

Consiglio di Stato sez. V, 02/04/2024, n.3007

Fatto

1. (*omissis*) S.r.l. (d'ora in poi anche semplicemente (*omissis*)), in proprio ed in qualità di impresa mandataria del costituendo (*omissis*) con (*omissis*) srl, (*omissis*), (*omissis*) e (*omissis*) e (*omissis*) ha interposto appello avverso la sentenza in forma semplificata, ex art. 60 c.p.a., del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sezione I, 11 maggio 2023, n. 464 con cui è stato rigettato il ricorso da essa proposto avverso la determina dirigenziale del comune di San Giuliano Terme, n. 13 del 9 gennaio 2023, nella parte in cui aggiudica definitivamente al (*omissis*) la gara per l'affidamento del Servizio di progettazione di livello definitivo ed esecutivo e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione dei lavori di restauro, consolidamento e recupero funzionale del complesso storico di proprietà del Comune di San Giuliano Terme denominato Opera Pia • CIG 94124252D4 ed avverso i relativi atti presupposti, ivi compreso, ove occorra il Bando, il Disciplinare di gara ed in particolare art. 7.4. del Disciplinare se e nella parte in cui avrebbero consentito la partecipazione alla gara dell'aggiudicatario (*omissis*).

2. In tale procedura il comune di San Giuliano Terme, in qualità di stazione appaltante, si è avvalso della provincia di Pisa quale centrale di committenza, che ha materialmente condotto le operazioni di gara.

2.1. Il Bando è stato pubblicato sulla G.U. n. 114 del 30 settembre 2022, e sul profilo della Centrale di Committenza in data 28 settembre 2022 ed il termine per la presentazione delle offerte scadeva il 31 ottobre 2022.

2.2. L'appalto è finanziato con fondi europei di cui alla Misura • Next Generation UE • e quindi ricade negli appalti di cui al PNRR • Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, mentre il corrispettivo complessivo dei servizi di progettazione posto a base di gara, ammonta ad €. 313.313,78, al netto degli oneri fiscali e previdenziali.

2.3. All'esito dell'espletamento della gara il (*omissis*) è risultato vincitore con punti 93,75 e un ribasso del 38,20%, per un importo di €. 193.628 iva esclusa, mentre il (*omissis*) ha ottenuto punti 90,87 e un ribasso del 37,00% ed è risultato secondo classificato.

3. In prime cure (*omissis*) articolava le seguenti censure avverso gli atti innanzi indicati:

1) la violazione degli artt. 23-24 del d.lgs. 50 del 2016 e dei principi eurounitari e nazionali di par condicio e parità di trattamento nelle gare pubbliche; la società controinteressata, avendo redatto il cd. progetto di fattibilità tecnica ed economica (PFTE) dello stesso complesso oggetto di progettazione definitiva ed esecutiva di cui alla gara de qua, sarebbe incorsa nel divieto fissato dall'art. 24 comma 7 del codice dei contratti; la redazione di tale atto progettuale avrebbe consentito al concorrente (*omissis*) di ottenere un vantaggio competitivo derivante dalla

conoscenza anticipata degli atti progettuali e dalla conseguente possibilità di redigere, in minor tempo e con maggiore dettaglio, l'offerta per la presente gara;

2) la violazione dell'art. 24 del d.lgs. 50 del 2016 e dei principi eurounitari e nazionali di par condicio e parità di trattamento nelle gare pubbliche; a parere della ricorrente il divieto di cui al citato art. 24 comma 7 del d.lgs. n. 50 del 2016 opererebbe non solo in caso di affidamento di appalti di lavori, ma anche nel caso di gara per l'affidamento della progettazione definitiva/esecutiva allo stesso progettista redattore del PFTE;

3) la violazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto alcuni mandanti del RTP avrebbero dichiarato di non essere in possesso dei requisiti tecnico professionali richiesti dall'art. 7.3. del Disciplinare;

4) in via gradata, l'illegittimità dell'art. 7.4. del disciplinare di gara per violazione dei principi nazionali e comunitari di par condicio, parità di trattamento, interesse pubblico alla selezione della migliore offerta e di affidabilità dell'offerta selezionata, nella misura in cui avrebbe consentito la partecipazione alla procedura anche a (omissis) in cui i mandanti non possedessero i requisiti tecnico professionali, come il (omissis) risultato poi aggiudicatario;

5) l'illegittimità della valutazione da parte della Commissione, con riguardo ai sub-criteri A. 1.1. e A. 1.2., essendosi valorizzato a tali fini la progettazione del PFTE del medesimo complesso Opera Pia di San Giuliano Terme oggetto della gara di cui si tratta, realizzato da NuvolaB, nonostante non potesse ritenersi progetto analogo in quanto non afferente ad una progettazione definitiva ed esecutiva.

4. Si costituiva innanzi al Tar la provincia di Pisa, eccependo preliminarmente l'irricevibilità del ricorso, soprattutto per quanto concerne il secondo, terzo, quarto e quinto motivo, in quanto la ricorrente avrebbe acquisito la piena conoscenza del provvedimento di aggiudicazione in data 27 gennaio 2023, tramite comunicazione PEC e comunque tramite PEC del 30 gennaio 2023 ed instando nel merito per il rigetto del gravame.

4.1. Anche il Comune di San Giuliano Terme, nel costituirsi, contestava la fondatezza del ricorso.

4.2. Si costituiva solo formalmente il (omissis).

4.3. La Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'Interno, nel costituirsi, chiedevano l'estromissione dal giudizio, in quanto nessuno degli atti impugnati sarebbe stato loro imputabile.

5. Il giudice di prime cure, con la sentenza odiernamente gravata, dopo avere disposto l'estromissione della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Interno, ha respinto il ricorso, assorbendo l'eccezione di irricevibilità.

5.1. In particolare, quanto ai primi due motivi, ha ritenuto che l'invocato art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016, non si applichi al caso di specie che è diretto a disporre l'affidamento di un servizio di progettazione e non riguarda in alcun modo l'esecuzione dei lavori; peraltro alcun vantaggio competitivo avrebbe avuto il (*omissis*) aggiudicatario dalla previa predisposizione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, avuto riguardo anche alla scarsa differenza di punteggio tra le due contendenti quanto al ribasso praticato.

Parimenti ha ritenuto destituiti di fondamento il terzo e quarto motivo, con i quali si sosteneva che alcuni mandanti del (*omissis*) non fossero in possesso dei requisiti tecnico professionali richiesti dall'art. 7.3. del Disciplinare, in considerazione del rilievo che nell'ipotesi di specie la società (*omissis*) aveva dichiarato (così come risulta dal modello A3 relativo all'impegno a costituirsi in raggruppamento), di costituire un raggruppamento di tipo misto; donde l'applicabilità alla fattispecie de qua dell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale raggruppamento misto è sottoposto all'applicazione delle regole proprie tanto dei raggruppamenti verticali quanto di quelli orizzontali, a seconda del profilo o della componente che ne venga in rilievo. Pertanto, in difetto di una disposizione speciale derogatoria, nei raggruppamenti misti ogni sub-raggruppamento dovrebbe essere esaminato autonomamente: segnatamente, troverebbero applicazione per il sub-raggruppamento orizzontale le regole proprie stabilite per siffatta tipologia di raggruppamenti. Nella fattispecie de qua le prestazioni da eseguirsi da parte delle mandanti prive dei requisiti afferivano ad un raggruppamento di tipo orizzontale, in relazione al quale il disciplinare non richiedeva il possesso di un requisito minimo, essendosi previsto al paragrafo 7.4. che il requisito dell'elenco dei servizi di cui al precedente punto 7.3 lett. g) deve essere posseduto dal raggruppamento temporaneo orizzontale nel complesso.

Parimenti il primo giudice ha disatteso il quinto e ultimo motivo con cui (*omissis*) aveva contestato la valutazione da parte della Commissione, con riguardo ai sub-criteri A. 1.1. e A. 1.2., per essere stata valorizzata a tali fini anche la progettazione del (*omissis*) del medesimo complesso Opera Pia di San Giuliano Terme, oggetto della gara di cui si tratta, realizzato da (*omissis*), sulla base del rilievo che il disciplinare di gara, ai fini della attribuzione del punteggio per i predetti subcriteri, richiedeva ai concorrenti di dichiarare l'avvenuta esecuzione di un massimo di tre servizi di progettazione analoghi a quelli oggetto di affidamento; pertanto, secondo la sentenza di prime cure, senza dubbio ricorrerebbe l'analogia con riferimento all'attività di progettazione di fattibilità tecnico economica riferita alle medesime opere.

6. Avverso tale sentenza (*omissis*) ha formulato, in sei motivi di appello, le seguenti censure:

1) Sulla estromissione dal giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Interno: error in iudicando per violazione dell'articolo 12 bis comma 4 del d.l. n. 68 del 16 giugno 2022 e smi motivazione erronea e perplessa;

2) Sul primo e secondo motivo di ricorso di prime cure: error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 in connessione con l'art. 23 del medesimo d.lgs. â?? violazione dei principi eurounitari e nazionali di par condicio e parità di trattamento nelle gare pubbliche â?? motivazione erronea su un punto decisivo della controversia;

3) Ancora sul primo e secondo motivo di ricorso di prime cure: sull'illegittimo vantaggio competitivo;

4) Error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 48, d.lgs. 50 del 2016 â?? violazione e falsa applicazione dell'art. 92, comma 2, d.p.r. n. 207 del 2010 â?? violazione del punto 7.3. lett. g) del disciplinare di gara â?? violazione dei principi eurounitari e nazionali di par condicio e parità di trattamento nelle gare pubbliche â?? motivazione erronea su un punto decisivo della controversia;

5) Error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 48, d.lgs. 50 del 2016 â?? violazione e falsa applicazione dell'art. 92, comma 2, d.p.r. n. 207 del 2010 â?? violazione del punto 7.3. lett. g) del disciplinare di gara â?? violazione dei principi eurounitari e nazionali di par condicio e parità di trattamento nelle gare pubbliche â?? motivazione erronea su un punto decisivo della controversia.

6) sul quinto motivo di ricorso di prime cure: error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 95, d.lgs. 50 del 2016 in connessione con l'art. 23 del medesimo d.lgs. â?? violazione del disciplinare di gara â?? violazione dei principi eurounitari e nazionali di par condicio e parità di trattamento nelle gare pubbliche â?? motivazione erronea su un punto decisivo della controversia.

7. Si sono costituiti in resistenza il Ministero dell'Interno e la Presidenza del Consiglio dei Ministri a mezzo dell'avvocatura erariale, il comune di San Giuliano Terme e la provincia di Pisa.

7.1. Quest'ultima in particolare ha provveduto, nei termini di rito, al deposito di articolata memoria, con la quale ha preliminarmente riproposto in questa sede l'eccezione di irricevibilità del ricorso di prime cure, ex art. 101 comma 2 c.p.a., in particolare per quanto riguarda il secondo, terzo, quarto e quinto motivo di appello.

Ha inoltre eccepito l'inammissibilità dell'appello per difetto di interesse, avuto riguardo all'affidamento in via d'urgenza della progettazione ed all'avvenuta esecuzione del contratto, stante l'urgenza di esecuzione dei lavori, al fine di non perdere i fondi PNR; pertanto, avendo parte appellante con il presente appello richiesto l'annullamento degli atti gravati ai soli fini del subentro del contratto, ormai non possibile stante l'avvenuta esecuzione, non vanterebbe alcun interesse alla decisione di merito. Ha infine eccepito l'inammissibilità dell'appello per violazione dell'art. 101 c.p.a., sulla base del rilievo che l'appellante si

sarebbe limitato a riproporre i motivi di prime cure.

7.2. Il comune di San Giuliano Terme e la provincia di Pisa anche con le memorie di discussione ex art. 73 comma 1 c.p.a. hanno argomentato ampiamente in ordine all'infondatezza dell'appello, nonché in ordine al sopravvenuto difetto di interesse, stante l'inapplicabilità del 122 c.p.a., dovendo applicarsi art. 125 c.p.a., trattandosi di appalto con fondi PNRR, nonché sulla tardività del ricorso di prime cure, avuto riguardo alla circostanza che le censure articolate non necessitavano dell'esitazione istanza di accesso.

7.3. (*omissis*) con la memoria di replica ha dichiarato di avere interesse all'accertamento dell'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione a fini risarcitori.

8. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 30 novembre 2023.

Diritto

9. Avuto riguardo alla circostanza che parte appellante ha dichiarato di avere comunque interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione a fini risarcitori ex art. 34 comma 3 c.p.a. (cfr sul punto Adunanza Plenaria n. 8 del 2022) può prescindere dalle eccezioni preliminari di rito concernenti sia il ricorso di prime cure che l'atto di appello; ci si può anche in considerazione dell'infondatezza del gravame, dovendo privilegiarsi il principio della ragione più liquida, corollario del principio di economia processuale (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27 aprile del 2015, n. 5, nonché Cassazione, Sezioni Unite, 12 dicembre 2014, n. 26242).

10. Non avendo parte appellante espressamente graduato i motivi in senso vincolante per il giudice, ad eccezione del quinto motivo articolato in via subordinata rispetto al quarto motivo non potendosi confondere con la graduazione la mera numerazione delle censure, secondo il noto arresto di cui alla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2015, il collegio procederà alla disamina dei motivi di appello in ordine logico e con possibilità di accorpamento delle censure connesse.

11. In tale ottica si ritiene di postergare la disamina del primo motivo di appello, con cui (*omissis*) sottopone a critica la sentenza di prime cure nella parte in cui ha disposto l'estromissione dal giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Interno, in violazione della prescrizione dell'art. 12 bis comma 4 del decreto legge n. 68 del 16/06/2022, venendo in rilievo un appalto finanziato con fondi europei di cui alla Misura Next Generation UE e quindi ricadente negli appalti di cui al PNRR Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, in considerazione del rilievo che in ipotesi di infondatezza degli altri motivi, alcun interesse potrebbe avere parte appellante a far valere quest'unico motivo, in realtà prospettante un errore in procedendo ed in alcun modo ricollegabile alla prospettata illegittimità dell'aggiudicazione.

12. Il secondo e terzo motivo di appello, in quanto strettamente connessi e reiterativi delle censure articolate nel primo e secondo motivo del ricorso di prime cure, possono essere esaminati congiuntamente.

12.1. Con il secondo motivo parte appellante lamenta l'erroneità della sentenza gravata nel punto in cui ha disatteso i primi due motivi di ricorso.

Assume al riguardo che, con riferimento agli appalti finanziati con fondi PNRR – quale quello oggetto della presente impugnativa – il Consiglio Superiore dei lavori pubblici aveva emanato nel luglio 2021, ai sensi dell'art. 48 del d.l. n. 77 del 2021, le Linee guida per la redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica da porre a base dell'affidamento di contratti pubblici di lavori del PNRR e del PNC. Dalle stesse linee guida si evincerebbe come il PTFE contenga informazioni essenziali non solo per la materiale esecuzione dell'opera ma per la stessa redazione della progettazione definitiva ed esecutiva: durante la fase di progettazione di fattibilità tecnica ed economica andranno svolte adeguate indagini e studi conoscitivi (morfologia, geologia, geotecnica, idrologia, idraulica, sismica, unità ecosistemiche, evoluzione storica, uso del suolo, destinazioni urbanistiche, valori paesistici, architettonici, storico-culturali, archeologia preventiva, vincoli normativi) anche avvalendosi delle più recenti ed innovative tecnologie di rilievo digitale. Si tratta di pervenire ad un vero e proprio progetto della conoscenza (Linee Guida pag. 16).

Inoltre il PTFE, come evincibile da tali Linee guida, conterrebbe tutti gli elaborati tecnici di riferimento in forza dei quali verrà redatta la successiva progettazione definitiva/esecutiva dell'opera.

Ciò posto, in tesi di parte appellante, sarebbe erronea la sentenza di prime cure laddove aveva ritenuto che il divieto di cui all'art. 24 comma 7 del d.l.gs. n. 50 del 2016 non si applichi nei rapporti tra il PTFE e la progettazione definitiva ed esecutiva, in considerazione del rilievo che la norma de qua farebbe riferimento agli appalti, senza limitare l'applicazione della stessa ai soli appalti di lavori.

Peraltro, secondo la prospettazione attorea, l'applicabilità di tale norma alla fattispecie de qua sarebbe evincibile anche dalla sua ratio, dovendosi evitare il vantaggio competitivo ricevuto dal concorrente dalla conoscenza anticipata degli atti progettuali, profilo questo da valutarsi in astratto e non già in concreto.

12.2. Con il terzo motivo di appello (*omissis*) assume come, diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice, il (*omissis*) aggiudicatario aveva ricevuto un indebito vantaggio competitivo della redazione del PTFE dell'opera in questione, avendo elaborato tutti i documenti progettuali posti a base della gara de qua, come indicati dalle citate Linee guida ovvero: relazione generale; relazione tecnica, corredata da rilievi, accertamenti, indagini e studi specialistici; relazione di verifica preventiva dell'interesse archeologico, rilievi plano-altimetrici e stato di consistenza

delle opere esistenti e di quelle interferenti nell'ambito immediato intorno dell'opera da progettare; elaborati grafici delle opere, nelle scale adeguate; computo estimativo dell'opera; quadro economico di progetto; schema di contratto; capitolato speciale d'appalto; cronoprogramma; piano di sicurezza e di coordinamento, piano preliminare di manutenzione dell'opera e delle sue parti.

Ci², in tesi di parte appellante, avrebbe consentito al progettista di conoscere anticipatamente tutti gli elementi oggetto della successiva progettazione definitiva, integrando un indebito vantaggio competitivo nella gara per l'affidamento di quest'ultima.

Erronea sarebbe pertanto l'affermazione contenuta nella sentenza di prime cure secondo cui non ci sarebbe stato vantaggio competitivo perché il (omissis) ha offerto un ribasso percentuale del 38,2%, mentre la appellante (omissis) ha presentato un ribasso percentuale del 37%; ci² in quanto ci² che conterebbe in un appalto con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa quale quello in esame per individuare un vantaggio competitivo vietato non è l'offerta economica ma l'offerta tecnica.

Nel caso in esame la circostanza che il concorrente (omissis) avesse tratto un evidente vantaggio dal fatto di essere il progettista del PTFE sarebbe evincibile dalla circostanza che aveva ottenuto il massimo punteggio in sede di offerta tecnica, pari a 73,83 punti.

Inoltre il Tar aveva omissis di rilevare che la redazione del PTFE dell'opera de qua aveva addirittura permesso al concorrente NuvolaB di conseguire il fatturato minimo richiesto dal Disciplinare, in quanto tale servizio era stato dichiarato dal concorrente nel proprio DGUE a pag. 16, tra i servizi espletati nel triennio.

Ed inoltre, grazie alla redazione del PTFE, il concorrente aveva anche ottenuto il massimo punteggio per il criterio A Professionalità ed adeguatezza dell'offerta • sotto-criterio A1 Architetture • dell'offerta tecnica come evincibile dal verbale n. 4 in cui tale servizio era stato espressamente dichiarato e valutato positivamente dalla Commissione.

13. I motivi sono destituiti di fondamento.

13.1. L'art. 24 comma 7 d.lgs. n. 50 del 2016 invocato da parte appellante a sostegno delle articolate censure riguarda la Progettazione interna e esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici. ed è pertanto relativo alle gare per appalti di lavori, impedendo con i temperamenti di seguito indicati ai soggetti che hanno svolto la progettazione di lavori pubblici di partecipare al relativo appalto per l'esecuzione dei lavori progettati.

Tale disposto normativo è pertanto applicabile solo nel rapporto fra progettazione ed esecuzione dei lavori e non già nel rapporto fra diversi livelli di progettazione, come evincibile dalla

diversità di disciplina posta dagli artt. 23, comma 12, e 24, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016.

13.1.1. Ed invero l'art. 23 comma 12 prescrive che «Le progettazioni definitiva ed esecutiva sono, preferibilmente, svolte dal medesimo soggetto, onde garantire omogeneità e coerenza al procedimento. In caso di motivate ragioni di affidamento disgiunto, il nuovo progettista deve accettare l'attività progettuale svolta in precedenza. In caso di affidamento esterno della progettazione che ricomprensca, entrambi i livelli di progettazione, l'avvio della progettazione esecutiva è condizionato alla determinazione delle stazioni appaltanti sulla progettazione definitiva. In sede di verifica della coerenza tra le varie fasi della progettazione, si applica quanto previsto dall'articolo 26, comma 3. (a?).».

13.1.2. Detto disposto normativo esprime un principio generale di continuità, della progettazione che può riferirsi anche alla fase precedente del PFTE, laddove l'Amministrazione si sia avvalsa per la relativa predisposizione di un professionista esterno. Ciò si evince anche dalla previsione del nuovo codice, approvato con d.lgs. n. 36 del 2023, che sebbene non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie di cui è causa, può essere utilizzato in via interpretativa. Ed invero nel nuovo codice il principio di continuità della progettazione è ulteriormente valorizzato, essendo a fondamento della previsione contenuta nel comma 8 dell'art. 41 che prevede «stante l'avvenuta eliminazione del livello della progettazione definitiva» che alla redazione del progetto esecutivo provvede, di regola, lo stesso soggetto che ha predisposto il progetto di fattibilità tecnico-economica, per evidenti ragioni connesse alle garanzie di coerenza e speditezza. L'affidamento disgiunto non è precluso, imponendosi, per l'esplicitazione delle ragioni per le quali si rende necessario, nonché l'accettazione da parte del nuovo progettista, senza riserve, dell'attività progettuale svolta in precedenza (in tal senso la relazione al codice redatta ad opera del Consiglio di Stato).

13.1.3. Il divieto di cumulo della qualità di progettista e di esecutore dei lavori per la stessa opera pubblica ha per contro, secondo la costante giurisprudenza in materia, la duplice funzione di evitare, nella fase di selezione dell'appaltatore dei lavori, che sia attenuata la valenza pubblicistica della progettazione di opere pubbliche (così: Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n. 3656), e cioè che gli interessi di carattere generale ad essa sottesi siano sviati a favore dell'interesse privato di un operatore economico, con la predisposizione di progetto da mettere a gara ritagliato su misura per quest'ultimo, anziché per l'amministrazione aggiudicatrice, e che la competizione per aggiudicarsi i lavori sia perciò falsata a vantaggio dello stesso operatore (così testualmente Cons. Stato, V, 9 aprile 2020, n. 2333, che richiama, id. 17 aprile 2017, n. 3779 e 2 dicembre 2015, n. 5454).

Detta ratio è alla base anche della previsione del divieto di appalto integrato contenuto nell'art. 59, comma 1, del d.lgs. 50 del 2016, con salvezza delle eccezioni normativamente indicate.

Peraltro occorre rammentare che tale ultimo divieto Ã stato oggetto di sospensione fino al 30 giugno 2023 per effetto dellâart. 1, comma 1, lett. b) della l. n. 55 del 2019, come modificata dallâart. 8, comma 7 del d.l. n. 76 del 2020, convertito nella l. 120 del 2020, ed ancora, per effetto del differimento previsto dallâart. 52, comma 1, lett. a) della l. n. 108 del 2021; va, inoltre, considerato che proprio per gli appalti nellâambito del PNRR/PNC lâaffidamento di progettazione ed esecuzione Ã ammesso sulla base di quanto previsto dallâart. 48, comma 5 del d.l. n. 77 del 2021, convertito nella l. n. 108 del 2021.

Infine nel nuovo codice, approvato con d.l.gs. n. 36 del 2023, il divieto di appalto integrato puÃ dirsi superato nella ricorrenza di presupposti indicati nellâart. 44, adottato in attuazione di quanto indicato nella legge delega, con cui si Ã affidato al legislatore delegato il compito di individuare le âipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere allâaffidamento congiunto della progettazione e dellâesecuzione dei lavori, fermi restando il possesso della necessaria qualificazione per la redazione dei progetti nonchÃ lâobbligo di indicare nei documenti di gara o negli inviti le modalitÃ per la corresponsione diretta al progettista, da parte delle medesime stazioni appaltanti, della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione indicati espressamente in sede di offerta dallâoperatore economico, al netto del ribasso dâastaâ (art. 1, comma 2, lett. ee) della l. n. 78 del 2022).

13.2. CiÃ posto, il divieto di cui allâart. 24 comma 7 del d.l.gs. n. 50 del 2016 si propone tra lâaltro di assicurare le condizioni di indipendenza ed imparzialitÃ del progettista rispetto allâesecutore dei lavori, necessarie anche affinchÃ il primo possa svolgere nellâinteresse della stazione appaltante la funzione di direzione dei lavori e di coordinatore della sicurezza nella fase dellâesecuzione dellâappalto; anche sotto questo profilo pertanto lo stesso non Ã estensibile alla procedura di gara per lâaffidamento della progettazione definitiva ed esecutiva.

13.2.1. Peraltro, secondo quanto giÃ affermato in giurisprudenza (anche in riferimento allâanalogia disciplina dellâart. 90, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006), si tratta di disposizione che, ponendo una presunzione iuris tantum, prevede unâipotesi tipica di conflitto di interesse tale per cui i progettisti e i titolari di incarichi di supporto alla progettazione non possono di regola essere affidatari degli appalti di esecuzione di lavori, a meno che non dimostrino che âlâesperienza acquisitaâ non sia (stata) tale da determinare âun vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatoriâ (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 dicembre 2023 n. 11024; Cons. Stato, sez. V, 1 luglio 2022, n. 5499; C.G.A.R.S., 30 settembre 2022, n. 972; cfr., per lâaffermazione della presunzione di vantaggio goduta dal progettista, che impone la prova contraria, con âinversione normativa dellâonere della provaâ, anche Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853).

La stazione appaltante perciÃ, quando sussiste una situazione di presunto conflitto di interessi ai sensi dellâart. 24, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, deve ammettere la concorrente alla prova contraria e deve valutare gli elementi addotti dalla medesima, prima di procedere allâesclusione

o alla revoca dell'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2020, n. 2333, in riferimento all'analogia disciplina dell'art. 90, comma 8 e 8 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006).

In sintesi, la predisposizione di un progetto di opera pubblica da parte di un professionista privato non comporta alcun automatismo escludente per il suo concorso all'affidamento dei relativi lavori, ma deve essergli consentito di dimostrare che dalla redazione del progetto a base di gara non gli è derivato alcun vantaggio competitivo, in conformità al principio di proporzionalità di matrice euro-unitaria (cui si deve l'inserimento della regola, che risale alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 3 marzo 2005, C-21/03 e 34/03, *Fabricom SA*; la sua positivizzazione nell'ordinamento giuridico nazionale, con legge 30 ottobre 2014, n. 161 - Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013-bis - è stata poi indotta dalla necessità di chiudere la procedura di infrazione comunitaria Eu Pilot 4860/13/MARKT avviata nei confronti dell'Italia).

In altri termini, se non vi è un divieto partecipativo assoluto e aprioristico conseguente all'avvenuta predisposizione del progetto, bensì - un necessario accertamento da eseguire nel caso concreto in ordine alla posizione di vantaggio goduta dal progettista (Cons. Stato, Comm. spec., parere 3 novembre 2016, n. 2285), vi è nondimeno una presunzione normativa di incompatibilità che l'interessato deve ribaltare (Cons. Stato, V, n. 5499/2022, cit.).

Può infine aggiungersi che, per le Linee guida Anac n. 1, approvate con delibera n. 973 del 14 settembre 2016, e aggiornate con le delibere n. 138 del 21 febbraio 2018 e n. 417 del 15 maggio 2019, secondo quanto previsto nel par. n. 2.2 ai fini della prova ex art. 24 comma 7 d.lgs. 50 del 2016, idonea a superare la predetta presunzione, è almeno necessario, in coerenza con quanto previsto per le consultazioni preliminari di mercato, che le stesse informazioni in possesso del progettista siano messe a disposizione di tutti gli altri candidati e offerenti, con la previsione di un termine per la ricezione delle loro offerte idoneo a consentire loro di elaborarle. Secondo quanto di recente precisato (Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2023, n. 511), «La regola è stata condivisa da questa Sezione del Consiglio di Stato, che ha anche ritenuto a tale fine la congruità del termine di 35 giorni (n. 5499/2022)».

13.3. Per contro nell'ipotesi di specie non opera il divieto de quo peraltro non di carattere assoluto, come innanzi precisato in quanto come ritenuto dalla giurisprudenza di questa sezione (Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853 par. 13.6) «è palese la diversità di situazioni (sulla quale è sufficiente fare rinvio, tra le altre, a Cons. Stato, V, 2 dicembre 2015, n. 5454, laddove, richiamando anche il precedente di Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n. 3656, si evidenzia come la ratio del divieto di legge consiste nell'esigenza di garantire che il progettista si collochi in posizione di imparzialità rispetto all'appaltatore-esecutore dei lavori», quindi nell'evitare che coincidano le posizioni di progettista e di appaltatore-esecutore dei lavori; rischio, quest'ultimo che non ricorre nei rapporti tra progettazione

preliminare e livelli ulteriori di progettazione)>>).

13.4. Peraltro, ai fini della delibazione della questione de qua, come evidenziato dalla provincia di Pisa, occorre tenere conto non tanto del disposto dell'art. 24 comma 7 innanzi indicato, ma del disposto dell'art. 67, commi 1 e 2 del codice dei contratti pubblici, secondo i quali l'esclusione dalla partecipazione alla gara di un operatore economico che abbia in qualche modo partecipato alla preparazione della procedura di gara Ã concepita come un'extrema ratio, ovvero solo laddove non sia possibile garantire il rispetto del principio di par condicio competitorum, come evincibile anche dalla previsione dell'art. 80, comma 5, lett. e) del codice che prevede quale ipotesi di esclusione la fattispecie in cui Ã una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67 non possa essere risolta con misure meno intrusive.

Previsione questa del tutto coerente con il principio di tassativit  delle cause di esclusione codificato dall'art. 83 comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 in applicazione del quale la giurisprudenza ha ritenuto che le norme di legge e di bando che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicit  e tassativit  delle cause di esclusione, che di per s  costituiscono fattispecie di restrizione della libert  di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione, oltre che dal Trattato dell'Unione Europea (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 11 febbraio 2013, n. 768; nello stesso senso: sez. V, 21 giugno 2016, n. 2722, sez. V, 13 maggio 2014, n. 2448 e sez. V, 21 febbraio 2013, n. 1061). Ad analoghe conclusioni deve pertanto pervenirsi in applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. e) del d.lgs. n. 50 del 2016.

13.5. Nell'ipotesi di specie le modalit  di svolgimento della procedura di gara hanno invero consentito il rispetto della par condicio competitorum.

13.5.1. Come rilevato dal RUP a verbale (verbale I seduta 2-3 novembre 2022, pag. 5): Ã l'esame della documentazione amministrativa presentata dall'operatore economico 5) RT costituendo nuvolaB [ ] ha prodotto i seguenti rilievi [ ] la mandataria dichiara in DGUE, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti tecnico professionali, di aver svolto il progetto di fattibilit  tecnico economica posto a base di gara. Il RUP rileva quanto segue: 1) il progetto Ã stato pubblicato e messo a disposizione di tutti gli interessati attraverso la piattaforma START. nonch  il profilo del committente della centrale di committenza; 2) i concorrenti hanno svolto un regolare sopralluogo al fine di acquisire tutte le informazioni necessarie; 3) si riscontra ampia partecipazione alla presente procedura, in conformit  al principio di favor participationis tra gli operatori economici interessati. Pertanto il RUP ritiene che la Stazione appaltante abbia adottato misure adeguate per garantire la concorrenza.

13.5.2. L'assenza dell'asserito vantaggio competitivo e della conseguente violazione della par condicio competitorum, si evince pertanto anche dalla circostanza che alla procedura hanno partecipato sette raggruppamenti temporanei di professionisti, cinque dei quali sono stati ammessi alla fase di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, e le rispettive valutazioni sono state pressoché omogenee, come risultante dalla disamina dei verbali di gara.

13.5.3. In particolare dalle stesse valutazioni operate dalla commissione giudicatrice risulta confermato ex post che l'aggiudicataria non ha ottenuto alcun vantaggio competitivo, in quanto le valutazioni tecniche delle offerte presentate da (*omissis*), (*omissis*) e (*omissis*) sono risultate pressoché omogenee, essendovi uno scarto quasi trascurabile di qualche decimale, posto che il (*omissis*) ha ottenuto 73,83 punti, mentre il (*omissis*) ha ottenuto 73,12 punti.

Pertanto, avuto riguardo a tale circostanza e alla prevista possibilità per il giudice di appello di integrare la motivazione della sentenza di prime cure, in applicazione del principio devolutivo, può dirsi superata la censura di parte appellante secondo cui il primo giudice avrebbe erroneamente desunto il rispetto della par condicio dal ribasso offerto dai concorrenti, anziché dalla valutazione delle offerte tecniche. Infatti, a fronte di una motivazione effettivamente individuabile come tale nell'ambito della sentenza, l'eventuale vizio motivazionale non dà luogo a invalidità ed è superato di per sé dall'effetto devolutivo dell'appello, che comporta l'esame nel merito delle questioni controverse da parte del giudice dell'impugnazione nella misura in cui devolute dalle parti in ragione delle critiche (anche motivazionali) rivolte alla sentenza (Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2021, n. 3308; 17 gennaio 2020, n. 430; 13 febbraio 2017, n. 609).

13.6. Il rispetto della par condicio, confermato ex post dal carattere pressoché omogeneo dei punteggi ottenuti, è invero ricollegabile alla circostanza, operante ex ante, ovvero prima della valutazione afferente le ammissioni e le esclusioni dei concorrenti, che tutti i partecipanti hanno avuto trentuno giorni di tempo per esaminare la documentazione, effettuare un eventuale sopralluogo e presentare le proprie offerte, nonostante fosse legittimamente possibile ridurre i termini di presentazione delle offerte sino a 15 giorni dalla pubblicazione della procedura, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. a) D.L. 76/2020 e s.m.i..

Ed invero, come evidenziato dal RUP nel richiamato verbale ed evincibile dai documenti depositati dalla provincia di Pisa, l'intero progetto approvato del PFTE è stato completamente messo a disposizione dei concorrenti tramite START. e, quindi, i concorrenti sono stati posti in grado sin dall'inizio di prendere visione di tutti gli elaborati del PFTE.

Pertanto rispetto alla procedura de qua non si rinviene alcuna asimmetria informativa ostativa alla partecipazione del(*omissis*), risultato poi aggiudicatario.

13.7. Al riguardo destituito di fondamento è quanto addotto da parte appellante in ordine alla circostanza che il vantaggio competitivo sarebbe per contro evincibile dal fatto che l'offerta

tecnica del RTP aggiudicatario aveva ottenuto il massimo punteggio; ciÃ² avuto riguardo per un verso al modesto scarto, innanzi indicato, fra il punteggio ottenuto dal RTP aggiudicatario e dal RTP appellante e per altro verso alla circostanza che le valutazioni afferenti le ammissioni e le esclusioni, come innanzi precisato, operano a monte, ovvero prima della valutazione delle offerte tecniche e che pertanto il vantaggio competitivo va vagliato avuto riguardo alle modalitÃ di svolgimento della procedura di gara, che devono essere tali da eliminare qualsivoglia asimmetria informativa come evincibile dal combinato disposto degli artt. 67 commi 1 e 2 e dell'art. 80 comma 5 lett. e) del d.lgs. n. 50 del 2016.

13.8. NÃ© coglie nel segno la deduzione di parte appellante fondata sul richiamo alle Linee guida per la redazione del progetto di fattibilitÃ tecnica ed economica da porre a base dell'affidamento di contratti pubblici di lavori del PNRR e del PNC, emanate nel luglio 2021 dal Consiglio Superiore dei lavori pubblici (v. ricorso in appello-pagine 14-15).

In primo luogo va infatti evidenziato come tali Linee guida sono state adottate in attuazione del disposto dell'art. 48 comma 7 d.l. n. 77 del 2011, convertito nella legge 29 luglio 2021, n. 108), ovvero per i lavori di importo superiore a 100 mln e quindi non trovano applicazione alla fattispecie de qua. Parte appellante, limitandosi a fare tale richiamo, non ha peraltro allegato e comprovato che tutti gli elaborati indicati in tali Linee guida come parte del PFTE fossero previsti anche nel PFTE elaborato dal RTP Nuvola; nÃ© ha allegato che gli elaborati de quibus non fossero stati messi a disposizione di tutti i partecipanti alla procedura de qua, contestando quanto indicato al riguardo dal Rup.

Pertanto deve ritenersi che la disamina degli elaborati facenti parte del PFTE elaborato da NuvolaB nel congruo termine assegnato per la presentazione dell'offerta e l'esecuzione del sopralluogo avesse eliso qualsiasi asserita asimmetria informativa.

13.9. NÃ© l'indebito vantaggio competitivo potrebbe essere ex se ravvisabile nella circostanza che il RTP aggiudicatario aveva speso la precedente attivitÃ di progettazione sia ai fini del fatturato minimo, sia ai fini punteggio ottenuto per l'offerta tecnica, con riguardo ai sub-criteri A. 1.1. e A. 1.2., riferiti all'avvenuta esecuzione di un massimo di tre servizi di progettazione analoghi a quelli oggetto di affidamento, essendo stato prodotto e valorizzato a tali fini anche il PFTE relativo alle medesime opere, posto che l'indebito vantaggio competitivo Ã¨ ravvisabile laddove l'attivitÃ precedentemente svolta determini un'asimmetria informativa, nel senso innanzi indicato, per cui lo stesso non Ã¨ invocabile laddove l'attivitÃ precedentemente svolta assuma rilievo al pari di qualsivoglia altra attivitÃ di progettazione ai fini del fatturato minimo o ai fini del punteggio tecnico assegnato in relazione alla presentazione di progetti analoghi.

14. Con il quarto motivo di appello (*omissis*) censura la sentenza di prime cure nella parte in cui aveva rigettato il terzo motivo di ricorso, riferito all'asserita assenza dei requisiti tecnico

professionali richiesti dall'art. 7.3. del Disciplinare in capo ad alcune mandanti.

In particolare con il ricorso di prime cure (*omissis*) aveva dedotto che quattro mandanti del (*omissis*) avevano espressamente dichiarato di non essere in possesso di alcuni dei requisiti tecnico professionali richiesti dall'art. 7.3. del Disciplinare e di eseguire specifiche prestazioni per quote percentuali dell'appalto, nonostante non fossero in possesso di una qualificazione tecnica corrispondente alla percentuale dei servizi di progettazione che si erano impegnati ad eseguire.

14.1. La motivazione della sentenza appellata che aveva rigettato tale censura sarebbe, in tesi di parte appellante, erronea, in quanto, al contrario di quanto ritenuto dal primo giudice, non sarebbe affatto ravvisabile un (*omissis*) di tipo misto, implicante l'innesto su un modello associativo di tipo verticale, di un'associazione di tipo orizzontale ai soli fini della realizzazione congiunta delle opere della categoria scorporabile.

In tesi di parte appellante infatti la dichiarazione di ATI di tipo misto formulata dalla aggiudicataria difetterebbe totalmente di tali elementi necessari per la costituzione di tale tipologia di associazione laddove:

a) la lex specialis di gara non prevedeva affatto, nella elencazione delle prestazioni da eseguirsi, categorie prevalenti e categorie scorporabili o secondarie;

b) nella dichiarazione di impegno a costituire il (*omissis*), la (*omissis*) non aveva affatto costituito un modello associativo di tipo verticale e, nell'ambito di una singola prestazione, una associazione di tipo orizzontale ai soli fini della realizzazione congiunta delle opere delle categorie scorporabili non essendoci alcuna dichiarazione in tal senso.

Ad avviso di parte appellante, venendo in rilievo un (*omissis*) di tipo verticale, troverebbe applicazione la previsione dell'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente obbligo, fissato dal Disciplinare, di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione dell'appalto.

Nel caso di specie sarebbe evidente, in tesi attorea, che il (*omissis*) era un raggruppamento di tipo verticale perché la mandataria era l'unica qualificata per le categorie di progettazione di opere edilizie E. 22, E. 20 ed E. 18 mentre le mandanti avevano competenze diverse tra loro e nonch  distinte rispetto alla mandataria e sarebbero deputate alla esecuzione di singole e distinte prestazioni dell'appalto, perch  ognuna di loro svolgerebbe determinate prestazioni diverse da quella degli altri componenti del (*omissis*).

In particolare il mandante (*omissis*) srl era in possesso del 100% del requisito tecnico professionale S. 06 e S. 03; il mandante (*omissis*) srl, in possesso del 100% del requisito tecnico professionale IA. 01, IA. 02, IA. 03 e doveva svolgere il 100% della progettazione impiantistica;

lâ??Ing. (omissis) doveva eseguire il 100% della progettazione antincendio; la mandante Arch. (omissis) doveva eseguire 100% della progettazione CAM; lâ??Arch. (omissis) doveva eseguire il 100% del coordinamento sicurezza in progettazione.

Pertanto ciascuna delle mandanti avrebbe specializzazioni e competenze diverse, essendo ognuna legittimata ad eseguire solo specifiche prestazioni, quali la progettazione impiantistica, la progettazione antincendio, la progettazione CAM, il coordinamento della sicurezza, peraltro ciascuna in via esclusiva per percentuali del 100% delle singole prestazioni.

Secondo la prospettazione attorea la diversit  delle prestazioni escluderebbe il carattere orizzontale del raggruppamento, avendo ciascuna delle imprese specializzazioni e competenze diverse, laddove le imprese partecipanti al raggruppamento orizzontale devono essere titolari delle necessarie qualificazioni e competenze, s  che ciascuna di esse sia in grado di poter partecipare all'esecuzione dell'unica prestazione oggetto di gara.

Pertanto, essendo ravvisabile un raggruppamento di tipo verticale, le singole mandanti dovevano possedere, ai sensi dell'art. 7.4 del Disciplinare, i prescritti requisiti di capacit  professionale in corrispondenza delle quote di prestazioni dichiarate.

15. Anche tale motivo   destituito di fondamento, alla luce di quanto di seguito evidenziato.

15.1. Per quanto riguarda i requisiti di capacit  tecnica e professionale il disciplinare di gara prevedeva quanto segue:

 ( ) 7.3 Requisiti di capacit  tecnica e professionale

 g) Avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni anteriori alla data di pubblicazione del bando di prestazioni di servizi di ingegneria e di architettura relativi ai lavori di ognuna delle categorie e ID indicati nella successiva tabella e il cui importo complessivo, per ogni categoria e ID,   pari a 1,5 volte lâ??importo stimato dei lavori delle rispettive categorie e ID. Gli importi minimi dei lavori, per categorie e ID, sono riportati nella seguente tabella.

Il concorrente dichiara il possesso del requisito nella parte IV sez. C punto 1b) del DGUE.
Tabella   Categorie, ID e importi minimi dei lavori per lâ??elenco dei servizi ( ). 

Questo specifico requisito dei servizi di punta di cui al punto 7.3. lett. g) del disciplinare, stante la complessit  delle componenti del progetto,   stato suddiviso in tre tipologie di categorie di opera oggetto di progettazione:

  Edilizia (suddiviso a sua volta in 3 sotto categorie omogenee E. 22, E. 20, E. 18)

  Strutture (suddiviso a sua volta in 2 sotto categorie omogenee S. 06, S. 03)

Impianti (suddiviso a sua volta in 3 sotto categorie omogenee IA. 01, IA. 02, IA. 03)

Gli importi minimi delle categorie di opere, il relativo grado di complessità e le relative descrizioni sono indicati nell'apposita tabella contenuta a pagg. 15 e 16 del disciplinare.

Detto requisito speciale di cui al punto 7.3 lett. g) del disciplinare (possesso di avvenuto svolgimento di servizi di progettazione di punta) poteva essere dimostrato, in caso di raggruppamento temporaneo ai sensi dell'art. 48 del Codice, nei modi indicati dal punto 7.4. del disciplinare di gara:

7.4 Indicazioni per i raggruppamenti temporanei, consorzi ordinari, aggregazioni di rete, GEIE

Gli operatori economici che si presentano in forma associata devono possedere i requisiti di partecipazione nei termini di seguito indicati. ()

Il requisito dell'elenco dei servizi di cui al precedente punto 7.3 lett. g) deve essere posseduto dal raggruppamento temporaneo orizzontale nel complesso.

Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo verticale ciascun componente deve possedere il requisito dell'elenco dei servizi di cui al precedente punto 7.3 lett. g) in relazione alle prestazioni che intende eseguire, fermo restando che la mandataria deve possedere il requisito relativo alla prestazione principale.).

15.2. Nel caso di specie il (*omissis*) integrava un raggruppamento di tipo c.d. misto, sia orizzontale per le singole categorie d'opera per il quale si applicano le regole del raggruppamento di tipo orizzontale nel cd. sub raggruppamento all'interno delle categorie di opere omogenee in merito al possesso del requisito speciale del servizio di punta -, che verticale, come peraltro dichiarato nell'apposito modulo denominato A. 3 Impegno a costituirsi in raggruppamento / consorzio (par. 15.3.3 disciplinare di gara).

15.2.1. In particolare in relazione a tale (*omissis*) valgono le regole del (*omissis*) verticale rispetto ai tre gruppi di prestazioni individuati nell'art. 7.3. lett g) del Disciplinare di gara (Edilizia, Strutture e Impianti). Dalla domanda di partecipazione risultano, in relazione a tali gruppi di prestazione, le seguenti percentuali dei requisiti tecnico-professionali (cfr. doc. 10 prodotto dalla Provincia di Pisa):

per la categoria Edilizia () (*omissis*) (mandataria), requisiti tecnico professionali E. 22, E. 20, E. 18: 100%).

per la categoria Struttura () (*omissis*) srl (mandante), requisito tecnico professionale S. 06 e S. 03 100%).

per la categoria Impianti (omissis) srl (mandante), requisiti tecnico professionali IA. 01, IA. 02, IA. 03 100% (omissis).

15.2.2. Viceversa, per le opere di tipo specialistico, architettonico e antincendio valgono le regole riferite al (omissis) orizzontale.

Pertanto, in relazioni a tali opere i requisiti dovevano essere posseduti dal (omissis) nel suo complesso.

15.2.3. Avuto riguardo a tale differenziazione, il (omissis) aveva i prescritti requisiti di partecipazione, come condivisibilmente chiarito dalla Provincia di Pisa ed evincibile dal modulo A3 impegno a costituirsi in raggruppamento/consorzio (par. 15.3.3.) posto che:

la mandataria (omissis) doveva eseguire le prestazioni di tipo specialistico e architettonico (prestazione principale) legate alle categorie di opere EDILIZIA: E. 22, E. 20, E. 18, mentre la mandante (omissis) Srl doveva eseguire le prestazioni secondarie legate alle categorie di opere IMPIANTI: IA. 01, IA. 02, IA. 03;

il mandante Arch. (omissis) doveva eseguire parte della progettazione architettonica, ma il requisito di partecipazione del servizio di punta di cui al punto 7.3 lett. g) è stato offerto secondo un criterio orizzontale dalla mandataria (omissis) (E. 22, E. 20, E. 18).

il mandante Ing. (omissis) doveva eseguire parte delle prestazioni di tipo specialistico consistenti nella progettazione antincendio; trattandosi di prestazione progettuale di tipo trasversale, il requisito speciale del servizio di punta viene offerto sia dalla mandataria (omissis) che dal mandante chiamato ad eseguire la parte di progettazione di tipo impiantistico (omissis) Srl), mentre, con specifico riferimento alla progettazione antincendio in senso stretto non era previsto nella lex specialis il possesso di un requisito di punta specifico di cui alla lett. g), bensì esclusivamente il requisito speciale di cui al punto 7.1 lett. e) (iscrizione del professionista indicato nel gruppo di lavoro presso l'albo apposito tenuto dal Ministero dell'Interno), il cui possesso non è oggetto di contestazione;

la mandante Arch. (omissis) doveva eseguire parte delle prestazioni di tipo specialistico legate al rispetto dei CAM (criteri ambientali minimi) /DNSH (do not significant harm ambientale) e il requisito di partecipazione è stato offerto secondo un criterio orizzontale dalla mandataria (omissis), trattandosi di prestazione trasversale;

Il mandante Arch. (omissis) doveva eseguire parte delle prestazioni di tipo specialistico legate al coordinamento della sicurezza, ma il requisito di partecipazione è stato offerto secondo un criterio orizzontale dalla mandataria (omissis). Inoltre, con riferimento alla progettazione di coordinamento della sicurezza in senso stretto, non era previsto il possesso di un requisito di punta specifico di cui all'art. 7.3. lett. g), bensì esclusivamente il requisito speciale di cui al

punto 7.1 lett. d) del disciplinare.

15.2.4. Risulta pertanto confermato il possesso dei requisiti di partecipazione da parte del (*omissis*), in considerazione del rilievo che, secondo la giurisprudenza, nei raggruppamenti misti ogni subraggruppamento deve essere esaminato autonomamente, in particolare applicandosi al sub-raggruppamento orizzontale le regole proprie di tale tipologia di raggruppamenti.

Tale Ã Ã indirizzo prevalente in giurisprudenza, ove Ã affermato che Ã art. 48, comma 6, ultimo inciso, del d.lgs. n. 50 del 2016 consente che all'interno di un raggruppamento misto di tipo verticale, nel caso di lavori-prestazione secondaria Ã da evincersi nel caso di specie sulla base di quanto evidenziato nell'art. 7.3. del Disciplinare Ã siano presenti sub-raggruppamenti di tipo orizzontale, che riguardano sia i lavori riconducibili alla categoria prevalente, che i lavori riconducibili alle categorie scorporate. In ciascuna di tali categorie previste dal bando puÃ quindi essere costituita una subassociazione di tipo orizzontale, per le quali valgono le disposizioni dettate per l'associazione orizzontale dall'art. 92, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010 (Cons. Stato, Sez. V, 03 maggio 2021, n. 3462; Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2020, n. 7751).

16. Alla luce della giurisprudenza amministrativa risulta del pari destituito di fondamento il quarto motivo di appello, svolto in via subordinata rispetto al precedente, riferito all'asserita illegittimitÃ dell'art. 7.4 del disciplinare di gara, non esaminato dal giudice di prime cure e riproposto con l'atto di appello, laddove prevede che: Ã Il requisito dell'elenco dei servizi di cui al precedente punto 7.3 lett. g) deve essere posseduto dal raggruppamento temporaneo orizzontale nel complessoÃ.

16.1. In tesi di parte appellante la disposizione citata, legittimando la partecipazione alla gara di mandanti di un raggruppamento non in possesso dei requisiti di capacitÃ tecnico-professionali richiesti dall'art. 7.3 g) del Disciplinare Ã neanche pro-quota in ragione delle prestazioni dichiarate Ã di fatto, legittimerebbe l'affidamento della commessa a concorrenti non affidabili, perchÃ non qualificati per l'esecuzione delle prestazioni rese, in violazione dei principi eurounitari e nazionali di par condicio e selezione della migliore offerta.

16.2. Il motivo si appalesa infondato in quanto come di recente ritenuto da questa sezione Ã Ai sensi dell'art. 48, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016: Ã l'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilitÃ solidale nei confronti della stazione appaltante, nonchÃ nei confronti del subappaltatore e dei fornitoriÃ. Tale disposizione normativa sancisce, dunque, nel raggruppamento orizzontale, la responsabilitÃ solidale per l'adempimento dell'intera prestazione contrattuale di tutti i componenti del raggruppamento nei confronti della stazione appaltante, del subappaltatore e dei fornitori. Invero, Ã resta confermato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale dopo la sentenza dell'Adunanza plenaria 28 aprile 2014, n. 27 non puÃ dubitarsi che,

negli appalti di servizi e forniture, non vige più¹ ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della *lex specialis* della gara; rientra pertanto nella discrezionalità della stazione appaltante sia stabilire il fatturato necessario per la qualificazione delle imprese, sia la fissazione delle quote che devono essere possedute dalle imprese partecipanti ai raggruppamenti (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2019, n. 8249; III, 17 giugno 2019, n. 4025; III, 22 maggio 2019 n. 3331; III, 26 febbraio 2019 n. 1327; III, 21 gennaio 2019, n. 487 e n. 488) (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1101). La conclusione raggiunta trova smentita nel principio di diritto recentemente espresso con decisione dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio, 27 marzo 2019, n. 6, riferendosi quest'ultimo ai soli appalti di lavori (per i quali trova applicazione la disciplina speciale di cui all'art. 92, comma 2, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), laddove l'odierna vertenza concerne un appalto di servizi, per il quale trovano dunque applicazione i consolidati principi sopra richiamati (Cons. Stato, V, 13 novembre 2019, n. 7805). Nel caso di specie, trattandosi di appalti di servizi, è dunque essenziale lo scrutinio delle previsioni della *lex specialis*, che non imponeva la corrispondenza tra quote di esecuzione assunte da ciascuna impresa partecipante al raggruppamento e requisiti di partecipazione posseduto. Invero, i requisiti richiesti al punto III. 2.3), lett. b), c) e d) del bando, nell'ambito dei quali era ricompreso anche il pregresso svolgimento di servizi analoghi a quelli oggetto del lotto di riferimento, dovevano essere posseduti dal rti nel suo complesso. L'assetto del rti aggiudicatario era, quindi, assolutamente conforme alle prescrizioni della *lex specialis*, che non solo non prescriveva il possesso di una quota minima di requisito in capo alle mandanti del rti, ma stabiliva espressamente che lo stesso poteva essere integrato dal raggruppamento nel suo complesso. Non è, dunque, condivisibile il ragionamento contenuto nella sentenza appellata, secondo cui la conformazione orizzontale del raggruppamento farebbe sì che ciascuno degli operatori risponde verso la stazione appaltante per la parte di servizio che è tenuto ad eseguire, atteso che, al contrario, negli appalti di servizi e forniture il regime della responsabilità solidale elide i paventati rischi di elusione del principio di affidabilità degli operatori economici, rimettendo all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante l'eventuale prescrizione del possesso di una quota minima di requisito in capo alle mandanti del rti, ad ulteriore garanzia di serietà ed affidabilità tecnica ed imprenditoriale dell'impresa. (Cons. Stato, Sezione V, 24 maggio 2022, n. 4123).

16.2.1. Nella fattispecie de qua pertanto legittimamente il disciplinare di gara non richiedeva il possesso di un requisito minimo in capo alle mandanti con riferimento alle prestazioni riconducibili al (*omissis*) di tipo orizzontale, prescrivendo che il requisito dell'elenco dei servizi di cui al precedente punto 7.3 lett. g) deve essere posseduto dal raggruppamento temporaneo orizzontale nel complesso.

Detta clausola peraltro è del tutto conforme a quanto sul punto previsto dal bando tipo ANAC 3/2018, *ratione temporis* vigente.

16.2.2. NÃ© coglie nel segno la prospettazione attorea secondo la quale detta clausola comporterebbe lâ?affidamento della commessa ad operatori economici non affidabili, in quanto, come precisato dalla giurisprudenza innanzi richiamata, la responsabilitÃ solidale degli operatori economici raggruppati sancita dallâ?art. 48, comma 5 d.l.gs. 50 del 2016 fornisce garanzia dellâ?affidabilitÃ del (*omissis*) nel suo complesso.

17. Con il sesto ed ultimo motivo (*omissis*) critica la sentenza di prime cure nel punto in cui aveva rigettato il quinto motivo di ricorso con il quale si era contestata la valutazione da parte della Commissione â? con riguardo al criterio A. 1. (â?ProfessionalitÃ ed adeguatezza dellâ?offerta sul piano architettonico desunta da n. 3 servizi) a sua volta articolato nel subcriterio A. 1.1. (â?Grado di analogia con lâ?intervento oggetto della progettazioneâ?) e nel subcriterio A. 1.2. (â?QualitÃ dei contenutiâ?) â? della progettazione del PTFE del medesimo complesso Opera Pia di San Giuliano Terme oggetto della gara de qua realizzato da (*omissis*), in quanto, a suo dire, â? Il progetto PTFE si pone quale primo grado dei livelli di progettazione delle opere pubbliche â? art. 23 T.U.A. â? con contenuti di specificitÃ â?inferioriâ? e meno dettagliati della progettazione definitiva ed esecutiva â? che Ã? oggetto di affidamento della gara de qua. Ne consegue che la progettazione PTFE dichiarata da (*omissis*) â? in quanto trattasi di servizio di progettazione di grado â?inferioreâ? rispetto a quello oggetto di affidamento â? non poteva certo essere considerato â?analogoâ? a quelli oggetto di affidamento, nÃ© poteva attestare la professionalitÃ e lâ?adeguatezza del concorrente con riferimento alla progettazione definitiva ed esecutiva, oggetto di affidamento. (..).â?.

17.1. Il giudice di prime cure ha disatteso tale motivo sulla base del rilievo che â?La commissione, nellâ?espressione di un potere di discrezionalitÃ tecnica, ha ritenuto di valorizzare anche il progetto di fattibilitÃ tecnico economica, in quanto tale, ha un indubbio grado di analogia con il servizio di progettazione esecutiva, in quanto riferito al medesimo appalto di lavoriâ?.

17.2. Secondo la prospettazione attorea il giudice di prime cure sarebbe incorso in error in iudicando in quanto â?(â?) se il bando chiede la valutazione di un determinato elemento dellâ?offerta, la Commissione non puÃ² derogare alla citata disposizione, riconoscendo ammissibile un elemento che non riveste le caratteristiche richieste dal bando stesso. (â?).â?.

18. Il motivo Ã? infondato.

Ed invero va in primo luogo osservato che â?secondo lâ?indirizzo consolidato della giurisprudenza amministrativa, â?per servizi analoghiâ? non si intende â?servizi identiciâ?, essendo necessario ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dellâ?appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti (Cons. Stato, sez. IV, 11 maggio 2020, n. 2953). Tale interpretazione contempera lâ?esigenza di selezionare un imprenditore qualificato

con il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, sicché, al fine di verificare la sussistenza del requisito di capacità tecnico-professionale, la verifica delle attività pregresse va fatta in concreto tenendo conto del contenuto intrinseco delle prestazioni nonché della tipologia e dell'entità delle attività eventualmente coincidenti (Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2017, n. 1608; id. 28 luglio 2015, n. 3717). (Cass. Civ., sez. I, 14.06.2023 n. 5854).

Si è parimenti affermato che la nozione di servizi analoghi è quella di servizi afferenti il medesimo settore imprenditoriale o professionale (Consiglio di Stato, sez. V, 3 novembre 2021, n. 7341, Cons. Stato, Sez. V, 03/11/2021, n. 7341).

18.1. In considerazione di tali rilievi correttamente la commissione di gara, nell'esercizio della sua discrezionalità, non sindacabile in questa sede in quanto non violativa della prescrizione della lex specialis di gara (da interpretarsi alla luce della indicata giurisprudenza), nonché irragionevole, ha inteso quale progetto analogo anche il PFTE relativo alle medesime opere oggetto della procedura de qua, come evidenziato dal primo giudice.

Pertanto la circostanza che il subcriterio A.1.1. faccia riferimento al grado di analogia evidenzia vieppiù che secondo la lex specialis di gara assumevano rilevanza anche livelli di progettazione diversi rispetto a quelli oggetto della procedura de qua.

18.2. Ciò senza mancare di rilevare la contraddittorietà della prospettazione attorea che, per un verso, quanto all'asserita incompatibilità di (*omissis*), ha rimarcato la complessità del PFTE, corredato da numerosi elaborati, mentre per altro verso, quanto all'attribuzione degli indicati punteggi, ha contestato l'analogia di siffatta attività di progettazione, sulla base del semplice rilievo che sarebbe relativa al primo livello di progettazione.

18.3. Pertanto occorre evidenziare che oltre a detta attività di progettazione, ai fini dell'attribuzione dei punteggi di cui agli indicati subparametri, il (*omissis*) ha prodotto anche altri due progetti e che i punteggi sono stati complessivamente assegnati a tutti e tre i progetti, per cui la contestazione di parte appellante è inidonea a vincere la prova di resistenza ovvero a dimostrare che, ove fosse escluso detto PFTE, il minore punteggio ottenuto dal (*omissis*) avrebbe consentito al (*omissis*) appellante di vincere la procedura di gara. Infatti la commissione di gara ha complessivamente evidenziato che «Oltre al Servizio a1 che rappresenta il primo livello di progettazione della presente procedura anche gli altri due servizi presentati dal concorrente risultano analoghi per tipologia e di importi anche superiori rispetto alla prestazione oggetto del presente bando: la documentazione mostra una buona qualità dei contenuti».

Pertanto, come evidenziato dalla Provincia di Pisa in relazione a tali subparametri la commissione esaminatrice non ha attribuito il massimo punteggio a (*omissis*), avendole per contro attribuito i medesimi punteggi assegnati al (*omissis*) appellante.

Segnatamente:

per il criterio A. 1.1. i due concorrenti hanno entrambi ottenuto 3,68 punti su 4 punti massimi previsti dal disciplinare di gara;

per il criterio A. 1.2. i due concorrenti hanno entrambi ottenuto 5,52 punti su 6 massimi previsti dal disciplinare di gara.

19. In considerazione dell'infondatezza degli indicati motivi di carattere sostanziale, alcun interesse avrebbe parte appellante allo scrutinio del primo motivo di appello, secondo quanto innanzi precisato, dalla cui disamina pu² pertanto prescindersi.

20. L'appello va pertanto rigettato.

21. Le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni pi¹ risalenti, Cassazione Civile, Sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle pi¹ recenti, Cassazione Civile, Sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663 e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021 n. 6209, 13 settembre 2022 n. 7949 e 18 luglio 2016n. 3176).

22. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo nei rapporti con la provincia di Pisa e il Comune di San Giuliano Terme mentre, avuto riguardo alle difese svolte, possono essere compensate nei rapporti con la Presidenza del Consiglio dei Ministri e con il Ministero dell'Interno.

P.Q.M.

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

Condanna parte ricorrente alla refusione delle spese di lite, liquidate in euro 3.000,00 (tremila/00) in favore della Provincia di Pisa ed in euro 3.000,00 (tremila/00) in favore del Comune di San Giuliano Terme, oltre oneri accessori, se dovuti, come per legge.

Compensa le spese di lite nei rapporti con il Ministero dell'Interno e con la Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorit¹ amministrativa.

Cos¹ deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

(omissis), Presidente

(omissis), Consigliere

(omissis), Consigliere

(omissis), Consigliere

(omissis), Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 02 APR. 2024.

Campi meta

Massima : *Nel nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con d.lg. n. 36/2023, il divieto di appalto integrato pu² dirsi superato nella ricorrenza di presupposti indicati nell'art. 44 del citato decreto, con cui si ² affidato al legislatore delegato il compito di individuare le ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori.*

Supporto Alla Lettura :

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Il Codice dei contratti pubblici ² un Testo Unico che regola i rapporti tra la Pubblica Amministrazione e le societ² incaricate a svolgere determinate opere pubbliche. In particolare, il Codice dei contratti pubblici regola la disciplina dei contratti necessari per la realizzazione di opere, servizi e forniture a favore della Pubblica Amministrazione, nonch² le propedeutiche procedure di scelta del contraente privato. Tale disciplina ² contenuta attualmente nel **decreto legislativo n. 36 del 31 marzo 2023**, il quale ² entrato in vigore il 1^o aprile 2023, ma la cui efficacia ² tale solo dallo scorso 1^o luglio 2023. Tuttavia, gran parte delle disposizioni sulla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti della Parte II del Libro Primo ² efficace dal 1^o gennaio 2024. Pertanto, il Codice, durante la sua prima applicazione, ha ² convissuto² col vecchio Codice (D.lgs. n. 50/2016) e con altre normative di riferimento (es: DL Semplificazioni Bis) fino al 31 dicembre 2023. Il decreto legislativo n. 50/2016, quindi, ² stato completamente abrogato il 1^o gennaio 2024, fermo restando che, per le procedure bandite prima del 1^o luglio 2023, continuano a valere le disposizioni del ² vecchio² Codice.