



DELIBERA N. 112

26 marzo 2025

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata dalla società [OMISSIS]– Procedura ristretta ai sensi degli artt. 72 e 108 del Codice appalti per l'affidamento della progettazione esecutiva, esecuzione dei lavori e forniture dell'intervento di riqualificazione e rifunionalizzazione dell'edificio A - Complesso Istituto Terziari Cappuccini dell'Addolorata - ITCA da adibire a residenze universitarie – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 7.704.050.72 – CIG: B32A7211DA – S.A.: Università del Salento.

UPREC-PRE-0015-2025-M-PREC

Riferimenti normativi

Artt. 44, 66, 68, 100, comma 4, 101, 119 e Allegato II.12 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Sub-raggruppamento di professionisti – Progettista e Certificatore della sostenibilità ambientale – Raggruppamento verticale – Dichiarazioni parti del



servizio da eseguire – Progetto posto a base di gara – Conflitto di interessi dei progettisti – Possesso attestazione SOA – Lavori scorporabili – Modalità di dichiarazione del subappalto necessario – Soccorso istruttorio.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 26 marzo 2025

DELIBERA

VISTA l’istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0007532 del 17.1.2025, con la quale la società [OMISSIS] in qualità di terza classificata, contesta la legittimità dell’aggiudicazione della gara *de qua* al RTI CONSCOOP - AR.CO. Srl, nonché del secondo posto in graduatoria attribuito al RTI Leo Construction Srl - Centro didattico Nuova Puglia Srl - Environ Power Srl, per varie violazioni di legge nonché della *lex specialis* di gara, che determinerebbero – qualora accertate – la necessità dell’esclusione di entrambi i raggruppamenti e, conseguentemente lo scorrimento della graduatoria sino al terzo posto occupato, appunto, dalla società odierna istante;

CONSIDERATO, più specificamente, che la società istante contesta l’attuale graduatoria in ragione delle illegittimità e dei vizi procedurali di seguito sintetizzati:

- nei confronti di entrambi i raggruppamenti, primo e secondo classificato, *«per violazione dell’art. 11 del disciplinare, dell’art. 9 della L.R. Puglia n. 18/2003 e delle delibere di Giunta Regionale n. 1304 del 7/8/2020 e n. 1891 dell’8/12/2023, avendo illegittimamente “cumulato” le figure di “progettista” e di “certificatore della sostenibilità ambientale” per la certificazione ITACA dell’edificio, pur in presenza di una causa di incompatibilità ex lege»;*
- nei confronti del solo raggruppamento primo classificato *«per violazione e falsa applicazione dell’art. 68 del D.Lgs. n. 36/2023 e per violazione e falsa applicazione dell’art. 17 del disciplinare di gara»*, in quanto *«nella*



- dichiarazione i progettisti non hanno dichiarato né le parti del servizio di progettazione che ciascun componente dovrebbe svolgere, né quali siano gli specifici sub-raggruppamenti per ciascuna categoria di progettazione. La dichiarazione risulta, pertanto, incompleta, irregolare, e comunque illegittima in quanto non v'è corrispondenza tra la tipologia di RTP dichiarata ed i conseguenti requisiti minimi di legge. A ciò si aggiunga che la dichiarazione sul possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 17 del disciplinare riporta solo i requisiti della S.I.B. Studio di Ingegneria Bello S.r.l. e non anche delle mandanti»; nonché «per violazione e falsa applicazione dell'art. 16 del D.Lgs. n. 36/2023» in quanto «il progettista Ing. Rizzo è altresì il soggetto che ha predisposto il PFTE posto a base di gara, per cui versa in una chiara ipotesi di conflitto di interesse ex art. 16 del D.Lgs. n. 36/2023, avendo goduto di una posizione di vantaggio che rende incompatibile la sua partecipazione alla gara»;*
- nei confronti del solo raggruppamento secondo classificato «per violazione e falsa applicazione dell'art. 119 del D.Lgs. n. 36/2023 e per violazione e falsa applicazione degli artt. 11 e 12 del disciplinare di gara» poiché «nessun componente possiede il requisito della certificazione SOA OG11 classifica IV come richiesto dal bando»;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante, a difesa del proprio operato, sostiene che:

- a) preliminarmente, l'istanza in oggetto è improcedibile ai sensi dell'art. 7, comma 3 del Regolamento di precontenzioso, stante l'esistenza di un ricorso al TAR Puglia-Lecce avverso la procedura di gara in esame presentato dal RTI secondo classificato e, comunque, inammissibile, per violazione dell'art. 7, comma 1, lett. b), d) ed e) del Regolamento di precontenzioso;
- b) nel merito, le doglianze della società istante sono infondate in quanto:
 - b1)** «in ordine al motivo sub I) "Violazione e falsa applicazione dell'art. 9 della L.R. Puglia n. 18/2003, delle delibere di Giunta Regionale n. 1304 del 7/8/2020 e n. 1891 dell'8/12/2023. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 del disciplinare, dell'art. 2.4. dell'avviso di indizione della gara" della memoria, con riferimento alle doglianze circa l'applicazione del protocollo ITACA Puglia, si ribadisce che, dal progetto di parcella, tra le prestazioni richieste, non compare il rilascio della certificazione di



sostenibilità ambientale che sarà eventualmente affidato a un Professionista terzo, atteso che il primo classificato ha offerto anche la certificazione LEED dell'intervento»;

b2) *«in ordine al motivo sub II) "Violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del D.Lgs. n. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell'art. 17 del disciplinare di gara" della memoria, si ribadisce che dalle dichiarazioni e dai certificati di regolare esecuzione prodotti, rilasciati da P.A., che S.I.B. Studio di Ingegneria Bello S.r.l.-Ing. Alessandro Rizzo-Arch. Matteo Mazzamurro, sulla base della verifica effettuata dal RUP (cfr. all.ti 4 e 5), possiedono i detti requisiti rispettivamente per il 55% - 43% - 2% rispetto all'importo della progettazione da affidare», e che comunque tanto lo Studio di Ingegneria Bello quanto l'Ing. Alessandro Rizzo possiedono i requisiti di capacità tecnico economica per l'intero importo delle prestazioni richieste e per tutte le ID. Opere, pur partecipando al raggruppamento per una quota pari, rispettivamente, al 55% e al 43%;*

b3) *«in ordine al motivo sub III) "Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 del D.Lgs. n. 36/2023" della memoria, [in cui] si sostiene che il primo classificato, e per esso il progettista indicato, ing. Alessandro Rizzo, essendo il soggetto che ha predisposto il PFTE posto a base di gara, verserebbe in una chiara ipotesi di conflitto di interesse ex art. 16 del d.lgs. n. 36/2023, avendo goduto di una posizione di vantaggio che rende incompatibile la sua partecipazione alla gara», il PFTE posto a base di gara è stato redatto dall'Ing. Davide Marulli, al quale è stato affidato il servizio di adeguamento del PTFE originario redatto dall'Ing. Rizzo sotto la vigenza del D.Lgs 50/2016, con la conseguenza che sussiste di fatto una «netta sproporzione fra l'attività svolta dall'Ing. Alessandro Rizzo, che ha redatto il PFTE sotto la vigenza del D.Lgs 50/2016 e l'adeguamento richiesto ai sensi del D.Lgs 36/2023 all'Ing. Marulli, sensibilmente più corposo quanto ad attività prestazionale necessaria ed opera professionale richiesta [...] e, dunque, la valenza sostanziale, non può essere minimamente paragonata al livello di dettaglio e di completezza richiesto per l'attuale documentazione progettuale di fattibilità economica»;*

b4) *«in ordine al motivo sub IV) "Violazione e falsa applicazione dell'art. 119 del D.Lgs. n. 36/2023. Violazione e falsa applicazione degli artt. 11 e 12 del disciplinare di gara" [con cui] si contesta, in particolare, che la Leo Construction srl non abbia la qualificazione OG11 in classifica IV», tuttavia «il profilo di censura è comunque manifestamente infondato. La Leo Construction srl, infatti, è ricorsa all'avvalimento con la Leo Costruzioni spa, quest'ultima dotata della qualificazione richiesta dal bando sia per la categoria prevalente OG1, classifica VIII, che per la categoria OG11,*



classifica IV, sicché ben poteva eseguire i relativi lavori. La Categoria OG 1, richiesta dal bando, è prevalente rispetto alla OG11 scorporabile. Al riguardo, quindi, vige il combinato disposto degli artt. 23 e 30 dell'All. II.12 al D. L.vo 36/2023, da cui si evince che l'O.E. può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente (in questo caso la OG1) per l'importo totale dei lavori, proprio come nel caso di specie»;

CONSIDERATO che il RTI CONSCOOP - AR.CO. Srl e il RTI Leo Construction Srl - Centro didattico Nuova Puglia Srl - Environ Power Srl eccepiscono, *in primis*, l'inammissibilità/improcedibilità dell'istanza in esame e, nel merito, la sua infondatezza per le medesime motivazioni espresse dalla Stazione appaltante e più sopra sinteticamente riportate;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 28.01.2025;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RITENUTO, preliminarmente, di rigettare tutte le eccezioni di inammissibilità dell'istanza in oggetto avanzate dalle parti resistenti, atteso che:

