

TAR Campania, Sezione Prima, Sentenza n. 1538 del 7 marzo 2024

Appalti di servizi – Requisiti di capacità tecnica e professionale – Non spendibili se servizi resi come lavoratore autonomo – Differenze con subappalto

Pubblicato il 07/03/2024

N. 01538/2024 REG.PROV.COLL.

N. 03949/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3949 del 2023, proposto da:

(...) Consorzio Stabile s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con (...), (...) s.r.l., (...) Consorzio Stabile e (...) S.p.A., in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso lo studio dell'avvocato (...);

contro

Regione (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...) dell'Avvocatura regionale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso la sede dell'Ente in (...);

nei confronti

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella

qualità di capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con (...) S.p.A., (...), (...) s.r.l., (...) s.r.l. e Ing. (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia (*ricorrente incidentale*);

per l'annullamento

- (*quanto al ricorso introduttivo*):

a. del Decreto Dirigenziale della Regione (...) n. 630 del 7/8/2023, avente ad oggetto “*Aggiudicazione proc. n. 3533/AP/2022 – Affidamento del servizio di architettura e ingegneria, di cui all'art. 3, co. 1 lett. vvvv del Codice, avente ad oggetto la “Progettazione di fattibilità tecnico economica e definitiva, l'esecuzione delle indagini, analisi e sondaggi per la realizzazione del Polo Ospedaliero Pediatrico (...)”*”, con il quale si è disposta l'esclusione del RTI ricorrente dalla procedura di gara;

b. dei verbali n. 2 del 12/6/2023 e n. 3 del 19/6/2023 del Seggio di Gara – quest'ultimo trasmesso in data 2/8/2023 con nota prot. PG/2023/0391373 – di proposta di esclusione;

c. se ed in quanto possa occorrere, delle disposizioni del Disciplinare di gara approvato con Decreto Dirigenziale n. 878 del 18/11/2022 ed in particolare degli artt. 6.2.3. e 6.2.4;

d. nonché dell'eventuale contratto di affidamento dei servizi stipulato fra la Regione e il RTI controinteressato;

e. nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

- (*quanto al ricorso incidentale depositato il 17/10/2023*):

a) di tutti gli atti e verbali della procedura di gara, nella parte in cui dispongono l'ammissione in gara, ovvero comunque non dispongono l'esclusione, del RTP costituito tra (...) Consorzio Stabile s.c. a r.l. (mandataria) e le mandanti (...), (...) s.r.l., (...) Consorzio Stabile e (...) S.p.A.;

b) del decreto dirigenziale n. 630 del 7/8/2023 recante l'aggiudicazione definitiva della gara in favore del costituendo RTP tra (...) S.p.A.(mandataria) e le mandanti (...) S.p.A., (...), (...) S.r.l., (...) S.r.l. e (...) S.r.l., limitatamente alla parte in cui,

approvando gli atti di gara, non ha escluso il suddetto RTP con mandataria la (...) Consorzio Stabile S.c. a r.l. *“per tutti i motivi meglio illustrati in narrativa”*;

c) per quanto occorrer possa, della previsione di cui all'art. 14 del Disciplinare di Gara, nei limiti;

d) di ogni ulteriore atto comunque annesso, connesso, presupposto e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visto il ricorso incidentale della (...) S.p.A. e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2024 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- L'Ufficio Speciale Grandi Opere della Regione ha bandito la gara per l'affidamento del servizio di architettura e ingegneria, ad oggetto la progettazione di fattibilità tecnico-economica e definitiva e l'esecuzione delle indagini, analisi e sondaggi per la realizzazione del Polo Ospedaliero Pediatrico (...), per un valore di € 9.798.995,51, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara hanno partecipato 11 concorrenti.

Il seggio di gara procedeva all'esame delle offerte, essendosi la stazione appaltante avvalsa dell'inversione procedimentale, ex art. 133, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016, collocando il R.T.I. con capogruppo il Consorzio stabile ricorrente al primo posto della graduatoria, seguito dal R.T.I. controinteressato, procedendo poi con l'esaminare la documentazione, attivando il soccorso istruttorio e richiedendo

documentazione a comprova dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali (verbale n. 1 del 31/5/2023).

Nella seduta del 12/6/2023, con verbale n. 2, nei riguardi del R.T.I (...) la Commissione rilevava la carenza di documentazione a comprova del possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale (art. 6.2.3, lettere a) e b), del disciplinare), segnatamente in quanto:

- con riferimento ai servizi progettuali per il riordino e la riqualificazione dell'area pediatrica del Policlinico Sant'Orsola [Bologna] e per la ristrutturazione edilizia e messa a norma dell'Edificio F del Presidio Ospedaliero "San Giuseppe" di Empoli, *"non si rileva la quota di esecuzione riconducibile all'operatore economico presente in raggruppamento"*;

- con riferimento alla concessione di costruzione e gestione della Città della Salute e della Scienza di Novara, *"non è stata inoltrata alcuna documentazione a comprova"*;

- con riferimento ai servizi del Piano di riorganizzazione e ristrutturazione del Policlinico Umberto I [Roma], dell'ampliamento e adeguamento sismico del P.O. del Mugello e della riqualificazione dell'Area Ospedale Maggiore Policlinico, Mangiagalli e Regina Elena di Milano, *"la documentazione inoltrata si dimostra non idonea a comprovare il possesso dei requisiti"*.

Erano quindi chieste integrazioni documentali, finché nella seduta del 19/6/2023 la Commissione ha ritenuto che il RTI ricorrente principale *"vada escluso in quanto carente del requisito esperienziale di capacità tecnica e professionale dichiarato in sede di gara"*.

Come indicato nel verbale n. 3, ha valutato, relativamente al requisito dei servizi "di punta", ex punto 6.2.3, lett. B), del disciplinare, che non potesse spendersi l'intero valore del servizio reso a favore del Consorzio (...) (aggiudicatario della gara per la riqualificazione dei plessi ospedalieri, bandita dalla Fondazione ICRRS Cà Granda Ospedale Maggiore Policlinico, Mangiagalli e Regina Elena di Milano), essendo la prestazione del Consorzio ricorrente limitata alle migliori proposte, qualificabile come subappalto e utilizzabile nei limiti di cui all'art. 31, co. 8, del

d.lgs. n. 50/2016.

Vi si aggiunge che la dichiarazione non veritiera configura, altresì, una causa di esclusione automatica, ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. f-*bis*), del d.lgs. n.50/2016.

2.- Il Consorzio ricorrente, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo R.T.I., insorge avverso l'esclusione, deducendo con quattro motivi la violazione delle indicate norme del d.lgs. n. 50/2016 e del disciplinare, nonché dell'art. 58 della Direttiva 2014/24/UE, dei principi nazionali ed eurounitari di *par condicio* e di massima partecipazione in tema di appalti pubblici, dell'art. 97 Cost. e dei principi di buona amministrazione, oltre all'eccesso di potere per difetto ed erroneità dell'istruttoria, travisamento dei fatti, difetto del presupposto, motivazione erronea e contraddittoria, sviamento e disparità di trattamento.

Con i primi tre motivi è censurata la valutazione secondo cui il servizio non possa essere valutabile per l'intero valore dell'appalto cui la progettazione si riferisce (in quanto, pur attenendo alle migliori proposte dal Consorzio (...), ha richiesto da parte del Consorzio ricorrente il sostanziale adeguamento tecnico e normativo del progetto esecutivo a base di gara); è conseguentemente contestato che sia stata resa una falsa dichiarazione.

Con l'ultimo motivo, in via subordinata, è impugnato l'art 6.2.3. del disciplinare, ove inteso nel senso di precludere la valutabilità della prestazione resa, ostandovi la possibilità di dimostrare lo svolgimento del servizio di punta "con qualunque mezzo".

La Regione e la controinteressata si sono costituite in giudizio, depositando memorie difensive.

La (...) ha eccepito l'irricevibilità del ricorso per tardività e formulato l'ulteriore eccezione di inammissibilità del primo motivo di ricorso, sostenendo che esso contenga censure che non investirebbero compiutamente la motivazione dell'esclusione (per cui si sarebbe in presenza di un provvedimento plurimotivato, intangibile in quanto la censura si rivolge solo ad una delle ragioni in esso

rappresentate).

3.- La ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare e, all'udienza in camera di consiglio del 27 settembre 2023, è stata fissata l'udienza pubblica per la trattazione della causa nel merito.

L'udienza è stata rinviata su istanza di parte, per replicare al ricorso incidentale della (...).

La ricorrente principale ha esibito documentazione e tutte le parti hanno depositato scritti difensivi.

All'udienza pubblica del 31 gennaio 2024 la causa è stata assegnata indecisione.

DIRITTO

1.- Va preliminarmente esaminata l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività.

La (...) osserva che l'esclusione è stata disposta dalla Commissione nella seduta del 19/6/2023, nel corso della quale il Consorzio ne acquisiva conoscenza, avendovi partecipato un suo delegato munito di specifico mandato del legale rappresentante (interloquendo con il seggio di gara e facendo verbalizzare i propri rilievi).

Si sostiene, in ragione di ciò, che è irricevibile per tardività il ricorso che è stato promosso oltre il termine di 30 giorni dalla suddetta data, ma notificato solo il 12/9/2023 (avverso il decreto dirigenziale del 2/8/2023).

All'eccezione ha replicato il ricorrente principale, deducendo per un verso che il verbale è stato comunicato solo il 2/8/2023 e non risulta pubblicato prima sul profilo del committente, per altro verso significando che l'esclusione è stata decretata solo con il provvedimento dirigenziale impugnato, come si vince dal suo tenore letterale ("*esclude*"), raffrontato con il contenuto del verbale, privo di portata immediatamente lesiva (in quanto la Commissione si è limitata a ritenere che il concorrente "*vada escluso*").

Reputa il Collegio che possa prescindere dall'esame dell'eccezione, stante l'infondatezza del ricorso principale che, per le motivazioni che seguono, va

conseguentemente rigettato.

Nello stesso senso, si prescinde dall'ulteriore eccezione di inammissibilità del primo motivo di ricorso.

2.- Fermo restando quanto si dirà, nell'esame delle impugnative precede la disamina del ricorso principale, in conformità all'orientamento formatosi dopo la pronuncia della Corte di Giustizia UE, 5 settembre 2019 causa C-333/18, dovendosi escludere che il ricorso incidentale vada vagliato per primo, occorrendo considerare i riflessi processuali che possono derivare dalla decisione (cfr., per tutte, Cons. Stato, Sez. IV, 13/10/2020 n. 6151: *“non potendo l'accoglimento del gravame incidentale determinare l'improcedibilità del gravame principale, continuando ad esistere in capo al ricorrente principale la titolarità dell'interesse legittimo strumentale alla eventuale rinnovazione della gara, anche nel caso in cui alla stessa abbiano partecipato altre imprese, sia pure estranee al rapporto processuale, il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale deve essere rivisto rispetto a quanto ritenuto dalla giurisprudenza sinora prevalente, nel senso che il ricorso principale deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale. In altri termini, l'ordo questionum impone oggi di dare priorità al gravame principale e ciò in quanto, mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali (cfr. Cons. Stato, IV, 10 luglio 2020 n. 4431). Infatti, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sulla legittimità (rectius: sulla non illegittimità sulla base dei motivi dedotti) della aggiudicazione controversa, il controinteressato, vale a dire l'aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all'accoglimento del ricorso incidentale”*).

Tuttavia, per le ragioni che saranno esposte, il Collegio ritiene che, nella presente fattispecie, debba procedersi in seguito all'esame (in parte) anche del ricorso incidentale.

3.- Venendo all'esame del ricorso principale, come anticipato la questione controversa riguarda la valutabilità del servizio dichiarato dal Consorzio ricorrente, per i servizi "di punta" di cui al punto 6.2.3, lettera B) (espletamento di due servizi di ingegneria e architettura negli ultimi 10 anni, analoghi per dimensioni e caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento, per ognuna delle classi e categorie dei lavori, dall'importo non inferiore a 0,40 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione).

3.1. Il Consorzio ricorrente ha speso le prestazioni rese in favore del Consorzio (...), aggiudicatario dell'appalto per la riqualificazione dei plessi ospedalieri della Fondazione Cà Granda Ospedale Maggiore Policlinico, Mangiagalli e Regina Elena di Milano, indicandone il valore in misura corrispondente all'intero importo di quell'appalto.

Il seggio di gara ha attivato il soccorso istruttorio ed ha infine considerato, nella seduta del 19/6/2023, che:

<<In particolare, per quanto attiene ai servizi di punta, la mandataria (...) Consorzio stabile s.c.a.r.l. indica la "Riqualificazione dell'Area Ospedale Maggiore Policlinico, Mangiagalli e Regina Elena di Milano", con Fondazione IRCSS Cà Granda Ospedale Maggiore Policlinico quale Stazione Appaltante/Committente, per un importo complessivo pari ad € 165.284.574,77, svolto nell'anno 2020; di tale lavoro, il S.E. evidenzia gli importi relativi alle seguenti categorie: E 10/E19, S06, IA01, IA02, IA04.

Ebbene, dalla lettura della documentazione proposta, emerge chiaramente, e al di là di ogni ragionevole dubbio, come trattasi di un affidamento in subappalto – come si evince anche dal rapporto della Società di Verifica e dal contratto sottoscritto con il Consorzio (...) in qualità di appaltatore dei lavori – e che, quindi, deve essere utilizzato secondo quanto previsto dall'art. 31, comma 8, del D. Lgs. 50/2016.

Alla luce di quanto sopra esposto, il citato subappalto, operando unicamente nei limiti della norma predetta, non può essere ascritto all'intera prestazione progettuale, come invece diversamente attestato dal S.E. nell'ambito della documentazione resa in esito alla richiesta avanzata di

soccorso istruttorio.

Tale difformità dichiarativa incide sull'affidabilità dell'Operatore Economico ed intacca il necessario rapporto di fiducia con la Stazione Appaltante. A statuizione di quanto ciò detto, si richiama la lett. f/bis, comma 5, art. 80 del D. Lgs. 50/2016 quale clausola di esclusione automatica dell'operatore economico.

Successivamente, il Seggio ha preso in esame anche l'ulteriore documentazione trasmessa dalla società (...), ed ha verificato, anche in questo caso, come non sembri comunque evincersi il possesso dei requisiti di punta richiesti dal bando all'art. 6.2.3 lettera b).

Il Seggio ritiene dunque che il costituito RTI "(...) - Consorzio Stabile s.c.a.r.l. - (...) CONSORZIO STABILE – (...) SPA - (...) s.r.l. - (...)" vada esclusa in quanto carente del requisito esperienziale di capacità tecnica e professionale dichiarato in sede di gara>>.

3.2. Con le censure articolate nei primi due motivi il Consorzio ricorrente contesta la valutazione operata, innanzitutto quanto alla qualificazione di subappalto data alla prestazione resa.

Viene osservato che il subappalto a cui fa riferimento l'art. 31, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016 è il contratto di cui al successivo art. 105, co. 2, che si distingue sia dall'affidamento di attività a lavoratori autonomi che dai contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura (rispettivamente, art. 105 cit., co. 3, lett. a) e c-bis)).

Nel subappalto v'è l'esecuzione diretta delle prestazioni, negli altri casi esse sono svolte in favore dell'aggiudicatario, che le riceve e utilizza per l'attività in favore della stazione appaltante.

Nello specifico, il Consorzio ricorrente afferma che:

- ha prestato in favore del Consorzio (...) un incarico professionale, in virtù del contratto sottoscritto il 14/3/2019, avente ad oggetto la predisposizione della documentazione tecnica in fase di gara, dall'ammontare complessivo di € 165.284.574,77;
- non figurava quale subappaltatore né era inserito nell'ATI costituita dal

Consorzio (...);

- le prestazioni affidate hanno riguardato, in una prima fase, la redazione della documentazione tecnica relative alle migliorie e, nella seconda fase (per il casodi aggiudicazione), la completa rielaborazione del progetto esecutivo originario, non solo coordinandolo con le migliorie, ma anche adeguandolo alla normativa tecnica sopravvenuta (redigendo 2487 elaborati progettuali, con l'impiego della tecnologia B.I.M. - *Building Information Modeling*);

- gli elaborati progettuali del ricorrente sono stati sottoposti al Consorzio aggiudicatario e, successivamente, hanno formato oggetto della verifica demandata alla stazione appaltante alla (...) S.p.A., che ne ha attestato la regolarità e competenza tecnica, validandoli con il rapporto finale del 15/2/2022;

- il Consorzio ricorrente ha ulteriormente curato il deposito presso il Genio civile di Milano della progettazione delle opere strutturali e, infine, la Fondazione (...) ha approvato il progetto esecutivo con le migliorie, redatto dal Consorzio ricorrente per conto dell'aggiudicataria.

Riassuntivamente, il Consorzio ricorrente sostiene di aver svolto la completa revisione e rielaborazione del progetto esecutivo, approvato dalla stazione appaltante, dal valore di oltre € 165 milioni.

Le censure non sono fondate.

3.2.1. È innanzitutto da escludere che si sia in presenza di un'attività di lavoro autonomo.

Il connotato di questa è costituito dall'obbligazione “*a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente*” (art. 2222 c.c.).

Nella materia degli appalti pubblici, la giurisprudenza ha indagato sulla configurazione del rapporto tra l'aggiudicatario e il prestatore di una specifica attività, evidenziando – come inteso dalla ricorrente principale – che la distinzione si pone sul piano dell'alterità della prestazione, essendo nel subappalto la

prestazione “*affidata dall'appaltatore a un terzo che la realizza direttamente attraverso la propria organizzazione; mentre nel contratto di cooperazione la prestazione resa è inserita all'interno dell'organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore*” (Cons. Stato - sez. V , 31/5/2021 n. 4150, richiamata da TAR Lazio - sez. II bis, 17/6/2022 n. 8146, integralmente confermata con pronuncia del Consiglio di Stato - sez. V, del 21/8/2023 n. 7862: cfr. p. 1.5).

Con dette pronunce è stata evidenziata la necessità di valutare di volta in volta se, con riferimento all'organizzazione del soggetto che esegue la prestazione, la stessa sia connotata dagli elementi tipici del lavoro autonomo o, viceversa, configuri nel rapporto con l'aggiudicatario un legame di subappalto.

In tali termini, è indispensabile valutare in concreto la tipologia dell'attività, potendosi ricondurre la stessa a una prestazione di lavoro autonomo solamente allorquando il soggetto che collabora con l'appaltatore disimpegni l'incarico essenzialmente attraverso un apporto personale, non già nel caso in cui la prestazione sia resa con un'adeguata organizzazione di risorse umane e materiali, tipicamente imprenditoriale (cfr. TAR Lazio, cit.: “*In questo senso, lo svolgimento delle prestazioni con lavoro prevalentemente proprio e con l'impiego esclusivamente dei mezzi strettamente strumentali all'esecuzione dell'opera o del servizio non configura quindi un'attività di impresa, quanto un'attività di lavoro autonomo; mentre, affinché possa configurarsi una ipotesi di subappalto è necessario che il terzo possa qualificarsi come imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c. [...] In considerazione di quanto premesso, tenendo conto della lettura combinata dell'art. 1655 cod.civ. che definisce il contratto di appalto, e dell'art. 2222 cod.civ., dedicato al contratto d'opera (tenuto anche conto delle esclusioni e dei rinvii di cui all'art. 2238 cod.civ.), ai fini di cui all'art. 105 del codice appalti, la distinzione tra attività commesse in regime di subappalto e prestazioni affidate a prestatori d'opera andrà risolta, caso per caso, in base alla rilevanza della organizzazione del collaboratore, individuandosi una prestazione d'opera nei casi in cui quest'ultimo esegue attività per la quale è essenziale la propria esperienza e qualità soggettiva; mentre, dovrà concludersi in ordine alla presenza di una collaborazione in termini di subappalto*”

in presenza di una 'organizzazione dei mezzi necessari', non piccola, né meramente ausiliaria, che condiziona la prestazione in termini di essenzialità").

Nella fattispecie all'esame, l'esame del tipo di attività prestata mostra che non si possa essere in presenza di una prestazione di lavoro autonomo (priva di un connotato personale, espletata peraltro da parte di un soggetto avente veste di società di capitali), denotando l'impiego di un'organizzazione di impresa per disimpegnare il compito affidato, tanto da dover ricondurre a un'ipotesi di subappalto la prestazione resa.

3.2.2. È parimenti da escludere che si sia in presenza di un contratto continuativo di cooperazione, servizio e/o fornitura, essendo in tal caso necessario, a fini antielusivi, che il contratto sia stato sottoscritto *“in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto”* (art.105 cit., co. 3, lett. c-bis), del d.lgs. n. 50/2016).

Nel caso di specie, il contratto del 14/3/2019 tra il Consorzio stabile (...) e il ricorrente non riguarda un rapporto continuativo preesistente, ma è scaturito dalla partecipazione del primo alla gara indetta dalla (...) ed è successivo alla sua indizione (determinazione del Direttore Generale n. 2364 del 3/12/2018: cfr. il riferimento nell'esibito contratto d'appalto del 9/10/2019).

3.3. Conclusivamente, alla stregua delle considerazioni che precedono, vanno disattesi i rilievi della ricorrente principale in ordine alla configurazione del rapporto in questione, che correttamente è stato valutato dalla Regione quale subappalto, per le prestazioni che sono ammesse nei limiti delineati dall'art.31, co. 8, cit. (indagini, sondaggi, ecc.; predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio ad eccezione delle relazioni geologiche; redazione grafica degli elaborati progettuali).

Non persuade l'argomentazione secondo cui il Consorzio ricorrente avrebbe effettuato un'attività di rilevanza tale (estesa alla rielaborazione dell'intero progetto esecutivo), che le consentiva di spendere quale servizio di punta l'intero valore

dell'appalto.

È risolutivo considerare che il rapporto finale (...) di verifica del progetto del 15/2/2022 indica i soggetti che hanno concorso alla progettazione esecutiva, tra cui non è compreso il Consorzio (...), indicato quale affidatario della progettazione delle migliorie.

L'apporto del Consorzio ricorrente deve intendersi quindi limitato al concorso della propria attività, nei limiti del suindicato art. 31 citato, che risulta dagli atti che vi fanno riferimento.

Invero, la stazione appaltante è tenuta ad attenersi alle risultanze documentali e alle evidenze che da esse si traggono, senza dover ricavare il contenuto della prestazione resa vagliando elementi esterni o introducendo una propria valutazione in merito, come ritenuto nella giurisprudenza di questa Sezione (cfr. la sentenza del 25/5/2021 n. 3457: *“la valutazione sulla bontà della documentazione prodotta per la comprova dei requisiti deve rivolgersi alla verifica della riconducibilità delle attestazioni a quanto richiesto. Non è sostenibile una sorta di potere/ dovere della stazione appaltante di esaminare il rapporto che le ha originate, il quale non è posto in capo ad essa dalla disciplina di gara e reca con sé l'impossibilità materiale e giuridica, da parte della stazione appaltante, di operare un riscontro che in ipotesi potrebbe condurre a sconfessare l'attestazione prodotta, senza però avere alcuna conoscenza degli atti e ingerendosi in rapporti tra soggetti ad essa estranei. Tale evidenza è stata posta in luce dalla giurisprudenza, ravvisando che ciò “presenterebbe non trascurabili aspetti problematici: in linea generale, imporrebbe un'attività istruttoria che esorbita dalla sfera giuridica dei concorrenti, per riguardare, senza alcun titolo, accordi negoziali di soggetti estranei alla gara, quali sono i committenti degli incarichi di progettazione; per la specifica ipotesi di incarichi provenienti da un committente privato, spendibili nella procedura de qua, come riconosce la stessa appellante e come pure sottolineato dal giudice amministrativo, e che pertanto, in tesi, non potrebbero sfuggire alla verifica in esame, pena la violazione della par condicio, implicherebbe ulteriormente l'apprezzamento della fonte di rapporti che, in quanto astrattamente suscettibili di essere improntati alle libertà di forma consentite dal codice civile, potrebbe non offrire tutti quegli*

elementi che il compimento dell'attività esige" (Cons. Stato, sez. V, 5/5/2020 n. 2851, di conferma della sentenza di questa Sezione del 15/5/2019 n. 2584)".

Ne discende che esattamente la Regione ha escluso la valutabilità della prestazione per l'intero valore dell'appalto, al cui affidamento il Consorzio (...) ha concorso limitatamente alle proposte migliorative (non potendo rilevare, in tal senso, la supposta attività di completa rielaborazione e adeguamento finale del progetto, inidonea a mutare, per quanto esposto, l'ambito della partecipazione del Consorzio a quell'appalto, quale emergente dalla documentazione).

Per le considerazioni che precedono, le censure articolate con i primi due motivi del ricorso principale vanno interamente respinte.

3.4. La reiezione delle censure comporta il rigetto integrale del ricorso avverso il provvedimento di esclusione, che risulta sorretto dalla ragione giustificativa dell'esclusione, dettata dal difetto del requisito di capacità tecnica e professionale per i servizi di punta, ex punto 6.2.3, lett. B), del disciplinare.

Ciò renderebbe inutile l'esame della censura, articolata con il terzo motivo, avverso la parte del provvedimento che reputa sussistente una falsa dichiarazione comportante l'esclusione, ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. f-bis) del d.lgs. n. 50/2016, per l'operatore economico *"che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere"*.

Invero, l'accoglimento della censura non gioverebbe al ricorrente, restando il provvedimento sorretto dalla ragione che lo rende comunque legittimo (principio pacifico; cfr., per tutte, Cons. Stato - sez. IV, 11/9/2023 n. 8251: *"in presenza di un atto plurimotivato è sufficiente il riscontro della legittimità di una delle autonome ragioni giustificatrici della decisione amministrativa, per condurre al rigetto dell'intero ricorso in considerazione del fatto che anche in caso di fondatezza degli ulteriori motivi di doglianza riferiti alle distinte ragioni giustificatrici poste a fondamento del provvedimento amministrativo, questo non potrebbe comunque essere annullato in quanto sorretto da un'autonoma ragione giustificatrice confermata"*).

Senonché, reputa il Collegio che debba procedersi all'esame della censura, per il carattere che assume la motivazione dell'esclusione e che si correla a un interesse del ricorrente principale a vederne rimosso il connotato negativo che essa porta con sé (è noto che detto interesse può avere anche una valenza morale, che detta l'esigenza di valutare la censura, con accertamento incidentale che non sovverte la decisione di reiezione del ricorso).

Ciò detto, il terzo motivo si presta a favorevole considerazione.

Con la sentenza del 28/8/2020 n. 16, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che la fattispecie di cui alla menzionata lettera f-bis) ha valenza residuale rispetto all'ipotesi di cui alla lettera c) ora c-bis), sull'esclusione del concorrente che *“abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”*.

Pertanto, la fattispecie di cui alla lettera f-bis) *“viene giocoforza a restringersi alle ipotesi - di non agevole verifica - in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c)”* (Ad. Plen. cit., p. 18).

Occorre dunque che la falsità della dichiarazione abbia il suo substrato in un intento volutamente rivolto a rappresentare una realtà non corrispondente oggettivamente al vero, come rimarcato nella giurisprudenza di questa Sezione, secondo cui *“la formulazione della citata lett. f bis [...] fa emergere testualmente il carattere intenzionale, o quantomeno colposo, dell'omissione, atteso che il carattere non veritiero di una dichiarazione presuppone, in capo a chi la rilasci, la cognizione della verità non rappresentata (perché omessa o falsificata) ovvero, quantomeno, la violazione delle regole di diligenza che si impongono a chi entri in rapporto con la Pubblica Amministrazione (Cons. Stato, sez. III, 3*

agosto 2020, n. 4910)” (sentenza del 22/10/2020 n. 4677).

Nel caso di specie, non può dirsi che il Consorzio ricorrente abbia intenzionalmente mirato a falsare la realtà oggettiva dei fatti, dichiarando una circostanza non vera “*senza alcun margine di opinabilità*” (Ad. Plen., cit.).

Infatti, lo stesso ha inteso attribuire alla prestazione resa un valore eccedente la sua natura, secondo un apprezzamento personale che è sconfessabile (per quanto detto), ma che tuttavia non denota un atteggiamento colpevolmente indirizzato a far valere elementi di inconfutabile falsità.

3.5. Il quarto motivo del ricorso incidentale, proposto in via subordinata, è infondato.

È insussistente la denunciata illegittimità del disciplinare, ove non consentirebbe la possibilità di provare “*con qualunque mezzo*” la capacità tecnica e professionale, in contrasto con i principi di massima partecipazione e con la previsione di cui all’art. 68, co. 8, del codice dei contratti pubblici (che, però, riguarda la prova dell’equivalenza dei lavori, forniture e servizi alle specifiche tecniche richieste).

Il disciplinare della presente gara ha fissato la necessità di comprovare il requisito della capacità tecnica e professionale mediante copia dei contratti, delle fatture o quietanze, ovvero con la certificazione del committente, in conformità a quanto previsto dall’art. 86 del d.lgs. n. 50/2016 e dal richiamato allegato XVII, parte II.

In ogni caso, l’espressione “*con qualunque mezzo*” attiene alla strumentalità del documento di prova, ossia alla sua veste formale che, indipendentemente da specifiche formulazioni, è idonea a consentire di risalire al contenuto che l’atto rappresenta.

L’espressione non designa, invece, la possibilità di ricercare nell’atto un significato “recondito”, ulteriore rispetto a quello manifestato che, come sopra considerato, nella specie conduce a ritenere che la prova fornita riguardi una prestazione del Consorzio ricorrente, in favore del Consorzio (...), attinente alla progettazione delle migliorie e al limitato apporto di cui si è detto.

4.- Conseguendo alle considerazioni sin qui esposte il rigetto del ricorso principale.

Per quanto premesso in ordine alla priorità dell'esame del ricorso principale rispetto al ricorso incidentale, quest'ultimo andrebbe dichiarato improcedibile, dal momento che la controinteressata non riceverebbe alcuna utilità dalla coltivazione del gravame, una volta consolidata la sua posizione di aggiudicataria.

Senonché, ad avviso del Collegio la fattispecie presenta un connotato peculiare, che suscita la necessità di esaminare, in parte, anche il ricorso incidentale.

Dalla motivazione dell'esclusione si trae che la Commissione abbia valutato il difetto del requisito di capacità tecnica e professionale anche sotto ulteriori aspetti, benché non compiutamente esternati (cfr. il verbale del 19/6/2023 n.3: *“Successivamente, il Seggio ha preso in esame anche l'ulteriore documentazione trasmessa dalla società (...), ed ha verificato, anche in questo caso, come non sembri comunque evincersi il possesso dei requisiti di punta richiesti dal bando all'art. 6.2.3 lettera b)”*).

Tenuto conto di ciò, esigenze di completezza dettano la necessità di dar conto delle ulteriori ragioni di esclusione, per il medesimo profilo del difetto del requisito di capacità tecnica e professionale, siccome esse traspaiono (come appena detto) dall'impugnata esclusione e, ancorché non compiutamente esternate, formano oggetto di specifiche censure della ricorrente incidentale.

V'è quindi da dire che assume un particolare connotato l'interesse di quest'ultima a veder chiarito in maniera complessiva il profilo del difetto del requisito di capacità tecnica e professionale del Consorzio ricorrente.

La ricorrente incidentale ha impugnato gli stessi atti gravati dalla ricorrente principale, laddove con gli stessi il RTI concorrente non sia stato escluso *“per tutti i motivi meglio illustrati in narrativa”*, ossia (sinteticamente) per:

- omessa allegazione delle dichiarazioni integrative richieste dall'art. 15.3 del disciplinare, che sono state rese unicamente dalla mandataria, non dalle mandanti né dalle consorziate esecutrici (primo motivo del ricorso incidentale);
- mancata produzione dell'impegno del fideiussore al rilascio della garanzia

definitiva, di cui agli artt. 9 e 15 disciplinare (secondo motivo);

- impossibilità di partecipare da parte della mandante (...), società inglese stabilita nel Regno Unito, in quanto l'accordo di "recesso ordinato" del Regno Unito dall'Unione Europea, approvato il 17/10/2019 ed entrato in vigore l'1/2/2020, disciplina unicamente l'esercizio in maniera stabile dell'attività professionale del soggetto di nazionalità britannica in un Paese membro dell'UE, escludendo la prestazione di servizi di ingegneria o architettura in forma temporanea e occasionale (terzo motivo);

- ulteriori carenze nel possesso o nella dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale ex art. 6.2.3, lett. A e B, del disciplinare (quarto motivo).

4.1. Si giustifica l'esame di quest'ultimo motivo, che per quanto detto è correlato a un precipuo interesse della ricorrente incidentale, il quale si lega alla riserva contenuta nell'esclusione disposta, che lascia trasparire una valutazione della Commissione di gara che sia stata rivolta all'intera documentazione prodotta dalla concorrenza per comprovare il requisito.

Ciò posto, le relative censure della (...) (pagg. 26 ss. del ricorso incidentale) possono essere raggruppate in rilievi con cui viene censurato che i servizi dichiarati:

- sono state svolti in un periodo antecedente al decennio dalla pubblicazione del bando di gara (progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza, per conto della Nuova Università Valdostana, eseguito nel 2012 e, quindi, tutt'al più valevole solo per la quota *post* 25/11/2012);

- sono stati interamente imputati al Consorzio, benché lo stesso li avesse svolti in RTP, comprovandoli inoltre con atti inidonei (servizi per conto delle A.O.U. Policlinico Sant'Orsola, Sassari e Policlinico Umberto I e dell'Azienda USL Toscana Centro, per il P.O. del Mugello e per il "San Giuseppe" di Empoli);

- riguardano la partecipazione ad una gara per la quale non è stata presentata offerta, il servizio di punta è stato speso solo nella fase della comprova, neppure

ottemperando nel termine assegnato dalla stazione appaltante ma esibendo tardivamente certificato di esecuzione e fatture, con importi divergenti (servizio per conto della (...) S.p.A.).

4.2. Le censure, nei termini che seguono, sono meritevoli di accoglimento.

4.2.1. Il Collegio intende fare applicazione del principio della “ragione più liquida”, che consente di privilegiare la trattazione della questione di pronta soluzione (cfr. Cons. Stato - sez. VI, 19/6/2023 n. 6006, secondo cui non si *“impone, necessariamente, al Giudice di delibare tutti i temi di merito che sono stati versati nel contenitore processuale. [...] Nella selezione delle questioni il Giudice può, quindi, dare rilievo prioritario a quelle che di più agevole soluzione purché ciò non si traduca in un assorbimento non consentito [...] delle altre questioni sottoposte al vaglio giurisdizionale. L’ordinamento processuale è, infatti, informato al principio del primato della ragione più liquida; pertanto, come evidenzia autorevole dottrina, “se, in un processo, sussiste una ragione sufficiente per la decisione, la sentenza può fondarsi su di essa anche quando il motivo della decisione si pone, da un punto di vista logico, a valle di altre ragioni, che non sono affrontate e decise”*).

In relazione a ciò, va ribadito che l’esame del ricorso incidentale (che sarebbe apparso superfluo) è dettato dall’esigenza di decidere le questioni sollevate dalla controinteressata, per quanto attiene alla carenza del requisito di capacità tecnica e professionale in capo al RTI ricorrente, per assolvere all’esigenza di dare compiuta risposta all’aspetto sollevato in termini estesi dalla ricorrente incidentale, e che la stessa Commissione aveva ravvisato, in termini più generali rispetto alla causa di esclusione su cui si è concentrata la sua attenzione.

L’indagine su ognuna delle altre articolate e complesse questioni sollevate (conteggio degli importi dei singoli servizi spesi, eventuale discrepanza tra cifre indicate in gara e in sede di comprova) porrebbe, invece, l’esigenza del compimento di attività istruttoria, la quale non può reputarsi necessaria, dal momento che già il rigetto del ricorso principale conduce alla definizione della controversia.

Pertanto, limitando l'esame a tale questione, la decisione che il Collegio intende assumere corrisponde alla duplice esigenza di fornire risposta alla domanda di giustizia proposta dalla ricorrente incidentale, assicurando nel contempo il principio del giusto processo e della sua ragionevole durata.

Occorre poi precisare che la decisione, fondata sull'esame della sola questione di cui si discorre, *“non importa formazione di giudicato implicito sulle questioni non esaminate e che non ne costituiscano indispensabile presupposto logico-giuridico”* (Cons. Stato n. 1621/2022).

4.2.2. Operata questa premessa, il Collegio reputa fondata la censura che ha ad oggetto l'inidoneità di parte della documentazione fornita dal Consorzio (...), per comprovare i requisiti di capacità tecnica e professionale.

L'art. 6.2.3. del disciplinare ha richiesto, rispettivamente alle lettere A) e B), l'espletamento di servizi di ingegneria e architettura nei migliori 3 esercizi finanziari degli ultimi dieci e dei servizi “di punta” negli ultimi 10 anni, il numero di due, in entrambi i casi per le categorie dei servizi da affidare gli importi considerati.

Per la comprova del requisito è fatto richiamo all'art. 86 e all'allegato XVII, parte II, del d.lgs. n. 50/2016, richiedendo l'esibizione dei certificati emessi dal committente pubblico (da cui dedurre CIG, categorie o classi di progettazione, nonché la quota di esecuzione riconducibile all'operatore economico in RTP), oppure in alternativa la copia dei contratti con le medesime indicazioni, delle fatture o delle quietanze di pagamento; per i servizi prestati a favore di committenti privati, la copia del contratto o la certificazione rilasciata dal committente.

Orbene, risulta dalla produzione delle parti che effettivamente, secondo la prospettazione della ricorrente incidentale, la documentazione fosse carente e, dunque, non potesse ritenersi idonea a comprovare il possesso dei requisiti, per ciò che concerne l'allegazione dell'atto-fonte del rapporto (contratto) e della puntuale indicazione della quota di esecuzione della prestazione del Consorzio ricorrente in

raggruppamento temporaneo di professionisti.

Il consulente di parte della ricorrente principale ha responsabilmente affermato di aver acquisito direttamente un'ulteriore documentazione, non prodotta con la domanda di partecipazione né all'atto della comprova dei requisiti o della richiesta di integrazione, contrassegnandola con la lettera "E" (pag. 3 della relazione dell'arch. (...)).

Tra questa documentazione rientrano:

a) alla pag. 10, per il servizio in favore dell'A.O.U. Policlinico Sant'Orsola, la *"Quota di esecuzione del servizio da parte di (...) all'interno del RTP (Dichiarazione di impegno resa in sede di gara e parte integrante del Disciplinare di incarico art. 4"*;

b) alla pag. 11, per il servizio in favore dell'A.O.U. Policlinico Umberto I di Roma, il *"Contratto d'appalto dei servizi di progettazione sottoscritto il 14.03.2022"* e *"Atto costitutivo del RTP e Atto di impegno sottoscritti dal RTP con (...) mandataria e (...) soc.coop., (...) s.r.l., (...) s.r.l. e Ing. (...) mandanti"*.

Va segnalato che tale documentazione (alla quale è limitato l'esame) si mostra attenersi a quei servizi, per le A.O.U. Policlinico Sant'Orsola e Policlinico Umberto I di Roma, in ordine ai quali – come detto in esordio – la Commissione aveva rilevato la carenza documentale (verbale n. 2), e che può plausibilmente ricondursi all'ulteriore documentazione trasmessa, per la quale la Commissione verificava *"anche in questo caso, come non sembri comunque evincersi il possesso dei requisiti di punta richiesti dal bando all'art. 6.2.3 lettera b)"* (verbale n.3).

Nella specie, risulta quindi che la documentazione comprovante il possesso del requisito (per i servizi cennati) non sia stata prodotta alla stazione appaltante, ingenerandosi anche per questi aspetti considerati la conseguenza dovuta della necessaria valutazione dell'insussistenza del requisito.

Pertanto, si può pervenire alla conclusione di ritenere che il Consorzio ricorrente non abbia adeguatamente comprovato in sede di gara il possesso del requisito di cui trattasi, non solo per il servizio di riqualificazione dell'Area Ospedale Maggiore

Policlinico, Mangiagalli e Regina Elena di Milano (su cui si sono appuntate le ragioni espresse di esclusione) ma, altresì, anche per quanto riguarda i servizi per le Aziende Ospedaliere Universitarie Policlinico Sant'Orsola di Bologna e Policlinico Umberto I di Roma (oggetto, tra le altre doglianze, di censure contenute nel ricorso incidentale).

Per queste considerazioni, relativamente agli aspetti messi in rilievo, il ricorso incidentale va accolto in parte, discendendone l'esclusione del R.T.I. con capogruppo il Consorzio ricorrente per difetto ulteriore del requisito di capacità tecnico-professionale, quanto ai predetti servizi dichiarati per i Policlinici Sant'Orsola e Umberto I.

La questione vagliata esaurisce l'esame del ricorso incidentale, essendo i profili considerati di pronta soluzione, sulla scorta delle risultanze agli atti del processo, e costituendo un aspetto rilevante, decisivo e assorbente che conduce alla decisione sul mezzo processuale proposto dalla controinteressata; con la conseguenza che gli altri argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione, in omaggio al principio assunto della ragione più liquida.

5.- In definitiva, per le motivazioni rese va respinto il ricorso principale e accolto in parte il ricorso incidentale, nei termini indicati.

Per la peculiarità delle questioni trattate sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione per l'intero delle spese di giudizio tra tutte le parti.

La ricorrente principale, soccombente, va condannata al rimborso del contributo unificato versato dalla ricorrente incidentale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi principale e incidentale, come in epigrafe proposti, respinge il ricorso principale e accoglie il ricorso incidentale, quest'ultimo nei termini indicati in motivazione.

Compensa per l'intero le spese di giudizio tra tutte le parti; condanna la ricorrente principale, in persona del legale rappresentante pro tempore, al rimborso in favore della ricorrente incidentale del contributo unificato da quest'ultima versato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppe Esposito

IL PRESIDENTE

Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO