

# La figura del progettista “indicato” in una procedura di gara: esclusione del concorrente per omessa dichiarazione di sentenza penale di condanna nei confronti di un progettista “indicato” e provvedimento di escussione della cauzione provvisoria

di Agostino Sola

Data di pubblicazione: 24-10-2022

*Il progettista “indicato”, ancorché non formalmente concorrente in una procedura di gara, deve rilasciare in ogni caso una dichiarazione in merito al possesso dei requisiti di partecipazione, sia generali che speciali. La carenza di uno dei requisiti di ordine generale rileva ai fini dell'emissione del provvedimento di esclusione del concorrente “principale” e della possibile successiva escussione della cauzione provvisoria. L'incameramento della cauzione sostanzia un effetto della violazione delle regole comportamentali che presidiano i rapporti tra i partecipanti alla gara e la stazione appaltante, nella prospettiva dell'assunzione da parte dei primi del rischio di circostanze, anche non ad essi imputabili, idonee tuttavia a comprometterli, a partire dalla dimostrazione del possesso dei requisiti dichiarati in sede di offerta e per i quali è avvenuta la ammissione alla gara.*

Il Consiglio di Stato

## in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 102 del 2016, proposto dal Ministero della difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12,

### *contro*

la società Seram S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e

difesa dall'avvocato Francesca Consolata Mancini, indi Seram S.r.l. in liquidazione, in persona del liquidatore *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Sacra, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 11462/2015, resa tra le parti, concernente escussione di cauzione provvisoria

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Seram S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2022;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso nrg. 3503 del 2015, proposto davanti al Tar per il Lazio, l'odierna appellata aveva chiesto l'annullamento del verbale in data 29 gennaio 2015, comunicato con nota prot. n. 1651, in data 3 febbraio 2015, con cui si disponeva: la sua esclusione - per omessa dichiarazioni di sentenza penale di condanna riportata dall'amministratore unico a firma disgiunta, socio e vicepresidente, della società mandante del costituendo RTP affidataria della progettazione esecutiva dalla procedura indetta per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di ristrutturazione della mensa della caserma Simoni in Sora; di procedere all'escussione della cauzione provvisoria, nonché alla segnalazione di dette circostanze all'ANAC. Il medesimo ricorso era diretto anche: all'annullamento dei conseguenti provvedimenti di escussione della medesima cauzione e di segnalazione all'ANAC, della denuncia dei fatti alla Procura della Repubblica, nonché, in subordine, del bando e del disciplinare di gara, della nota ministeriale prot. n. 3422 in data 3 febbraio 2015 e degli atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva della gara in favore del soggetto contro interessato; alla condanna dell'Amministrazione al risarcimento del preteso danno.

2. Nel corso del giudizio di primo grado, la società ricorrente aveva rinunciato alla domanda di annullamento degli atti di esclusione dalla gara e di aggiudicazione in favore del soggetto contro interessato.

3. Il Tar ha parzialmente accolto il ricorso, considerato fondato *“con riferimento alla circostanza che l'incameramento della cauzione è stato disposto senza nessuna valutazione circa l'entità*

della violazione commessa in concreto". Secondo il primo giudice, andava "condiviso l'assunto di parte ricorrente circa la lieve entità della violazione commessa e conseguentemente della astratta possibilità per l'Amministrazione di non procedere all'escussione della cauzione". Dal che discendeva l'esigenza che l'Amministrazione valutasse e motivasse "in ordine all'adozione del provvedimento sanzionatorio di escussione, cosa che invece non ha fatto". La segnalazione all'ANAC non appariva invece, allo stato, lesiva dell'interesse della società e il danno doveva ritenersi non dimostrato.

4. L'Amministrazione appellante chiede l'accoglimento del gravame in base all'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale "nelle procedure di gara l'incameramento della cauzione e la comunicazione all'Organo di Vigilanza costituiscono conseguenze del tutto automatiche del provvedimento di esclusione dalla gara ex art. 48 del Codice dei Contratti, come tali non suscettibili di alcuna valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione procedente con riferimento ai casi concreti" (Cons. Stato, sez. IV, 19 novembre 2015 n. 5280). Secondo tale indirizzo "l'assenza di ogni connotazione di discrezionalità impedisce valutazioni di sorta in ordine alla gravità del fatto, sia in termini di sua entità sia in termini di intensità dell'elemento della colpa". Ogni questione afferente alla pretesa natura sanzionatoria dell'incameramento della cauzione dovrebbe ritenersi superata dall'orientamento giurisprudenziale che attribuisce alla cauzione provvisoria la natura di caparra confirmatoria. La tesi proposta dalla società appellata in primo grado, secondo la quale essa non sarebbe stata tenuta a dichiarare il precedente penale riguardante il progettista indicato, trattandosi di condanna con il beneficio della non menzione nel casellario, doveva essere considerata infondata in quanto, secondo la giurisprudenza amministrativa, l'obbligo di dichiarare la condanna penale in sede di partecipazione alla gara non sussisterebbe solo in caso di depenalizzazione e di dichiarazione di estinzione dello stesso reato e nel caso di riabilitazione. Né l'omissione della dichiarazione della sentenza di condanna avrebbe potuto essere considerata un falso innocuo, spettando all'Amministrazione la valutazione in ordine alla rilevanza del precedente penale e della non menzione nel casellario giudiziale.

5. La società Seram S.r.l. si è costituita in giudizio, con atto depositato in data 21 gennaio 2016. Nel chiedere il rigetto dell'appello, la società ha ripresentato le censure proposte in primo grado. Con atto depositato in data 9 marzo 2022, la società si è costituita in giudizio in persona del liquidatore *pro tempore* e il nuovo difensore si è riportato alle difese di cui al citato atto.

6. La causa, chiamata all'udienza del 22 marzo 2022, è stata trattenuta in decisione.

7. Il Collegio osserva che, per effetto della rinuncia nel corso del giudizio di primo grado, da parte della società appellata, alla domanda di annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara, esula dal perimetro della controversia ogni questione attinente alle ragioni di tale esclusione, essendo il relativo provvedimento ormai definitivo. Appartiene al *thema decidendum* la questione della legittimità dell'operato dell'Amministrazione finalizzato all'incameramento della cauzione.

Ne consegue che, a tal fine, non possa darsi rilievo ai motivi del ricorso di primo grado ripresentati nel gravame, riguardanti le ragioni per le quali non era stata dichiarata la sentenza

di condanna riscontrata dall'Amministrazione in sede di controllo, effettuato ai sensi degli artt. 38 e 48 d.lgs. n. 163/2006, del certificato giudiziale dell'amministratore unico a firma disgiunta, socio e vicepresidente, della società mandante del costituendo RTP affidataria della progettazione esecutiva.

Ciò riguarda, in particolare, le censure concernenti: sia profili soggettivi, quali l'asserita buona fede del dichiarante, l'ambito soggettivo di riferimento delle dichiarazioni, da intendersi limitato, secondo la parte appellata, al concorrente, non anche al progettista indicato; sia profili oggettivi concernenti il reato di cui alla sentenza di condanna non dichiarata.

In ogni caso, in proposito si può rilevare l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale: la facoltà di indicazione del progettista *"non può incidere sulla necessità che sia garantita - quanto meno tendenzialmente - l'affidabilità e l'onorabilità nei riguardi di chi venga comunque in rapporto diretto con la pubblica amministrazione, indipendentemente dal soggetto (il concorrente) destinatario del pagamento del corrispettivo e su cui ricada l'eventuale responsabilità da inadempimento"* (Cons. Stato sez. V 20 ottobre 2010, n. 7581); anche i progettisti indicati, pur non assumendo il ruolo di concorrenti, comunque partecipano alla gara poiché apportano ai concorrenti stessi requisiti altrimenti non posseduti e perciò di essi può essere chiesta la dimostrazione del possesso dei requisiti anche generali, avendo riguardo al principio costituzionale di buon andamento e al principio comunitario di precauzione, per evitare che attraverso l'indicazione di progettisti, un soggetto sia nelle condizioni di partecipare ad una gara cui altrimenti non sarebbe ammesso (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2010, n. 758). Né per questo il progettista indicato assume la qualifica di concorrente, né quella di operatore economico, come chiarito da questo Consiglio con riferimento al divieto dell'avvalimento (Cons. Stato, A.P., 9 luglio 2020, n. 13). Dunque, l'obbligo di dichiarazione dei requisiti di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006, sussiste anche in relazione al progettista indicato dal soggetto partecipante alla gara quale soggetto incaricato dell'attività di progettazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 gennaio 2016, n. 15; id., 18 gennaio 2012, n. 178).

In merito al fondamento dell'escussione della cauzione, va ricordato che questo Consiglio ha ritenuto che la possibilità di incameramento della cauzione provvisoria possa basarsi sull'art. 75, co. 6, d.lgs. n. 163/2006, per ogni caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi come tale qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, tra cui anche il difetto di un requisito di ordine generale (Cons. Stato, A.P. 4 maggio 2012, n. 8; Cons. Stato, A.P. 29 febbraio 2016, n. 5) e anche se lo stesso concorrente escluso non sia mai stato destinatario di un provvedimento di aggiudicazione, nemmeno provvisoria (Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2018, n. 6463). L'escussione della cauzione, strumento di garanzia della serietà dell'offerta e della possibilità di ristoro di risorse profuse dall'Amministrazione, costituisce una *"conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, tenuto conto che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, sottoscrivono e si impegnano ad osservare le regole della relativa procedura; si tratta, perciò, di una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri espressamente accettati (cfr. Cons. Stato, V, 15 marzo 2017, n. 1172)"* (Cons. Stato Sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424).

Quindi, la necessità del possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38 d.lgs. n.

163/2006 riguarda tutti gli operatori economici che partecipino a qualunque titolo a procedure di evidenza pubblica, anche a prescindere da qualsiasi prescrizione della *lex specialis*, compresi i progettisti indicati ai sensi dell'articolo 53, co. 3, d.lgs. n.163/2006. Ciò sulla base di tale disposizione e di quelle ivi richiamate (artt. 91 e 94 d.lgs. n. 163/2006 e art. 263 d.p.r. n. 207/2010) che richiedono, nell'appalto integrato, che i progettisti indicati, come quelli associati, siano "qualificati" e, perciò, possiedano anche i requisiti generali.

Tale interpretazione è stata considerata in linea con quella che era stata fornita dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, con la determina n. 1 del 15 gennaio 2014 "Linee guida per l'applicazione dell'articolo 48 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163", il cui punto 3 (Applicazione dell'art. 48 agli appalti di progettazione ed esecuzione) evidenzia che "il progettista indicato dall'impresa, benché non assuma la qualità di concorrente, né quella di titolare del rapporto contrattuale con l'amministrazione (una volta intervenuta l'aggiudicazione), in quanto è un semplice collaboratore esterno dell'impresa partecipante alla gara, rilascia in ogni caso una dichiarazione in merito al possesso dei requisiti di partecipazione, sia generali che speciali. Infatti, per il caso di impresa che si avvalga (art. 53, comma 3, del codice)...di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta..., questa stessa norma va interpretata nel senso che la stazione appaltante è tenuta a richiedere nel bando, per siffatta eventualità, la dichiarazione sostitutiva di detti progettisti sia in merito ai requisiti generali che a quelli tecnico - organizzativi ed economico - finanziari relativi alla progettazione, in quanto l'espressione 'progettisti qualificati' può interpretarsi solo in tal senso" (cfr. Cons. Stato, sez V, 26 maggio 2015, n. 2638).

Come sopra chiarito, l'incameramento della cauzione non ha quindi carattere sanzionatorio (cfr. Cons. Stato n. 5424/2018, cit.), come invece assume la parte appellata. Sicché non può darsi seguito alle censure dalla medesima parte riproposte in questo grado di giudizio, con riferimento al bando e al disciplinare di gara - che al punto 3.b.1.1. estendeva gli obblighi dichiarativi ai progettisti indicati -, concernenti il principio di tassatività delle sanzioni; né alle censure con cui si sottolinea che la stessa parte appellata è l'unico soggetto intestatario della garanzia, dato che l'incameramento della cauzione consegue ad un provvedimento di esclusione che riguarda tale parte. Del resto, "la mancanza di responsabilità dell'offerente/dichiarante in caso dei requisiti dichiarati in sede di presentazione dell'offerta appare un profilo del tutto irrilevante ai fini dell'escussione della garanzia e la Stazione Appaltante può conseguentemente procedere all'escussione per il solo fatto di aver legittimamente deciso l'esclusione per mancanza dei requisiti dichiarati" (Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2018, n. 2896).

In definitiva, detto incameramento sostanzia un effetto della violazione delle regole comportamentali che presidiano i rapporti tra i partecipanti alla gara e la stazione appaltante, nella prospettiva dell'assunzione da parte dei primi del rischio di circostanze, anche non ad essi imputabili, idonee tuttavia a comprometterli, a partire dalla dimostrazione del possesso dei requisiti dichiarati in sede di offerta e per i quali è avvenuta la ammissione alla gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2020 n. 2264). In ordine a tali circostanze, nella fattispecie, è intervenuto un provvedimento di esclusione dalla gara ormai inoppugnabile.

Dunque, il convincimento del Tar in merito al difetto di previa valutazione da parte

dell'Amministrazione della gravità del reato cui si riferiva la sentenza di condanna non dichiarata non può essere condiviso e deve essere considerata fondata la tesi dell'Amministrazione circa il carattere automatico dell'escussione della cauzione a seguito del provvedimento di esclusione dalla gara, alla luce del conforme indirizzo di questo Consiglio (cfr. Cons. Stato, sez. V n. 10 settembre 2012, n. 4778; id. n. 2638/2015, cit.; A.P. n. 5/2016, cit.).

Pertanto, per quanto sopra esposto, l'appello deve essere considerato fondato e deve essere accolto.

La natura interpretativa della controversia è considerata dal Collegio giustificato motivo per disporre la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata che aveva in parte accolto il ricorso di primo grado, respinge tale ricorso.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2022.

## **GUIDA ALLA LETTURA:**

La sentenza del Consiglio di Stato proposta risulta interessante per diversi profili. Da una parte, il giudice di II grado affronta il tema della figura dei progettisti "indicati" nell'ambito di una procedura di gara, dall'altro – e al primo tema collegato – pone risalto sugli effetti che un provvedimento sanzionatorio di escussione della cauzione provvisoria produce su un concorrente che ha "indicato" un progettista - possibile affidatario della progettazione esecutiva per la procedura di gara - che ha riportato una sentenza penale di condanna, non dichiarata dal concorrente in sede di presentazione della documentazione amministrativa.

Con riferimento alla figura dei progettisti "indicati", occorre ricordare che, nei casi di partecipazione di Impresa qualificata per la sola esecuzione di lavori, l'O.E. può essere costituito da un R.T.I. tra Impresa e professionisti in possesso dei requisiti richiesti. Pertanto, il progettista qualificato potrà essere "indicato", in conformità con quanto previsto dall'art. 59

comma 1-bis del D.Lgs. n. 50/2016 o, eventualmente, potrà essere costituito un R.T.I. “misto” (Impresa/Progettista). In caso di progettisti “indicati”, essi non costituiscono soggetto direttamente e formalmente partecipante alle gare; tuttavia, l’O.E. concorrente, al momento della presentazione dell’offerta, dovrà dichiarare tutte le quote di partecipazione relative ai lavori oggetto dell’appalto, ivi comprese la quota parte della progettazione nell’importo totale dei lavori, anche se si indica un progettista esterno e le dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti generali e speciali, riferite appunto al progettista “indicato”. Inoltre, come tra l’altro esaminato nella sentenza in commento, *«si può rilevare l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale: la facoltà di indicazione del progettista “non può incidere sulla necessità che sia garantita – quanto meno tendenzialmente - l’affidabilità e l’onorabilità nei riguardi di chi venga comunque in rapporto diretto con la pubblica amministrazione, indipendentemente dal soggetto (il concorrente) destinatario del pagamento del corrispettivo e su cui ricada l’eventuale responsabilità da inadempimento” (Cons. Stato sez. V 20 ottobre 2010, n. 7581); anche i progettisti indicati, pur non assumendo il ruolo di concorrenti, comunque partecipano alla gara poiché apportano ai concorrenti stessi requisiti altrimenti non posseduti e perciò di essi può essere chiesta la dimostrazione del possesso dei requisiti anche generali, avendo riguardo al principio costituzionale di buon andamento e al principio comunitario di precauzione, per evitare che attraverso l’indicazione di progettisti, un soggetto sia nelle condizioni di partecipare ad una gara cui altrimenti non sarebbe ammesso (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2010, n. 758). Né per questo il progettista indicato assume la qualifica di concorrente, né quella di operatore economico, come chiarito da questo Consiglio con riferimento al divieto dell’avalimento (Cons. Stato, A.P., 9 luglio 2020, n. 13). Dunque, l’obbligo di dichiarazione dei requisiti di cui all’art. 38, d.lgs. n. 163/2006, sussiste anche in relazione al progettista indicato dal soggetto partecipante alla gara quale soggetto incaricato dell’attività di progettazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 gennaio 2016, n. 15; id., 18 gennaio 2012, n. 178)»*. In proposito, risulta interessante riportare quanto sottolineato dal Tar Lombardia, Milano, Sez. I, con la sentenza n. 252 del 27 gennaio 2021, secondo il quale, per il progettista “indicato”, «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». Tale sentenza conferma il fatto che il progettista “indicato” non sia un concorrente ma, se confermato, dovrà necessariamente essere in possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, previsti dalla normativa e dalla *lex specialis*.

Chiariti tali aspetti, seppur brevemente, occorre comprendere se l’operato della S.A. sia stato corretto nell’aver emesso un provvedimento di escussione della cauzione, a seguito dell’esclusione del concorrente, per omessa dichiarazione di sentenza penale di condanna riportata dall’amministratore unico a firma disgiunta, socio e vicepresidente, della società

mandante del costituendo RTP “indicato”, affidatario della progettazione esecutiva dalla procedura indetta, per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di ristrutturazione della mensa della caserma Simoni in Sora.

Innanzitutto, l'escussione della cauzione non rileva ai fini di una possibile sanzione nei confronti del concorrente. L'incameramento della cauzione rappresenta una conseguenza circa la violazione delle regole comportamentali che presidiano i rapporti tra i partecipanti alla gara e la stazione appaltante, nella prospettiva dell'assunzione da parte dei primi del rischio di circostanze, anche non ad essi imputabili, idonee tuttavia a comprometterli, a partire dalla dimostrazione del possesso dei requisiti dichiarati in sede di offerta e per i quali è avvenuta la ammissione alla gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2020 n. 2264). In ordine a tali circostanze, nella fattispecie, è intervenuto un provvedimento di esclusione dalla gara ormai inoppugnabile.

Ma, l'incameramento della cauzione da parte della S.A. risulta oltremodo corretto, considerato che la sentenza di condanna riferita al progettista “indicato” – che ha prodotto l'emissione di un provvedimento di esclusione in capo al concorrente – è da annoverare quale carenza di affidabilità del concorrente partecipante alla gara, per omessa dichiarazione della citata sentenza penale di condanna.

A tal proposito, già con il Codice dei contratti pubblici precedente, il D.Lgs. n. 163/2006, è stato precisato che la possibilità di incameramento della cauzione provvisoria – come precisato nella sentenza in commento - possa basarsi sull'art. 75, co. 6, d.lgs. n. 163/2006, per ogni caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi come tale qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, tra cui anche il difetto di un requisito di ordine generale (Cons. Stato, A.P. 4 maggio 2012, n. 8; Cons. Stato, A.P. 29 febbraio 2016, n. 5) e anche se lo stesso concorrente escluso non sia mai stato destinatario di un provvedimento di aggiudicazione, nemmeno provvisoria (Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2018, n. 6463). In tale guisa, si inserisce la figura del progettista “indicato” che, seppur soggetto non formalmente concorrente, rilascia in ogni caso una dichiarazione in merito al possesso dei requisiti di partecipazione, sia generali che speciali. *“Infatti, per il caso di impresa che si avvalga (art. 53, comma 3, del codice)...di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta... questa stessa norma va interpretata nel senso che la stazione appaltante è tenuta a richiedere nel bando, per siffatta eventualità, la dichiarazione sostitutiva di detti progettisti sia in merito ai requisiti generali che a quelli tecnico - organizzativi ed economico - finanziari relativi alla progettazione, in quanto l'espressione ‘progettisti qualificati’ può interpretarsi solo in tal senso” (cfr. Cons. Stato, sez V, 26 maggio 2015, n. 2638)*”.