

Publicato il 10/11/2023

N. 16775/2023 REG.PROV.COLL.

N. 13643/2023 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 il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 13643 del 2023, proposto da L.D.F. APPALTI S.R.L., IN QUALITÀ DI CAPOGRUPPO DEL COSTITUENDO RAGGRUPPAMENTO TEMPORANEO D'IMPRESA CON DO.VE. S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso gli indirizzi di posta elettronica certificata, come risultanti dai registri di giustizia, degli avvocati Davide Tagliaferri, Carlo Contaldi La Grotteria ed Elina Anfuso che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

contro

COMUNE DI TOLFA, in persona del Sindaco p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'avv. Enrico Michetti che lo rappresenta e difende nel presente giudizio

per l'annullamento

del provvedimento comunicato in data 18/09/23, con cui il Comune di Tolfa ha escluso il RTI ricorrente dalla procedura per l'affidamento dell'*“Intervento infrastrutturale tra i comuni di Tolfa ed Allumiere - percorso pedonale attrezzato sp/3a Tolfa-Allumiere - fin. reg. l.r. 14/2008 art. 1 co. 38 - programma 2023 - determinazione a contrarre art. 17 d.lgs. 36/2023: CUP B45B2300127002 CIG A004F6665D”*;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Tolfa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2023 il dott. Michelangelo Francavilla;

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

Ritenuto di potere definire il procedimento con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 c.p.a.;

Considerato, in fatto che:

- parte ricorrente impugna il provvedimento comunicato in data 18/09/23, con cui il Comune di Tolfa l'ha esclusa dalla procedura per l'affidamento dell'*“Intervento infrastrutturale tra i comuni di Tolfa ed Allumiere - percorso pedonale attrezzato sp/3a Tolfa-Allumiere - fin. reg. l.r. 14/2008 art. 1 co. 38 - programma 2023 - determinazione a contrarre art. 17 d.lgs. 36/2023: CUP B45B2300127002 CIG A004F6665D”*;

- la procedura oggetto di causa ha ad oggetto la progettazione esecutiva, comprensiva del piano di sicurezza e coordinamento, e la realizzazione di un'infrastruttura pedonale;

- il Comune ha escluso il raggruppamento ricorrente dalla gara per mancanza dei requisiti di ordine speciale in capo al soggetto indicato come progettista;

Considerato, in diritto, che il ricorso è fondato e merita accoglimento secondo quanto in prosieguo specificato;

Considerato, in particolare, che:

- con un'unica articolata censura parte ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 57 e 63 Direttiva 2014/14/UE, 3, 41 e 97 Cost., 1, 44, 97 e 104 d.lgs. n. 36/2023, violazione dei principi del risultato, ragionevolezza, proporzionalità e massima partecipazione agli appalti, difetto di motivazione ed eccesso di potere evidenziando che nella fattispecie, avente ad oggetto un appalto integrato, il progettista "*indicato*" dovrebbe essere qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo, sicché, a differenza del professionista associato, non rientrerebbe né nella figura del concorrente né in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione Europea in tema di contratti pubblici, e, pertanto, potrebbe essere sostituito dal concorrente anche in corso di gara, come richiesto dalla ricorrente che, in proposito, non avrebbe ricevuto alcuna risposta dalla stazione appaltante. In quest'ottica, anche a volere seguire quell'orientamento giurisprudenziale che ammette la sostituzione del progettista solo ove ciò non comporti una modifica sostanziale dell'offerta, nella fattispecie tale sostituzione sarebbe, comunque, possibile stante il valore esiguo della progettazione rispetto a quello complessivo dell'appalto, l'assenza di significativi riferimenti nel bando alla figura del progettista e la mancanza di criteri di valutazione dell'offerta concernenti specificamente la progettazione;

- il motivo è fondato;

- l'appalto oggetto di causa è stato bandito con proposta n. 1137 del 14/08/23 e, secondo quanto previsto dall'art. 225 comma 1 d. lgs. n. 36/23, è assoggettato alla disciplina del nuovo codice degli appalti;
- secondo l'art. 44 comma 3 d. lgs. n. 36/23, nelle ipotesi di appalto integrato *“gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione”*;
- la disposizione si pone in linea con i precedenti testi normativi che hanno disciplinato l'appalto integrato;
- in particolare:
 - a) l'art. 59 bis d. lgs. n. 50/16 stabiliva che *“le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori. I requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto sono previsti nei documenti di gara nel rispetto del presente codice e del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies; detti requisiti sono posseduti dalle imprese attestate per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1”*;
 - b) l'art. 53 comma 3 d. lgs. n. 163/06 prevedeva che *“quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione”*;
 - c) nello stesso senso l'art. 92 comma 6 d.p.r. n. 207/10 prescriveva che *“i requisiti per i progettisti previsti dal bando ai sensi dell'articolo 53, comma 3, del codice devono essere posseduti*

dalle imprese attestata per prestazioni di sola esecuzione, attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis, g) e h), del codice, e sono costituiti in rapporto all'ammontare delle spese di progettazione";

- ne deriva che la giurisprudenza formatasi in riferimento al testo delle disposizioni abrogate può essere utilmente richiamata anche in relazione al disposto del vigente art. 44 comma 3 d. lgs. n. 50/16;

- ciò posto, il Collegio rileva che, secondo l'Adunanza Plenaria, *"il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia dell'articolo 53, comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006, va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo. Pertanto non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea"* (A.P. n. 13/2020);

