TAR Sicilia, Sezione Prima, Sentenza n. 703 del 23 febbraio 2024

Appalti integrati – Rapporto tra impresa e progettista diverso da quelli indicati dal bando – Esclusione – Legittimità – Principio di fiducia

Pubblicato il 23/02/2024

N.00703/2024 REG.PROV.COLL.

N.00150/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 150 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla (…) a R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (…), rappresentata e difesa dagli avvocati (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero (…), (…), Ministero (…), Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche (…), in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Mariano Stabile, n. 184;

nei confronti

(…) S.r.l. (Mandataria), (…) S.r.l. (Mandante), (…) S.r.l. (Mandante), (…) S.r.l.

(Mandante dell'Ati Mandatario), in persona de rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio sito in (…);

per l'annullamento

A) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- degli atti e delle operazioni concernenti la procedura indetta dal Ministero (…) Provveditorato Interregionale per le OO.PP. (…) avente ad oggetto l'affidamento della "progettazione esecutiva, della relazione geologica integrativa e dell'esecuzione dei lavori di ristrutturazione dell'edificio "Ex EAS", sito a Palermo, in via Impallomeni, in uso al Ministero della Giustizia", nella parte in cui con gli stessi si è disposta l'esclusione di (…) dalla anzidetta procedura e, in particolare:
- del verbale di gara n. 4 del 18.12.2023 a mezzo del quale, a seguito di soccorso istruttorio, l'Amministrazione ha disposto l'esclusione dell'odierno ricorrente dalla procedura;
- del provvedimento di esclusione;
- della proposta di aggiudicazione in favore del RTI (…) s.r.l., (…) s.r.l., (…) s.r.l., RTP (…) s.r.l. (nel prosieguo "RTI (…)");
- della determina prot. n. 0025474 del 20.12.2023 recante aggiudicazione definitiva in favore del predetto RTI;
- dei verbali di seduta pubblica n. 1 del 5.12.2023, n. 2 del 11.12.2023 e n. 3 del 12.12.2023;
- di tutti gli altri verbali di gara (anche istruttori);
- del disciplinare di gara (§ 9 pag. 14), nella misura in cui si presta all'introduzione ingiustificata di cause d'esclusione non prevista dal Codice dei contratti, in violazione del principio di tassatività dell'art. 10 del D.lgs. 36/2023, dando ingresso ad una configurazione del rapporto tra operatore economico (impresa) incaricato dell'esecuzione dei lavori e l'operatore economico incaricato del servizio di progettazione non coincidente con quello previsto dalla normativa vigente;

- dei chiarimenti resi dalla S.A. in data 18.10.2023, 8.11.2023 e 13.11.2023 laddove confermano quanto stabilito dalla legge di gara in punto di progettista;
- di ogni atto, operazione o valutazione adottati o posti in essere dall'Amministrazione in dipendenza ed in relazione delle valutazioni e verifiche che hanno condotto alla all'esclusione di (…) dalla procedura ed all'aggiudicazione in favore del RTI controinteressato;
- nonché di ogni altro atto, provvedimento o comportamento amministrativo preliminare, preordinato, connesso, conseguente e/o consequenziale a quelli impugnati.

con richiesta

- di subentro del ricorrente nel contratto eventualmente stipulato con il controinteressato, previa dichiarazione d'inefficacia del contratto stesso ex artt. 121 e/o 122 del c.p.a.;
- in subordine, ove l'interesse primario all'esecuzione dell'appalto controverso non dovesse trovare soddisfazione per fatto indipendente da volontà e/o colpa dell'odierno ricorrente, con richiesta di condanna della S.A. intimata al risarcimento per equivalente del pregiudizio patito.

B) Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (…) a R.L. il 2/2/2024:
- dei medesimi atti sopra riportati e già gravati con il ricorso introduttivo;
- di ogni altro atto, operazione o valutazione, adottati o posti in essere dall'Amministrazione in dipendenza ed in relazione di tali valutazioni e verifiche;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero (…), della (…), del Ministero (…) e di Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche (…) nonché di (…) S.r.l. (Mandataria), di (…) S.r.l. (Mandante), di (…) S.r.l. (Mandante) e di (…) S.r.l. (Mandante dell'Ati Mandatario);

Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2024 il dott. Luca Girardi e uditi per le parti i difensori presenti come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con ricorso notificato il 17 gennaio 2024 e depositato il successivo 30 gennaio 2024, la (…) S.c. a r.l. ha chiesto l'annullamento degli atti in epigrafe, in particolare, del verbale di gara n. 4 del 18 dicembre 2023 a mezzo del quale la S.A. ha disposto la sua esclusione dalla procedura per l'affidamento della *"progettazione esecutiva, della relazione geologica integrativa e dell'esecuzione dei lavori di ristrutturazione dell'edificio "Ex EAS", sito a Palermo, in via Impallomeni, in uso al Ministero della Giustizia"*.
In fatto la ricorrente deduce che, con determina a contrarre n. 19256 del 6 ottobre 2023, è stata indetta una procedura aperta, ai sensi artt. 17, comma 1, 44, 71, 225 comma 8 del D.lgs. 36/2023, e del D.L. 77/2021, convertito in L. 108/2021, per l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva, della relazione geologica integrativa e dell'esecuzione dei lavori di ristrutturazione dell'edificio *"Ex EAS"*, sito a Palermo, in via Impallomeni, in uso al Ministero della Giustizia.
Il Disciplinare di gara prevedeva che: *"L'affidamento in oggetto è stato disposto con determina provveditoriale prot. 19256 del 06.10.2023 e avverrà mediante procedura telematica aperta ex art. 71 del D.lgs. n. 36/2023 (in seguito "Codice"), coordinata con le disposizioni derogatorie di cui al D.L. 77/2021, convertito in L. 108/2021 e al D.L. 13/2023, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, ai sensi dell'art. 108, comma 1 e 2, del Codice"*.
Ancora, *"la Stazione Appaltante ha determinato di avvalersi della facoltà della c.d. "inversione procedimentale" prevista dall'art. 107 comma 3 del D.lgs. 36/2023, in base alla quale le offerte vengono esaminate prima della verifica del possesso dei requisiti di carattere generale e di idoneità degli offerenti, con riferimento ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica-professionale"*.

Quanto alle modalità di finanziamento, veniva precisato che: *"La spesa complessiva dell'intervento in oggetto, pari ad € 18.800.000,00=, è assicurata dal PNRR (L. 178/2020) - interventi di edilizia giudiziaria misura M2C3 - investimento 1.2. Efficientamento degli edifici giudiziari, giusta Convenzione n. 8791 del 14/12/2021, stipulata tra il Provveditorato OO.PP. (…) (amministrazione attuatrice dell'intervento) ed il Ministero della Giustizia (amministrazione titolare dell'intervento) per l'importo di € 9.320.000,00".*

Il disciplinare, all'art. 9 rubricato *"Struttura operativa minima per l'espletamento dell'incarico"*, precisava che: *"Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto aggiudicatario, per l'espletamento dei servizi oggetti dell'appalto è richiesta una Struttura Operativa Minima composta da professionalità esperte, in possesso dei requisiti professionali e abilitativi come di seguito specificato: [...] si precisa che il rapporto tra l'operatore economico che partecipa alla procedura di gara e il soggetto incaricato di svolgere l'incarico può configurarsi esclusivamente quale: rapporto di lavoro subordinato (se tale soggetto è dipendente dell'operatore economico che partecipa alla presente procedura); raggruppamento temporaneo di imprese/professionisti (se tale soggetto assume il ruolo di mandante nel R.T.P); rapporto di lavoro parasubordinato (se tale soggetto e l'operatore economico che partecipa alla procedura intrattengono un rapporto di lavoro qualificabile come consulenza/collaborazione continuativa stabile e su base annua). Dovrà essere precisata la natura del rapporto professionale intercorrente tra l'O.E. partecipante alla gara ed i professionisti".*

Alla data di scadenza del termine, presentavano offerta 16 concorrenti.

