

N. 00407/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00082/2023 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n.r.g. 82 del 2023 proposto, in relazione alla procedura CIG-OMISSIS-, da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

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

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandataria del -OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Mollica e Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

del provvedimento datato -OMISSIS- con il quale – in pretesa applicazione di quanto stabilito dall'articolo 24, comma 7, del D.lgs. 50/2016 - la -OMISSIS- è stata esclusa dalla procedura aperta indetta da Anas s.p.a. per l'affidamento dei lavori occorrenti alla realizzazione della “PG 16/22 – S.S. n. 219 Gubbio e Pian d'Assino – Adeguamento del tratto “Gubbio – Umbertide”. 2° lotto: “Mocaiana – Umbertide”. 1° stralcio: “Mocaiana – Pietralunga” e relativo servizio di piano di monitoraggio ambientale in corso d'opera”;

- del provvedimento del -OMISSIS- con il quale Anas s.p.a. ha aggiudicato il sopra indicato appalto al raggruppamento odierno controinteressato;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da -OMISSIS-:

del “del provvedimento datato -OMISSIS- con il quale – in pretesa applicazione di quanto stabilito dall'articolo 24, comma 7, del D.lgs. 50/2016 - la -OMISSIS-. è stata esclusa dalla procedura aperta indetta da ANAS S.p.A. per l'affidamento dei lavori occorrenti alla realizzazione della “PG 16/22 – S.S. n. 219 Gubbio e Pian d'Assino – Adeguamento del tratto “Gubbio – Umbertide”. 2° lotto: “Mocaiana – Umbertide”. 1° stralcio: “Mocaiana – Pietralunga” e relativo servizio di piano di monitoraggio ambientale in corso d'opera” e degli atti meglio specificati nel ricorso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2023 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con atto di ricorso (n.r.g 82/2023) ritualmente notificato e depositato, la società - OMISSIS-. ha adito l'intestato Tribunale chiedendo in via principale l'annullamento del provvedimento in data -OMISSIS-, con il quale è stata esclusa dalla procedura di gara (Denominazione: PG 16/22 – Codice CIG:-OMISSIS-) bandita da Anas s.p.a. per l'affidamento dei lavori occorrenti alla realizzazione della "PG 16/22 – S.S. n. 219 Gubbio e Pian d'Assino – Adeguamento del tratto "Gubbio – Umbertide". 2° lotto: "Mocaiana – Umbertide". 1° stralcio: "Mocaiana – Pietralunga" e relativo servizio di piano di monitoraggio ambientale in corso d'opera", definitivamente aggiudicati in favore del r.t.i. con mandataria -OMISSIS-, odierna controinteressata.

Giova sul punto osservare che l'esclusione dell'odierna ricorrente dalla procedura *de qua* è stata disposta per avere la stazione appaltante ravvisato la "sussistenza di situazioni o elementi di incompatibilità tali da determinare il divieto alla partecipazione alla gara d'appalto in oggetto, in osservanza di quanto previsto dall'art. 24 comma 7 del D.lgs. 50/2016", in ragione del fatto che:

a) "...è stato constatato che il progetto esecutivo relativo alla presente procedura di gara risulta redatto dalle Società di Progettazione (-OMISSIS-) (si veda Testatina PE), che all'epoca del precedente appalto per l'esecuzione dei lavori PG 13/14 - Progettazione esecutiva ed esecuzione dell'opera: S.S. 219 "Gubbio Pian O'Assino". Tratto Gubbio - Umbertide - lotto 20 Mocaina - Umbertide. 10 stralcio Mocaina Pietralunga – Appalto integrato (Codice SIL PGUP00032), erano in raggruppamento ATI di appalto integrato, con una Ditta partecipante all'appalto in argomento";

b) *“ai sensi dell’art. 24 comma 7 del D.lgs. 50/2016, nonché delle Linee Guida ANAC n. 1, è stato verificato che, tra i documenti presentati da Codesto Concorrente, l’allegato “-OMISSIS-”, nel riquadro STAFF DI SEDE – SUPPORTO CANTIERE, indica l’ing. -OMISSIS- in qualità di RSPPRESPONSABILE SERVIZIO PREVENZIONE E PROTEZIONE AZIENDALE, e lo stesso è presente nell’attuale procedura PG 16/22 per la redazione del Piano di Sicurezza e Coordinamento, con sottoscrizione dei relativi elaborati del progetto posti a base di gara”.*

L’impugna altresì parte ricorrente il provvedimento del -OMISSIS-, con il quale Anas s.p.a. ha aggiudicato i lavori in questione al raggruppamento controinteressato. Nello specifico, l’impugnativa è stata affidata al seguente motivo di diritto:

I. Violazione degli artt. 24, comma 7, 67 e 83, commi 8 e 9 del d.lgs. n. 50/2016; violazione della lex specialis e dei principi generali in materia di pubbliche gare; violazione delle Linee Guida ANAC n. 1; violazione del principio del contraddittorio; eccesso di potere per carenza d’istruttoria, travisamento dei presupposti in fatto e diritto, illogicità e carenza della motivazione.

Lamenta in sintesi la ricorrente l’illegittimità del provvedimento di esclusione adottato nei propri confronti, in ragione del fatto che le circostanze fattuali concernenti la presente procedura di gara non avrebbero comportato l’applicazione della causa di esclusione di cui all’art. 24, comma 7, del D.lgs. 50/2016.

Anas s.p.a. si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso in ragione dell’infondatezza delle censure *ex adverso* svolte.

Si è parimenti costituita in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso la -OMISSIS-, in proprio e in qualità di mandataria del r.t.i. aggiudicatario dei lavori oggetto di gara, la quale ha altresì proposto ricorso incidentale depositato in data -OMISSIS-, a mezzo del quale si rileva che l’esclusione della ricorrente principale avrebbe dovuto

trovare fondamento non soltanto per le ragioni esposte nel ricorso principale, ma anche alla luce del fatto che:

- l'intero progetto a base di gara (definitivo ed esecutivo) è stato redatto, -OMISSIS-, da un r.t.i. in cui la -OMISSIS- era mandatario-esecutore dei lavori, mentre il r.t.p. -OMISSIS- (estensore del progetto a base fatto proprio dalla stazione appaltante) era il raggruppamento di progettisti operante all'epoca per conto della -OMISSIS-;
- la progettazione definitiva ed esecutiva redatta -OMISSIS- dal r.t.i. -OMISSIS-/-OMISSIS- è stata poi acquisita da Anas e posta a base della presente procedura di gara;
- dunque, la -OMISSIS- (quale mandatario del r.t.i. appaltatore) ha necessariamente determinato/condiviso (-OMISSIS-) con i progettisti -OMISSIS- l'ideazione, le scelte e la redazione del progetto posto a base della procedura n contesa;
- i progettisti estensori e firmari (insieme a -OMISSIS-) del progetto posto a base della odierna procedura da ANAS (-OMISSIS-), hanno operato -OMISSIS- previo incarico e per conto della -OMISSIS-;
- uno dei progettisti (Ing. -OMISSIS-) addirittura è consulente del concorrente all'attuale procedura, -OMISSIS-;

In vista dell'udienza di merito le parti in causa hanno presentato memorie di replica e controreplica a mezzo delle quali insistono nelle proprie posizioni difensive.

All'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2023, la causa è passata in decisione.

Nel merito, il ricorso principale è infondato e va respinto alla luce del precipitato normativo di cui all'art. 24, comma 7, del d.lgs. 50/2016, puntualmente richiamato nel provvedimento di esclusione impugnato, ai sensi del quale: *“Fermo restando quanto previsto dall'articolo 59, comma 1, quarto periodo, gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara non possono essere affidatari degli appalti, nonché degli eventuali*

subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione. [...] I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti. [...]".

Come chiarito dalla giurisprudenza formatasi sul punto, la *ratio* di detta disposizione "è quella di evitare che nella fase di selezione dell'appaltatore dei lavori sia "attenuata la valenza pubblicistica della progettazione" di opere pubbliche (Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n. 3656), e cioè che gli interessi di carattere generale ad essa sottesi possano essere sviati a favore dell'interesse privato di un operatore economico, con la predisposizione di progetto "ritagliato su misura per quest'ultimo, anziché per l'amministrazione aggiudicatrice" (Cons. Stato, V, 9 aprile 2020, n. 2333), e la competizione per aggiudicarsi i lavori risulti falsata - anche alla luce del maggior compendio tecnico-informativo disponibile al progettista - a vantaggio dello stesso operatore (cfr. anche Cons. Stato, V, 2 dicembre 2015, n. 5454)" (Cons. Stato, sez. V, 1 luglio 2022, n. 5499).

Occorre inoltre osservare che l'incompatibilità, *ex art.* 24, comma 7, del d.lgs. 50/2016, del progettista incaricato dalla stazione appaltante della predisposizione del progetto a base di gara, che risulti poi consulente esterno dell'aggiudicatario in fase esecutiva, sussiste anche in assenza di un vincolo di subordinazione, avendo al riguardo la giurisprudenza definitivamente statuito che "il progettista, già incaricato della stazione appaltante della predisposizione del progetto posto a base di gara, che sia stato indicato, nell'offerta tecnica di un operatore economico concorrente per l'affidamento dell'appalto dei lavori, quale consulente esterno dell'aggiudicatario, in fase esecutiva, con compiti di natura tecnica, è in posizione di incompatibilità ai sensi dell'art. 24, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, anche se non è legato all'aggiudicatario da un rapporto di dipendenza o di subordinazione. E ciò proprio per non rendere più che agevole l'elusione dei divieti di cui all'art. 24, comma 7, mediante la partecipazione

alla gara di enti dotati di personalità giuridica distinta da quella dei progettisti o dalla persona fisica dei progettisti, ove fosse consentito attribuire nella sostanza a questi ultimi un ruolo comunque rilevante in fase di esecuzione dei lavori” (Cons. Stato, V sez., 14 maggio 2018, n. 2853).

Applicando le suesposte coordinate giurisprudenziali al caso di specie, il Collegio ritiene infondate le censure mosse con il ricorso principale, non potendo contestarsi che il medesimo progettista, già incaricato dalla stazione appaltante della predisposizione del progetto posto a base di gara, si trovi in posizione di incompatibilità ai sensi dell'art. 24, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto successivamente indicato quale consulente esterno in fase esecutiva, con compiti di natura tecnica, nell'offerta tecnica dell'odierna ricorrente principale per l'affidamento dell'appalto dei lavori per cui è causa.

Dall'esame documentazione progettuale a base di gara emerge infatti che il professionista in questione (ing.-OMISSIS-) *“è presente nell'attuale procedura PG 16/22 per la redazione del Piano di Sicurezza e Coordinamento, con sottoscrizione dei relativi elaborati del progetto posti a base di gara”* e che l'intero progetto a base di gara (definitivo ed esecutivo) è stato acquisito integralmente da precedente procedura di appalto integrato, poi risolto in via transattiva, di cui è stato aggiudicatario un r.t.i. misto (esecutore lavori + progettisti) in cui l'odierna ricorrente era l'esecutore di lavori, mentre il r.t.p. -OMISSIS-, di cui l'ing.-OMISSIS- ha fatto parte, era deputato all'espletamento dei servizi di progettazione, redigendo il progetto definitivo ed esecutivo di cui alla procedura oggetto di odierna impugnazione.

Si rinviene pertanto nel caso di specie non soltanto un'ipotesi di incompatibilità ai sensi dell'art. 24, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, applicabile anche in caso di mero consulente esterno, ma anche un'ipotesi di conflitto di interessi *ex art.* 42, comma 2, del d.lgs. 50/2016, stante la presenza di circostanze idonee – anche a livello solo

potenziale – ad influenzare il risultato della gara, come puntualmente rilevato dall'ANAC con parere di precontenzioso n. -OMISSIS-, secondo cui l'art. 24, comma 7, D.lgs. 50/2016 è norma *“..strettamente collegata con l'articolo 42, comma 2, alla quale si riferiscono situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale..... In tale previsione certamente rientra il progettista esterno incaricato dalla stazione appaltante della redazione del progetto posto a base di gara il quale – per le più varie ragioni – abbia un interesse personale all'aggiudicazione in favore di un determinato operatore economico e sia in grado di condizionare tale aggiudicazione. Infatti, grazie all'ampia portata della norma, questa ricomprende nel suo ambito di applicazione tutti coloro che, anche senza averne titolo, e con qualsiasi modalità, e non necessariamente per conto della stazione appaltante, senza intervenire nella procedura, ma, anche dall'esterno, siano in grado di influenzarne il risultato”*.

Nella medesima direzione si è del resto espressa anche la giurisprudenza più recente, secondo cui nella previsione normativa di cui all'art. 42, comma 2, *“certamente rientra il progettista esterno incaricato dalla stazione appaltante della redazione del progetto posto a base di gara il quale - per le più varie ragioni- abbia un interesse personale all'aggiudicazione in favore di un determinato operatore economico e sia in grado di condizionare tale aggiudicazione. Per questo aspetto, è indubitabile il collegamento tra la norma in commento e l'art. 24, comma 7, del quale si è già detto”* (cfr. Consiglio di Stato sez. V 14/5/2018 n. 2853).

Non appare d'altra parte dirimente il fatto che nell'ambito della procedura *de qua*, ogni concorrente ha avuto a disposizione per la presentazione dell'offerta 21 giorni decorrenti dalla data di pubblicazione della gara e della relativa documentazione (ossia il -OMISSIS-, e con fissazione del termine di presentazione delle offerte al 7 novembre 2022), atteso che per predisporre il P.S.C. (Piano di Sicurezza e di Coordinamento, previsto dalla lett. a) dell'art. 91 del d.lgs. n. 81/2008) l'ing. -

OMISSIS- ha avuto a disposizione l'intero progetto a base di gara molto tempo prima che lo stesso fosse reso conoscibile e disponibile a tutti gli altri operatori economici.

Ciò ha comportato un chiaro vantaggio competitivo per quanto concerne, in particolare, tutti gli aspetti critici dell'appalto, che suddetto professionista ha avuto la possibilità di vagliare in via preventiva con largo anticipo rispetto alle altre concorrenti in gara.

Giova inoltre osservare che tra i compiti affidati all'ing. -OMISSIS-, ai sensi dell'art. 91 del d.lgs. n. 81/2008, vi è quello di redigere un P.S.C. composto da una relazione tecnica e da prescrizioni operative correlate alla complessità dell'opera da realizzare ed alle eventuali fasi critiche del processo di costruzione, comprensive dei tempi e delle fasi di realizzazione dell'opera, che devono essere concordati tra il progettista e il coordinatore della progettazione, nonché quello di coordinare l'applicazione dei principi e delle misure generali di tutela al momento delle scelte architettoniche, tecniche ed organizzative, e all'atto della previsione della durata dei lavori.

Trattasi, a ben vedere, di compiti che consentono di qualificare il coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione quale collaboratore diretto dell'affidatario dell'incarico di progettazione e che comportano pertanto l'indubbia applicazione al caso di specie delle disposizioni di cui agli artt. 24, comma 7, e 42, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, ponendosi il ruolo assunto dal professionista in questione quale coordinatore della sicurezza in fase di progettazione e la sua partecipazione, anche per via indiretta, alla procedura dell'affidamento dell'appalto avente ad oggetto l'opera progettata, in evidente conflitto con il principio della *par condicio* dei concorrenti, posto a presidio della *"trasparenza e imparzialità la cui applicazione è necessaria per garantire la parità di trattamento, che ha per suo indefettibile presupposto il fatto che*

i concorrenti ad una procedura ad evidenza pubblica debbano rivestire la medesima posizione” (così Cons. Stato, IV, 12 maggio 2016, n. 1918).

Ne è prova tangibile lo stesso capitolato speciale d'appalto, che nel chiarire (al § 2.5) che tra gli obblighi e oneri dell'appaltatore legati alla progettazione, è prevista, tra le altre cose, anche *“la redazione dei progetti di cantiere e di dettaglio, nonché degli as-built finali “come costruito”, da porre all’approvazione della Direzione Lavori, per cui l’Appaltatore risulta responsabile della progettazione di dettaglio delle opere ed è pertanto obbligato, sulla base del progetto, alla verifica di tutte le previsioni progettuali, sia di ordine tecnico che di ordine economico-contabile, rimanendo a suo carico l’esecuzione di tutte le opere previste in Contratto”*, fa ragionevolmente concludere che si tratta di elementi e di informazioni di cui proprio l'ing. -OMISSIS-, in qualità di progettista della S.A. con il ruolo di “coordinatore della sicurezza in fase di progettazione”, nonché la stessa -OMISSIS-, quale affidataria, unitamente ai progettisti, anche della progettazione poi posta a base della gara in esame, hanno avuto contezza in anteprima rispetto alle altre ditte concorrenti.

Devono, infine, ritenersi prive di pregio le doglianze espresse in termini di mancata comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento e per mancata attivazione del soccorso istruttorio, non essendosi verificata alcuna *“carenza di un elemento formale dell’offerta”* ai sensi dell’art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016 in materia di soccorso istruttorio, e non avendo d'altra parte la ricorrente fornito prova di non aver ottenuto, in concreto, alcun vantaggio rispetto agli altri competitors in gara (Cons. Stato, V sez., 9 aprile 2020, n. 2333).

Le considerazioni che precedono impongono il rigetto del ricorso principale.

Il rigetto del ricorso principale determina l'improcedibilità per carenza di interesse del ricorso incidentale, datane la natura comunque accessoria e condizionata che priva la controinteressata di ogni utilità alla decisione.

L'evidente complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Enrico Mattei, Consigliere, Estensore

Daniela Carrarelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Enrico Mattei

IL PRESIDENTE
Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO

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

LAVORI PUBBLICI