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

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

modifica sostanziale dell'offerta (Cons. Stato n. 9923/22, TAR Lombardia – Milano n. 703/23);

- premesso che l'opzione ermeneutica che ammette l'astratta sostituibilità del progettista indicato è condivisa dal Collegio in ragione della qualificazione di tale figura come professionista esterno, operata dall'Adunanza Plenaria, va rilevato che, anche a volere accedere all'orientamento più rigoroso che ammette tale sostituzione nelle sole ipotesi in cui non si verifica una modifica sostanziale dell'offerta, nella fattispecie tale circostanza ostativa non può essere ritenuta sussistente in quanto, come correttamente evidenziato nel gravame, la legge di gara:

a) attribuisce alla progettazione un valore complessivo (euro 16.500,00 soggetto a ribasso) minimo rispetto all'importo complessivo dell'appalto (euro 769.300,87);

b) prevede per l'esecuzione della progettazione esecutiva un termine di trenta giorni a fronte del termine di 210 giorni indicato per l'esecuzione complessiva dell'appalto;

c) individua, per l'attribuzione del punteggio previsto per l'offerta tecnica (40 punti), un parametro, quale quello della riduzione del tempo posto base di gara, sostanzialmente riferibile alle sole lavorazioni e non anche alla progettazione;

d) riconosce il premio di accelerazione in relazione esclusivamente alla data di ultimazione dei lavori e non anche della progettazione;

- quanto fin qui evidenziato induce il Tribunale a ritenere che la progettazione esecutiva non costituisca, nell'economia dell'appalto oggetto di causa, un fattore di decisiva importanza tale da produrre una modifica sostanziale dell'offerta per effetto della sostituzione del progettista "*indicato*";

- in senso contrario alla ritenuta fondatezza del gravame non possono essere favorevolmente apprezzate le argomentazioni di parte resistente in quanto:

a) è poco chiara l'affermazione secondo cui la giurisprudenza richiamata nel gravame non sarebbe applicabile “al caso di specie poiché non vi è stata alcuna esclusione dalla gara, ma il RTI ricorrente non è stato ammesso alla apertura della offerta per mancanza dei requisiti pre-ammissione e comunque come si vedrà in seguito i soggetti qualificanti la progettazione non portavano in dote i requisiti richiesti?” (pag. 8 della memoria depositata il 03/11/23). Nell'ipotesi in esame, infatti, risulta impugnato proprio il provvedimento di esclusione dalla gara laddove le sentenze in esame affrontano il problema della sostituibilità del progettista “*indicato*” privo di requisiti di partecipazione, fattispecie integralmente sovrapponibile rispetto a quella oggetto di causa;

b) le doglianze prospettate da parte ricorrente non attengono alla necessità, in capo al progettista, dei requisiti di partecipazione richiesti dalla *lex specialis*, questione su cui si sofferma diffusamente parte resistente, ma all'astratta sostituibilità del progettista privo di tali requisiti;

c) la possibilità di sostituzione del progettista “*indicato*” è più volte negata dal Comune di Tolfa in ragione della prospettata immodificabilità della documentazione presentata dopo la scadenza dei termini di presentazione dell'offerta e della immodificabilità soggettiva dei partecipanti (pag. 1 della memoria di costituzione), della qualificazione come avvalimento ex art. 104 d. lgs. n. 36/23 del rapporto che lega il concorrente al progettista (pag. 14 della memoria di costituzione) e della violazione della *par condicio* dei partecipanti (pag. 16 della memoria di costituzione). Tali considerazioni, però, non possono essere condivise alla luce della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 13/2020 che esclude la qualificazione, in termini di avvalimento, del progettista “*indicato*” dal concorrente ai fini dell'affidamento di un appalto integrato e delle ulteriori argomentazioni evidenziate dall'orientamento giurisprudenziale richiamato. A ciò si aggiunga che il nuovo codice, in coerenza con

le sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria, in più occasioni riconosce la possibilità di sostituire, dopo la scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione, i componenti di organismi aggregati che risultino privi di requisiti (si vedano gli artt. 97 d. lgs. n. 36/23, che ammette la possibilità di sostituzione, dopo la scadenza dei termini di partecipazione, di quello dei componenti del raggruppamento che risulti privo dei requisiti di ordine generale o speciale, e 104 commi 5 e 6 d. lgs. n. 36/23 che consente di sostituire, anche in tal caso dopo la scadenza dei termini di partecipazione, l'ausiliario che risulti privo di requisiti);

- per questi motivi il Collegio ritiene illegittimo il provvedimento impugnato nella parte in cui esclude la ricorrente dalla gara senza consentire alla stessa di sostituire il progettista “*indicato*” ai fini della partecipazione;

- la fondatezza della censura esaminata comporta l'accoglimento del ricorso e l'annullamento dell'atto impugnato;

il Comune di Tolfa, in quanto soccombente, deve essere condannato al pagamento delle spese del presente giudizio il cui importo è liquidato in dispositivo;

P.Q.M.

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

- 1) accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato;
- 2) condanna il Comune di Tolfa a pagare, in favore della ricorrente, le spese del presente giudizio il cui importo liquida in complessivi euro duemila/00, oltre iva, cpa e contributo unificato come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere

L'ESTENSORE
Michelangelo Francavilla

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO