



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 426 del 2022, proposto da Citta' Metropolitana di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Miceli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

RTP Scali Fabio, Scali Tiziano, Longo, Labocchetta Carrà, non costituito in giudizio;

nei confronti

RTP Jeraci Giuseppe, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, n. 763 del 2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2022 il Cons. Stefano Fantini; preso atto della richiesta di passaggio in decisione, senza preventiva discussione, depositata da parte dell'avvocato Miceli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-La Città metropolitana di Reggio Calabria ha interposto appello nei confronti della sentenza 6 ottobre 2021, n. 763 del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, che ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti esperiti dal RTP Scali Fabio avverso, rispettivamente, il provvedimento in data 28 aprile 2021 con cui l'amministrazione odierna appellante lo ha escluso dalla procedura negoziata per l'affidamento del *“progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo, esecutivo, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, studio geologico e prove/indagini strutturali e geognostiche, afferente l'intervento di adeguamento sismico dell'Istituto d'Arte Frangipane di Reggio Calabria”*, nonché avverso il provvedimento in data 27 maggio 2021 di aggiudicazione della gara al RTP Jeraci.

2. - Con il ricorso in primo il RTP Scali ha impugnato il provvedimento di esclusione, nonché la lettera di invito, nella parte in cui, all'art. 14.4, pagina 8, in tema di requisiti di capacità tecnica e professionale, prescrivendo che *«i servizi resi in favore di committenti privati sono valutabili solo se l'opera progettata è stata in concreto realizzata»*, ne ha determinato l'esclusione per mancanza dei requisiti minimi richiesti per l'attività di progettazione nella categoria S03 e nella categoria E20. Ciò in quanto alcune delle opere progettate a favore dei privati dal mandatario del RTP Scali (ing. Scali Fabio) e da

uno dei mandanti (ing. Scali Tiziano) erano in corso di esecuzione e comunque non ancora realizzate.

Più specificamente, il RTP Scali ha dedotto il contrasto della clausola della lettera di invito di cui al punto 14.4, richiamante un parere non vincolante dell'ANAC del 2015, fondato sull'art. 263 del d.P.R. n. 207 del 2010, disposizione poi abrogata, con gli artt. 83, comma 7, e 86, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 50 del 2016. Le norme in questione valorizzerebbero il solo requisito della progettazione indipendentemente dalla successiva ed eventuale realizzazione delle opere.

3. - La sentenza appellata ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti, nell'assunto dell'illegittimità della clausola delle lettera di invito, che impone di dimostrare il possesso dei requisiti tecnico-professionali attraverso mezzi di prova non previsti da alcuna espressa disposizione normativa e comunque sproporzionati e inadeguati rispetto all'oggetto del contratto; ha precisato in particolare che *«se la disposizione di legge richiede la prova dell'avvenuta esecuzione dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, deve allora aversi riguardo soltanto all'ultimazione delle prestazioni demandate al professionista, la cui attività [...] non consiste nella realizzazione dell'opera pubblica, ma, per l'appunto, nella progettazione ovvero nella direzione dei lavori»*. Ne è conseguita la declaratoria di illegittimità del provvedimento di esclusione, con obbligo della stazione appaltante di rinnovare la valutazione dei requisiti del raggruppamento ai fini del raggiungimento dell'importo per ciascuna categoria di qualificazione. La sentenza ha inoltre accolto i motivi aggiunti esperiti avverso l'aggiudicazione definitiva, in quanto ritenuta inficiata da illegittimità derivata.

4.- Con il ricorso in appello la Città metropolitana di Reggio Calabria ha criticato la sentenza di prime cure deducendo, a favore della legittimità del punto 14.4 della lettera di invito, che la stazione appaltante può richiedere requisiti più severi di quelli

previsti in via generale dagli artt. 83 e 86 del d.lgs. n. 50 del 2016 per la comprova dell'attività progettuale svolta per committenti privati, precisando altresì che il servizio si è concluso con l'esecuzione integrale del disciplinare di incarico sottoscritto in data 5 luglio 2021, e, da ultimo, è intervenuta anche l'approvazione della progettazione esecutiva.

5. - Nella mancata costituzione delle parti intimiate, all'udienza pubblica del 27 ottobre 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo e centrale motivo di appello si incentra sulla legittimità del punto 14.4, lett. a), della lettera di invito, alla base del provvedimento di esclusione, laddove, in tema di *“requisiti di capacità tecnica e professionale”*, stabilisce che *«i servizi resi in favore di committenti privati sono valutabili solo se l'opera progettata è stata in concreto realizzata»*. Viene criticata la sentenza che avrebbe erroneamente interpretato gli artt. 83 e 86 del d.lgs. n. 50 del 2016, disposizioni, queste ultime, perseguenti l'obiettivo di verificare la competenza, esperienza e affidabilità del concorrente, sì da consentire alla stazione appaltante di prescrivere modalità e criteri specifici di valutazione delle capacità tecniche; del resto, si avrebbe altrimenti una situazione irragionevole che richiede l'approvazione della progettazione per i committenti pubblici e la mera effettuazione della progettazione per i committenti privati; di qui, per l'appellante, la legittimità della *lex specialis*, nonché della disposta esclusione del raggruppamento Scali Fabio, privo dei requisiti di qualificazione prescritti (è incontestata la circostanza della mancata realizzazione delle opere progettate da parte del predetto raggruppamento).

Il motivo è fondato.

Coerentemente la sentenza di prime cure ricostruisce il quadro normativo in ragione del quale l'art. 83, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016 rinvia, per la dimostrazione del

possesso dei requisiti (anche) di capacità tecnica e professionale all'art. 86 dello stesso testo legislativo, che, al comma 5, richiama i mezzi di prova enunciati dall'allegato XVII, parte II, del codice dei contratti pubblici; detto allegato, sub ii), fa riferimento *“ai principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati”*, senza dunque pretendere anche la prova della esecuzione dell'opera realizzata (come era invece previsto dall'art. 263, comma 2, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, abrogato dallo stesso d.lgs. n. 50 del 2016).

Ciò non toglie peraltro che proprio dall'esegesi del quadro normativo suesposto si evince che, con riguardo ai requisiti di capacità tecnica e professionale, la stazione appaltante mira ad accertare l'idoneità tecnica ed organizzativa ai fini dell'esecuzione dell'appalto, anche guardando ad un arco temporale più esteso dei tre anni, e dunque valorizzando il criterio dell'esperienza. Può dirsi che la capacità tecnico-professionale si manifesta attraverso precedenti esperienze, che dimostrano come l'operatore economico sia in condizioni di eseguire le prestazioni professionali richieste per l'esecuzione del contratto.

In questa cornice trova giustificazione, peraltro in conformità di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, la possibilità di fissare requisiti di partecipazione più rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge, quale quello che richiede, a comprova del servizio di ingegneria reso, che, in caso di committenti privati, l'opera progettata sia stata in concreto realizzata, come pure, in relazione alla committenza pubblica, che i progetti siano stati approvati o comunque sia stato redatto il verbale di verifica o validazione ai sensi di legge; si tratta in entrambi i casi di requisiti volti a consolidare il requisito esperienziale necessario per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità (espressamente richiamato anche dall'art. 58, par. 4, della direttiva 2014/24/UE).

Il discrimine di legittimità consiste nel fatto che detti requisiti di capacità tecnica e professionale più rigorosi non divengano abnormi rispetto alle regole proprie del settore; il che, in punto di adeguatezza, corrisponde a un corretto uso del principio di proporzionalità nell'azione amministrativa (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 4 gennaio 2017, n. 9).

Ritiene il Collegio, in difformità dalla pronuncia di prime cure, che, con riferimento ad un intervento di adeguamento sismico di un istituto scolastico (evidentemente coinvolgente profili di sicurezza e di incolumità degli studenti, e comunque di rilevante importo economico), non risulti inadeguata, e dunque non rispettosa del principio di proporzionalità, la valutazione discrezionale volta a richiedere che i servizi di progettazione resi in favore di committenti privati siano valutabili solo se l'opera progettata è stata in concreto realizzata.

Il delineato quadro esclude anche il vizio motivazionale che, secondo il primo giudice, inficia il provvedimento di esclusione in data 28 aprile 2021, dal quale è comunque inferibile, seppure in forma ellittica, che lo stesso discende dalla mancata comprova dei requisiti per i servizi svolti nelle modalità prescritte dal punto 14.4 della lettera di invito; d'altronde è incontestato il mancato possesso dei requisiti per la progettazione eseguita in favore di committenti privati in capo al raggruppamento appellato.

2. - Le considerazioni che precedono appaiono assorbenti ai fini del decidere.

Si esamina dunque brevemente, per completezza di trattazione, il secondo motivo di appello con il quale la Città metropolitana di Reggio Calabria critica la statuizione di non luogo a provvedere sulla domanda avversaria di inefficacia del contratto, comunque infondata, la cui stipulazione è stata ritenuta non provata, in contrasto con

le allegazioni e produzioni documentali, da cui era dato inferire l'intervenuta sottoscrizione, in data 5 luglio 2021, del disciplinare di incarico con il RTP Jeraci.

Anche tale motivo è fondato.

Risulta infatti che nella memoria di primo grado del 13 luglio 2021 la Città metropolitana di Reggio Calabria aveva dato conto, seppure in modo non circostanziato, dell'intervenuta stipulazione del disciplinare di incarico. Tale circostanza, come pure quella dell'esecuzione della prestazione professionale, risultano peraltro incontestate e documentate in giudizio.

In ogni caso, la ritenuta legittimità dell'esclusione precludeva che il raggruppamento Scali potesse diventare, all'esito della rinnovazione della gara, aggiudicatario.

3.- Alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

La complessità e i margini di opinabilità della materia controversa integrano le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI