

TAR Puglia, Sezione Prima, Sentenza n. 186 del 10 febbraio 2025

Appalti integrato – Progettista indicato – Sostituzione – Inammissibile se ha contribuito al conseguimento del punteggio dell'offerta

Publicato il 10/02/2025

N. 00186/2025 REG.PROV.COLL.

N. 00034/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 34 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Consorzio Stabile (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura C.I.G. (...), rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da p.e.c. Registri di Giustizia;

contro

(...), Ministero (...), Ministero (...), (...), in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari, domiciliataria *ex lege* in Bari, via Melo, n. 97;

Ministero (...), Ministero (...), Ministero (...), Ministero (...), (...), Ministero (...), in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

nei confronti

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e

difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da p.e.c. Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in (...);

per l'annullamento

- per quanto riguarda il ricorso introduttivo:
- del Decreto prot. n. 0000495 del 12.12.2023, con cui il Responsabile del procedimento ha escluso l'operatore economico Consorzio Stabile (...) dalla gara "CIG (...) – Palazzo di Giustizia sito in Bari, Piazza Enrico De Nicola: 1) Appalto integrato per progettazione esecutiva compreso il CSP ed esecuzione degli interventi di manutenzione straordinaria ed efficientamento energetico. 2) a) Esecuzione dei lavori di Adeguamento impianti tecnologici alle norme di sicurezza e di prevenzione incendi ed opere edili ancillari. b) Esecuzione interventi di manutenzione straordinaria" e della nota prot. n. 0007766 del 14.12.2023 con cui detta esclusione è stata comunicata alla ricorrente *ex art. 76, co. 5, D.lgs. n. 50/2016*;
- di tutti i verbali di gara, in particolare del Verbale n. 6 del 11.12.2023 con cui si è proceduto all'esclusione del ricorrente Operatore Economico;
- ove occorrer possa, della comunicazione di avvio del procedimento prot. n.7410 del 30.11.2023 e della nota prot. n. 7580 del 06.12.2023;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti, rispetto ai quali ci si riserva sin da ora ricorso per motivi aggiunti;
- e per la condanna dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati e riammissione alla procedura selettiva controversa e conseguente aggiudicazione della commessa a favore dell'odierno ricorrente;
- con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato con il concorrente illegittimo aggiudicatario e subentro nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato *ex art. 122 c.p.a.*;
- e con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente

monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà della odierna ricorrente;

- nonché per l'accertamento, *ex art.* 116, co.2, c.p.a., del diritto di accedere mediante visione ed estrazione di copia agli atti e documenti richiesti dalla Società deducente con istanza di accesso del 15.12.2023 e illegittimamente non ostesi dall'Amministrazione intimata;

- e per la conseguente condanna del Ministero (...) ad esibire, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., tutti gli atti e i documenti richiesti con istanza di accesso in data 15.12.2023 e illegittimamente respinta dall'Amministrazione con nota prot. n. 44 del 03.01.2024;

- per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dal Consorzio Stabile (...) il 15.1.2024:

per l'annullamento, in virtù dell'atto introduttivo,

- del Decreto prot. n. 0000495 del 12.12.2023, con cui il Responsabile del Procedimento ha escluso l'operatore economico Consorzio Stabile (...) dalla gara "CIG (...) – Palazzo di Giustizia sito in Bari, Piazza Enrico De Nicola: 1) Appalto integrato per progettazione esecutiva compreso il CSP ed esecuzione degli interventi di manutenzione straordinaria ed efficientamento energetico. 2) a) Esecuzione dei lavori di Adeguamento impianti tecnologici alle norme di sicurezza e di prevenzione incendi ed opere edili ancillari. b) Esecuzione interventi di manutenzione straordinaria" e della nota prot. n. 0007766 del 14.12.2023 con cui detta esclusione è stata comunicata alla ricorrente *ex art.* 76, co. 5, D.lgs. n. 50/2016;

- di tutti i verbali di gara, in particolare del Verbale n. 6 del 11.12.2023 con cui si è proceduto all'esclusione del ricorrente Operatore Economico;

- ove occorrer possa, della comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 7410 del 30.11.2023 e della nota prot. n. 7580 del 06.12.2023;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti, rispetto ai quali ci si riserva sin da ora ricorso per motivi aggiunti;
- e per la condanna dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati e riammissione alla procedura selettiva controversa e conseguente aggiudicazione della commessa a favore dell'odierno ricorrente;
- con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato con il concorrente illegittimo aggiudicatario e subentro nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato ex art. 122 c.p.a.;
- e con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà della odierna ricorrente;
- nonché per l'accertamento, ex art. 116, co.2, c.p.a., del diritto di accedere mediante visione ed estrazione di copia agli atti e documenti richiesti dalla Società deducente con istanza di accesso del 15.12.2023 e illegittimamente non ostesi dall'Amministrazione intimata;
- e per la conseguente condanna del Ministero (...) ad esibire, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., tutti gli atti e i documenti richiesti con istanza di accesso in data 15.12.2023 e illegittimamente respinta dall'Amministrazione con nota prot. n. 44 del 03.01.2024;
- nonché, in ragione dell'atto di motivi aggiunti, per l'annullamento, per illegittimità derivata, dei medesimi provvedimenti e i verbali impugnati con il ricorso introduttivo, nonché del Decreto prot. n. 0000497 del 13.12.2023, comunicato ex art. 76, co. 5, del D.lgs. 50/2016, con nota prot. n. 7766 del 14.12.2023, nella parte in cui è stata rispettivamente disposta e comunicata l'aggiudicazione definitiva della gara controversa in favore della controinteressata (...) S.p.A.;

- per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da (...) S.p.A. il 12.2.2024, per l'annullamento:
- degli atti impugnati con il ricorso principale e dei provvedimenti con cui il Consorzio (...) è stato ammesso alla gara per l'affidamento dell'appalto integrato oggetto di giudizio e comunque degli atti con cui è stato illegittimamente attribuito al predetto Consorzio un punteggio utile in relazione al criterio di valutazione n. 1, e in particolare:
- degli atti e dei provvedimenti adottati dalla Commissione giudicatrice in relazione al soccorso istruttorio disposto in favore del Consorzio Stabile (...) di cui al verbale n. 2 dell'11.9.2023 (seduta pubblica) e nota prot. n. 5534 del 14.9.2023 a firma del Presidente della Commissione giudicatrice e alla successiva ammissione del Consorzio stesso alla gara di cui al verbale n. 4 del 27.9.2023 (seduta pubblica), unitamente agli atti relativi al subprocedimento di soccorso istruttorio;
- degli atti e provvedimenti relativi alla valutazione dell'offerta tecnica in relazione al criterio n. 1 "realizzazione di opere analoghe all'oggetto di gara" di cui al verbale n. 1 del 9.10.2023 (seduta riservata) e verbale n. 5 del 16.10.2023 (seduta pubblica);
- del verbale n. 5 del 16.10.2023, con cui è stato individuato il Consorzio Stabile (...) quale primo classificato all'esito della valutazione delle offerte dei concorrenti;
- comunque, di tutti i verbali di gara, nessuno escluso delle sedute pubbliche e riservate, nonché di ogni atto presupposto, connesse e consequenziale, ancorché non conosciuto, nei limiti degli interessi della ricorrente incidentale.

Visti il ricorso introduttivo principale, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto il ricorso incidentale;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del (...), del Ministero (...), del Ministero (...) e di (...) e della (...) S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 ottobre 2024 la dott.ssa Maria Luisa

Rotondano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con provvedimento n. 47 del 14 luglio 2023, il (...) si è determinato a indire la procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva compreso il CSP e l'esecuzione degli interventi di manutenzione straordinaria ed efficientamento energetico nonché l'esecuzione dei lavori di adeguamento impianti tecnologici alle norme di sicurezza e di prevenzione incendi ed opere edili ancillari, da eseguirsi presso il Palazzo di Giustizia di Bari, sito in piazza E. De Nicola.

La disciplina applicabile, ai sensi dell'art. 225, comma 8 del decreto legislativo n. 36/2023 e della circolare MIT del 12 luglio 2023, è stata individuata nel decreto legislativo n. 50/2016 e ss.mm.ii..

Entro il termine di scadenza del 6 settembre 2023 sono pervenute tre offerte.

Il Consorzio Stabile (...) ha partecipato alla suddetta procedura, risultando primo graduato, all'esito dell'attivazione del soccorso istruttorio *ex art.* 83 del decreto legislativo n. 50/2016 (si veda in seguito); al secondo posto, si è classificata la società (...) S.p.A. e al terzo la società (...) S.p.A..

Con comunicazione del 17 ottobre 2023, il R.U.P. ha attivato, nei confronti del Consorzio, la procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta (essendo quest'ultima risultata anomala). È stata altresì avviata la verifica del possesso dei requisiti.

Con provvedimento prot. n. 495 del 12 dicembre 2023, comunicato con nota prot. n. 0007766.14.12-2023, all'esito di articolate interlocuzioni e previa comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 7410 del 30 novembre 2023 nonché visti in particolare la nota prot. n. 7580 del 6 dicembre 2023 e il verbale della Commissione n. 6 in data 11 dicembre 2023, il Responsabile del procedimento ha disposto l'esclusione del Consorzio Stabile (...) dalla procedura di gara, stante il mancato possesso del requisito (in quanto non comprovato alla data di scadenza

del termine di presentazione delle offerte fissato al 6 settembre 2023), inerente al fatturato globale minimo per l'anno 2020 per servizi di ingegneria e architettura di cui all'art. 3 lett. vvvv) del decreto legislativo n. 50/2016, espletati nei migliori tre esercizi finanziari dell'ultimo quinquennio antecedente la pubblicazione del bando di gara, per un importo pari ad euro 274.612,98 (di cui all'art. 7.3 del Disciplinare di gara) in capo al progettista indicato in sede di gara - (...) S.r.l..

1.1 - Con il ricorso introduttivo del giudizio, notificato il 5 gennaio 2024 e depositato il 9 gennaio 2024, il Consorzio Stabile (...) (nel prosieguo, anche solo Consorzio ricorrente principale o Consorzio) ha impugnato la propria esclusione dalla procedura di gara in questione, oltre agli ulteriori atti, di cui in epigrafe.

Ha formulato incidentalmente istanza *ex art. 116, comma 2, Cod. proc. amm.*, chiedendo a questo Tribunale l'accertamento del suo diritto di accedere mediante visione ed estrazione di copia agli atti e documenti richiesti dalla Società deducente con istanza di accesso del 15 dicembre 2023 e illegittimamente non ostesi dall'Amministrazione intimata e la conseguente condanna dell'Amministrazione a esibire, ai sensi dell'art. 116, comma 2, Cod. proc. amm., tutti gli atti e i documenti richiesti con l'istanza di accesso in data 15 dicembre 2023, respinta dall'Amministrazione con la succitata nota prot. n.44 del 3 gennaio 2024.

A sostegno del ricorso ha formulato le seguenti censure, così rubricate:

1) Violazione e/o falsa applicazione di legge (art. 86, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016). Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis (art. 7.3.1 del disciplinare di gara). Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria. Manifesta irragionevolezza. Violazione del principio di proporzionalità.

1.2 - Con decreto prot. n. 0000497 del 13 dicembre 2023, comunicato con nota prot. n. 7766 del 14 dicembre 2023, il (...) ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto all'operatore economico (...) S.p.A., secondo graduato.

1.3 - Si è costituita in giudizio la società (...) S.p.A. (di seguito, anche solo Società controinteressata o Società ricorrente incidentale), contestando le avverse pretese e

chiedendo il rigetto del ricorso.

1.4 - Si è costituito in giudizio, per il tramite dell'Avvocatura distrettuale erariale, il (...), contestando le avverse pretese e chiedendo il rigetto del ricorso.

1.5 - Con motivi aggiunti, notificati il 13 gennaio 2024 e depositati il 15 gennaio 2024, il Consorzio Stabile (...) ha - altresì - impugnato, per illegittimità derivata, i medesimi provvedimenti e verbali impugnati con il ricorso introduttivo nonché il decreto prot. n. 0000497 del 13 dicembre 2023, nella parte in cui è stata rispettivamente disposta e comunicata l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della controinteressata (...) S.p.A..

Ha spiegato le seguenti doglianze, così rubricate:

I. Illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore di (...) S.p.aA, in via derivata per i medesimi vizi che inficiano il provvedimento di esclusione del Consorzio Stabile (...). Violazione e/o falsa applicazione di legge (art. 86, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016). Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis (art. 7.3.1 del disciplinare di gara). Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria. Manifesta irragionevolezza. Violazione del principio di proporzionalità.

1.6 - Con ordinanza 29 gennaio 2024, n. 51, questa sezione ha respinto l'istanza cautelare incidentalmente formulata dal Consorzio, con la seguente motivazione:

Ritenuto che, sotto il profilo del fumus, non si ravvisano in modo chiaro e immediato apprezzabili elementi di giudizio a suffragio della tesi attorea, la quale richiede comunque un approfondimento - mediante riscontro delle risultanze contabili e della relativa adeguatezza - incompatibile con la cognizione sommaria della sede cautelare, e rilevato altresì che il coinvolgimento nella formulazione dell'offerta - e conseguentemente nella relativa valutazione - della società (...) non sembra consentirne la sostituzione;

Considerato che, nel caso di specie, trova applicazione la previsione di cui all'art. 48, comma 4, del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 (come modificata, da ultimo, dall'art.12-bis, comma 7, del decreto legge 16 giugno 2022, n. 68, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 agosto 2022, n. 108), il quale dispone l'applicazione, per le procedure relative ad interventi finanziati in tutto o

in parte con le risorse del P.N.R.R., delle regole di cui all'art. 125 Cod. proc. amm.;

Ritenuto, dunque, che sul piano del periculum in mora, il pregiudizio lamentato dalla Società ricorrente risulta recessivo rispetto alla speditezza della procedura, ai sensi dell'art. 48, comma 4, del decreto legge n. 77/2021 e ss.mm.ii., avuto riguardo alla realizzazione degli obiettivi e al rispetto dei tempi di attuazione del P.N.R.R. (T.A.R. Puglia, Bari, sezione prima, ordinanza cautelare 15 dicembre 2023, n. 526 e giurisprudenza ivi citata - Cons. Stato, sez. VII, ord. caut. n. 2198 del 31 maggio 2023; Cons. Stato, sez. VI, ord. caut. n. 4832 del 7 ottobre 2022);

Ritenuto, altresì, che nel bilanciamento dei contrapposti interessi e tenuto conto della natura delle esigenze cautelari rappresentate, occorre conferire prevalenza all'interesse pubblico alla realizzazione delle opere, tenuto altresì conto del fatto che il contrapposto interesse privato dedotto in giudizio dalla Società ricorrente risulta, almeno in via astratta, sempre suscettibile di essere ristorato in via risarcitoria (T.A.R. Puglia, Bari, sezione prima, ordinanza cautelare 15 dicembre 2023, n. 526 e giurisprudenza ivi citata - Cons. Stato, sez. IV, ord. caut. n. 3145 del 29 luglio 2016), il che ne avvalorava, in sede cautelare, il carattere recessivo rispetto agli interessi pubblici correlati alla realizzazione delle opere pubbliche in questione, per le quali peraltro risulta avvenuta in data 3 gennaio 2024 la consegna di urgenza (con termine per l'esecuzione delle prestazioni di progettazione al 24 marzo 2024);

Rilevato che il mancato rispetto della tempistica prevista, comportando la perdita del finanziamento, escluderebbe anche per la Società ricorrente la possibilità di ottenere tutela (perché neppure essa potrebbe più realizzare in futuro le opere pubbliche in questione - T.A.R. Puglia, Bari, sezione prima, ordinanza cautelare 15 dicembre 2023, n. 526).

1.7 - La società controinteressata aggiudicataria (...) S.p.A. ha presentato ricorso incidentale, notificato il 1° febbraio 2024 e depositato il 12 febbraio 2024.

Ha formulato le seguenti doglianze, così rubricate:

1.- Violazione dell'art. 83, co. 9, d. l.vo n. 50/2016. Violazione dell'art. 14 del disciplinare di gara. Violazione degli artt. 1 e 3, l. n. 241/1990. Violazione del principio della par condicio e falsa applicazione del principio della massima partecipazione. Eccesso di potere per erronea

presupposizione, difetto di istruttoria, contraddittorietà, travisamento, illogicità manifesta, disparità di trattamento;

2.- *Violazione degli artt. 94, d. lvo n. 50/2016 anche in relazione all'art. 19 del disciplinare. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, travisamento.*

1.8 - Con ordinanza collegiale 11 giugno 2024, n. 739, questa sezione ha respinto l'istanza *ex art. 116, comma 2, Cod. proc. amm.*.

1.9 - Le parti hanno successivamente svolto e ribadito le rispettive difese.

1.10 - In particolare, con la memoria difensiva *ex art. 73 Cod. proc. amm.* Del 16 settembre 2024, il Consorzio ricorrente principale, premessa l'intervenuta stipula del contratto e l'impossibilità del risarcimento in forma specifica (cioè dell'affidamento della gara controversa per effetto dell'annullamento del provvedimento di esclusione), trattandosi di appalto finanziato con fondi P.N.R.R., ha dichiarato la persostenza dell'interesse alla decisione del ricorso in epigrafe ai soli fini risarcitori, chiedendo a questo giudice di limitarsi ad accertare se l'atto impugnato sia o meno legittimo, come avrebbe fatto in caso di permanente procedibilità dell'azione di annullamento, ai sensi dell'art. 34, comma 3 Cod. proc. amm. (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 8/2022).

1.11 - All'udienza pubblica del 3 ottobre 2024, la causa è stata introitata per la decisione.

2. - Il ricorso incidentale è fondato, nei sensi di seguito precisati.

Il ricorso introduttivo principale è in parte improcedibile e in parte va respinto, nei sensi in prosieguo illustrati.

I motivi aggiunti al ricorso introduttivo principale sono improcedibili.

3. - Giova premettere che, quanto alla *Capacità economica e finanziaria tecniche e professionali*, l'art. 7.3 del Disciplinare di gara prescrive, per quel che qui rileva, il possesso di un *Fatturato globale minimo annuo per servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'art. 3 lettera vvvv) del Codice espletati nei migliori tre esercizi finanziari nell'ultimo quinquennio antecedente la pubblicazione del bando di gara, per un importo pari ad euro*

274.612,98; tale requisito è richiesto in considerazione dell'entità e della complessità dell'incarico e della necessità di poter selezionare un operatore sul mercato con una capacità economica e finanziaria significativa, indice di affidabilità del soggetto e proporzionata al valore dell'affidamento.

La comprova del requisito è fornita mediante uno dei seguenti documenti:

- per le società di capitali mediante bilanci approvati alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte corredati della nota integrativa.

4. - Orbene, la contestata esclusione è stata disposta all'esito di complesse e articolate sollecitazioni e verifiche effettuate dalla Stazione appaltante nonché dei relativi riscontri del Consorzio - prima a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio e, poi, in sede di verifica dei requisiti (attivata nelle more dello svolgimento del *sub*-procedimento di valutazione della congruità dell'offerta risultata anomala) -, finalizzate a consentire al Consorzio ricorrente principale di chiarire il possesso del requisito del fatturato minimo per l'anno 2020 in capo al progettista (...), che si ritiene opportuno sintetizzare.

In sede di presentazione dell'offerta, il Consorzio Stabile (...) ha indicato quale progettista la società a responsabilità limitata (...) e ha prodotto, relativamente alla suddetta società, il D.G.U.E., in cui, quanto al requisito del fatturato, il legale rappresentante - amministratore unico della Società di progettazione ha dichiarato i fatturati relativamente agli anni 2020-2021-2022, individuando "liberamente" i migliori tre esercizi nel quinquennio di riferimento.

In particolare, è stato dichiarato un fatturato per l'anno 2020 pari a euro 176.280,05, inferiore al prescritto requisito di euro 274.612,98, e sono stati allegati, sebbene non richiesti, i bilanci relativi agli esercizi 2020-2021-2022.

Dal bilancio 2020 prodotto in detta sede, il valore della produzione riportato nel conto economico è pari a euro 217.425,00, valore diverso da quello dichiarato nel D.G.U.E. per la ridetta annualità (euro 176.280,05) e inferiore al requisito richiesto dalla *lex specialis* (euro 274.612,98 per anno).

La Commissione di gara ha attivato il soccorso istruttorio al fine di acquisire chiarimenti ed eventuale documentazione integrativa relativamente al fatturato globale minimo annuo indicato per l'esercizio 2020, risultando questo inferiore al minimo richiesto (verbale n. 2 in data 11 settembre 2023).

In sede di soccorso istruttorio, il Consorzio ha presentato, tra l'altro, documentazione integrativa della (...) (prot. n. 170_23 del 18 settembre 2023), con cui il legale rappresentante/amministratore unico della succitata Società di progettazione ha dichiarato che, *Con riferimento alla capacità economico-finanziaria, così come indicato a pag. 2 del bilancio 2020 (All. 4) il totale attivo della (...) srl è di euro 257.577,00. Inoltre, essendo la (...) anche una scuola di formazione, per l'anno di riferimento precedentemente indicato, bisogna aggiungere euro 40.000 di fatturato, dovuti all'espletamento di corsi di formazione in ambito della sicurezza sul lavoro ai sensi del D.lgs. n. 81/2008 e s.m.i.* È stata fra l'altro allegata la pagina 2 del bilancio 2020, da cui risulta il totale attivo di euro 257.577,00.

Espletata la procedura di gara, le prime due graduate offerte sono risultate anomale, sicchè la Stazione appaltante ha dato corso alla procedura di verifica di anomalia e, nelle more, ha avviato anche la verifica in capo agli operatori economici interessati in ordine al possesso dei requisiti.

In particolare, con nota prot. n. 6412 del 19 ottobre 2023, l'Amministrazione, *nelle more della verifica circa la congruità dell'offerta attivata dal RUP*, ha inteso procedere *a termini dell'art. 85 co. 5 del D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. e come richiamato al par. 21 del disciplinare di gara all'acquisizione, nei confronti degli offerenti, di documentazione complementare, al fine di assicurare il corretto svolgimento della procedura di gara*, ritenendo che, quanto alla società di ingegneria (...) srl *si rende necessario acquisire documentazione a comprova dei requisiti economico-tecnico professionali previsti dal disciplinare di gara; con invito, in particolare, a trasmettere ad integrazione di quanto già prodotto e a seguito di soccorso istruttorio la seguente ulteriore documentazione:*

1) *Circa il fatturato per l'anno 2020, idonea documentazione relativa al fatturato aggiuntivo per*

attività di formazione pari ad euro 40.000,00 come dichiarato in sede di soccorso istruttorio;

2) Circa l'elenco dei servizi di ingegneria indicati nonché i servizi di punta gli attestati di regolare esecuzione degli stessi secondo le modalità indicate nel disciplinare di gara.

In merito si rappresenta che la comprova del requisito per i servizi eseguiti è fornita mediante:

- certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione;

- contratti stipulati con le amministrazioni pubbliche, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse;

- attestazioni rilasciate dal committente privato, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione;

- contratti stipulati con privati, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse.

In riscontro, la società (...) ha trasmesso le fatture relative all'attività di formazione.

Con ulteriore nota in data 7 novembre 2023 (prot. n. 6797), la P.A. ha ulteriormente sollecitato l'invio di *documentazione, già richiesta e non trasmessa, a comprova dei requisiti economici-tecnico professionali previsti dal disciplinare di gara e dichiarati in sede di gara, in particolare del bilancio relativo all'esercizio 2020 corretto e ripresentato dal quale risulti il fatturato effettivo che tenga conto anche del fatturato aggiuntivo in capo alla società per attività di formazione pari ad € 40.000,00 come dichiarato in sede di soccorso istruttorio, specificando che, a termini dell'art. 86 co.4 e dell'allegato XVII parte I del D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., la comprova del requisito richiesto, pari a € 274.612,98 (fatturato globale minimo annuo), deve essere fornita, trattandosi di società di capitali, con i bilanci approvati alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta corredati della nota integrativa, mentre sono state prodotte esclusivamente le fatture relative all'attività.*

Con nota in data 8 novembre 2023, è stata trasmessa ulteriore documentazione integrativa, allegando alla dichiarazione del legale rappresentante della (...) S.r.l., in particolare, *il bilancio relativo all'esercizio 2020, come richiesto, dal quale si può evincere il*

fatturato effettivo che tenga conto anche del fatturato maturato a seguito dell'attività di formazione che, come dichiarato già nel nostro prot. 170-23 del 18/09/2023, è pari a 40.000 euro, nonché talune fatture che risultavano danneggiate. Dal conto economico del bilancio allegato risulta un totale attivo di euro 257.425,00.

Con ulteriore nota prot. n. 7080 del 16 novembre 2023, la Stazione appaltante, rilevato che il bilancio 2020 trasmesso dall'operatore economico con la nota in data 8 novembre 2023 non era corredato da nota di deposito e che il valore della produzione ivi indicato risultava pari a euro 257.425,00 (anziché euro 217.425,00 come risultante dal bilancio prodotto in sede di gara, ma inferiore al fatturato prescritto dal Disciplinare), ha chiesto di trasmettere la dichiarazione I.V.A. della (...) s.r.l., relativa all'esercizio 2020 corredata da ricevuta di presentazione, dalla quale risultasse l'effettivo volume d'affari, al fine di comprovare il possesso delle capacità economiche e finanziarie richieste dal Disciplinare.

In riscontro, l'operatore economico ha significato la sussistenza, nel bilancio 2020, di *meri errori di inserimento* e ha trasmesso ulteriore documentazione integrativa, in particolare:

- bilancio rettificato 2020, corredato di ricevuta di presentazione di pratica per deposito di bilancio presso la camera di Commercio di Roma in data 8 novembre 2023, da cui risulta un valore della produzione relativo all'anno 2020 pari a euro 297.577; l'Amministrazione evidenzia che detto bilancio rettificato è privo di verbale di assemblea comprovante l'approvazione entro il termine di scadenza per la presentazione dell'offerta;

- dichiarazione I.V.A. 2022 - periodo di imposta 2021 e dichiarazione I.V.A. 2021 - periodo di imposta 2020, dalla quale ultima risulta un volume di affari pari a euro 98.835,00.

5. - Orbene, anche in disparte ogni ulteriore considerazione riguardo alla stessa possibilità di attivazione del soccorso istruttorio *ex art. 83* del decreto legislativo n. 50/2016, applicabile alla procedura di gara in questione (pure contestato con il

gravame incidentale), va innanzitutto rilevato che nell'ambito del procedimento *de quo* è stata ritenuta la possibilità di computare, ai fini del prescritto possesso del requisito di fatturato annuo per il 2020, anche l'importo di euro 40.000,00, relativo all'espletamento dei corsi di formazione in materia di sicurezza, che, però, come condivisibilmente censurato dalla Società controinteressata con il ricorso incidentale (che, pertanto, per questa ragione va accolto), non ha attinenza con il *Fatturato globale minimo annuo per servizi di ingegneria e di architettura*.

Invero, la mera attività di formazione in materia di sicurezza del lavoro ai sensi del decreto legislativo n. 81/2008 non rientra nella nozione di servizi di architettura e ingegneria *ex art. 3, lett. vvv)* del decreto legislativo n. 50/2016 (richiamato dal succitato art. 7.3 del Disciplinare di gara), secondo cui si intendono per «*servizi di architettura e ingegneria e altri servizi tecnici*», *i servizi riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2005/36/CE*.

A sua volta, l'art. 3 della succitata Direttiva dispone che la *professione regolamentata* è *l'attività, o insieme di attività professionali, l'accesso alle quali e il cui esercizio, o una delle cui modalità di esercizio, sono subordinati direttamente o indirettamente, in forza di norme legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di determinate qualifiche professionali; in particolare costituisce una modalità di esercizio l'impiego di un titolo professionale riservato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative a chi possiede una specifica qualifica professionale*.

Nel disciplinare, poi, la partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, l'art. 46 del decreto legislativo n. 50/2016 (che per lo specifico oggetto ben può essere preso a riferimento per circoscrivere compiutamente l'ambito dei ridetti servizi) fa espresso richiamo a servizi resi *a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, e ad attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse* (comma 1, lettera "a"), ovvero a *studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale* (comma 1, lettera "b"), o ancora a *studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o*

direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi (comma 1, lettera “c”): si tratta, quindi, di attività tecniche o tecnico-amministrative specialistiche, riferite a specifici (e singoli) appalti (pubblici o privati) e direttamente riconducibili/strumentali al ciclo della singola commessa, al più ricomprendenti *attività di supporto alla progettazione* attinenti ad *attività meramente strumentali alla progettazione (indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con l'esclusione delle relazioni geologiche, nonché la sola redazione grafica degli elaborati progettuali)*, inclusi anche gli studi di fattibilità effettuati, anche per opere pubbliche da realizzarsi tramite *finanza di progetto*, e ogni altro servizio propedeutico alla progettazione effettuato nei confronti di committenti pubblici o privati ovvero i servizi di consulenza afferenti alle attività di supporto alla progettazione che non abbiano comportato la firma di elaborati progettuali, quali, ad esempio, le attività accessorie di supporto per la consulenza specialistica relativa agli ambiti progettuali strutturali e geotecnici, purchè svolte nell'esercizio di una professione regolamentata e a condizione che l'esecuzione della prestazione, in mancanza della firma di elaborati progettuali, sia documentata mediante contratto di conferimento dell'incarico (cfr. Linee Guida A.N.A.C. n. 1/2016, di attuazione del decreto legislativo n. 50/2016, concernenti gli *Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*, cui si riporta Consiglio di Stato, sezione quinta, 7 ottobre 2022, n.8622), il che solo consente di “superare” il mero ruolo di collaboratore rispetto all'effettivo responsabile della ridetta attività specialistica; attività comunque necessariamente riferite a singole commesse.

Le illustrate considerazioni inducono a disattendere i rilievi opposti *in parte qua* dal Consorzio, secondo cui l'attività di formazione in materia di sicurezza sul lavoro sarebbe riconducibile ai servizi di architettura e ingegneria, quali il coordinamento in fase di esecuzione, la direzione dei lavori, la gestione e la supervisione dei cantieri, la generale attività di supporto tecnico alla stazione appaltante.

6. - La fondatezza del ricorso incidentale determina l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso principale, nella parte in cui, essenzialmente, contesta il rilevato mancato possesso della capacità economica e finanziaria del progettista designato (...) relativamente al fatturato globale minimo annuo per servizi di ingegneria e di architettura per l'anno 2020 (pagg. 9-16 del ricorso introduttivo principale), in sintesi lamentando che *il concorrente ha dimostrato il possesso del requisito di capacità economico-finanziaria richiesto dalla legge di gara mediante idonea documentazione, ovvero:*

1. *bilancio di esercizio rettificato al 31.12.2020 con nota integrativa e verbale di assemblea di approvazione;*

2. *ricevuta Trasmissione Bilancio;*

3. *fatture della scuola di formazione;*

4. *modello dichiarazione IVA anni 2021 e 2022;*

5. *ricevuta di invio;*

6. *dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà del 17.11.2023, e concludendo che Dall'esame della suddetta documentazione emerge in maniera incontrovertibile che la (...) s.r.l. per l'esercizio contabile 2020 ha prodotto un fatturato pari a euro 297.650,37 e euro 4.976,00 per contributi Covid-19 non imponibili fiscalmente e, quindi, assolutamente idoneo a soddisfare i requisiti richiesti dal disciplinare di gara (fatturato globale pari ad € 274.612,98 ex art. 7.3 n. 1) del Disciplinare di gara).*

7. - A ciò si aggiunga, per completezza espositiva, quanto al merito della vicenda, che la complessiva e complessa evoluzione procedimentale ha in concreto evidenziato l'inidoneità delle integrazioni e dei "chiarimenti" prodotti per la dimostrazione del requisito in questione, ove si consideri, in sintesi, che: i plurimi, progressivi e non univoci rimaneggiamenti operati al riguardo dalla (...) S.r.l. non consentono di confermare con certezza e chiarezza la sussistenza del ridetto requisito speciale, risultandone un quadro complessivo non univoco né inequivocamente attendibile ai fini probatori *de quibus*; il bilancio infine esibito

risulta da ultimo rettificato - inammissibilmente per quanto di rilievo - dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, derivandone l'insussistenza del requisito alla data di scadenza del bando e la conseguente inadeguatezza ai fini di comprova del requisito richiesto; dalla dichiarazione I.V.A. inerente al periodo di imposta 2020 si evince un volume di affari pari a euro 98.835,00, inferiore al requisito prescritto.

8. - Né a diverse conclusioni si perviene sulla scorta dei rilievi del Consorzio ricorrente principale di cui alla memoria difensiva del 16 settembre 2024 (pagina 8), laddove questo fa riferimento al *documento riepilogativo e dettagliato, completo di allegati, recante un formale invito ad effettuare la valutazione contabile richiesta dal TAR (doc. 20), al fine di compiere l'approfondimento istruttorio suggerito nell'ordinanza cautelare*, presentato da parte ricorrente principale in corso di causa e rimasto privo di riscontro da parte della Stazione appaltante.

Invero, in proposito, l'ordinanza n. 51/2024 di questa sezione, recante la reiezione dell'istanza cautelare, lungi dal disporre il riesame, si è limitata a evidenziare che, *sotto il profilo del fumus, non si ravvisano in modo chiaro e immediato apprezzabili elementi di giudizio a suffragio della tesi attorea, la quale richiede comunque un approfondimento -mediante riscontro delle risultanze contabili e della relativa adeguatezza - incompatibile con la cognizione sommaria della sede cautelare*, riferendosi alla necessità di approfondimento delle censure formulate nell'appropriata sede di merito e rilevando pure che *il coinvolgimento nella formulazione dell'offerta -e conseguentemente nella relativa valutazione - della società (...) non sembra consentirne la sostituzione*.

9. - Le considerazioni sopra illustrate privano di rilevanza l'istanza istruttoria presentata dal Consorzio con la memoria difensiva del 16 settembre 2024.

10. - Va respinta, infine, la seconda censura del ricorso introduttivo principale, con cui il Consorzio contesta la ritenuta impossibilità di sostituzione del progettista (...) s.r.l., siccome privo del requisito di capacità economica e finanziaria, in luogo della esclusione automatica del Consorzio dalla gara, assumendo la possibilità di

sostituzione del progettista incaricato della sola progettazione nell'appalto integrato (pagg. 16-18 del ricorso).

Osserva il Collegio che, nella nota prot. n. 7580 del 6 dicembre 2023 (espressamente richiamata *per relationem* nel provvedimento di esclusione di cui al decreto prot. n. 495 del 12 dicembre 2023 e nel verbale della Commissione n. 6 in data 11 dicembre 2023, con cui è stata disposta l'esclusione del Consorzio), l'Amministrazione ha rappresentato che la sostituzione del progettista non è ammissibile nel caso di specie, in quanto *comporterebbe una modifica sostanziale dell'offerta*, rilevando che *non solo l'offerta tecnica è stata sottoscritta dal progettista indicato ma ha conseguito un punteggio che è stato attribuito anche in virtù del progettista indicato (cfr. CdS n. 9923/22). A solo titolo esemplificativo e non esaustivo, il disciplinare di gara prevedeva l'attribuzione di un punteggio per la progettazione e realizzazione di opere analoghe all'oggetto di gara. I servizi analoghi valutati sono stati svolti dal progettista indicato.*

Orbene, la *lex specialis* prevede tra i *Criteri di valutazione dell'offerta tecnica*, nella parte relativa ai *Criteri offerta tecnica-metodologica* (art. 19 del Disciplinare), il criterio n. 1 - *Realizzazione di opere analoghe all'oggetto della gara*, il quale rimette alla Commissione la valutazione relativa alla *Realizzazione di opere e interventi analoghi all'oggetto di gara* (con l'attribuibilità del punteggio massimo di 5).

In riferimento al succitato criterio n. 1, la Commissione ha in concreto valutato la progettazione affidata a (...) dei *Lavori per il completamento del Polo Ospedaliero - Universitario Nuovo Santa Chiara di Cisanello (PI) - (Analogie categorie S.03, LA.02, LA.04) - Progettazione costruttiva cantierabile e il Piano Urbanistico attuativo ambito 43 del PRG di Napoli Polo Urbano Integrato di via Botteghe, Ponticelli (NA) - (Analogie categorie E.20, LA.02) - Progettazione esecutiva cantierabile*, indicati dall'operatore economico nella *Relazione tecnica - Criterio 1- Servizi di progettazione*, attribuendo il coefficiente di 0,620, come risulta dal verbale della seduta riservata n. 1 del 9 ottobre 2023 (riparametrato a 0,890, come risulta dal verbale della seduta pubblica n. 5 del 16 ottobre 2023).

Fermo e dirimente in proposito quanto innanzi esposto (cui fa riferimento *A solo titolo esemplificativo e non esaustivo* la succitata nota prot. n. 7580 del 6 dicembre 2023, laddove evidenzia che *I servizi analoghi valutati sono stati svolti dal progettista indicato*), a ciò si aggiunga che, peraltro, come evidenziato dalla Società controinteressata aggiudicataria, il criterio n. 2 - *Uso di tecniche BIM (Building Information Modeling)*, di cui al succitato art. 19 del Disciplinare, affida alla Commissione la valutazione relativa alla *Professionalità e adeguatezza dell'offerta sulla proposta di uso di tecniche di BIM, in fase di progettazione e di esecuzione* (per un massimo 5 punti) e che, quanto al criterio n. 2, il Consorzio (...) e la società (...) S.r.l. (la quale ha compilato il modello "C" in conformità alle prescrizioni dell'art. 16.3 del Disciplinare, includendovi il riferimento alle certificazioni BIM) hanno indicato nella *Relazione tecnica - Criterio 2 Servizi di progettazione* la modalità operativa e i *sistemi di comunicazione con il committente fase progettuale e gestione del cantiere con BIM Manager*; la Commissione ha valutato questo criterio attribuendo il coefficiente di 0,720, come risulta dal verbale della seduta riservata n. 1 del 9 ottobre 2023 (riparametrato a 0,960, come risulta dal verbale della seduta pubblica n. 5 del 16 ottobre 2023).

Ne deriva che, nella gara *de qua*, il progettista designato ha concorso alla formazione dell'offerta tecnica nonché alla valutazione dell'offerta del concorrente e che non sono applicabili alla fattispecie concreta in esame gli invocati principi giurisprudenziali, affermati - invece - in relazione alla impossibilità che la sanzione espulsiva, inerente al professionista indicato per la progettazione esecutiva, comporti l'esclusione del concorrente che, in tal caso, può sostituire il professionista esterno.

Invero, in siffatti casi, considerato che alcuni criteri valutativi previsti dalla *lex specialis*, e pertanto posti alla base della valutazione dell'offerta da parte della commissione giudicatrice, conferiscono espresso rilievo all'indicazione del progettista e agli elementi allo stesso collegati, *la sostituzione del progettista indicato avrebbe determinato un'inammissibile modifica dell'offerta, rilevando la sua contrarietà*

all'indicazione resa dalla Corte di Giustizia nella sentenza 3 giugno 2021, causa C-210/20, che, anche nell'ambito delle (in sé ammissibili) modifiche soggettive di cui all'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, evidenzia che “quando si vede obbligata, in forza del suo diritto nazionale, ad imporre a un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità esso intende fare affidamento, l'amministrazione aggiudicatrice deve assicurarsi, conformemente ai principi di trasparenza e di parità di trattamento enunciati all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, che la sostituzione del soggetto interessato non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta di tale offerente”.

Nello stesso senso va la pure invocata sentenza della Sezione 11 novembre 2022, n. 9923,.... che, nell'affermare l'obbligo in capo al progettista indicato del possesso dei requisiti speciali e anche dei requisiti di ordine generale, nonché nell'escludere la possibilità di sostituire il progettista indicato che aveva perso questi ultimi in corso di gara, ha rimarcato l'incidenza che la sostituzione avrebbe avuto sull'offerta, stante i criteri di valutazione dell'offerta stabiliti dalla lex specialis (Consiglio di Stato, sezione quinta, 13 settembre 2023, n. 8296; in termini, Consiglio di Stato, sezione quinta, 11 novembre 2022, n. 9923, pure richiamata dalla Stazione appaltante; T.A.R. Lazio, sezione seconda, 14 novembre 2023, n. 17041, laddove si rileva la non equiparabilità del progettista indicato in offerta con un soggetto meramente ausiliario - avvalimento/subappalto, atteso che, come rilevato dal Consiglio di Stato nelle pronunce surrichiamate (5563/2021 e 9923/2022), il progettista indicato, pur non concorrendo alla gara, riveste un ruolo di primaria importanza, giacché funzionale alla redazione stessa dell'offerta (elaborazione del progetto) e non limitato all'esecuzione della commessa (come il subappaltatore o l'impresa ausiliaria), con la conseguente non invocabilità del principio individuato dalla Corte di Giustizia nella sentenza 30 gennaio 2020, causa C-395/2019, resa in relazione alla diversa figura del subappaltatore).

In definitiva, nella fattispecie concreta in esame, la sostituzione del progettista, cui sono riferite attività espressamente valutate e quotate dalla Commissione di gara, riverbererebbe effetti distorsivi, diretti e immediati sulla procedura di gara,

considerata la conseguente relativa modifica dell'offerta tecnica, dovendo poi attribuirsi punteggi premiali a un concorrente che riguardano il progettista sostituito o - viceversa - consentire eventualmente al "nuovo" progettista di dimostrare, a gara conclusa, le progettazioni analoghe valutabili dalla Commissione, con evidente violazione del principio di immutabilità dell'offerta.

11. - Le considerazioni sopra illustrate comportano l'improcedibilità dei motivi aggiunti al ricorso introduttivo principale, proposti avverso l'aggiudicazione alla seconda classificata.

12 - Per le ragioni esposte, il ricorso incidentale deve essere accolto, nei sensi sopra illustrati. Il ricorso principale è in parte improcedibile e in parte va respinto, nei sensi di cui innanzi. I motivi aggiunti al ricorso introduttivo principale sono improcedibili.

13. - Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (sezione prima):

- accoglie il ricorso incidentale, di cui in epigrafe, nei sensi di cui in motivazione;
- dichiara in parte improcedibile e in parte respinge il ricorso introduttivo principale, di cui in epigrafe, nei sensi di cui in motivazione;
- dichiara improcedibili i motivi aggiunti al ricorso introduttivo principale, proposti in corso di causa, di cui in epigrafe.

Condanna il Consorzio Stabile (...) al pagamento delle spese processuali, liquidate in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, in favore dell'Amministrazione resistente, e in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, in favore della società (...) S.p.A..

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Maria Luisa Rotondano, Consigliere, Estensore

Danilo Cortellessa, Referendario

L'ESTENSORE

Maria Luisa Rotondano

IL PRESIDENTE

Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO