzio Medil ha eccepito l’inammissibilità del ricorso CMC per mancata notifica dello stesso al controinteressato.

11.2. La sentenza di primo grado è parimenti corretta, per ragioni sostanzialmente analoghe a quelle già illustrate nel precedente capo, laddove ha dichiarato inammissibili i ricorsi incidentali proposti da Medil e dalla ICM.

Il Consorzio Medil e la ICM – atteso che, rispetto alla vicenda dell'esclusione della CMC, non sono titolari di posizioni di interesse legittimo - non sono controinteressati in senso tecnico, il che esclude la loro legittimazione alla proposizione del ricorso incidentale, mentre, come titolari di interessi di fatto, sono legittimati all'intervento *ad opponendum* ai sensi dell'art. 28, comma 2, c.p.a.

Le considerazioni svolte dall'ICM sull'esigenza di una concentrazione processuale delle questioni tale da definire una volta e per tutte il rapporto controverso, peraltro, sono sicuramente apprezzabili e condivisibili in linea teorica, ma recedono rispetto alla necessità di rispettare le regole fondanti del processo amministrativo, in base alle quali l'interesse legittimo presuppone la presenza di un interesse personale, diretto ed attuale a contestare l'azione amministrativa, laddove l'interesse delle imprese concorrenti, nel caso di specie, se può definirsi certamente personale e diretto, non può affatto definirsi attuale, in assenza di un provvedimento di aggiudicazione in favore della CMC e, soprattutto, in mancanza di un provvedimento di aggiudicazione in loro favore, il quale postula l'esercizio attivo del potere amministrativo, volto a verificare la sussistenza delle condizioni per procedere all'aggiudicazione.

Il disposto dell'art. 42 c.p.a., che indica anche per chi è intervenuto nel processo tra i soggetti il termine per la proposizione del ricorso incidentale, non modifica i termini della questione, in quanto la norma si riferisce a coloro che, controinteressati, non hanno ricevuto la notifica del ricorso, per cui individua il *dies a quo* per la proposizione del ricorso non nella notifica, ove non ricevuta, ma dalla effettiva conoscenza della proposizione del ricorso principale, laddove per i controinteressati ritualmente notificati il termine per l'azione incidentale decorre dalla notificazione del ricorso principale.

L'art. 42 c.p.a., invece, riferendosi espressamente alle parti resistenti e ai controinteressati, delimita la legittimazione alla proposizione del ricorso incidentale solo a tali soggetti, tra i quali, per quanto detto, non possono considerarsi ricompresi Medil ed ICM perché non soggetti controinteressati in senso tecnico.

Va da sé che, in caso di riezione dell'appello incidentale proposto dall'Avvocatura dello Stato e di successiva aggiudicazione della gara alla CMC, in esito al riesercizio del potere e ad un eventuale esito positivo della valutazione di congruità dell'offerta, i soggetti legittimati potrebbero proporre, ove lo ritenessero, le censure oggetto dei ricorsi incidentali dichiarati inammissibili avverso il provvedimento conclusivo del procedimento ed attributivo del "bene della vita" alla CMC.

11.3 I motivi di appello, con cui le parti (Amministrazione statale, Medil e ICM) hanno contestato le statuizioni della sentenza di primo grado che ha accolto il ricorso della CMC sono infondati.

Le appellanti, in particolare, hanno sostenuto che la Commissione giudicatrice, in sede di verifica dell'anomalia, dovrebbe essere composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto e la Commissione sarebbe stata per l'appunto composta da soggetti le cui competenze si aggiungevano a quelle del RUP.

L'esame delle censure richiede l'esegesi dell'art. 20 del disciplinare di gara, rubricato "svolgimento della gara e aggiudicazione", il quale dispone che la verifica di congruità dell'offerta è eseguita secondo il procedimento e i criteri indicati nell'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016 e per la predetta attività di verifica la stazione appaltante si avvale di una specifica Commissione tecnica a tal fine istituita.

Il Collegio ritiene che, così come sostenuto dalle parti, la stazione appaltante avrebbe potuto nominare, se composta da esperti del settore, una Commissione formata dagli stessi componenti della Commissione giudicatrice delle offerte.

Tuttavia, posto che la disciplina di gara ha previsto la formazione di una "specifica Commissione tecnica a tal fine istituita", ciò avrebbe potuto legittimamente fare solo attraverso un provvedimento che desse motivatamente conto della volontà di istituire tale Commissione tecnica e, soprattutto, della valutazione svolta in ordine alle competenze tecniche dei componenti, di livello tale da poter comporre anche la nuova Commissione.

In altri termini, la *lex specialis* ha previsto la formazione di due Commissioni differenti, la Commissione giudicatrice, per la valutazione delle offerte, e la Commissione tecnica, per la verifica della congruità dell'offerta, e, pur nell'assenza di preclusioni a costituire le due Commissioni con componenti in parte o anche totalmente identici, la stazione appaltante avrebbe dovuto compiutamente esternare tale volontà, motivando sulla scelta compiuta e sulle competenze tecniche dei componenti individuati.

Viceversa, il Responsabile Unico del Procedimento, con la nota del 19 novembre 2018, si è limitato a comunicare ai componenti della Commissione giudicatrice che "intende avvalersi del supporto della Commissione giudicatrice per la valutazione di congruità dell'offerta presentata dall'operatore economico primo graduato", senza operare alcuna altra specificazione, in contrasto con la volontà manifestata nel disciplinare di gara, che ha previsto la specifica istituzione di una Commissione tecnica a tal fine.

11.4. La conferma della sentenza appellata nella parte in cui ha accolto il ricorso proposto in primo grado dalla CMC avverso la propria esclusione determina la possibilità che il "bene della vita" possa essere alla stessa attribuito in forma specifica, a seguito del riesercizio del potere, il che esclude, nella presente vicenda contenziosa, la risarcibilità per equivalente patrimoniale.

12. Ricorso di primo grado n. 459 del 2020.

Il giudice di primo grado, considerato che il Consorzio Medil è stato escluso dalla gara per due autonome ragioni, ha così statuito:

a) ha respinto la doglianza afferente al primo profilo di esclusione, afferente alla carenza in capo alla società di ingegneria Muving, mandante del RTP dei Progettisti indicati dal concorrente, del requisito di regolarità fiscale per assunte violazioni dovute al mancato pagamento di cartelle esattoriali emesse negli anni di imposta correnti dal 2009 al 2014;

b) ha accolto la doglianza relativa all'interruzione di continuità nel possesso delle attestazioni

SOA nella categoria OS30, classifica VI, nel periodo dal 12 luglio 2019 al 10 settembre 2019.

Il Consorzio Medil ha sostenuto l'erroneità della sentenza del Tar, in quanto, in un raggruppamento di progettisti meramente indicato dal concorrente, cui affidare in subappalto il servizio di progettazione, il mandante, non portante neanche requisiti, quale era Muving, avrebbe potuto essere sostituito o estromesso, come avvenuto, in caso di carenza dei suoi requisiti, per cui sarebbe errata la equiparazione compiuta dal giudice di primo grado tra il soggetto che, ove associato in ATI dal concorrente, lo componga, candidandosi a contrarre con l'Amministrazione, ed il soggetto meramente indicato dal primo che, pertanto, allo stesso ed al contratto con l'Amministrazione rimarrebbe estraneo.

Il Consorzio ha anche sostenuto che, in ogni caso, il Tar sarebbe incorso in errore laddove ha respinto le censure con cui sarebbe stata dimostrata l'insussistenza di irregolarità fiscali da parte di Muving.

L'Avvocatura dello Stato e la ICM, in merito alla censura accolta dal Tar, hanno sostenuto che sarebbe incontrovertibile la carenza di continuità in capo al mandatario del possesso della certificazione SOA, categoria OS30, classifica VI.

La ICM ha riproposto la contestazione mossa in primo grado in via incidentale avverso l'art. 10 del disciplinare perché, nella parte in cui sembra estendere gli schemi operativi del subappaltatore al progettista indicato, si porrebbe in aperto contrasto con il divieto generale di subappaltare le attività di progettazione.

12.1. I motivi di appello, con cui l'appellante Medil ha contestato le statuizioni di primo grado relative al profilo di esclusione sub a), sono fondati.

L'appalto in discorso è un appalto integrato, in quanto comprende progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori, ai sensi dell'articolo 59, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici.

L'appalto integrato è caratterizzato dal fatto che l'oggetto negoziale è unico, nel senso che non vi è una doppia gara, una per la progettazione, l'altra per l'esecuzione dei lavori, ma un'unica gara, con un unico aggiudicatario, che diviene il solo contraente della stazione appaltante per tutte le prestazioni pattuite.

Il comma 1-bis dell'art. 59 del d.lgs. n. 50 del 2016, in proposito, stabilisce che *“le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei 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”* e specifica che *“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”*.

Una previsione sostanzialmente simile era contenuta nell'art. 53, comma 3, del previgente d.lgs. n. 163 del 2006.

Il progettista, ai sensi delle vigenti disposizioni di legge, quindi, può essere individuato e coinvolto in tre modi:

a) mandante in raggruppamento temporaneo “eterogeneo” con gli operatori economici che partecipano per l'appalto o alla concessione dei lavori e, in tal caso, assume anche la qualifica di offerente;

b) indicato ma estraneo all'offerente (cfr. sul tema Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 luglio 2020, n. 13), cosiddetto ausiliario che presta un «avvalimento atipico»;

c) appartenente allo staff tecnico dell'offerente che concorre per i lavori, a tale scopo contrattualizzato da quest'ultimo operatore economico; in tal caso, lo staff tecnico può essere costituito anche da più professionisti contrattualizzati individualmente in quanto assunti a tempo indeterminato e a tempo pieno, quindi integrati nell'impresa con un rapporto diretto.

Se lo staff tecnico dell'impresa non ha i requisiti tecnico-professionali per la progettazione, l'impresa concorrente deve ricorrere a una delle fattispecie sub a) o sub b).

L'art. 10 del disciplinare di gara, coerentemente con la descritta normativa, dispone che i soggetti in possesso di attestazione SOA per la sola costruzione, ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, devono alternativamente:

- indicare, in sede di offerta, un progettista, sia esso persona fisica o giuridica, qualificato per l'attività di progettazione, in possesso dei requisiti progettuali e di regolare abilitazione professionale ad operare nello Stato italiano, al quale saranno affidate in subappalto le attività di progettazione (Progettista “indicato”);

- associare, quale mandante di raggruppamento temporaneo di tipo verticale assegnatario della progettazione, uno dei soggetti elencati all'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i., in possesso dei requisiti progettuali di cui al successivo punto 10.2 (Progettista “associato”).

Il citato art. 10, inoltre, dispone che non è ammessa, pena l'esclusione, la partecipazione alla gara di quei concorrenti che si avvalgono di progettisti “indicati” o “associati” per i quali sussistono le cause ostative alla partecipazione indicate nel paragrafo (vale a dire, i motivi di esclusione di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016).

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 13 del 9 luglio 2020, ha chiarito che 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.

Con la decisione n. 13 del 2020, l'Adunanza Plenaria, pertanto, confermando la posizione maggioritaria della giurisprudenza, ha affermato che il progettista "indicato" va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo, sicché non rientra nella figura del concorrente e, infatti, ha espresso il seguente principio di diritto:

"il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia dell'articolo 53, comma [3], 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. Sicché 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 ricostruita la cornice di riferimento, il Collegio ritiene che le conclusioni cui è giunto il giudice di primo grado debbano essere riformate.

Il Tar Catania ha del tutto condivisibilmente affermato che *"la ratio agevolatrice del concorrente, consistente nella prevista possibilità di indicazione del progettista, non può comunque incidere sulla necessità che sia garantita - quanto meno tendenzialmente - l'affidabilità e l'onorabilità nei riguardi di chi venga comunque in rapporto diretto con la pubblica amministrazione, indipendentemente dal soggetto (il concorrente) destinatario del pagamento del corrispettivo e su cui ricada l'eventuale responsabilità da inadempimento ..."* e conseguentemente che *"il progettista indicato, ancorché non offerente, deve possedere i requisiti generali peraltro richiesti dal bando, occorrendo garantire l'amministrazione circa l'affidabilità dell'appaltatore nel "complesso", anche in vista dell'esecuzione di tutta la prestazione (progettazione e lavori)".*

Parimenti ed evidentemente condivisibile è la considerazione secondo cui *"la necessità che sia garantita l'affidabilità e l'onorabilità nei riguardi di chi venga comunque in rapporto diretto con la pubblica amministrazione permea la disciplina del codice dei contratti pubblici (del precedente come del vigente) e non consente l'interpretazione secondo la quale nell'appalto integrato i progettisti "indicati", non essendo strictu sensu concorrenti, non sarebbero tenuti al possesso dei requisiti di ordine generale (cfr. Consiglio di Stato sent. n. 775/2015 cit.), essendo comunque professionisti che sottoscrivono (anch'essi) tutti gli elaborati di cui si compone l'offerta tecnica (cfr. art. 18 del disciplinare), che apportano i requisiti di capacità tecnico-professionale relativi alla progettazione e che sono affidatari di una pubblica commessa, anche se per effetto di un incarico da parte delle imprese esecutrici dei lavori".*

Tuttavia, il Collegio ritiene che la doglianza proposta dal Consorzio Medil sia centrata su un diverso profilo, che non risulta compiutamente scrutinato nella sentenza impugnata.

E' indubbio che anche i progettisti "indicati", al pari di tutti i soggetti che in qualche modo vengono in contatto con la stazione appaltante al fine di eseguire le prestazioni contrattuali,

debbano possedere i requisiti generali di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, per cui in loro assenza devono essere esclusi.

Tale principio non è in discussione, ma la questione posta è differente.

Il *thema decidendum*, infatti, è se, accertata l'assenza di uno dei requisiti generali nel progettista indicato, l'offerente debba essere automaticamente escluso, come avvenuto nel caso di specie, ovvero sia possibile la estromissione del soggetto sprovvisto del requisito e la sua eventuale sostituzione con altro soggetto che, viceversa, sia in possesso di tutti i requisiti di ordine generale.

La qualificazione del progettista indicato come di un soggetto diverso dai concorrenti alla procedura determina che in caso di raggruppamento di progettisti - quantomeno nelle ipotesi in cui il soggetto da estromettere non sia stato determinante per la costituzione del raggruppamento, avendo contribuito in modo essenziale a "portare" i requisiti di qualificazione necessari alla partecipazione - il concorrente non possa essere per ciò solo escluso a seguito dell'accertata carenza di un requisito di carattere generale del progettista indicato, essendo consentita la sua estromissione, nel caso di specie dal RTP dei progettisti, e la sua sostituzione.

In altri termini, non essendo un offerente, ma un collaboratore (o, più propriamente, un ausiliario) del concorrente, deve ritenersi possibile la estromissione e l'eventuale sostituzione 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.

La differenza si rivela evidente, poiché, trattandosi di offerente, il progettista "associato", non solo, al pari del progettista "indicato", è coinvolto direttamente dai motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del codice dei contratti pubblici ma, a differenza del progettista "indicato", è decisamente arduo ritenere che possa essere estromesso o sostituito, in quanto ciò determinerebbe una modificazione dell'offerta e dell'offerente, per cui la sua esclusione è destinata a riflettersi, travolgendolo, sull'intero raggruppamento temporaneo tra l'impresa e il progettista.

D'altra parte, deve ritenersi che escludere in via automatica il concorrente per una carenza riscontrata in capo ad un soggetto allo stesso estraneo costituisce un esito contrario ai principi comunitari di cui all'art. 57, comma 3, della Direttiva UE 2014/24, ed in particolare a quello di proporzionalità (cfr. in proposito, sia pure in tema di subappalto, Corte di giustizia dell'Unione Europea 30 gennaio 2020, in causa C-395/2019).

Il punto centrale della vicenda contenziosa, allora, è costituito dal fatto che il richiamato art. 10 del disciplinare di gara non ammette, pena l'esclusione, la partecipazione alla gara di quei concorrenti che si avvalgono di progettisti "indicati" o "associati" per i quali sussistono le

cause ostative alla partecipazione di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016.

La questione assume rilievo dirimente, in quanto, sulla base della documentazione versata in atti, deve ritenersi che, al momento della presentazione della domanda, come ben messo in rilievo e circostanziato nella sentenza di primo grado, la Muving versasse in una situazione di irregolarità contributiva.

La clausola della *lex specialis*, facendo riferimento anche ai progettisti "indicati", ha chiaramente disposto l'esclusione per fattispecie come quelle in esame, né tale clausola è stata oggetto di impugnazione.

Tuttavia, l'esclusione dalla gara per inosservanza delle previsioni della *lex specialis* può essere disposta solo ove tali previsioni siano poste a tutela di un interesse pubblico effettivo e rilevante, sicché, nell'ottica di favorire la realizzazione delle finalità sottese alla normativa in materia, attraverso il fondamentale canone del *favor participationis* è in atto un processo di dequotazione delle carenze formali o, comunque, superabili che precludono l'accesso alla gara, di cui sono testimoni, in particolare, l'introduzione del principio di tassatività delle fonti delle cause di esclusione e l'ampliamento del c.d. soccorso istruttorio.

Il principio della tassatività delle fonti delle cause di esclusione, in origine introdotto, attraverso il comma 1-bis dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2016, dal d.l. n. 70 del 2011, è ora contenuto nell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale, nella parte finale, sancisce che "*I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*".

Ora, non c'è dubbio che la causa di esclusione di cui all'art. 10 del disciplinare sia correttamente mutuata dall'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, che disciplina per l'appunto i motivi di esclusione dalle gare pubbliche.

Tuttavia, il detto art. 80 si riferisce alla "esclusione di un operatore economico dalla partecipazione", sicché si riferisce agli offerenti, vale a dire alle imprese concorrenti, laddove, come si è illustrato, il progettista "indicato" non è un offerente, perché costituisce un soggetto affatto diverso dal concorrente, per cui non può ritenersi che la disposizione di legge si riferisca anche ai progettisti "indicati".

Ne consegue che, a prescindere dalla mancata impugnazione da parte di Medil, la clausola deve essere dichiarata nulla, perché contiene una causa di esclusione non prevista dal codice dei contratti pubblici o da altra disposizione di legge.

12.2. L'Avvocatura dello Stato e la ICM, in merito alla censura accolta dal Tar, hanno sostenuto che sarebbe incontroversa la carenza di continuità in capo al mandatario del possesso della certificazione SOA, categoria OS30, classifica VI.

In ragione dell'accoglimento del motivo di appello esaminato nel capo precedente, occorre esaminare anche tale doglianza, atteso che dal suo accoglimento deriverebbe comunque la

legittimità dell'esclusione del Consorzio Stabile, in quanto basato su due autonome ragioni, ciascuna delle quali idonee a giustificare l'esclusione dalla gara.

Le statuizioni del giudice di primo grado, che hanno accolto il motivo proposto in primo grado da Medil, meritano di essere confermate.

Il Consorzio Medil è qualificato per intero per la categoria prevalente OG4, mentre la carenza di continuità riguarda la categoria scorporabile OS30, classifica V, equivalente alla categoria OG11, VI classifica.

L'art. 3 del disciplinare di gara indica che i lavori di cui si compone l'intervento appartengono a determinate categorie generali e specializzate e specifica che i lavori appartenenti, tra l'altro, alla categoria OS30 sono a qualificazione "obbligatoria", per cui devono essere necessariamente eseguiti, nel corso dei lavori, da imprese dotate della relativa qualificazione; qualora il concorrente sia privo di tale qualificazione "obbligatoria" (richiesta per l'esecuzione dei lavori, ma non anche per la partecipazione alla gara), la categoria dovrà essere necessariamente subappaltata a imprese qualificate nel limite massimo della subappaltabilità.

Pertanto, come correttamente già posto in rilievo dal Tar, la qualificazione obbligatoria era espressamente richiesta solo per l'esecuzione dei lavori, ma non anche per la partecipazione alla gara.

L'art. 16 del disciplinare, inoltre, dispone, tra le dichiarazioni da rendere a diverso titolo, che l'offerente deve indicare quali lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente, nonché appartenenti alle categorie diverse dalla prevalente, intende eventualmente subappaltare o concedere a cottimo oppure deve subappaltare o concedere a cottimo per mancanza delle specifiche qualificazioni, con specifica indicazione della terna di subappaltatori con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara.

Il Consorzio Medil, in sede di offerta, ha dichiarato di ricorrere al subappalto indicando la terna dei subappaltatori con riferimento alla categoria OS30.

In particolare, ha dichiarato, che intende avvalersi del subappalto per le opere ricadenti nelle categorie OS30 – O28 e OS3 (OG11) – impianti tecnologici – indicando la terna dei subappaltatori proposti (AR.CO. Lavori Società Cooperativa Consortile; SOITEK S.r.l.; CE.DI. Group International S.r.l.).

La circostanza che, come evidenziato dalla ICM, manchi qualunque riferimento all'istituto del subappalto qualificante non è dirimente e non può di per sé determinare l'irregolarità dell'offerta a fini espulsivi del concorrente dalla gara.

Infatti, l'art. 16 del disciplinare, pur descrivendo sostanzialmente la differenza tra subappalto necessario ed eventuale non riconnette alcuna conseguenza, tanto meno a fini espulsivi, alla mancata precisazione, disponendo invece che la terna dei subappaltatori, per entrambe le ipotesi, debba essere specificamente indicata.

In ragione delle richiamate norme della *lex specialis* di gara, in definitiva, emerge che l'esclusione dalla gara del concorrente non può legittimamente discendere dal fatto che, in sede di offerta, non abbia qualificato come necessario il subappalto, per cui occorre condividere la conclusione del Tar, secondo cui, nel caso di specie, la sopravvenuta diminuzione di qualificazione SOA per una categoria scorporabile non poteva essere invocata quale causa di esclusione, avendo il concorrente, qualificato per l'importo totale dei lavori e per intero sulla prevalente, espressamente dichiarato di voler subappaltare la detta categoria scorporabile.

12.3. La ICM ha riproposto la contestazione mossa in primo grado in via incidentale avverso l'art. 10 del disciplinare perché, nella parte in cui sembra estendere gli schemi operativi del subappaltatore al progettista indicato, si porrebbe in aperto contrasto con il divieto generale di subappaltare le attività di progettazione.

La doglianza è inammissibile, in quanto, al pari di quanto specificato al capo 11.2. della presente sentenza in ordine ai ricorsi incidentali proposti in primo grado da Medil ed ICM nel ricorso CMC, il ricorso incidentale proposto dalla ICM nel giudizio introdotto in primo grado dalla Medil è inammissibile, essendo la Società, titolare di un interesse di mero fatto, sprovvista di una posizione di interesse legittimo.

Sotto tale profilo, peraltro, deve essere parzialmente riformata la sentenza di primo grado che aveva dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla ICM avendo respinto il ricorso proposto da Medil; viceversa, l'accoglimento del ricorso di primo grado proposto da Medil non determina la sopravvenuta carenza di interesse dell'azione incidentale della ICM, ma la stessa è inammissibile per tutto quanto già in precedenza esposto.

Ad ogni buon conto, occorre osservare che il divieto di subappalto di cui all'art. 31, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 deve essere interpretato unitamente al disposto di cui al richiamato art. 59, comma 1-bis, dello stesso codice dei contratti pubblici, che prevede espressamente le soluzioni alternative del progettista "raggruppato" o "indicato" per le imprese attestare per prestazioni di sola costruzione.

In tale contesto, rispetto al quale la disciplina di gara si rivela coerente, il riferimento letterale all'affidamento in subappalto delle attività di progettazione realizza nella sostanza, per l'impresa concorrente, una forma di avvalimento atipico di ausiliari esterni.

12.4. La fondatezza *in parte qua* dell'appello proposto da Medil determina, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, l'accoglimento del ricorso proposto in primo grado avverso il provvedimento di esclusione.

Pertanto, la sentenza di primo grado deve essere riformata anche laddove ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla ICM.

Infatti, l'accoglimento del ricorso principale di Medil non determina la sopravvenuta carenza di interesse all'azione incidentale di primo grado, la quale, invece, per tutto quanto già esposto, deve essere dichiarata inammissibile.

13. In definitiva, il Collegio così provvede sugli appelli proposti, rispettivamente, dal Consorzio Medil, dall'Avvocatura dello Stato e dalla ICM.

- accoglie in parte l'appello proposto dal Consorzio Medil e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado R.G. n. 459 del 2020 proposto da Medil e dichiara inammissibile il ricorso incidentale proposto in tale giudizio dalla ICM;

- respinge l'appello proposto dal Consorzio Medil con riferimento all'impugnazione della sentenza nella parte in cui ha accolto il ricorso di primo grado R.G. n. 990 del 2019 proposto dalla CMC;

- respinge l'appello incidentale proposto dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo;

- respinge l'appello incidentale proposto dalla ICM.

14. Le spese del doppio grado di giudizio, in considerazione della eccezionale complessità in fatto ed in diritto della fattispecie possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe (R.G. n. 889 del 2020), così provvede:

- accoglie in parte l'appello proposto dal Consorzio Medil e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado R.G. n. 459 del 2020 proposto da Medil e dichiara inammissibile il ricorso incidentale proposto in tale giudizio dalla ICM;

- respinge l'appello proposto dal Consorzio Medil con riferimento all'impugnazione della sentenza nella parte in cui ha accolto il ricorso di primo grado R.G. n. 990 del 2019 proposto dalla CMC;

- respinge l'appello incidentale proposto dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo;

- respinge l'appello incidentale proposto dalla ICM.

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

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