Le operazioni di gara si concludevano con verbale del 5 dicembre 2023 e vedevano primo graduato l'ATI (…) (64,660 per l'offerta tecnica, 19,29 per l'offerta economica), con punti 83,789 e, al secondo posto, la ricorrente (…) S.c. a r.l (di 65,192 per l'offerta tecnica, 18,283 per l'offerta economica), con punti 83,475.

Data l'inversione procedimentale, nei giorni 11, 12 e 18 dicembre 2023 veniva aperta la documentazione delle prime due classificate e, con riferimento alla ricorrente (…) S.c. a r.l., veniva consentito soccorso istruttorio per la seguente motivazione: *"Modello di domanda di partecipazione e dichiarazione requisiti non conforme: si*

rileva il mancato rispetto di quanto previsto dall'art. 9, pagina 14, del Disciplinare di gara. [...] Pertanto, si chiede all'O.E. di trasmettere la documentazione a comprova del rispetto di quanto richiesto nel Disciplinare di gara relativamente al rapporto intercorrente tra progettazione l'Operatore Economico (impresa) incaricato all'esecuzione dei lavori e l'Operatore Economico incaricato del servizio di progettazione".

Successivamente, in esito al soccorso istruttorio, la Commissione di gara escludeva *"l'O.E. (…) SCARL, in quanto ha prodotto, in sede di soccorso istruttorio, un atto di impegno a costituirsi in raggruppamento temporaneo, riportante data e sottoscrizione successiva alla scadenza del termine perentorio per la presentazione delle offerte. A tal proposito, si precisa che trattasi di requisito espressamente previsto al punto n. 9 (pag. 14) del Disciplinare di gara, nonché oggetto di chiarimenti forniti dalla Stazione Appaltante, prima della scadenza del termine utile per presentare offerta, a riscontro di specifico quesito proposto da altro O.E., tramite il Portale, con PEC, contenente le risposte a tutti i quesiti avanzati dagli OO.EE. interessati a partecipare alla gara, inviata anche a (…) SCARL.".*

Per l'effetto, con determinazione del 20 dicembre 2023 n. 25474, il Provveditorato Interregionale OO.PP. (…) concludeva le operazioni dichiarando aggiudicataria l'ATI (…).

Il ricorso è assistito dalle seguenti censure:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 44, comma 3 del D.lgs. 36/2023. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 3, 10, 65, 68, 97 e 100 del D.lgs. 36/2023, nonché degli artt. 1, 2 e 30 dell'allegato II.12 al medesimo Codice. Eccesso di potere per istruttoria carente ed insufficiente. Irragionevolezza, illogicità ed arbitrarietà.

L'amministrazione avrebbe omesso di valutare le deduzioni svolte dall'esponente in sede procedimentale circa il regime normativo applicabile in punto di progettisti qualificati e, in particolare, circa l'irragionevolezza e la contrarietà a legge della richiesta avanzata dall'Amministrazione in sede di soccorso istruttorio.

II. In subordine. Nullità / illegittimità in parte qua della lex specialis (art. 9 del

disciplinare) ove interpretata nel senso di introdurre requisiti e cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dalla normativa primaria. Violazione degli artt. 3, 10, 68 del D.lgs. 36/2023. Violazione dell'art. 41 della Costituzione.

La ricorrente evidenzia comunque la nullità e/o illegittimità dell'art. 9 del disciplinare di gara nella misura in cui si presterebbe all'introduzione ingiustificata di cause d'esclusione non previste dal Codice dei contratti, in violazione del principio di tassatività dettato dall'art. 10 del D.lgs. 36/2023, dando ingresso ad una configurazione del rapporto tra operatore economico (impresa) incaricato dell'esecuzione dei lavori e l'operatore economico (professionale) incaricato del servizio di progettazione non coincidente con quello previsto dalla normativa vigente. Una siffatta clausola di legge sarebbe altresì nulla/illegittima per lesione dei principi della libertà delle forme, dell'iniziativa economica e della concorrenza, finendo inevitabilmente per condizionare ed elidere la libertà di scelta (ed imprenditoriale) attribuita a ciascun operatore economico nel vagliare la modalità partecipativa da adottare ai fini della partecipazione ad una gara d'appalto.

III. In subordine. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 3, 68, 97, 100 e 101 del D.lgs. 36/2023. Sviamento di potere, irragionevolezza. Istruttoria carente ed insufficiente. Illogicità della motivazione.

Sarebbe anche illegittima la condotta tenuta dalla S.A. laddove non ha ritenuto di dare ingresso alla richiesta modifica soggettiva, in palese violazione dell'art. 97 del Codice il quale, al fine di garantire la partecipazione dei raggruppamenti temporanei, anche a fronte di cause di esclusione che colpiscano uno solo degli operatori associati, ammette che i componenti superstiti possano estromettere (modifica in riduzione) o, addirittura, sostituire con altro (modifica additiva) il componente incorso nella causa di esclusione.

IV. Illegittimità in via derivata ed autonoma dell'aggiudicazione.

In punto di interesse all'azione, (…) evidenzia di avere interesse ad essere riammesso alla procedura di gara sia per poter utilmente contestare

l'aggiudicazione in favore del RTI (…) (in attesa di ostensione degli atti relativi all'offerta della controinteressata), sia poiché l'utile collocamento in graduatoria (anche solo al secondo posto) consentirebbe al ricorrente di beneficiare di un eventuale scorrimento della graduatoria medesima.

Una volta ostesi gli atti richiesti, la ricorrente ha poi proposto motivi aggiunti contestando l'ammissione e l'aggiudicazione della commessa alla controinteressata attraverso le seguenti ulteriori censure:

V. Violazione e falsa applicazione degli articoli 68 e 100 D.lgs. 36/2023. Violazione dell'allegato II.12 del D.lgs. 36/2023. Violazione della lex specialis (i.e. disciplinare § 3). Invalidità del modulo partecipativo prescelto. Difetto assoluto di istruttoria, sviamento ed eccesso di potere per irragionevolezza, violazione dei canoni di correttezza, trasparenza, buon andamento, concorrenza e proporzionalità. Violazione della par condicio, del favor partecipationis e del principio dell'uniformità di giudizio.

Gli atti gravati, gli esiti concorsuali e, in particolare, il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto al RTI (…), sarebbero illegittimi anche in via autonoma nella misura in cui la Committenza, con grave difetto di istruttoria ed eccesso di potere, non si sarebbe avveduta del difetto di qualificazione del RTI e dell'invalidità del modulo partecipativo da quest'ultimo prescelto.

Resistono in giudizio la (…), il Ministero (…) ed il Ministero (…) - Provveditorato Interregionale OO.PP. (…), con il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato che ha chiesto preliminarmente l'estromissione dal giudizio della (…) e del Ministero (…).

Si è costituita anche la controinteressata, (…) s.r.l. articolando difese.

Le resistenti tutte hanno chiesto il rigetto del ricorso previo esame di alcune eccezioni in rito.

In particolare, le stesse hanno eccepito la tardività del ricorso principale non avendo la ricorrente tempestivamente impugnato l'art. 9 disciplinare di gara su cui si concentrano molte delle censure presenti nel ricorso introduttivo e la sua

inammissibilità in quanto proposto avverso l'aggiudicazione dell'appalto.

Alla camera di consiglio del 20 febbraio 2024 il ricorso è stato posto in decisione per l'immediata definizione con sentenza breve, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., come da avviso dato dal Presidente alle parti durante l'odierna camera di consiglio.

2. Va, innanzitutto, respinta l'eccezione di difetto di legittimazione passiva della (…) e del Ministero (…) sollevata dalla Difesa erariale.

Come precisato in narrativa, infatti, la spesa complessiva dell'intervento in oggetto è assicurata dal PNRR, ai sensi della L. 178/2020.

A tal proposito si richiama l'art. 12-bis, comma 4, del d.l. n. 68/2022 il quale, nel prevedere misure acceleratorie dei giudizi amministrativi in materia di PNRR, dispone che: *"Sono parti necessarie dei giudizi disciplinati dal presente articolo le amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel PNRR, ai sensi dell'articolo 1, comma 4, lettera l), del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, per le quali si osservano le disposizioni delle leggi speciali che prescrivono la notificazione presso gli uffici dell'Avvocatura dello Stato. Si applica l'articolo 49 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104".*

Il richiamato art. 1, comma. 4, lett. l) del d.l. n. 77/2021 invece definisce *"amministrazioni centrali titolari di interventi previsti nel PNRR"*, i Ministeri e le strutture della Presidenza del Consiglio dei ministri responsabili dell'attuazione delle riforme e degli investimenti previsti nel PNRR.

Ciò posto, nel caso che ci occupa è evincibile dalla lettura del bando che il Provveditorato OO.PP. (…) è l'amministrazione attuatrice dell'intervento, il Ministero (…) è l'amministrazione titolare dell'intervento e la (…), per ammissione della Difesa erariale, è il soggetto che erogherà le risorse finanziarie del PNRR al termine dei lavori per cui è causa e quindi può, a ragione, essere definita anch'essa responsabile *"dell'attuazione delle riforme e degli investimenti previsti nel PNRR"*.

3. Il ricorso introduttivo è in parte irricevibile ed in parte infondato per le ragioni

che si vanno ad esternare, con assorbimento delle ulteriori eccezioni in rito sollevate dalle resistenti.

4. Il provvedimento di esclusione della ricorrente è motivato essenzialmente dalla violazione dell'art. 9 del Disciplinare secondo cui: *"il rapporto tra l'operatore economico che partecipa alla procedura di gara e il soggetto incaricato di svolgere l'incarico può configurarsi esclusivamente quale: - rapporto di lavoro subordinato (se tale soggetto è dipendente dell'operatore economico che partecipa alla presente procedura); - raggruppamento temporaneo di imprese/professionisti (se tale soggetto assume il ruolo di mandante nel* R.T.P*); - rapporto di lavoro parasubordinato (se tale soggetto e l'operatore economico che partecipa alla procedura intrattengono un rapporto di lavoro qualificabile come consulenza/collaborazione continuativa stabile e su base annua)".*

Conseguentemente, con il verbale di gara n. 4 del 18 dicembre 2023 l'Amministrazione ha deliberato di escludere l'esponente dal prosieguo della gara, sul rilievo per cui (…) avrebbe *"prodotto, in sede di soccorso istruttorio, un atto di impegno a costituirsi in raggruppamento temporaneo, riportante data e sottoscrizione successiva alla scadenza del termine perentorio per la presentazione delle offerte. A tal proposito, si precisa che trattasi di requisito espressamente previsto al punto n. 9 (pag. 14) del Disciplinare di gara, nonché oggetto di chiarimenti forniti dalla Stazione Appaltante, prima della scadenza del termine utile per presentare offerta, a riscontro di specifico quesito proposto da altro O.E., tramite il Portale, con PEC, contenente le risposte a tutti i quesiti avanzati dagli OO.EE. interessati a partecipare alla gara, inviata anche a (…) SCARL".*

Ciò posto, per stessa ammissione della ricorrente, l'art. 9 del Capitolato citato ha una portata *"automaticamente e rigidamente escludente che scoraggia la partecipazione alla gara e limita ultroneamente la platea dei partecipanti, mediante l'imposizione di una condizione "più restrittiva" - rispetto a quella prevista dalla normativa vigente - non ammessa dalla legge e, ancor più, contraria al principio del favor partecipationis, a logica ed a ragionevolezza"* (pag. 10 del ricorso introduttivo).

Pertanto, seguendo il granitico insegnamento della giurisprudenza amministrativa

(di recente, T.A.R., Roma, sez. III, 08/05/2023, n. 7668) e come condivisibilmente sostenuto dalle resistenti, la ricorrente avrebbe dovuto immediatamente impugnare detta prescrizione di gara, anche alla luce dei diversi chiarimenti sul punto forniti ai concorrenti dall'Amministrazione (18 ottobre 2023, 8 novembre 2023 e 13 novembre 2023, tutti comunicati prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte).

Quanto detto rende inesorabilmente il ricorso in parte tardivo in quanto proposto il 17 gennaio 2024, oltre il termine decadenziale di trenta giorni di cui all'art. 120 c.p.a., decorrenti dal 13 ottobre 2023, data di pubblicazione del bando nella GURI o, al limite, decorrente dalla data dell'ultimo chiarimento.

4.1. A tale rilievo la ricorrente obietta però che tale clausola sarebbe in realtà nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui agli artt. 3, 10, 68 del D.lgs. 36/2023. Infatti, a suo dire, quand'anche si accedesse alla tesi secondo cui sarebbe proprio la *lex specialis* a condurre all'esclusione del concorrente per non aver prodotto la documentazione a comprova del rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato tra il soggetto esecutore dei lavori e il soggetto incaricato del servizio di progettazione, ovvero per non aver indicato progettisti che si trovano in detto rapporto, allora si dovrebbe convenire circa la nullità di tale previsione concorsuale, nella misura in cui si presta all'introduzione ingiustificata di cause d'esclusione non previste dal Codice dei contratti, in violazione del principio di tassatività dettato dall'art. 10 del D.lgs. 36/2023, dando ingresso ad una necessaria configurazione del rapporto tra operatore economico (impresa), incaricato dell'esecuzione dei lavori, e l'operatore economico (professionale), incaricato del servizio di progettazione, non rispettosa del principio di libertà organizzativa previsto dalla normativa vigente.

Al riguardo, la ricorrente richiama l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria secondo cui *"al cospetto della nullità della clausola escludente contra legem del bando di gara – non vi sia l'onere per l'impresa di proporre alcun ricorso: tale clausola – in quanto inefficace e*

improduttiva di effetti - si deve intendere come 'non apposta', a tutti gli effetti di legge. […] Non vi è dunque alcun onere, in conclusione, per le imprese partecipanti alla gara di impugnare (entro l'ordinario termine di decadenza) la clausola escludente nulla e quindi "inefficace" ex lege, ma vi è uno specifico onere di impugnare nei termini ordinari gli atti successivi che facciano applicazione (anche) della clausola nulla contenuta nell'atto precedente" (cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 22 del 16 ottobre 2020).

4.2. Pertanto, ove la clausola del bando fosse effettivamente nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, se ne dovrebbe dedurre la ritualità della sua impugnazione e la sua scrutinabilità in questa sede. Per contro, ove la suddetta clausola fosse invece frutto di una legittima attività discrezionale dell'amministrazione, la stessa potrebbe essere al massimo annullabile in s.g., ma comunque soggetta ai termini di impugnazione validi per le gare d'appalto di cui all'art. 120 c.p.a.

Delimitato così il campo della successiva delibazione, deve essere quindi analizzata *funditus* la natura della clausola in contestazione prevista dall'art. 9 del Disciplinare, in particolare verificando la sua aderenza ai dettami di cui all'art. 44, comma 3, del nuovo codice degli appalti secondo cui: *"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"*.

È parere del Collegio che l'amministrazione abbia legittimamente specificato il contenuto della norma ora richiamata, non discostandosi dai principi in essa tracciati, né ampliando illegittimamente il numero delle cause di esclusione previsto *ex lege*.

A tal proposito, la norma deve essere interpretata in chiave sistematica, facendo richiamo ad altre norme dello stesso codice principiando proprio dall'art. 10, comma 3, il quale prevede che: *"Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati*

all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti". Al riguardo l'art. 100 del codice disciplina i c.d. "Requisiti di ordine speciale" e l'art. 103 disciplina i "Requisiti di partecipazione a procedure di lavori di rilevante importo".

Come evidenziato dalla Difesa erariale, poi, l'art. 100, al secondo comma, prevede che le SS.AA. possano richiedere requisiti proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto, mentre l'art. 103, al primo comma, prevede che la S.A. possa chiedere requisiti aggiuntivi ai concorrenti.

Ancora, l'art.18 comma 11, dell'allegato II.12 del nuovo codice prevede espressamente che *"1. Per realizzare lavori pubblici affidati con i contratti di cui all'articolo 44 del codice ovvero in concessione, è necessaria l'attestazione di qualificazione per progettazione e costruzione; fermi restando i requisiti previsti dal presente articolo e quanto disposto dall'articolo 30, comma 5, il requisito dell'idoneità tecnica è altresì dimostrato dalla presenza di uno staff tecnico di progettazione composto da soggetti in possesso di laurea magistrale o di laurea breve abilitati all'esercizio della professione di ingegnere e architetto, ovvero geologo per le categorie in cui è prevista la sua competenza, iscritti all'albo professionale, e da diplomati, tutti assunti a tempo indeterminato e a tempo pieno".*

Legittimamente, pertanto, l'amministrazione ha operato inserendo una clausola che richiedeva, anche a pena di esclusione, specifiche forme di dimostrazione della adeguatezza e qualificazione dei componenti della Struttura Operativa Minima di progettazione, avendo ritenuto non sufficiente a soddisfare i requisiti di partecipazione la mera indicazione nominativa dei progettisti di cui intende avvalersi l'operatore e ciò in ossequio anche ai principi generali di par condicio e di economicità dell'azione amministrativa.

Convince, a questo proposito, il richiamo della Difesa erariale anche al super principio della fiducia di cui all'art. 2 del d.lgs. 36/23 per cui: *"L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici"* mentre, nel caso di specie, ragionevolmente l'amministrazione ha

deciso di estromettere dalla gara gli operatori economici (imprese) che ingenerassero dubbi relativamente all'affidabilità e la stabilità del rapporto intercorrente con l'operatore economico (professionale) poi incaricato del servizio di progettazione.

Per quanto chiarito, ritiene il Collegio che la P.A. possa – nei limiti di ragionevolezza e non eccessiva onerosità - discrezionalmente dare un contenuto specifico ad eventuali limitazioni alla partecipazione ai sensi dell'art. 44, comma 3, d.lgs. 36/23, il che configura un'ipotesi di esercizio – eventualmente errato - di tale potere discrezionale, e quindi di eventuale annullabilità degli atti emessi ma comunque non si verserà in un caso di loro nullità. *Ad abudantiam*, si osservi come la stessa sentenza dell'Adunanza Plenaria citata a conforto dalla ricorrente chiarisca come il principio di tassatività delle clausole di esclusione *"non vale di per sé ad infirmare la legittimità delle clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali (Cons. Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2014, n. 9, § 6.4; successivamente 16 ottobre 2020, n. 22), dal momento che il relativo potere conformativo della singola competizione non risulta escluso ma solo regolamentato"* (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22 per come interpretata da Cons. Stato, sez. III, sent. n. 8432 del 30 settembre 2022).

Pertanto, il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 36 del 2023, non risulta applicabile alle prescrizioni della *lex specialis* di gara dirette a definire i requisiti di partecipazione alla procedura che risultino attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, come nel caso di specie peraltro, giacché la stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella determinazione dei requisiti di partecipazione alla gara a condizione che tali requisiti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e comunque non introducano indebite discriminazioni nell'accesso alla procedura.

Nella fattispecie, infatti, l'indicazione del progettista è un requisito dell'offerta (*"indicato nell'offerta"*) e costituiva anche un requisito tecnico-professionale.

Il ricorso introduttivo deve quindi essere dichiarato tardivo nella parte in cui contesta la clausola escludente di cui all'art. 9 del disciplinare, non impugnata nei termini di legge.

5. Resta invece da scrutinare la censura subordinata con cui la ricorrente lamenta l'illegittima della condotta tenuta dalla S.A. laddove non ha ritenuto di dare ingresso alla richiesta modifica soggettiva dell'offerta, proposta dalla stessa in violazione dell'art. 97 del Codice il quale, al fine di garantire la partecipazione dei raggruppamenti temporanei, anche a fronte di cause di esclusione che colpiscano uno solo degli operatori associati, ammette che i componenti superstiti possano estromettere (modifica in riduzione) o, addirittura, sostituire con altro (modifica additiva) il componente incorso nella causa di esclusione.

5.1. Preliminarmente, deve rammentarsi che la ricorrente ha partecipato alla gara in forma monosoggettiva *"indicando"* come progettista il RTP di professionisti elencato a pag. 3 del ricorso, con ciò di fatto disattendendo la prescrizione capitolare che prevedeva invece solo 3 modalità alternative di partecipazione: a) rapporto di lavoro subordinato (se tale soggetto è dipendente dell'operatore economico che partecipa alla presente procedura); b) raggruppamento temporaneo di imprese/professionisti (se tale soggetto assume il ruolo di mandante nel RTP); c) rapporto di lavoro parasubordinato (se tale soggetto e l'operatore economico che partecipa alla procedura intrattengono un rapporto di lavoro qualificabile come consulenza/collaborazione continuativa stabile e su base annua).

In sede di soccorso istruttorio procedimentale, poi, (…) ha presentato un atto di impegno a costituirsi in raggruppamento temporaneo, recante data e sottoscrizione successive alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, con ciò di fatto riconoscendo di aver originariamente agito comunque in difformità alle prescrizioni di gara.

Risulta evidente, quindi che la proposta di modifica della compagine della ricorrente non mira a superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, quanto piuttosto ad una variazione soggettiva postuma dell'offerta stessa in violazione dei principi di concorrenza e di parità di trattamento degli operatori economici. Si tratta, come evidenziato dalle resistenti, di una modifica radicale della consistenza soggettiva dell'O.E. partecipante alla gara attraverso una sostituzione *ex novo* della volontà manifestata dal concorrente, in palese violazione del principio di autoresponsabilità e del principio di immodificabilità dell'offerta (da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2024, n, 358).

Quindi, non è in discussione la possibilità di modificare un raggruppamento preesistente perché è intervenuta una causa di esclusione o la perdita di un requisito nella mandante o nella capogruppo, come paventato dalla ricorrente e come pacificamente ammesso dalle norme richiamate in ricorso, ma di modificare la forma prescelta per partecipare alla gara durante la competizione: da operatore singolo a raggruppamento di imprese.

Correttamente, quindi, l'amministrazione ha disposto l'esclusione dalla gara della ricorrente da cui l'infondatezza della censura in esame.

6. La parziale irricevibilità e infondatezza del ricorso introduttivo comporta anche l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti non potendo la ricorrente contestare l'aggiudicazione della commessa alla controinteressata da esclusa, tanto più in considerazione della partecipazione alla procedura e utile graduazione di numerosi altri operatori economici partecipanti. Nemmeno è predicabile un interesse strumentale della ricorrente alla rinnovazione della gara poiché questo può essere perseguito soltanto da una impresa che non sia stata esclusa, in quanto il provvedimento estromissivo risultato legittimo priva il concorrente della disponibilità di qualsivoglia interesse qualificato, anche di mera natura strumentale, preordinato ad ottenere la riedizione integrale della procedura; diversamente opinando anche un *quisque de populo* sarebbe legittimato ad impugnare bandi o fasi

valutative di gare in relazione alle quali egli sia rimasto estraneo, dovendosi equiparare a tale posizione il concorrente escluso per carenza di offerta ammissibile (di recente, Consiglio di Stato, sez. V, 04/07/2023, n. 6530; T.A.R., Napoli, sez. I, 05/07/2023, n. 4011).

7. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- dichiara il ricorso introduttivo in parte irricevibile ed in parte infondato;
- dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti.

Condanna (…) S.c. a r.l. al pagamento delle spese di lite che si liquidano in euro 3.000 (tremila/00) in favore delle amministrazioni intimate, tutte difese dall'Avvocatura dello Stato, distrattaria ex lege ai sensi dell'art. 11 del Regio Decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, ed in euro 3.000 (tremila/00) in favore dell'ATI controinteressata, oltre oneri per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere

Luca Girardi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Luca Girardi	**Salvatore Veneziano**

IL SEGRETARIO