- per quanto concerne l'asserita inammissibilità ai sensi dell'art. 7, comma 1, b) del Regolamento di precontenzioso, con la "*assenza di questione controversa insorta tra le parti interessate*" non si intende che presupposto legittimante la presentazione dell'istanza di precontenzioso sia la pregressa presentazione formale alla Stazione appaltante e alle parti controinteressate di una contestazione formale durante le fasi di gara dei vizi rilevati e ritenuti inficianti la regolarità della procedura da parte dell'operatore economico istante, bensì più semplicemente che le doglianze sollevate con l'istanza possano oggettivamente qualificarsi come "questioni controverse" sorte durante lo sviluppo della procedura di gara e non delle questioni di principio, quesiti giuridici generici o riguardanti la corretta interpretazione della normativa, la cui soluzione non potrebbe comunque avere effetti immediati e diretti sulla procedura medesima in relazione alla posizione giuridica dell'istante;
- per quanto riguarda l'invocata inammissibilità ai sensi della lettera d) per decorrenza dei termini di impugnazione in sede giurisdizionale, imponendo agli operatori economici l'esercizio di una opzione, alternativa, tra ricorso al giudice amministrativo e istanza di precontenzioso entro 30 giorni dalla effettiva conoscenza del provvedimento, atto o fatto che si assume lesivo



dei propri interessi, comporta la sola necessità di verificare che l'istanza all'Autorità venga presentata entro tale termine di impugnazione; termine che, nel caso di specie, è stato rispettato;

- in merito all'inammissibilità ai sensi della lett. e) occorre invece chiarire che non rileva nel caso in esame poiché il ricorso del RTI Leo Construction Srl è stato presentato in data successiva all'istanza di parere della [OMISSIS](mentre l'invocata inammissibilità presupporrebbe l'esatta inversione delle tempistiche);

RITENUTO di poter parzialmente accogliere l'eccezione di improcedibilità ai sensi dell'art. 7, comma 3, lett. b) solo per la parte del ricorso presentato al TAR Puglia dal RTI secondo classificato riguardante la violazione degli artt. 16, 78, 88 del Codice appalti per la postulata sussistenza di un palese conflitto di interessi fra l'estensore del progetto di fattibilità tecnica economica (PFTE), Ing. Alessandro Rizzo, che risulta essere anche il progettista incaricato dall'operatore aggiudicatario di realizzare la progettazione esecutiva e che ha anche firmato, come progettista, l'offerta tecnica prodotta dall'operatore economico primo classificato, atteso che trattasi dell'unica contestazione sollevata dalla società istante riguardante il raggruppamento aggiudicatario presente anche nel citato ricorso al TAR e per la quale, evidentemente, sussiste il rischio di decisioni contrastanti tra l'Autorità e il giudice amministrativo (che la norma regolamentare in questione mira, appunto, a scongiurare);

RITENUTO, passando allo scrutinio delle questioni di merito, che la prima doglianza, espressa dalla società istante nei confronti di entrambi i raggruppamenti che la precedono in graduatoria, non sia fondata;

CONSIDERATO, infatti, che il punto 11 della Lettera di invito prevedeva che *«// progetto dovrà essere certificato secondo le procedure di certificazione di sostenibilità degli edifici di cui alla D.G.R. 2272/2009, da un certificatore accreditato secondo la D.G.R. 2751/2012, con un punteggio pari ad almeno 2 secondo la legge 10/06/2008 n. 13 "Norme per l'abitare sostenibile" che ha dato seguito al "Protocollo ITACA PUGLIA 2017 – EDIFICI NON RESIDENZIALI" approvato dalla Giunta Regionale della Regione Puglia, nella seduta dell'11 luglio 2017.*

È richiesta una struttura operativa minima composta dalle seguenti professionalità:



1. n.1 professionista Responsabile della progettazione architettonica e Coordinatore del gruppo di lavoro;
2. n.1 professionista Responsabile della diagnosi e certificazione energetica ai sensi del D.Lgs. 192/2005 s.m.i., del D.Lgs. 311/2006 e della Legge 10/1991 nonché di tutte le norme vigenti in materia;
3. n. 1 professionista Responsabile delle attività di progettazione impiantistica ed antincendio;
4. n. 1 professionista BIM_coordinator, 1 professionista BIM_manager e 1 Professionista BIM_specialist il cui numero potrà variare in aumento in ragione dell'OGi OFFERTA PER LA GESTIONE INFORMATIVA e della PGI;
5. 1 professionista con qualifica di Certificatore della Sostenibilità Ambientale del progetto secondo il protocollo ITACA_Puglia accreditato secondo sistema dei soggetti abilitati al rilascio dei certificati di sostenibilità ambientale degli edifici, ai sensi dell'art. 9 della L.R. 13/2008, di cui alla D.G.R. n. 2751 del 14.12.2012.

[...]

Il professionista di cui al punto 5 dovrà essere iscritto nell'elenco regionali dei certificatori del Protocollo Itaca Puglia.

