

Irregolarità fiscale del progettista indicato in appalto integrato: l'esclusione è illegittima e deve esserne ammessa la sostituzione.

(T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 27 gennaio 2021, n. 252)

La questione affrontata riguardava un appalto di progettazione ed esecuzione (cosiddetto «appalti integrato») ai sensi dell'articolo 59, comma 1-bis, del Codice dei contratti. Tuttavia, è di grande interesse poiché può agevolmente ritenersi applicabile a tutti i procedimenti che prevedono la progettazione ed esecuzione (quali le concessioni e le diverse forme di partenariato pubblico privato).

Come noto in detti casi, dal combinato disposto dell'articolo 59, comma 1-bis, del Codice dei contratti e degli articoli 79, comma 7 e 92, comma 6, del d.P.R. n. 207 del 2010, il progettista può essere individuato e coinvolto in tre modi:

- a) mandante in raggruppamento temporaneo “eterogeneo” con gli operatori economici che partecipano per l'appalto o alla concessione dei lavori e, in tal caso, assume anche a qualifica di offerente;
- b) indicato ma estraneo all'offerente (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 luglio 2020, n. 13), cosiddetto ausiliario che presta un «avvalimento atipico»;
- c) appartenente allo staff tecnico dell'offerente che concorre per i lavori, a tale scopo contrattualizzato da quest'ultimo operatore economico. Lo staff tecnico può essere costituito anche da più professionisti contrattualizzati individualmente in quanto assunti a tempo indeterminato e a tempo pieno, quindi integrati nell'impresa con un rapporto diretto [1]. Se lo staff tecnico dell'impresa non ha i requisiti tecnico-professionali per la progettazione, l'impresa concorrente dovrà ricorrere a una delle fattispecie sub. a) o sub. b) (articolo 59, comma 1-bis, secondo periodo, del Codice dei contratti); per contro i requisiti di tipo economico-finanziari dei progettisti (nel raro caso siano richiesti ai sensi dell'articolo 83, comma 5, del Codice dei contratti), nel caso dello staff tecnico potranno essere forniti dall'impresa titolare dell'Offerta.

Mentre il caso sub. c) è tutto sommato semplice, trattandosi di progettisti che coincidono con l'impresa offerente, di norma è una prerogativa di imprese di grandi dimensioni ben strutturate, mentre ordinariamente le imprese concorrenti devono ricorrere ai casi sub. a) o sub. b), quest'ultimo oggetto della pronuncia del T.A.R. in oggetto, quindi in questa sede ci limiteremo a commentare questi due casi.

Sgombriamo il campo da due questioni minori. Una riguarda l'equivoco in cui è incorsa l'Adunanza Plenaria con l'affermazione «... il progettista indicato va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo, pertanto **non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico**, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea in tema di contratti pubblici».

Non vi sono dubbi che il progettista esterno non rientri nella figura di “concorrente” (o di

¹ Allo staff tecnico può appartenere anche il direttore tecnico di cui all'articolo 87, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010, se in possesso della professionalità richiesta dal bando, purché titolare dell'impresa, legale rappresentante, amministratore, socio o dipendente dell'impresa stessa, mentre si dubita che il professionista incaricato della direzione tecnica con contratto d'opera professionale registrato (secondo periodo della norma citata), pur legittimato ad essere direttore tecnico possa apportare utilmente i requisiti di progettazione.

“offerente”) ma altrettanto non vi è dubbio che sia comunque un “operatore economico” proprio secondo l’ampio significato attribuito dalla normativa [2]. Si tratta di un equivoco indolore senza conseguenze dirette, anche se la terminologia è importante.

La seconda questione possiamo darla per scontata: il progettista esterno indicato dall’offerente non può ricorrere all’avvalimento, ovvero è escluso che il progettista indicato possa ricorrere a sua volta ad un progettista ausiliario, essendo un mero prestatore d’opera professionale che non entra a far parte della struttura dell’operatore economico concorrente che si avvale della sua collaborazione. Allargando la questione, in buona sostanza il progettista esterno è una sorta di «ausiliario atipico» e, come noto, per l’articolo 89, comma 6, secondo periodo del Codice dei contratti «*L’ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto*» [3].

Di interesse diretto invece l’affermazione «*La qualificazione del progettista indicato come di un soggetto diverso dai concorrenti alla procedura porta con sé ulteriori necessarie conseguenze. Non essendo un offerente, ma un collaboratore del concorrente, **deve ritenersi possibile la sostituzione del progettista indicato con altro professionista**, non incorrendosi in una ipotesi di modificazione dell’offerta né di modificazione soggettiva del concorrente*».

In buona sostanza è applicabile il principio previsto per l’avvalimento, dove l’articolo 89, comma 3, del Codice dei contratti, ammette la sostituzione dell’ausiliario (da qui le definizioni di «avvalimento atipico» e di «ausiliario atipico» per il progettista indicato), ad eccezione dell’ausiliario colpito da provvedimenti antimafia. [4]

Tralasciamo la scomoda domanda che ci si dovrebbe porre portando la questione alle estreme conseguenze: ma se il progettista indicato non è un concorrente (e certamente non lo è), quindi sfugge alle cause di esclusione di cui all’articolo 80 del Codice dei contratti e i motivi ostativi che lo riguardano non si riflettono sul concorrente che lo ha designato, perché dovrebbe essere sostituito con un progettista non compromesso?

La pronuncia riguardava una pretesa inidoneità del progettista come prevista dall’articolo 80, comma 4, del Codice dei contratti (irregolarità fiscale), ma, per gli stessi motivi indicati dal giudice amministrativo, può essere estesa alla irregolarità contributiva e a tutti i motivi di esclusione di cui al comma 5 della norma citata oltre che al comma 1 [5].

Naturalmente la cosa non cambierebbe se il progettista indicato fosse:

--- un Raggruppamento temporaneo di progettisti (o, per meglio dire, un «sub-raggruppamento temporaneo») dove il concorrente offerente potrà sostituire l’intero Raggruppamento oppure il solo progettista del sub-raggruppamento incorso nel motivo ostativo;

² *Articoli 3, comma 1, lettera p) e 46, del Codice dei contratti e articolo 2, paragrafo 1, numero 10), della Direttiva.*

³ *Divieto del cosiddetto avvalimento «a cascata», in disparte i dubbi sulla compatibilità con il diritto comunitario della norma che dispone tale divieto, come prospettati formalmente dalla Commissione europea.*

⁴ *Articolo 89, comma 5, secondo periodo, del Codice dei contratti: «Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario».*

⁵ *Dubbi permangono sul comma 2 (provvedimenti antimafia) che ragionevolmente è applicabile anche al progettista indicato sia per la gravità della fattispecie ostativa (si può ben dubitare che un’opera pubblica possa essere progettata da un soggetto colpito da misure antimafia) che per l’articolo 67, comma 1, lettera g), del decreto legislativo n. 159 del 2011, che assoggetta alla disciplina antimafia i soggetti che ottengono «... contributi, finanziamenti ... altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici ... per lo svolgimento di attività imprenditoriali», oltre che del citato articolo 89, comma 5, secondo periodo, del Codice dei contratti.*

--- una società di professionisti o una società di ingegneria, dove il concorrente offerente potrà sostituire la società indicata per la progettazione oppure il solo professionista della società incorso nel motivo ostativo di natura soggettiva imputabile al singolo professionista.

Diverso trattamento deve essere riservato invece al caso sub. a), ovvero al caso nel quale il progettista esterno all'impresa si associa con quest'ultima ai fini della progettazione ma soprattutto ai fini dell'offerta, ovvero si qualifica come offerente e, contrariamente al progettista indicato del caso sub. b), dovrà sottoscrivere l'offerta. La differenza appare radicale, poiché trattandosi di offerente non solo è coinvolto direttamente dai motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti, ma non potrà essere sostituito e la sua esclusione travolgerà l'intero raggruppamento temporaneo tra l'impresa e il progettista. In questo caso il progettista sarà un mandante nel raggruppamento temporaneo "eterogeneo" [6].

L'impresa concorrente sarà la mandataria del raggruppamento eterogeneo e il progettista il mandante dello stesso. Se l'impresa concorrente a sua volta fosse un raggruppamento temporaneo (omogeneo, ovvero di tutti costruttori) e il progettista un raggruppamento temporaneo di progettisti (omogeneo, ovvero tutti professionisti o società di progettazione o di ingegneria) avremo due sub-raggruppamenti, che nel raggruppamento eterogeneo assumeranno i ruoli il primo di mandatario e il secondo di mandante. All'interno dei sub-raggruppamenti i ruoli di sub-mandatario e di sub-mandante dovranno essere determinati, così come i requisiti dovranno essere distribuiti, in base alle previsioni che la normativa e le regole della gara impongono distintamente per i raggruppamenti temporanei di costruttori e di progettisti.

Incidentalmente si deve notare che esiste anche una quarta fattispecie: il progettista consorziato e indicato per la progettazione da un consorzio stabile misto dove il consorzio è formato sia da imprese di costruzione che da progettisti (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2020, n. 8485), in questo caso secondo la regola dei consorzi stabili il consorziato indicato deve possedere i requisiti di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti e la inidoneità del consorziato indicato dal consorzio stabile travolge quest'ultimo per cui il consorzio stabile deve essere escluso dalla gara senza possibilità di sostituzione (Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964) [7].

Infine, si deve notare anche che ai consorzi stabili di progettisti, diversamente da quanto previsto dall'articolo 46, comma 1, lettera g), del Codice dei contratti come costituiti solo da società, possono aderire anche professionisti singoli o associati [8].

È opportuno terminare qui, altrimenti si dovrebbe trattare anche delle reti di imprese formate sia da imprese di costruzione che da progettisti, ma ci si andrebbe ad infilare in un ginepraio inestricabile.

⁶ *La definizione di raggruppamento temporaneo eterogeneo, pur non essendo codificata, nella realtà è molto comune negli appalti integrati e soprattutto nelle concessioni e nei partenariati, deriva dal fatto che i raggruppati svolgono attività radicalmente diverse e sussumibili in ambiti non compatibili tra loro, ovvero costruzione e servizi tecnici, oppure nelle concessioni e nei partenariati pubblico-privato. costruzione, servizi tecnici, altri servizi di gestione, forniture).*

⁷ *E se la gara è divisa in lotti, escluso da tutti i lotti, a prescindere che il consorziato inidoneo sia stato indicato come esecutore di un solo lotto.*

⁸ *Sia in applicazione del principio comunitario che vieta la discriminazione degli operatori economici sulla base della loro forma giuridica, che per espressa previsione dell'articolo 12, comma 3, della legge n. 81 del 2017.*



R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 975 del 2020, proposto da
B. s.r.l. (*A.T.I. con B. s.r.l. mandataria -n.d.r.*), in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati ...

contro

So.Ge.M.I. S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli
avvocati ...

nei confronti

M.P. & Figli S.p.A. (*R.T.I. con M.P. & Figli S.p.A. mandataria - n.d.r.*), in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati ...
(*altri, non costituiti*)

per l'annullamento

- del provvedimento SO.GE.M.I. in data 18.05.20, con cui il RUP ha disposto l'esclusione del raggruppamento ricorrente, per ritenuta "*carezza del requisito di partecipazione di cui all'art. 80, comma 4, D.lgs. n. 50/2016 in capo al Mandante del R.T.P. di Progettazione indicato dal Concorrente*", dalla "*Procedura di gara aperta telematica sopra soglia comunitaria... finalizzata all'individuazione dell'affidatario dell'appalto avente ad oggetto la redazione del progetto esecutivo e l'esecuzione dei lavori di realizzazione della nuova piattaforma logistica ortofrutta da realizzarsi all'interno del comprensorio agroalimentare di Milano*";
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresa la *lex specialis* di gara, nella parte e per le subordinate ipotesi interpretative che saranno descritte in ricorso;
- del provvedimento di aggiudicazione della gara a favore del R.T.I. M.P. & Figli s.p.a., comunicato dalla Stazione appaltante in data 10.06.20, unitamente a tutti gli atti ad esso presupposti, fra cui in particolare il verbale della Commissione giudicatrice del 22.05.20 e la delibera del C.d.A. di So.Ge.M.I. del 28.05.20, di cui si fa cenno nel corpo dell'atto;
- del contratto, ove stipulato, del quale si domanda la declaratoria d'inefficacia, ai sensi e per gli effetti degli artt.121 e 122 c.p.a., con conseguente condanna della Stazione appaltante a disporre il subentro nell'esecuzione dello stesso in favore dell'odierna esponente, che a tal fine si dichiara sin d'ora disponibile, ai sensi dell'art. 124 c.p.a.;
- con riserva di agire separatamente per il risarcimento per equivalente monetario, ai sensi e nei termini di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di So.Ge.M.I. S.p.A. e della controinteressata M.P. & Figli S.p.A.;

Visti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020 n. 137;

Visto l'art. 28 del D.L. 30 aprile 2020, come convertito nella L. 25 giugno 2020 n. 70;

Relatore la dott.ssa Valentina Mameli nella camera di consiglio del 18 novembre 2020 tenutasi mediante collegamenti da remoto, come consentito dall'art. 25 comma 2 del D.L. 137/2020 e come specificato nel relativo verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In data 26 novembre 2019 So.Ge.M.I. s.p.a., società *in house* del Comune di Milano che gestisce i mercati agroalimentari all'ingrosso (ortofrutticolo, ittico, avicunicolo e floricolo), indiceva la *"Procedura di gara aperta telematica sopra soglia comunitaria, ai sensi del combinato disposto degli artt. 59 e 60 del D.lgs. n. 50/2016, finalizzata all'individuazione dell'affidatario dell'appalto avente ad oggetto la redazione del progetto esecutivo e l'esecuzione dei lavori di realizzazione della nuova piattaforma logistica ortofrutta da realizzarsi all'interno del comprensorio agroalimentare di Milano"*.

Si trattava dell'affidamento di un appalto integrato ai sensi dell'art. 59, co.1-bis, D.lgs. n. 50/2016.

Il bando distingueva i requisiti di qualificazione relativi alla prestazione dei lavori (art. 5.1), da un lato, e quelli relativi alla progettazione esecutiva (art. 5.2), dall'altro.

Con riferimento alla progettazione, inoltre, il bando precisava che i concorrenti privi di attestazione SOA per prestazioni di progettazione avrebbero potuto partecipare *"indicando o associando"* un progettista in possesso di tutti i requisiti elencati alle lettere da A) a G) del medesimo art. 5.2 del bando di gara.

Per quanto di interesse ai fini del giudizio assume particolare rilievo il requisito di cui alla lettera D) dell'art.5.2 citato, recante la richiesta di *"iscrizione all'Albo dei Geologi"*, *"necessaria per lo svolgimento dell'attività di redazione della relazione geologica"*.

Il criterio di aggiudicazione previsto dal bando di gara era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 7 del bando), con attribuzione di 70 punti per la parte tecnica dell'offerta e 30 punti per quella economica.

Bertini s.r.l. prendeva parte alla gara bandita da So.Ge.M.I. in qualità di capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con le imprese MC, CI e G.A.T.S.

Relativamente alla parte progettuale, l'A.T.I. B. indicava un costituendo R.T.P. composto dallo studio E. s.c.a.r.l. di ... (mandatario) e dal dott. geol. A.S. (mandante).

All'esito della procedura, nel corso della seduta pubblica del 24 febbraio 2020, l'offerta dell'A.T.I. B. risultava la prima classificata, con un totale di 83,67 punti, di cui 59,59 per la parte tecnica e 24,08 per la parte economica.

Conseguentemente, in data 28 marzo 2020 So.Ge.M.I. richiedeva la presentazione dei documenti necessari per le verifiche di rito, preliminari alla stipula.

Con nota in data 7 aprile 2020 So.Ge.M.I. comunicava che, nel corso delle verifiche dei requisiti svolte tramite AVCPass, era stata riscontrata la posizione di irregolarità fiscale del dott. geol. A.S. e che sul punto erano in corso ulteriori verifiche presso gli uffici dell'Agenzia delle Entrate territorialmente competenti.

A tale comunicazione seguiva un'ulteriore nota di So.Ge.M.I. in data 8 aprile 2020, con la quale

veniva inoltrata la comunicazione dell'Agazia delle Entrate recante l'elencazione delle cartelle di pagamento che risultavano essere state emesse a carico del dott. geol. A.S.

La ricorrente richiedeva al dott. geol. A.S. spiegazioni in ordine alla propria posizione fiscale. A tale richiesta l'interessato dava riscontro garantendo di essere all'oscuro delle situazioni oggetto di contestazione, non avendo mai ricevuto alcuna delle cartelle di pagamento riportate nella comunicazione dell'Agazia delle Entrate. Il dott. geol. A.S. aggiungeva di aver già avviato le necessarie verifiche presso l'Agazia delle Entrate onde verificare se le predette cartelle fossero state effettivamente notificate.

Entro il termine assegnato dalla Stazione appaltante la ricorrente forniva le proprie controdeduzioni, allegando la dichiarazione ricevuta da parte del dott. Scaglia, con la quale lo stesso riferiva di aver comunque provveduto a regolarizzare la posizione con l'Agazia delle Entrate, pur essendo *"ancora assolutamente da chiarire e indagare... le motivazioni che hanno portato alla richiesta di AE"*. Con la medesima nota l'A.T.I. chiedeva, in subordine, di essere ammessa alla sostituzione del geologo.

Con il provvedimento in data 18 maggio 2020 So.Ge.M.I. disponeva l'esclusione dalla gara dell'A.T.I. B., *"per carenza del requisito di partecipazione di cui all'art. 80, comma 4, D.Lgs n. 50/2016 in capo al Mandante del R.T.P. di progettazione indicato dal Concorrente"*, ritenendo che le osservazioni della ricorrente *"non sono risultate idonee a dimostrare la sopra richiamata fattispecie dirimente, ovverosia che l'Operatore Economico Mandante del R.T.P. di progettazione abbia ottemperato ai propri obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte"*.

Quanto poi alla richiesta di sostituzione del geologo, So.Ge.M.I. escludeva tale possibilità perché *"non è prevista dalla Lex Specialis di Gara e si pone in contrasto con i principi di immodificabilità dell'offerta e par condicio competitorum"*.

In data 9 giugno 2020 So.Ge.M.I. comunicava l'aggiudicazione per scorrimento della graduatoria a favore dell'A.T.I. odierna controinteressata.

Avverso il provvedimento di esclusione e gli altri atti indicati in epigrafe B. s.r.l. proponeva ricorso, chiedendo l'annullamento previa tutela cautelare.

Si costituivano in giudizio la stazione appaltante e la controinteressata, resistendo al ricorso di cui contestavano la fondatezza con separate memorie.

Questo Tribunale respingeva la domanda cautelare con ordinanza n. 871 del 30 giugno 2020 che veniva tuttavia riformata dal Giudice d'appello (cfr. ordinanza Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2020, n. 4551), alla luce della sopravvenuta decisione dell'Adunanza Plenaria 9 luglio 2020, n. 13, rilevante ai fini della controversia, come meglio si dirà *infra*.

Con nota del 7 agosto 2020, in esecuzione dell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato, So.Ge.M.I. chiedeva alla ricorrente di produrre la documentazione relativa al nuovo geologo indicato dall'ATI in sostituzione del dott. geol. A.S.

In data 10 agosto 2020 l'A.T.I. B. formalizzava la sostituzione del geologo, indicando il dott. geol. G.G., legale rappresentante dell'associazione professionale G. & A.

Con provvedimento dell'11 agosto 2020 So.Ge.M.I., preso atto di quanto sopra, sempre in esecuzione del provvedimento cautelare del Consiglio di Stato, ammetteva con riserva l'A.T.I. B. al prosieguo della gara.

Successivamente in data 3 settembre 2020 So.Ge.M.I., dato atto dell'esito positivo della verifica dei requisiti sia generali che speciali in capo al nuovo professionista indicato dall'A.T.I. in

sostituzione del dott. geol. A.S., comunicava la revoca dell'aggiudicazione inizialmente disposta in capo all'ATI M.P. & Figli S.p.A. e la conseguente aggiudicazione, sempre con riserva, a favore dell'A.T.I. B., nonché il conferimento di poteri al proprio Presidente ai fini della stipula contrattuale.

In data 15 ottobre 2020 veniva sottoscritto il contratto, cui seguiva la consegna dei lavori.

In vista della trattazione nel merito le parti depositavano scritti difensivi, insistendo nelle rispettive conclusioni.

Indi la causa veniva trattenuta in decisione alla camera di consiglio del 18 novembre 2020 tenutasi mediante collegamenti da remoto, come consentito dall'art. 25 comma 2 del D.L. 137/2020.

DIRITTO

Il ricorso proposto è affidato ai motivi di gravame di seguito sintetizzati:

A) sull'esclusione della ricorrente:

I. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 59, comma 1-bis, 80 e 83, D.lgs. n. 50/2016 – Violazione/falsa applicazione degli artt. 33 e ss. (in particolare art. 35) d.P.R. n. 207/2010 in tema di progettazione esecutiva

– Violazione delle regole sull'interpretazione delle norme di gara ed in particolare dell'art. 1367 c.c.

- Violazione/falsa applicazione dell'art. 5.2 del bando integrale di gara - Difetto, contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza della motivazione - Eccesso di potere per carenza di istruttoria, omessa e/o erronea valutazione e/o travisamento dei fatti e delle risultanze documentali

- Violazione dei principi di utilità, di massima partecipazione e di tipicità delle cause di esclusione: il provvedimento di esclusione si fonda sulla posizione di irregolarità fiscale del dott. geol. A.S., mandante del R.T.P. di professionisti che l'A.T.I. Bertini ha indicato in sede di gara per la redazione di una parte del progetto esecutivo. Posto che l'intervento oggetto dell'appalto interviene su aree già edificate e già adibite alla medesima destinazione funzionale (mercato all'ingrosso), così affievolendo l'importanza delle indagini geologiche sui terreni, in ogni caso già compiute dai redattori del progetto posto a base di gara, la richiesta della *lex specialis* di indicare la figura del geologo dovrebbe intendersi circoscritta alle sole ipotesi in cui il concorrente, con la propria offerta tecnica, abbia proposto l'esecuzione di migliorie progettuali che impongano di rivedere gli studi geologici già contemplati nel progetto a base di gara. Diversamente opinando -ritenendo, cioè, che l'indicazione del geologo fosse sempre e comunque necessaria - la *lex specialis* risulterebbe viziata perché impositiva di un obbligo illogico e contraria ai principi di utilità, di massima partecipazione e di tipicità delle cause di esclusione. Tali vizi della *lex specialis* sono comunque eccepiti dalla ricorrente, nel caso in cui il Tribunale non aderisse all'interpretazione conservativa della clausola di cui all'art. 5.2 lett. D) del bando di gara, secondo la prospettazione innanzi descritta. Nel caso di specie nessuna delle migliorie offerte dall'A.T.I. B. in sede di gara involgerebbe aspetti neppure latamente geologici (e, nello specifico, litologici, stratigrafici, geomorfologici, idrogeologici), tali da rendere necessaria la revisione o l'implementazione della relazione geologica che già fa parte del progetto definitivo posto a base di gara;

B) sul rigetto dell'istanza di sostituzione del geologo:

II. Violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost.

- Violazione degli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e del principio di massima partecipazione alle gare d'appalto
- Violazione dell'art. 5 § 4 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) e del principio di proporzionalità
- Violazione degli artt. 57 e 63 della direttiva 2014/24/UE
- Violazione/falsa applicazione degli artt. 48, 80, 83 e 89, D.lgs. n. 50/16 - Difetto, contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza della motivazione - Ingiustizia manifesta - Eccesso di potere per carenza di istruttoria, omessa e/o erronea valutazione e/o travisamento dei fatti e delle risultanze documentali
- Disparità di trattamento (anche con riferimento all'art.95 d.lgs. 159/11): la richiesta sostitutiva nel caso di specie non riguarderebbe il concorrente (A.T.I. B.), per il quale valgono le note limitazioni (art. 48, comma 17 e ss. e art. 106, comma 1, lett. d), D.lgs. n. 50/16), bensì il geologo indicato in sede di gara ai sensi dell'art. 59, comma 1-bis, d.lgs. 50/16 e, dunque, una figura esterna all'A.T.I. concorrente e semmai assimilabile a quella dell'ausiliario. Pertanto So.Ge.M.I. avrebbe dovuto consentire la sostituzione del geologo indicato in sede di gara dall'A.T.I. B., se del caso in applicazione diretta dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE, trattandosi di onere valevole anche per la Stazione appaltante. In ogni caso l'A.T.I. B. non avrebbe dovuto subire le conseguenze negative (cioè l'esclusione dalla gara) della riscontrata carenza del requisito di regolarità fiscale del geologo, in quanto da un lato, non poteva avere contezza della sua posizione fiscale, emersa soltanto all'esito dei controlli tramite AVCPass, a cui solamente l'Amministrazione ha possibilità di accesso, dall'altro l'indicazione del geologo non era indispensabile e l'A.T.I. B. avrebbe potuto *"eseguire l'appalto senza avvalersi necessariamente"* del professionista in questione.

I due mezzi di gravame sono diretti verso i due differenti contenuti dispositivi del provvedimento adottato da So.Ge.M.I. in data 18 maggio 2020.

Quanto alla decisione di escludere dalla procedura la ricorrente in ragione della carenza del requisito di partecipazione di cui all'art. 80, comma 4, D.lgs. 50/2016 in capo al mandante del R.T.P. di progettazione indicato, la tesi impugnatoria può essere così sintetizzata. La previsione di cui all'art. 5.2 lett. D del bando (che, tra i requisiti di qualificazione per l'esecuzione della progettazione esecutiva richiedeva, come requisito di idoneità professionale, la *"iscrizione all'Albo dei Geologi, necessaria per lo svolgimento dell'attività di redazione della relazione geologica"*) dovrebbe essere applicata limitatamente alle ipotesi in cui il concorrente, con la propria offerta tecnica, abbia proposto l'esecuzione di migliorie progettuali che impongano di rivedere gli studi geologici già contemplati nel progetto a base di gara, ipotesi che non ricorre nell'offerta presentata dalla ricorrente. Diversamente la disposizione del bando dovrebbe ritenersi illegittima in quanto illogica e contraria ai principi di utilità, di massima partecipazione e di tipicità delle cause di esclusione.

La tesi della ricorrente non può essere condivisa.

Il bando è chiaro nel senso di prevedere il requisito professionale in capo al progettista indicato a prescindere dal contenuto progettuale dell'offerta tecnica dei concorrenti. Secondo una piana lettura del bando, sia letterale sia sistematica, il predetto requisito professionale è richiesto ai fini dell'ammissibilità della partecipazione, ed è imposto a pena di esclusione, senza distinguo alcuno.

La tesi della ricorrente che vorrebbe subordinarne il possesso ad un particolare contenuto

progettuale dell'offerta non trova riscontro nelle previsioni del bando.

Neppure l'assunto articolato in via subordinata può trovare accoglimento.

Il requisito professionale richiesto in capo al progettista indicato (ovvero l'iscrizione all'albo dei geologi) rientra nelle valutazioni di merito proprie della stazione appaltante.

La stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara ed è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, purché tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda, quindi ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 20 marzo 2020, n. 2004; *idem* 2 marzo 2020, n. 1484; Sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440).

Si tratta quindi di verificare se il requisito professionale in questione risponda a criteri di ragionevolezza.

A tale domanda, ad avviso del Collegio, va data risposta affermativa, tenuto conto dell'oggetto specifico della gara, come indicato nel complesso dei relativi atti.

Va infatti considerato che il progetto definitivo posto a base di gara reca tra i propri elaborati la relazione geologica-idrogeologica, redatta a supporto della progettazione definitiva, nella quale si attesta, in base alle caratteristiche idrogeologiche del territorio, la vulnerabilità intrinseca del sito come mediamente alta e si raccomanda di porre "*particolare attenzione alle attività che si andranno a realizzare in sito ed in particolare alla scelta delle metodologie di scavo*", dovendosi predisporre "*adeguate misure di tutela dell'acquifero ed evitare qualsiasi tipo di perdita dai macchinari e sversamenti accidentale*" rinviando ad opportune analisi geotecniche il dimensionamento e la verifica delle opere di scavo.

Trattandosi di appalto integrato, poi, una delle prestazioni richieste all'aggiudicatario è la redazione della progettazione esecutiva, che necessariamente deve tenere conto di quanto rilevato dalla relazione geologica.

Infine è stato previsto che le prestazioni di progettazione e di esecuzione, in quanto strettamente connesse fra loro, debbano essere eseguite in un unico intervento, tanto da non essere stata ritenuta opportuna la divisione in lotti.

Il complesso dei rilievi che precedono porta a ritenere come non irragionevole la previsione del requisito professionale, il cui possesso è richiesto a pena di esclusione, nell'ambito della già ricordata discrezionalità di cui gode la stazione appaltante.

Il primo mezzo di gravame va pertanto respinto.

Diversa sorte invece merita il secondo motivo di ricorso, diretto verso la determinazione di rigetto della richiesta di sostituzione del progettista indicato.

Il motivo è infatti fondato, anche alla luce dell'approdo cui è recentemente pervenuta la giurisprudenza (cfr. Ad. Plen. n. 13/2020).

Il punto centrale da cui prendere le mosse è la qualificazione giuridica del progettista indicato, tema sul quale si sono fronteggiate due posizioni interpretative, sviluppatasi in relazione alla questione della possibilità per il professionista di ricorrere all'istituto dell'avvalimento per sopperire alla mancanza dei requisiti prescritti dalla legge di gara.

Muovendo dall'assunto che l'avvalimento è istituito riservato in esclusiva ai soggetti che rivestono la qualità di concorrenti nella gara e rappresenta una deroga rispetto al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara (Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1251;

Cons. Stato, Sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2832; Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508), un primo orientamento, risultato maggioritario (cfr. per tutte Cons. Stato, Sez. III, sent., 7 marzo 2014, n. 1072; Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2622), ha escluso la possibilità che il progettista indicato possa ricorrere all'istituto dell'avvalimento, essendo un mero prestatore d'opera professionale che non entra a far parte della struttura dell'operatore economico concorrente che si avvale della sua collaborazione. Un secondo orientamento, comunque minoritario (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4929), ha invece legittimato il ricorso all'avvalimento da parte del progettista indicato, facendo rientrare anche il professionista in una nozione ampia di concorrente.

In ragione della difformità tra le posizioni assunte dalla giurisprudenza sul tema dell'avvalimento da parte del progettista indicato, il Consiglio di Stato con ordinanza n. 2331 del 9 aprile 2020, ha ritenuto di rimettere la questione all'esame dell'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a.

Con la decisione n. 13/2020 l'Adunanza Plenaria, confermando la posizione maggioritaria della giurisprudenza, ha affermato che il progettista indicato va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo, pertanto non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea in tema di contratti pubblici. Sicché il progettista indicato non rientra tra i soggetti legittimati a ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

La qualificazione del progettista indicato come di un soggetto diverso dai concorrenti alla procedura porta con sé ulteriori necessarie conseguenze.

Non essendo un offerente, ma un collaboratore del concorrente, deve ritenersi possibile la sostituzione del progettista indicato con altro professionista, non incorrendosi in una ipotesi di modificazione dell'offerta né di modificazione soggettiva del concorrente, come invece ritenuto dalla stazione appaltante con il provvedimento impugnato.

D'altro canto, escludere in via automatica il concorrente per una carenza riscontrata in capo a soggetto allo stesso estraneo costituisce un esito contrario ai principi comunitari di cui all'art. 57, comma 3, della Direttiva UE 2014/24, ed in particolare a quello di proporzionalità (cfr. in proposito Corte di Giustizia Europea 30 gennaio 2020, in causa C-395/2019). Sotto tale profilo il riferimento, di cui al provvedimento impugnato, alla non previsione nella *lex specialis* dell'ipotesi di sostituzione del progettista è irrilevante, operando l'eterointegrazione della legge di gara con i principi di matrice europea e i principi generali dell'ordinamento interno.

L'applicazione del principio di proporzionalità, nella fattispecie di cui è causa, consente di scongiurare il rischio che il concorrente possa subire incolpevolmente le conseguenze di violazioni imputabili non a sé, ma a soggetto esterno, del quale potrebbe non avere il pieno controllo, *a fortiori* quando ciò avviene automaticamente, ovvero senza che l'amministrazione aggiudicatrice, secondo quanto rilevato dalla Corte di Giustizia, abbia "*la facoltà di valutare, caso per caso, le particolari circostanze del caso di specie*", e l'operatore economico sia messo in grado di "*dimostrare la propria affidabilità malgrado la constatazione di detta violazione*" (cfr. in materia di subappalto Cons. Stato, sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6305).

Alla luce delle considerazioni esposte appare illegittima la determinazione della stazione appaltate di negare, in via astratta, la sostituzione del progettista indicato dalla ricorrente.

In relazione a tale contenuto il provvedimento del 18 maggio 2020 impugnato in questa sede va annullato.

Poiché la stazione appaltante, come esposto in fatto, a seguito dell'ordinanza del Consiglio di Stato, ha consentito con riserva la sostituzione del progettista, e, previa revoca dell'aggiudicazione già disposta, ha aggiudicato l'appalto, sempre con riserva, alla ricorrente, in esecuzione della presente sentenza So.Ge.M.I. è tenuta ad assumere le relative determinazioni in via definitiva.

In ragione dell'evoluzione procedimentale della vicenda, non v'è luogo per pronunciarsi sulla domanda di subentro nel contratto, divenuta allo stato improcedibile.

In conclusione, per le ragioni che precedono il ricorso va accolto, nei limiti di cui in motivazione. Tenuto conto dell'esito della decisione, della complessiva vicenda processuale e dell'incerto quadro giurisprudenziale, le spese di lite possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento del 18 maggio 2020 nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Valentina Santina Mameli, Consigliere, Estensore

Rosanna Perilli, Referendario