

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 1226 del 14 febbraio 2025

Appalto integrato – Sostituzione del progettista indicato dopo l’aggiudicazione – Esclusione dalla gara – Legittimità

Publicato il 14/02/2025

N. 01226/2025REG.PROV.COLL.

N. 09252/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9252 del 2024, proposto da (...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

contro

Provincia di (...), Responsabile del Servizio S.U.A. e Gare della Provincia di (...), Commissione Nominata per L'Espletamento della Gara (...), non costituiti in giudizio;

Ministero (...), Ministero (...), Ministero (...), in persona dei rispettivi Ministri *pro tempore*, rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, sono elettivamente domiciliati;

nei confronti

(...), non costituita in giudizio;

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio *pro tempore*, nonché Ministero (...), in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, sono elettivamente domiciliati;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 1605/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero (...), della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero (...), del Ministero (...) e del Ministero (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 febbraio 2025 il Cons. Francesca Picardi e udito per le parti l'avvocato (...), in sostituzione dell'avvocato (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società (...) è stata esclusa dalla procedura negoziata per l'“*affidamento congiunto della progettazione definitiva, esecutiva e della realizzazione dei lavori di costruzione della palestra a servizio delle sedi succursali degli Istituti di Istruzione Superiore A. Galizia, G.B. Vico e G. Marconi in Nocera Inferiore (SA) - PNRR – M4C1 – I1.3*”, indetta dalla Provincia di (...), di importo complessivo pari a euro 1.756.614,12 e da aggiudicare sulla base del criterio del prezzo più basso, in quanto ha indicato, per le prestazioni di progettazione, un costituendo RTP, la cui capogruppo (...) sarebbe ricorso all'avvalimento per il soddisfacimento dei requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti dal par. 7.1.3 della lettera di invito, in violazione dei parr. 7.1 e 8 della medesima lettera di invito.

2. La società ha impugnato il provvedimento di esclusione, deducendo, con un unico e articolato motivo di ricorso, che il progettista “indicato” può essere sostituito, anche alla luce degli artt. 97 e 104 del d.lgs. n. 36 del 2032, in quanto professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo, non qualificabile né come concorrente né come operatore economico, senza che ciò comporti alcuna modifica sostanziale dell’offerta, considerato il valore della progettazione (minimo rispetto all’importo complessivo dell’appalto), il termine esiguo per la sua realizzazione e la mancata individuazione le prestazioni principali, mentre, nel caso di specie, non è stato attivato il soccorso istruttorio.

3. Nel corso del giudizio di primo grado: sono stati proposti motivi aggiunti avverso il provvedimento di rigetto dell’istanza di annullamento in autotutela dell’esclusione ed avverso il provvedimento di aggiudicazione in favore della ditta (...), comunicata alla ricorrente solo il successivo 9 febbraio 2024, sebbene adottata il 22 dicembre 2023; sono stati respinti la domanda cautelare e l’appello proposto avverso tale provvedimento.

4. Il ricorso è stato rigettato in primo grado.

Il T.a.r., previa integrazione del contraddittorio, premessa l’applicazione del d.lgs. n. 36 del 2023 alla procedura in esame, avviata dopo la sua entrata in vigore, stante la non attinenza dei profili controversi alle specifiche disposizioni di cui al d.l. n. 77 del 2021, conv. in legge n. 108 del 2021, ha valutato come intempestiva la sostituzione, effettuata dalla concorrente, del progettista esterno indicato, privo dei requisiti speciali necessari, in quanto intervenuta in data 17 gennaio 2024, successivamente all’aggiudicazione del 22 dicembre 2023, nonostante la conoscenza della causa di esclusione già in data 19 dicembre 2023.

A tale conclusione il giudice di primo grado è pervenuto dopo aver espresso dubbi sulla possibilità di sostituire il progettista indicato privo dei requisiti generali o speciali di partecipazione alla luce di diversi orientamenti giurisprudenziali (più precisamente dell’orientamento che ammette sempre la sostituzione del progettista

meramente indicato, escludendo che ciò si traduca in una modifica sostanziale dell'offerta, e di quello che, al contrario, l'ammette solo ove ciò non si traduca in una modifica sostanziale dell'offerta): nella sentenza si legge testualmente *“anche a voler ammettere la sostituzione del progettista indicato privo dei requisiti generali e speciali”*. Si è, inoltre, precisato che *“nell'ambito dell'istanza presentata, è stato genericamente dichiarato che il professionista indicato in sostituzione era in possesso dei requisiti prescritti dalla lex specialis [...] senza allegare alcuna autodichiarazione [...] né documentazione”*.

5. Avverso la sentenza di rigetto di primo grado la ricorrente ha proposto appello, formulando tre motivi di gravame:

1) la violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., 57 e 63 della direttiva 2014/14/UE, 1, 44, 90, 97, 101 e 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, oltre all'eccesso di potere (con riferimento al principio del risultato, di ragionevolezza, di proporzionalità, di massima partecipazione negli appalti, ed all'erroneità, anche del presupposto, irrazionalità, travisamento), considerata l'impossibilità, nel caso di specie, di rispettare il termine della data della aggiudicazione – intervenuta solo 3 giorni dopo l'esclusione e, peraltro, non comunicata alla concorrente e non pubblicata sull'albo pretorio;

2) la violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., 57 e 63 della direttiva 2014/14/UE, 1, 44, 90, 97, 101 e 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, 112 e 34 c.p.a., oltre all'eccesso di potere (con riferimento al principio del risultato, di ragionevolezza, di proporzionalità, di massima partecipazione negli appalti, ed all'erroneità, anche del presupposto, irrazionalità, travisamento), avendo la sentenza valorizzato la mancata produzione della documentazione comprovante il requisito e, cioè, un'argomentazione estranea ai provvedimenti impugnati ed introdotta solo in corso di giudizio);

3) la violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., 57 e 63 della direttiva 2014/14/UE, 1, 44, 90, 97, 101 e 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, artt. 13 e 14 della lettera di invito, oltre all'eccesso di potere (con riferimento al principio del risultato, di

ragionevolezza, di proporzionalità, di massima partecipazione negli appalti, ed all'erroneità, anche del presupposto, irrazionalità, travisamento), non potendo la ricorrente, una volta esclusa, accedere al portale e conseguentemente integrare la documentazione prodotta.

6. Risultano ritualmente evocate in giudizio tutte le parti del giudizio di primo grado tranne il Ministero (...), che, però, si è costituito.

7. All'udienza del 6 febbraio 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato.

2. Il primo motivo ha ad oggetto la ritenuta intempestività, da parte della sentenza impugnata, della sostituzione del progettista esterno indicato (privo dei requisiti di capacità tecnico-professionale, per i quali sarebbe ricorso all'avvalimento in violazione del bando).

2.1. Occorre premettere che, come già evidenziato dal T.a.r., parte ricorrente non ha contestato la legittimità della previsione del bando in base a cui "*in caso di indicazione di progettisti qualificati (soluzione organizzativa di cui alla lettera c del paragrafo 4) non è ammesso il ricorso all'avvalimento*". Del resto, a prescindere da ogni eventuale dubbio circa la persistente operatività, nell'attuale sistema normativo, del principio enunciato da Cons. Stato, Ad. Plen., 9 luglio 2020, n. 13, stante l'assenza di un esplicito divieto di avvalimento a cascata e l'ampia nozione di operatore economico di cui all'art. 1, lett. l, dell'allegato 1 al d.lgs. n. 37 del 2023, l'art. 104, comma 11, del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede la possibilità che, in determinati casi, le stazioni appaltanti possano limitare il ricorso all'avvalimento.

2.2. Il motivo è infondato, atteso che il nuovo codice, pur avendo esteso la possibilità di *self-cleaning* e, più in generale, la possibilità di modificazione soggettiva del concorrente, che oggi può avvenire anche dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta, ha chiaramente previsto, come contrappeso, che "*in nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni*" in ragione dell'adozione delle misure

necessarie da parte del concorrente a superare eventuali preclusioni alla partecipazione alla gara (così gli art. 94, comma 2, e 96, comma 5). Gli artt. 94, comma 2, e 96, comma 5, del d.lgs. n. 36 del 2023, essendo funzionali al risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività, sono espressione di una regola generale e, cioè del principio del risultato, sicché il limite temporale dell'aggiudicazione deve ritenersi applicabile a tutte le ipotesi in cui è consentito ad un concorrente, incorso in una situazione escludente, di adottare misure correttive, tra cui la sua modificazione soggettiva o quella di incaricati esterni, al fine di salvaguardare la sua partecipazione.

Né la brevità del lasso temporale intercorso tra l'intervenuta esclusione e l'aggiudicazione o la mancata conoscenza, da parte del concorrente escluso, dell'aggiudicazione sono circostanze che possono assumere rilevanza e comportare lo slittamento di tale limite temporale, che, come già evidenziato, è desumibile sistematicamente, alla luce del combinato disposto degli artt. 1, 4, 94, comma 2, e 96, comma 5, del d.lgs. n. 36 del 2023, ed ha carattere oggettivo, non essendo condizionato a circostanze di carattere soggettivo.

In proposito va sottolineato, da un lato, che il limite temporale individuato, essendo strumentale al principio del risultato, non può essere adattato all'esigenza del concorrente di disporre di un lasso temporale adeguato alle sue esigenze e, dall'altro lato, che il principio di auto-responsabilità giustifica pienamente anche termini brevissimi, tenuto conto che è lo stesso concorrente ad essersi posto in situazione escludente.

In definitiva, dal combinato disposto degli artt. 94, comma 2, 96, comma 5, 97, commi 1 e 2, e 104, comma 6, del d.lgs. n. 36 del 2023, interpretati alla luce del principio del risultato, si evince che la sostituzione del progettista indicato, sprovvisto dei requisiti generali o speciali di partecipazione, debba avvenire, a iniziativa dello stesso concorrente (specie nei casi in cui la mancanza di requisiti del detto progettista sia già nota al concorrente e non derivi dai controlli effettuati

dall'amministrazione) ed, in assenza di diverse previsioni del bando, nel limite temporale generale ed inderogabile, costituito dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione, che non può essere per tale ragione dilazionata.

È, pertanto, legittima l'esclusione di un operatore economico da una gara di appalto integrato, indetta per l'affidamento congiunto della progettazione definitiva, esecutiva e della realizzazione dei lavori, che sia motivata con riferimento al fatto che, in aperto contrasto con un quanto prescritto dal bando, il medesimo operatore abbia indicato, per le prestazioni di progettazione, un costituendo R.t.p. la cui capogruppo ha fatto ricorso all'avvalimento per il soddisfacimento dei requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti dalla lettera di invito, allorquando l'operatore economico abbia provveduto alla sostituzione del progettista indicato dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione (in termini Cons. Stato, Sez. V, 9 settembre 2024, n. 7496).

10. Il rigetto del primo motivo di appello comporta l'inammissibilità delle ulteriori censure per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto la riconosciuta intempestività della sostituzione integra una *ratio decidendi* da sola idonea a sorreggere la decisione di rigetto dell'impugnazione dell'esclusione e dei provvedimenti conseguenti, sì che l'eventuale accoglimento degli altri motivi, concernenti l'ulteriore *ratio decidendi* della sentenza (mancata produzione della documentazione a dimostrazione del requisito necessario) non potrebbe, comunque, condurre alla riforma della sentenza impugnata ed all'annullamento del provvedimento di esclusione e di quelle conseguenti. Difatti, qualora la sentenza (o la statuizione) impugnata si fondi su di una pluralità di ragioni, tra loro distinte e autonome, singolarmente idonee a sorreggerla sul piano logico e giuridico, la ritenuta infondatezza delle censure mosse ad una delle *rationes decidendi* rende inammissibili, per sopravvenuto difetto di interesse, le censure relative alle altre ragioni, il cui accoglimento non potrebbe, comunque, condurre alla riforma della decisione, stante la definitività di una delle plurime ed autonome *ratio decidendi*.

Tale principio è collegato all'orientamento giurisprudenziale secondo cui la mancata critica, in sede di appello, anche di una sola delle plurime *rationes decidendi* poste a base del medesimo capo di sentenza oggetto di impugnazione rende inammissibile per carenza d'interesse la censura delle restanti *rationes* se ed in quanto le prime siano di per sé idonee a sorreggere la pronuncia sul punto (v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, 6 aprile 2022, n. 2552 e Cons. giust. amm. Sicilia, 19 febbraio 2021, n. 123; nella giurisprudenza ordinaria, sulla sopravvenuta carenza di interesse in ordine ai motivi sulle ulteriori autonome *rationes decidendi*, all'esito della ritenuta inammissibilità o infondatezza della censura su una di esse, tra le tante: Cass., Sez. 3, 26 febbraio 2024, n. 5102 e Cass., Sez. 5, 11 maggio 2018, n. 11493).

11. Per le esposte considerazioni, l'appello deve essere respinto.

Le spese, nei confronti delle parti costituite, devono essere integralmente compensate, tenuto conto della parziale novità della questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

Respinge l'appello.

Dichiara integralmente compensate le spese di lite tra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Valerio Perotti, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Francesca Picardi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Francesca Picardi

IL PRESIDENTE

Valerio Perotti

IL SEGRETARIO