È possibile che più professionalità coincidano nel medesimo professionista, purché lo stesso sia in possesso delle necessarie qualifiche, abilitazioni e certificazioni, così come è possibile indicare per la stessa prestazione più di un soggetto responsabile, fermo restando che, in tal caso, prima della stipula del contratto, dovrà essere indicato il soggetto referente nei confronti della stazione appaltante»;

CONSIDERATO che al punto 5.2.1 dell'Allegato 1 della D.G.R. 7 agosto 2020, n. 1304 (recante "Certificazione di sostenibilità degli edifici a destinazione residenziale e non residenziale ai sensi dell'art. 9 della legge regionale 10 giugno 2008, n. 13 "Norme per l'abitare sostenibile". Aggiornamento delle procedure del Sistema di Valutazione Protocollo ITACA PUGLIA e definizione delle procedure per l'effettuazione dei controlli e l'irrogazione delle sanzioni") è previsto che «*Il progettista dell'intervento nella fase preliminare, alla consegna degli elaborati al competente ufficio, dovrà definire tutte le scelte progettuali attinenti alla sostenibilità ambientale ed in particolare:*



- *le agevolazioni previste dalla Legge Regionale 10 giugno 2008, n. 13 o da altre norme;*
- *la collocazione negli elaborati di progetto (grafici, scheda urbanistica e relazioni) delle volumetrie oggetto di premialità. La volumetria oggetto di premialità dovrà essere chiaramente definita ed accorpata al fine di individuare un elemento indipendente (quale, a titolo esemplificativo, un'unità immobiliare, un ambiente o una stanza);*
- *effettua una prevalutazione della sostenibilità dell'edificio e predispone tutta la documentazione necessaria al Certificatore di Sostenibilità Ambientale per la redazione degli elaborati di cui ai successivi punti da a) a c)»;*

RITENUTO, alla luce di tutta la documentazione di gara depositata in atti, delle argomentazioni della Stazione appaltante e delle parti resistenti e sulla base di una interpretazione razionale, ragionevole e logica delle disposizioni della *lex specialis* di gara, che la tesi sostenuta dalla parte istante sia priva di fondamento: la circostanza che nella struttura operativa minima dell'operatore economico partecipante sia richiesta la presenza, tra gli altri, anche di *"1 professionista con qualifica di Certificatore della Sostenibilità Ambientale del progetto secondo il protocollo ITACA_Puglia accreditato secondo sistema dei soggetti abilitati al rilascio dei certificati di sostenibilità ambientale degli edifici, ai sensi dell'art. 9 della L.R. 13/2008, di cui alla D.G.R. n. 2751 del 14.12.2012"*, lungi dal costituire la prova che i due raggruppamenti controinteressati abbiano indicato il soggetto che poi provvederà a rilasciare suddetta certificazione di sostenibilità ambientale (che si assume essere, in entrambi i casi, ovviamente, incompatibile con il doppio ruolo di progettista concorrente e professionista certificatore), rappresenta unicamente una figura professionale la cui presenza nella compagine del soggetto che partecipa alla gara è diretta conseguenza dell'applicazione delle disposizioni normative di riferimento più sopra menzionate e riportate per estratto;

RITENUTO, quindi, che la conclusione secondo cui *"La richiesta puntuale e specifica dell'indicazione del nominativo del Certificatore, invece, deriva con ogni evidenza dalla necessità che detto soggetto sia il professionista che dovrà materialmente emettere la certificazione stessa"*, anche in considerazione del



fatto che nessun atto di gara prevede, tra le prestazioni del futuro aggiudicatario, anche il rilascio della certificazione di sostenibilità degli edifici in discussione (né se ne rinviene traccia nel Quadro Economico, nel Cronoprogramma o nello Schema di contratto), appare destituita di fondamento;

RITENUTO, d'altra parte, che la pur indiscutibile ed evidente incumulabilità del doppio ruolo di partecipante alla gara e di certificatore dell'opera a beneficio dell'Amministrazione committente (principio talmente chiaro e ovvio che difficilmente gli operatori economici sarebbero incorsi scientemente in un tale errore), non potendo qualificarsi come un requisito di partecipazione richiesto a pena di esclusione, avrebbe comunque determinato la necessità da parte della Stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 101 del Codice, non incidendo né sull'offerta tecnica, né tantomeno sull'offerta economica;

CONSIDERATO, in merito alla seconda doglianza, con la quale la parte istante lamenta il fatto che nella documentazione di gara del raggruppamento aggiudicatario mancherebbe la dichiarazione con la quale i progettisti avrebbero dovuto dichiarare le parti del servizio di progettazione che ciascun componente avrebbe svolto e quali sarebbero stati gli specifici sub-raggruppamenti per ciascuna categoria di progettazione, che il punto 11 della Lettera di invito, al riguardo, prevedeva che *«Il sub-raggruppamento temporaneo relativo alla progettazione dovrà indicare: la tipologia di raggruppamento (verticale, orizzontale, ecc.), le prestazioni progettuali assunte da ciascun operatore economico partecipante al subraggruppamento, l'impegno ad uniformarsi alla normativa sui raggruppamenti e l'impegno a conferire mandato collettivo al capogruppo del sub-raggruppamento e, tramite esso, alla mandataria del concorrente (impresa di costruzioni). Il medesimo progettista, "indicato" o "associato", non potrà essere designato da più di un concorrente, pena l'esclusione dei concorrenti stessi»* e al punto 17 si stabiliva che *«I soggetti incaricati della progettazione "indicati" o "associati" (compreso lo "staff tecnico interno" dell'impresa in possesso di attestazione SOA per progettazione e costruzione) devono possedere il requisito minimo di*



capacità tecnica e professionale riportato nella tabella sottostante, con riferimento all'art. 10 del d.Lgs 36/2023 [...]. Il requisito dei servizi di progettazione svolti di cui al punto 17, nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo "orizzontale", deve essere posseduto nel complesso dal raggruppamento, sia dalla mandataria, in misura maggioritaria, sia dalle mandanti. Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo "verticale" ciascun componente del raggruppamento deve possedere il requisito di cui al punto 17 in relazione alle prestazioni che intende eseguire, fermo restando che la mandataria deve possedere il requisito relativo alla prestazione principale»;

CONSIDERATO quanto previsto dall'art. 68, comma 11 del Codice, secondo il quale *«I raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell'allegato II.12»;*

CONSIDERATO che il raggruppamento aggiudicatario ha dichiarato, in relazione al sub-raggruppamento incaricato della progettazione, la divisione del servizio nelle seguenti percentuali: SIB Studio di Ingegneria Bello Srl (mandataria) 55%, Ing. Alessandro Rizzo (mandante) 43%, Arch. Matteo Mazzamurro (mandante) 2%, senza altro aggiungere;

RILEVATO che dalla dichiarazione dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, nonché dalla dichiarazione relativa al "gruppo di lavoro e figure minime" emerge che la mandataria del sub-raggruppamento misto SIB Studio di Ingegneria Bello possiede il 100% dei requisiti tecnico-professionali richiesti per la partecipazione alla gara in esame, mentre le mandanti hanno prodotto documentazione a comprova del possesso dei requisiti tecnico-professionali in relazione alle quote di partecipazione;



CONSIDERATO che secondo giurisprudenza ormai consolidata esiste una sostanziale differenza tra requisiti di qualificazione (ossia i requisiti di idoneità professionale, di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, che attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all'aggiudicazione del lavoro, della fornitura o del servizio in gara e riguardano un aspetto essenziale per la valutazione delle potenzialità o meglio della capacità del concorrente di realizzare quanto eventualmente aggiudicatogli), quota di partecipazione (che rappresenta la percentuale di "presenza" della singola impresa all'interno del raggruppamento con riflessi, sia sulla responsabilità del componente del raggruppamento temporaneo di imprese nei confronti della Stazione appaltante, sia sulla misura di partecipazione agli utili derivanti dalla esecuzione dell'appalto) e quota di esecuzione (ossia la parte di lavoro, di servizio o di fornitura che verrà effettivamente realizzato da ciascuna dell'impresе costituenti il raggruppamento nel caso di affidamento) e che nelle dichiarazioni presentate dal sub-raggruppamento in questione mancherebbe l'esatta e partita indicazione di tali elementi;

RITENUTO che nel caso di specie siffatta indicazione, pur formalmente mancante, è agevolmente ricavabile dalla tipologia specifica di raggruppamento professionale, atteso che esso si attegga a RTP verticale con riferimento al mandante Arch. Matteo Mazzamurro e come sub-raggruppamento orizzontale con riferimento alla mandataria SIB Studio di Ingegneria Bello Srl e all'altro mandante Ing. Alessandro Rizzo; con la conseguenza che, esattamente in conformità alle previsioni di legge e della *lex specialis*, mentre per il raggruppamento temporaneo "orizzontale" la dichiarazione circa la percentuale di servizio (di progettazione) che sarà eseguito è sufficiente a indicare, in assenza di ulteriori specificazioni, tanto la quota di partecipazione al sub-raggruppamento quanto la quota di esecuzione (che nel caso di specie devono considerarsi evidentemente coincidenti) e rispetto alle quali non c'è dubbio che sia la mandataria che il mandante Ing. Rizzo posseggano cumulativamente tutti i requisiti di partecipazione prescritti, per la parte ("verticale"), invece, concernente la partecipazione dell'Arch. Mazzamurro, il quale si occupa della sola fase esecutiva riguardante la gestione del BIM (Building Information Modeling), il cui peso è stato indicato



nella misura complessiva del 2% rispetto all'intero servizio di progettazione, non emerge la necessità di altre informazioni o requisiti, se non quelli, comunque forniti, inerenti ai titoli abilitativi per operare nell'ambito del BIM;

RITENUTO, in ogni caso, che laddove la Stazione appaltante fosse stata incerta riguardo alla corretta applicazione delle disposizioni di legge o della *lex specialis* da parte del raggruppamento di professionisti in questione, sarebbe potuta ricorrere, anche in questo caso, all'attivazione del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 101, comma 3, che – anche secondo la più recente giurisprudenza – *«recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale – abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque modifica»* (v. Consiglio di Stato, sez. V, 20.03.2024 n. 2688 e, più specificamente, Consiglio di Stato, sez. V, 26.01.2024 n. 820 per il quale nell'ambito di un raggruppamento temporaneo di imprese, la dichiarazione sulla ripartizione delle quote di esecuzione dei lavori per categorie può essere oggetto di soccorso procedimentale quando espressamente previsto dal disciplinare di gara. Tale previsione della *lex specialis* è legittima in quanto la stazione appaltante può regolare un adempimento posto nel suo esclusivo interesse, consentendo l'integrazione dichiarativa a sua richiesta, purché il RTI sia complessivamente in possesso dei requisiti di qualificazione e abbia già indicato le quote di partecipazione riferite all'insieme delle categorie dei lavori);

RITENUTO che tali considerazioni valgono a respingere anche l'ulteriore contestazione della società istante relativa all'asserita assenza della dichiarazione sul possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 17 del disciplinare da parte dei mandanti e non solo della mandataria SIB Studio di Ingegneria Bello, atteso che essa si fonda sul presupposto della



verticalità del raggruppamento e sulle disposizioni di *lex specialis* riguardanti questi casi; presupposto, tuttavia, la cui fondatezza – come visto – non trova riscontri sostanziali nella complessiva documentazione di gara versata in atti;

CONSIDERATO, in merito al terzo motivo di doglianza dell'istante, riferito alla circostanza dell'asserita situazione di conflitto di interessi in cui, ai sensi dell'art. 16 del Codice, verserebbe il progettista Ing. Rizzo in qualità di professionista che ha predisposto il PFTE posto a base di gara e, contemporaneamente, di mandante del sub-raggruppamento incaricato dal RTI aggiudicatario della fase di progettazione dell'appalto in esame, che – trattandosi di uno tra i motivi di ricorso che la Leo Construction Srl ha presentato al TAR Puglia contro l'aggiudicazione al RTI CONSCOOP - AR.CO. Srl – deve ritenersi improcedibile in questa sede ai sensi dell'art. 7, comma 3, lett. b) del Regolamento di precontenzioso, come già più sopra esplicitato;

CONSIDERATO, relativamente all'ultima doglianza, espressa nei confronti del solo raggruppamento secondo classificato, *«per violazione e falsa applicazione dell'art. 119 del D.Lgs. n. 36/2023 e per violazione e falsa applicazione degli artt. 11 e 12 del disciplinare di gara»* poiché *«nessun componente possiede il requisito della certificazione SOA OG11 classifica IV come richiesto dal bando»*, che ai sensi dell'art. 30, comma 1 dell'Allegato II.12 del Codice *«Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente»*;

CONSIDERATO, altresì, che la *lex specialis*, relativamente alla dimostrazione del possesso della necessaria qualificazione SOA per l'esecuzione delle opere oggetto di appalto, prevedeva dell'importo totale a base d'asta soggetto a ribasso, pari a euro 7.000.000,00, il possesso della SOA OG1 classifica V per l'importo di euro 4.709.938,84 e il possesso della categoria OG11 classifica IV per l'importo di euro 2.290.065,16, specificando, successivamente, che *«La*



categoria prevalente OG1 è subappaltabile entro il limite massimo di cui all'art. 119 del D.lgs. n. 36/2023 e i limiti indicati nella tabella soprariportata, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 119 citato. È ammesso avvalimento. La categoria OG11 è scorporabile ed è super specialistica (SIOS). Essa è subappaltabile al 100%, fermo restando il limite del 50% dell'intero importo contrattuale. Non è ammesso avvalimento»;

CONSIDERATO che per quanto risulta in atti la Leo Construction Srl è ricorsa all'avvalimento della Leo Construction Spa per il requisito relativo al possesso della SOA categoria OG1, classifica V (prevalente), mentre per quanto riguarda la OG11, classifica IV (scorporabile), ha dichiarato (siccome in possesso della sola OG11 in classifica I) di eseguire in proprio il 10% dei lavori in tale categoria e di ricorrere quindi al subappalto per il restante 90% "ad impresa in possesso di relativa categoria e classifica";

CONSIDERATO che la questione controversa, così come prospettata dalla società istante, attiene alla circostanza che «*nel DGUE l'impresa ha dichiarato solo che intende subappaltare il 90% dei lavori OG11, senza null'altro precisare*», ciò inducendo l'istante stesso a concludere nel senso che «*si tratta dunque un subappalto c.d. facoltativo, che non integra i requisiti del c.d. subappalto necessario e non consente pertanto la partecipazione al concorrente*», con la conseguenza che in questa sede appare dirimente per le sorti della specifica contestazione in esame stabilire se la dichiarazione effettuata dalla Leo Construction Srl nel DGUE sia sufficiente ad integrare le condizioni minime affinché i requisiti richiesti per la partecipazione possano considerarsi soddisfatti;

RILEVATO che per dare risposta a tale quesito appare dirimente riportare diffusamente una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato, che, chiamato ad esprimersi sulla medesima questione oggetto di controversia, ha stabilito chiarito che «*Si ripropone dunque in questa sede una questione di ordine generale, che ha visto interpretazioni giurisprudenziali non sempre totalmente omogenee, concernente la necessità o meno di un onere di forma speciale per la dichiarazione del subappalto necessario.*

Osserva il Collegio che, a fronte di una documentazione di gara (domanda di partecipazione o DGUE) che non contiene la previsione di un'apposita



dichiarazione sul ricorso al c.d. subappalto necessario, deve ritenersi a questo fine sufficiente la compilazione del riquadro del DGUE dedicato al subappalto, nel quale è indicata la volontà dell'operatore di subappaltare i lavori di qualificazione necessaria, con l'indicazione delle relative categorie.

Tale soluzione è coerente non solo con la dichiarazione resa in sede di DGUE (inequivocabilmente evocativa del ricorso al subappalto necessario per la categoria scorporabile) dalla società appellante, ma anche con il principio del favor participationis, che verrebbe vulnerato da una lettura, eccessivamente formalistica, tale da portare all'esclusione dalla gara in assenza di una causa esplicitata, in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr art. 10, comma 2, del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs 31 marzo 2023, n. 36), e, comunque, all'applicazione di una sanzione sproporzionata e ingiusta rispetto a una dichiarazione sostanzialmente presente nella domanda di partecipazione (in termini Cons. Stato, VII, 6 giugno 2023, n. 5545). Tale è anche l'indirizzo condiviso da alcune pronunce della Sezione (Cons. Stato, V, 22 febbraio 2024, n. 1793; V, 21 febbraio 2024, n. 1743; V, ord. 24 novembre 2023, n. 4736), volte a valorizzare l'effettiva volontà dell'operatore economico, quale desumibile dagli atti di gara, senza che occorra una dichiarazione formalmente differenziata da quella che vale anche per il subappalto semplice, non necessario.

2.1. - La diversa opinione espressa da alcune sentenze della Sezione, pur nella serietà degli argomenti che pongono a proprio fondamento (ad esempio, Cons. Stato, V, 28 maggio 2024, n. 4724), si traduce, in definitiva, nell'affermazione che non occorre l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di offerta (ciò è stato chiarito da Cons Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9), ma si impone una specifica dichiarazione che non coincide con quella generale inerente l'intenzione di subappaltare una parte di lavori, servizi o forniture (caratterizzante il subappalto facoltativo).

Detto in altri termini, tale indirizzo giurisprudenziale assume che, con riguardo al subappalto necessario, la dichiarazione resa dal concorrente, attraverso la compilazione del modello DGUE, sarebbe inidonea a colmare il difetto dei requisiti per le categorie a qualificazione obbligatoria.



Ma tale assunto non appare al Collegio, all'esito di ulteriore approfondimento (rispetto anche a quanto deciso in fase cautelare), convincente, in assenza di una norma che espressamente lo preveda. Infatti il subappalto "necessario", che tale è in quanto l'affidamento (ad un soggetto dotato delle pertinenti qualificazioni) dell'esecuzione delle lavorazioni riconducibili alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria è imposto dal difetto di qualifica del concorrente ad eseguire quel tipo di prestazioni, si differenzia dal punto di vista funzionale dal subappalto facoltativo, ma non nella natura giuridica. Conseguentemente, non può postularsene, in assenza di una previsione normativa, un differente regime giuridico (anche sotto il profilo della forma della dichiarazione), essendo sufficiente che il concorrente dia espressa indicazione della volontà di ricorrere al subappalto per qualificarsi (e cioè per supplire al requisito di qualificazione mancante).

Tale onere dichiarativo, nella fattispecie controversa, deve ritenersi essere stato assolto dalla PF Costruzioni, che, nel DGUE, ha dichiarato di essere sprovvista della propria SOA (barrando la casella "no" alla relativa richiesta) e ha quindi espressamente dichiarato che si sarebbe avvalsa del subappalto per "tutte le lavorazioni nei limiti consentiti dalla legge", specificando ancora espressamente, con l'inciso "OG11 al 100%", di voler subappaltare integralmente la sola categoria scorporabile OG11 [...]. E' altresì noto che la disciplina in materia di subappalto non richiede l'indicazione preventiva delle imprese subappaltatrici; la terna di subappaltatori era inizialmente prevista dall'art. 105, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, ma poi tale disposizione è stata sospesa, e il nuovo codice (art. 119 del d.lgs. n. 36 del 2023) non la contempla più. La stazione appaltante viene dunque a conoscere il subappaltatore al momento della trasmissione, da parte dell'aggiudicatario, del subcontratto (almeno venti giorni prima dell'inizio dell'esecuzione delle prestazioni).

L'assunto di parte appellata porterebbe all'assimilazione della disciplina del subappalto necessario con quella dell'avvalimento, ma si tratta di soluzione che nega le differenze strutturali tra i due istituti, in quanto il subappalto si colloca a valle del contratto di appalto, mentre l'avvalimento produce i suoi effetti ai fini della partecipazione alla gara.



E' pur vero dunque che vi è una vicinanza "funzionale" tra subappalto necessario e avvalimento e che, in generale, in applicazione proprio del diritto europeo, si sono attenuati i tratti distintivi tra i due istituti (non esiste più il limite della quota subappaltabile e si è esteso il regime della responsabilità solidale), ma rimane la diversa "collocazione" del subappalto e dell'avvalimento e la differente natura giuridica dei due contratti» (così CdS, Sez. V, 12.11.2024, n. 9051, ma v. in tal senso anche TAR Liguria, 9.12.2024, n. 850 il approfondisce ed estende il tema anche alla possibilità di soccorso istruttorio sostenendo che «Per quanto concerne la "riserva" di subappaltare le opere, contenuta nella dichiarazione presentata nel caso in esame, è vero che tale formula indica normalmente il subappalto facoltativo, ma, proprio per la mancanza di oneri formali e per l'unicità del regime giuridico dell'istituto, non può a priori escludersi che essa investa anche il subappalto necessario. E allora, secondo l'interpretazione orientata al risultato, deve ritenersi che il concorrente possa porre rimedio all'ambiguità di siffatta espressione mediante chiarimenti nella fase di soccorso istruttorio (sulla possibilità di spiegare il significato di una dichiarazione di subappalto formulata in modo dubbio cfr., in generale, Cons. St., sez. V, 14 giugno 2024, n. 5351). Infatti, la dichiarazione in contestazione contiene comunque il riferimento al subappalto, che è lo strumento con cui la cordata ricorrente può partecipare alla procedura: sicché l'esclusione sarebbe una conseguenza spropositata e, a ben vedere, contraria allo scopo della gara pubblica di appalto, id est assicurare all'Amministrazione e, in ultima analisi, alla collettività le opere, i servizi ed i prodotti che risultino migliori e più convenienti grazie ad una selezione condotta nel più ampio confronto concorrenziale possibile»);

RITENUTO che tale più recente orientamento interpretativo, che risente di una impostazione meno formalistica, agevolata dalla definitiva positivizzazione e, quindi, valorizzazione da parte del legislatore di principi fondamentali in materia di appalti pubblici (quali, principalmente, il principio del risultato e il principio della fiducia) sia da privilegiare rispetto alla rigidità della giurisprudenza formatasi sotto il vigore dei precedenti Codici e che i precedenti pareri dell'Autorità (come, da ultimo, la Delibera n. 278 del 5 giugno 2024), favorevoli alla tesi sostenuta dalla parte istante, devono ritenersi attualmente



superati in quanto inevitabilmente condizionati dal diverso approccio esegetico, invalso anche a livello giurisprudenziale, in cui l'elemento formalistico si poneva spesso in una posizione di superiorità assiologica rispetto al fine perseguito dall'azione amministrativa concreta, generando talvolta effetti paradossali e illogici, come – appunto – nel caso in questione, quello di valorizzare ai fini espulsivi la tipologia di dichiarazione effettuata in merito al subappalto e non la volontà effettiva del dichiarante, che, se non già rilevabile dalla complessiva documentazione presentata in fase di richiesta di partecipazione alla gara, avrebbe potuto essere comunque accertata a seguito di soccorso istruttorio;

RITENUTO, in definitiva, che il possesso dei requisiti speciali economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente OG1, attraverso il menzionato ricorso all'avvalimento, consente alla Leo Construction Srl di subappaltare, per la parte non eseguita in proprio, la categoria scorporabile OG11 a impresa qualificata (risultando per ciò sufficiente la dichiarazione presentata in fase di offerta di voler ricorrere al subappalto per l'esecuzione della parte di opere in OG11 non coperte dalla classifica posseduta dalla stessa Leo Construction) e ritenuto, pertanto, priva di fondamento la contestazione sul punto prospettata dalla società istante;

RITENUTO, quindi, di respingere nel merito tutte doglianze prospettate nell'istanza di parere in oggetto in quanto infondate e che perciò la procedura di gara *de qua* e l'esito della stessa, in base alla documentazione acquisita al fascicolo istruttorio, non presenta i denunciati profili di illegittimità,

Il Consiglio

ritiene, sulla base di tutte le motivazioni che precedono e limitatamente alle questioni esaminate che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alle disposizioni normative e di *lex specialis* relative ai servizi di progettazione, ai raggruppamenti temporanei di imprese, ai raggruppamenti temporanei di professionisti, al possesso della qualificazione SOA per l'esecuzione delle opere



oggetto di affidamento e al subappalto ai sensi, rispettivamente, degli artt. 44, 66, 68, 100, comma 4, 119 e Allegato II.12 del d.lgs. n. 50/2016.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 marzo 2025
Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente