

Sulla possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio in caso di sostituzione del progettista indicato

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 3-10-2024

In ordine alla sostituibilità del progettista indicato in sede di offerta occorre svolgere le seguenti considerazioni. Occorre verificare se la sostituzione del professionista indicato, ammissibile in linea di principio sulla scorta della sua qualificazione come professionista esterno che collabora con l'operatore economico, determini, nel caso concreto, una modificazione sostanziale dell'offerta. Non può essere trascurato il coinvolgimento del professionista indicato sia nella redazione dell'offerta sia nell'esecuzione del contratto.

In effetti, una volta che l'Adunanza Plenaria n. 2/2022 ha riconosciuto la modificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei per la perdita dei requisiti generali anche in fase di gara in capo al mandatario o ad uno dei mandanti, in tale ipotesi deve ritenersi la possibilità della sostituzione interna al raggruppamento temporaneo di professionisti o della sostituzione interna al raggruppamento temporaneo "eterogeneo" dei progettisti con gli operatori economici esecutori dei lavori.

Se quindi è consentita la modificazione soggettiva del concorrente, quando il progettista sia in tale veste inserito in un raggruppamento temporaneo partecipante alla gara, appare contrario ai principi di ragionevolezza e proporzionalità riservare un trattamento deteriore alla fattispecie in cui l'operatore economico concorrente abbia scelto di avvalersi del progettista indicato privo della qualificazione di concorrente.

Pubblicato il 09/09/2024

N. 07496/2024REG.PROV.COLL.

N. 00521/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 521 del 2024, proposto da Imperial S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A00321DBA3, rappresentata e difesa dagli avvocati Paola Chirulli, Stefano Vinti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

F.P. Appalti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Arturo Cancrini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza San Bernardo n. 101;
Comune di Fonte Nuova - Centrale Unica di Committenza incardinata nel Comune di Fonte Nuova, Comune di Sant'Angelo Romano, Ministero dell'Istruzione e del Merito, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Struttura di Missione per il Pnrr, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Struttura di Missione per il Pnrr, Ministero per Gli Affari Europei, il Sud, Le Politiche di Coesione e il Pnrr – Struttura di Missione per il Pnrr, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero per gli Affari Europei, il Sud, le Politiche di Coesione e il Pnrr, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 134/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di F.P. Appalti S.r.l.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2024 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Chirulli e Vagnucci in delega di Cancrini;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La CUC dei Comuni di Fonte Nuova e Sant'Angelo Romano ha indetto la procedura per l'affidamento dell'appalto integrato riguardante la redazione della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di messa in sicurezza strutturale ed adeguamento alla normativa

antincendio nell'istituto scolastico Don Milani, per un importo posto a base di gara complessivamente pari a 1.048.799,86 €, IVA esclusa, di cui 25.000 € per la progettazione esecutiva, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Alla gara hanno partecipato tre imprese del settore, ivi comprese l'appellante e la ricorrente in primo grado F.P. Appalti S.r.l.

3. Riferisce l'appellante che la Commissione di gara, con riferimento alla documentazione amministrativa presentata da entrambe le due imprese citate, ha rilevato, tra l'altro, la mancata produzione dell'autodichiarazione resa ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. 445/2000 inerente il possesso del fatturato globale per servizi di ingegneria e di architettura. È stata disposta l'attivazione del soccorso istruttorio per consentire alle imprese di integrare la documentazione mancante entro il termine previsto.

4. All'esito del soccorso istruttorio, entrambe le concorrenti sono state ammesse alle successive fasi di gara.

5. terminate le operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, la Commissione giudicatrice ha stilato la graduatoria che ha visto classificarsi al primo posto Imperial S.r.l. con complessivi punti 97,333.

6. A seguito della proposta di aggiudicazione formulata dalla Commissione, con determinazione del responsabile del servizio tecnico del Comune di Sant'Angelo Romano n. 46 del 15 settembre 2023, è stata disposta l'aggiudicazione non efficace della gara in favore della ditta Imperial S.r.l.

7. In data 19 ottobre 2023, nell'ambito delle verifiche in ordine al possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario in capo alla appellante, il RUP ha chiesto al progettista originariamente indicato (Giamogante Engineering S.r.l.s.) la trasmissione della documentazione a comprova del fatturato globale medio annuo di cui al par. 3.6.a.6) del disciplinare di gara.

8. In data 8 novembre 2023, la Società Giamogante Engineering, a seguito di propri accertamenti, ha dichiarato di non avere eseguito il fatturato globale di 50.000 € nell'anno 2019, con la conseguenza che, la società aggiudicataria ha proceduto con la sostituzione dell'originario progettista indicato, individuando come nuovo progettista l'Arch. Paolo Lancia.

9. Avverso il provvedimento di aggiudicazione non efficace – nonché avverso il correlato diniego di annullamento in autotutela – ha proposto ricorso dinanzi al TAR Lazio, Sez. II *bis*, la seconda classificata F.P. Appalti S.r.l., la quale – rilevando l'insussistenza del requisito di fatturato in capo alla Giamogante Engineering – ne ha chiesto l'annullamento.

10. Il TAR ha definito il giudizio con sentenza del 3 gennaio 2024 n. 134 con la quale il ricorso è stato accolto.

11. Di tale sentenza, Imperial S.r.l. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello

affidato a un unico articolato motivo così rubricato: *“I. Illegittimità della sentenza appellata, nella parte in cui ha accolto le censure proposte dalla ricorrente F.P. Appalti, per erroneità, illogicità e contraddittorietà della motivazione, violazione dei principi di economia processuale e dei limiti alla retroattività dell’annullamento. – Violazione e falsa applicazione degli art. 97 Cost., artt. 83 e 94 del D.Lgs. n. 50/2016, oltre che del par. 3.6 lett. a.6) del disciplinare di gara, nonché del principio di immodificabilità sostanziale dell’offerta e dei principi di trasparenza e par condicio. – Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara – Violazione dei principi in materia di interpretazione delle clausole della lex di gara. – Violazione del principio di economicità ed efficienza dell’azione amministrativa – Violazione del principio di ragionevole speditezza dei procedimenti, con particolare riferimento alle procedure di gara come quelle in oggetto, finanziata con i fondi del PNRR”.*

12. Ha resistito al gravame, chiedendone il rigetto, F.P. Appalti S.r.l.

13. Alla udienza pubblica del giorno 11 aprile 2024 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

14. Viene all’esame del Collegio il ricorso in appello proposto da Imperial S.r.l. avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 134/2024 con la quale il medesimo TAR ha accolto il ricorso proposto avverso:

a) la determinazione n. 46 del 15 settembre 2023 con cui il Comune di Sant’Angelo Romano ha disposto l’aggiudicazione, in favore dell’impresa Imperial s.r.l., della gara indetta dalla Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Fonte Nuova e Sant’Angelo Romano per l’affidamento, con procedura aperta, dell’appalto di redazione della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di messa in sicurezza strutturale ed adeguamento alla normativa antincendio nell’istituto scolastico Don Milani;

b) la nota del 29 settembre 2023 nella parte in cui la Centrale Unica di Committenza ha comunicato il diniego dell’istanza di riesame formulata dalla ricorrente per l’annullamento in autotutela dell’aggiudicazione;

c) il verbale del 14 settembre 2023, nella parte in cui la Centrale Unica di Committenza ha considerato valida la documentazione integrativa trasmessa dalla Imperial s.r.l. in sede di soccorso istruttorio, ammettendo la medesima impresa alla fase successiva della gara.

15. La decisione del primo Giudice si articola, in sintesi, nei seguenti punti:

a) l’art. 3.6 lettera a.6 del disciplinare di gara ha previsto, per quanto qui d’interesse, che *“gli operatori economici che non siano in possesso della qualificazione per la progettazione sono tenuti, pena l’esclusione dalla gara, ad indicare o associare, per la redazione del progetto esecutivo, uno o più operatori economici di cui all’art. 46, comma 1 - lettere a), b), c), d) e) ed f), del Codice in possesso dei requisiti previsti dal Decreto Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 263/2016 nonché dei seguenti ulteriori requisiti riferiti alle seguenti classi e categorie, tra quelle indicate nella tabella che segue (Legge n.143/1949 e D.M. 17 giugno*

2016):... a.6) possesso di fatturato globale per servizi di ingegneria e di architettura di cui all'articolo 3, comma 1 - lettera vvvv), del D.lgs. n. 50/2016, espletati in ciascuno dei tre migliori esercizi dell'ultimo quinquennio antecedente la data di indizione della gara (2018, 2019, 2020, 2021, 2022) per un importo complessivamente non inferiore (per ciascuno dei suddetti tre migliori esercizi) ad € 50.000,00 (quarantaduemila/00), pari ad due volte l'importo del corrispettivo per la redazione della progettazione esecutiva posto a base di gara di gara: : quindi in ognuno dei tre migliori anni prescelti nel quinquennio su indicato l'importo del fatturato globale non deve essere inferiore al limite precedentemente richiesto”;

a.1.) sempre il disciplinare di gara all'art. 3.6 lettere b), b.1) e b.2) ha richiesto, per la progettazione, una serie di figure minime specificandone anche i requisiti minimi in punto di titolo di studio e di avvenuto espletamento di servizi di architettura e ingegneria negli ultimi dieci anni, ivi compresi due servizi “di punta”;

a.2.) nel corso della seduta del 12/09/23 la commissione, in relazione alla controinteressata, ha rilevato la “*mancata produzione dell'Autodichiarazione resa ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. 445/2000 inerente il possesso di fatturato globale per servizi di ingegneria e di architettura di cui all'art. 3, comma 1 - lettera vvvv), del D.lgs. n. 50/2016, espletati in ciascuno dei tre migliori esercizi dell'ultimo quinquennio antecedente la data di indizione della gara (2018, 2019, 2020, 2021, 2022) per un importo complessivamente non inferiore (per ciascuno dei suddetti tre migliori esercizi) ad € 50.000,00 (CINQUANTAMILA/00), pari a due volte l'importo del corrispettivo per la redazione della progettazione esecutiva posto a base di gara: quindi in ognuno dei tre migliori anni prescelti nel quinquennio su indicato l'importo del fatturato globale non deve essere inferiore al limite precedentemente richiesto – come indicato nel Disciplinare di gara punto 3.6, lett. a.6) – REQUISITI DEI PROFESSIONISTI INDICATI O ASSOCIATI*”;

a.3.) nel verbale della seduta del 14 settembre 2023 la commissione ha evidenziato che, “*per quanto riguarda IMPERIAL SRL il presidente prende atto della non corretta produzione dell'autodichiarazione resa ai sensi degli artt. 46 e 47 del DPR 445/2000 inerente il possesso di fatturato globale per servizi di ingegneria e di architettura di cui all'art. 3, comma 1 - lettera vvvv), del D.lgs. n. 50/2016, espletati in ciascuno dei tre migliori esercizi dell'ultimo quinquennio antecedente la data di indizione della gara (2018, 2019, 2020, 2021, 2022)..., così come indicato nella richiesta di soccorso istruttorio del 12.9.2023*” (in quanto nel 2019 ha autocertificato lo svolgimento di servizi analoghi pari ad euro 4.567,00 e, quindi, per un importo inferiore a quello richiesto dalla *lex specialis*) ma ha ritenuto di non escludere l'operatore dalla gara in quanto “*il professionista è designato dall'operatore economico e quindi non partecipa in modo diretto alla procedura di che trattasi*” demandando “*al RUP i relativi controlli sull'operatore economico partecipante e sul professionista incaricato prima della stipula del Contratto d'Appalto*” (verbale del 14/09/23);

a.4.) con determinazione n. 45 del 15 settembre 2023 il Comune di S. Angelo Romano ha aggiudicato l'appalto in favore della Imperial s.r.l. mentre la ricorrente si è classificata al secondo posto;

a.5.) con nota del 29 settembre 2023 la Centrale Unica di Committenza ha respinto l'istanza di

riesame presentata dalla ricorrente in quanto *“la posizione giuridica del “progettista indicato” dall’impresa che ha formulato l’offerta, è quella di un prestatore d’opera professionale che non entra a far parte della struttura societaria che si avvale della sua opera, e men che meno rientra nella struttura societaria. Il concorrente ed il “progettista indicato” rimangono due soggetti distinti, che svolgono funzioni differenti, con conseguente diversa distribuzione delle responsabilità. Il “progettista indicato”, è 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 altri termini, non essendo un offerente, ma un collaboratore o, più propriamente, un ausiliario del concorrente, è da ritenersi possibile l’estromissione e l’eventuale sostituzione, in caso di accertata carenza dei requisiti a seguito di verifica da parte del RUP, del progettista indicato con altro professionista, non incorrendosi in una ipotesi di modificazione dell’offerta, né di modificazione soggettiva del concorrente. Un trattamento diverso, invece, deve essere riservato al caso nel quale il progettista esterno all’impresa si associa con quest’ultima ai fini della progettazione ma soprattutto ai fini dell’offerta, vale a dire si qualifica come offerente”;*

a.6.) con istanza dell’08/11/23, successiva al provvedimento di aggiudicazione, la Imperial s.r.l. ha proposto un nuovo progettista in luogo di quello originariamente indicato, privo di requisiti;

b) contrariamente a quanto evidenziato nella gravata determina di aggiudicazione, l’appalto in esame, nell’ambito del quale la determina a contrarre è stata emessa il 17 agosto 2023 e il bando è stato pubblicato in data successiva, è soggetto alla disciplina di cui al d.lgs. n. 36/2023 come è desumibile dai seguenti articoli del predetto decreto legislativo:

- 229 comma 2, secondo cui *“le disposizioni del codice, con i relativi allegati, acquistano efficacia il 1° luglio 2023”;*

- 226 comma 2 lettera a) il quale prevede che, *“a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell’articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso. A tal fine, per procedimenti in corso si intendono: a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia”;*

- 225 comma 8 che stabilisce che *“in relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell’Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al decreto legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC nonché dal Piano nazionale integrato per l’energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2018”;*

b.1.) con particolare riferimento a tale ultima disposizione, il TAR ha rilevato che essa si limita a stabilire la perdurante vigenza delle sole norme speciali in materia di appalti PNRR (tra cui gli artt. 47 e ss. d. l. n. 77/21) ma non anche degli istituti del d.lgs. n. 50/16 in esso sporadicamente richiamati; la contraria opzione ermeneutica, seguita dalla circolare del MIT del 12 luglio 2023 (richiamata dalla “premessa” del disciplinare di gara), collide con il ricordato disposto del comma 2 dell’art. 226 d.lgs. n. 36/23, che sancisce l’abrogazione del d.lgs. n. 50/16 a decorrere dal 1° luglio 2023 senza alcuna eccezione, e con il comma 5 della medesima disposizione, secondo cui “*ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso*”;

b.2.) le doglianze e le argomentazioni prospettate dalle parti sono quindi state valutate con riferimento alla disciplina del d.lgs. n. 36/23 e al contenuto concreto delle doglianze stesse a prescindere dal *nomen iuris* delle disposizioni da esse richiamate;

c) la stazione appaltante ha consapevolmente disapplicato, in violazione dei principi di *par condicio* e d’imparzialità, la *lex specialis* e, in particolare, l’art. 3.6 lettera a.6 del disciplinare di gara che qualifica il fatturato globale per servizi d’ingegneria ed architettura, ivi indicato, come requisito di partecipazione, sancendo espressamente, in caso di mancanza di tale requisito anche in capo al progettista “indicato”, l’esclusione del concorrente dalla gara;

c.1.) la commissione, una volta appurato che la Imperial s.r.l. ha indicato, quale progettista, un operatore economico privo del requisito in esame, avrebbe dovuto escludere la controinteressata dalla gara, come previsto dall’art. 3.6 del disciplinare;

c.2.) la mancata esclusione risulta illogica e non agevolmente spiegabile alla luce dello stesso *iter* volontariamente seguito dall’amministrazione la quale ha, dapprima, attivato la procedura di soccorso istruttorio oggi previsto dall’art. 101 d.lgs. n. 36/23 e, poi, una volta constatato il mancato deposito, da parte dell’operatore, della documentazione richiesta, non ha applicato la conseguenza, in punto di esclusione dalla gara, necessariamente prevista dal comma 2 del citato art. 101 la cui disciplina è, in proposito, pienamente sovrapponibile a quella dell’abrogato art. 83 comma 9 d.lgs. n. 50/16;

c.3.) quindi, la commissione ha attivato la procedura di soccorso istruttorio senza, però, dare seguito alle conseguenze normativamente previste, in punto di esclusione del concorrente dalla gara, nel caso di esito infruttuoso del soccorso stesso;

c.4.) la commissione, demandando al RUP, prima della stipula del contratto di appalto, il controllo sui requisiti del progettista “indicato”, non solo ha surrettiziamente trasformato un requisito di partecipazione in un requisito di esecuzione ma ha agito illogicamente dal momento che ha rinviato ogni decisione all’esito dei successivi controlli del RUP che già all’epoca risultavano pacificamente inutili in quanto, nel corso del soccorso istruttorio, lo stesso progettista indicato dalla controinteressata, ha autodichiarato l’insussistenza del requisito di partecipazione costituito dal fatturato;

c.5.) la legittimità degli atti impugnati non può essere desunta da quanto la stazione appaltante ha evidenziato nella nota del 29 settembre 2023 circa l'indiscriminata possibilità di sostituzione del progettista "indicato" dalla controinteressata;

c.6.) quand'anche volesse ammettersi, in astratto, la sostituzione del progettista "indicato", tale sostituzione deve avvenire necessariamente nell'ambito del soccorso istruttorio in quanto fase normativamente deputata alla verifica dei requisiti autocertificati dai soggetti chiamati all'espletamento delle prestazioni oggetto di appalto mentre tale meccanismo non potrebbe operare nelle fasi successive e, in particolare, dopo l'aggiudicazione, come, invece, è accaduto nella fattispecie, perché ciò sarebbe in contrasto con il principio di massima celerità della procedura di gara codificato dall'art. 1 d.lgs. n. 36/23;

c.7.) in ogni caso, nella fattispecie, la sostituzione del progettista "indicato" non può essere ritenuta ammissibile in quanto comporta una modifica sostanziale dell'offerta;

c.8.) secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia dell'articolo 53, comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006, 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 (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n. 13/2020); l'Adunanza Plenaria ha enunciato il principio in esame per trarne la conseguenza per cui il progettista "indicato" "non può utilizzare l'istituto dell'avvalimento per la doppia ragione che esso è riservato all'operatore economico in senso tecnico e che l'avvalimento cosiddetto "a cascata" era escluso anche nel regime del codice dei contratti pubblici, ora abrogato e sostituito dal decreto legislativo n. 50 del 2016, che espressamente lo vieta;

c.9.) la conclusione raggiunta dall'Adunanza plenaria, in punto di qualificazione del progettista "indicato" come professionista esterno che non assume la veste di concorrente, ha, poi, costituito il presupposto da cui ha mosso la giurisprudenza per ammettere la sostituzione del progettista stesso nell'ipotesi di carenza dei requisiti in capo a quest'ultimo, in tutti i casi o, secondo altro più restrittivo orientamento, nelle sole ipotesi in cui ciò non comporti una modifica sostanziale dell'offerta;

c.10.) il TAR, pur condividendo l'opzione ermeneutica che ammette l'astratta sostituibilità del progettista indicato in ragione della qualificazione di tale figura come professionista esterno, ha ritenuto, tuttavia, in adesione all'orientamento più rigoroso, che tale sostituzione sia possibile nelle sole ipotesi in cui ciò non comporti una modifica sostanziale dell'offerta, potendosi, in caso contrario, configurare una violazione dei principi generali di *par condicio* e d'imparzialità i quali precludono la modifica sostanziale dell'offerta anche nel nuovo codice degli appalti (si vedano, tra gli altri, gli artt. 97 comma 2 in tema di sostituzione del componente del raggruppamento, 101 commi 3 e 4, in riferimento ai chiarimenti e correzioni di errori materiali del contenuto dell'offerta, e 104 comma 5 in relazione alla sostituzione dell'ausiliaria);

c.10.) nella fattispecie, la sostituzione del progettista "indicato" dall'aggiudicataria comporterebbe un'inammissibile modifica sostanziale dell'offerta dalla stessa presentata;

c.11.) l'articolo 9 del disciplinare di gara, tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha previsto ben cinque punti per il criterio "Professionalità e adeguatezza e caratteristiche metodologiche del servizio di ingegneria oggetto di affidamento" per la cui attribuzione ha attribuito rilevanza alla "Professionalità e adeguatezza dell'offerta con riferimento all'esperienza specifica acquisita in servizi affini di edilizia scolastica (attraverso n. 3 servizi)" (art. 9 del disciplinare di gara);

c.12.) il criterio in esame, pertanto, espressamente correla l'attribuzione del punteggio a tre singoli e specifici servizi espletati proprio dal progettista "indicato" come, del resto, si evince dalla relazione sull'offerta tecnica presentata dalla controinteressata la quale, in riferimento al criterio in questione, richiama con dovizia di particolari i tre servizi, specificamente identificati (realizzazione di un asilo nido comunale in Ladispoli con fondi PNRR, di un asilo nido nel Comune di Contigliano con fondi PNRR e di un edificio destinato alla scuola d'infanzia/ludoteca volta ad accogliere circa 60 bambini di età compresa tra i 3 mesi e i 3 anni nel Comune di Monterotondo), espletati dallo studio Giamogante, da essa indicato come progettista nella domanda di partecipazione (pagg. 21-26 della relazione);

c.13.) la commissione, invece di trarre le debite conseguenze dalla stessa autodichiarazione del progettista "indicato", comprovante l'assenza dei requisiti di fatturato richiesti e, quindi, escludere il concorrente dalla gara, ha sottoposto a valutazione l'offerta della Imperial s.r.l. attribuendo alla stessa, in relazione al criterio sopra indicato, cinque punti così quantificati in relazione ai servizi espletati dal progettista da essa "indicato" studio Giamogante;

c.14.) proprio la diretta riferibilità del criterio di valutazione in esame alla specifica figura del progettista "indicato" induce a ritenere che la sostituzione di quest'ultimo comporti un'inammissibile modifica sostanziale dell'offerta non essendo i servizi valutati ai fini dell'attribuzione del punteggio riferibili al nuovo progettista;

c.15.) nelle ipotesi in cui la sostituzione del progettista "indicato" comporti la modifica sostanziale dell'offerta, tale sostituzione deve ritenersi preclusa in assoluto e a prescindere dal contenuto e dall'entità della stessa e ciò per un duplice ordine di ragioni:

c.15.1) la valutazione a posteriori della rilevanza di tali modifiche ai fini dell'aggiudicazione della gara risulta di difficile compatibilità con i principi di imparzialità e *par condicio* la cui corretta declinazione impone di consentire a tutti gli operatori di partecipare alla gara nelle medesime condizioni iniziali;

c.15.2.) tale valutazione a posteriori richiederebbe, in proposito, un nuovo intervento della commissione di gara, unico organo competente in proposito (nella fattispecie la commissione dovrebbe valutare se i servizi espletati dal nuovo progettista "indicato" siano "affini", ai fini dell'attribuzione del punteggio), da ritenersi inammissibile perché non previsto da alcuna norma e, per di più, non coerente con il principio di celerità del procedimento di gara oggi codificato dagli artt. 1 e 17 d.lgs. n. 36/23;

c.16.) la concreta articolazione della *lex specialis* induce, pertanto, il Collegio a ritenere che la figura del progettista abbia influito sul contenuto dell'offerta e sulla valutazione della stessa di

talché la modifica del progettista “indicato” comporterebbe un’inammissibile modifica sostanziale dell’offerta stessa.

16. L’appellante, in sintesi, contesta la ricostruzione del TAR sulla base dei seguenti argomenti:

a) il TAR avrebbe interpretato erroneamente sia la legge di gara sia la disciplina normativa rilevante;

a.1.) per quanto riguarda la legge di gara, il par. 3.6 del disciplinare comminava l’esclusione del concorrente per l’associazione o indicazione di un progettista che non fosse in possesso dei requisiti richiesti; per l’ipotesi in cui le dichiarazioni presentate in gara dai progettisti fossero incomplete o irregolari, era senz’altro prevista l’esperibilità del soccorso istruttorio, come si evince anche dal riepilogo delle cause di esclusione e delle irregolarità non sanabili attraverso il soccorso istruttorio elencate all’art. 16 del disciplinare medesimo;

a.2.) nel caso qui esaminato, entrambi i concorrenti parti del presente giudizio sono stati chiamati a presentare documentazione a integrazione di quanto dichiarato in corso di partecipazione; entrambe le imprese hanno risposto alle richieste della stazione appaltante, e dunque non può dirsi inverato il requisito di cui al secondo comma dell’art. 101 del d.lgs. n. 36/2023, che sanziona con l’esclusione il solo mancato adempimento a quanto richiesto, potendosi evincere dall’inerzia del concorrente il disinteresse sopravvenuto alla partecipazione al confronto concorrenziale, e comunque un *vulnus* alla celerità delle operazioni di gara;

a.3.) non corrisponderebbe al vero, dunque, quanto affermato dalla sentenza, ossia “*il mancato deposito, da parte dell’operatore, della documentazione richiesta*”, e dunque non può concludersi che la commissione di gara abbia colpevolmente omesso di dare seguito all’esito infruttuoso del soccorso stesso, e dunque di escludere la Imperial dalle successive fasi della gara;

a.4.) se un errore della commissione di gara vi è stato, esso sarebbe consistito, come la stessa sentenza nel prosieguo ammette, nel non richiedere in sede di soccorso istruttorio ulteriori chiarimenti sul possesso dei requisiti richiesti al progettista ed eventualmente sollecitare in quella sede la sua sostituzione;

a.5.) anche volendo ammettere, però, che male abbia fatto la commissione a rimettere tale eventualità ad adempimenti successivi del RUP, l’errore non avrebbe prodotto alcun risultato invalidante, posto che la verifica dei requisiti è stata effettuata ad aggiudicazione non ancora efficace;

b) vi sarebbe poi, nel ragionamento del primo giudice, una prima insanabile contraddizione, che consiste da una parte nell’enfatizzare come il disciplinare sanzionasse con l’esclusione il mancato possesso dei requisiti richiesti, sia da parte del professionista associato, sia da parte di quello indicato, dall’altra, nell’ammettere che in sede di soccorso istruttorio la sostituzione del progettista indicato sarebbe possibile;

b.1.) tale ultima affermazione – ovvero sia che il progettista indicato sia figura diversa dal progettista associato (condivisa dal Collegio) – sarebbe incompatibile con l'interpretazione del disciplinare di gara in precedenza sposata, la quale presuppone un'equivalenza della qualifica rivestita dal professionista designato dal concorrente ai fini della esclusione in caso di mancato possesso dei requisiti; il giudice di prime cure avrebbe dunque in primo luogo erroneamente interpretato il disciplinare di gara;

c) il TAR avrebbe interpretato in modo distorto anche l'istituto del soccorso istruttorio dando infatti per scontato che ad esso si applichi l'istituto del “*one shot*”, ovvero sia, che qualsiasi risposta non soddisfacente alla richiesta della stazione appaltante determini *hic et nunc* l'esclusione del concorrente;

c.1.) questa interpretazione non corrisponderebbe a quanto espressamente sancito dall'attuale art. 101, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, laddove fa esclusivo riferimento al “*mancato adempimento*” del concorrente nel tempo stabilito, ossia alla perentorietà del termine entro il quale il concorrente deve attivarsi; e ciò unicamente per sottolineare che il soccorso istruttorio – previsto in favore della massima partecipazione – non può tradursi in un meccanismo inutilmente dilatorio della procedura di gara, a fronte del palese disinteresse di chi per primo è tenuto ad attivarsi;

c.2.) ciò non significherebbe tuttavia, in termini generali, che non sia ammesso un secondo “*round*”, laddove vi sia stato un adempimento del concorrente (come in questo caso), ma tale adempimento non sia soddisfacente; in questo caso vi era l'importo relativo a uno dei tre anni di fatturato (il 2019) che risultava al di sotto di quanto previsto: ma poteva trattarsi anche di un errore materiale;

c.3.) la stazione appaltante può disporre un supplemento di soccorso procedimentale, chiedendo chiarimenti al concorrente; sul punto, l'ANAC, nel suo bando tipo n. 1/2023, espressamente invita le stazioni appaltanti a richiedere ulteriori precisazioni o chiarimenti nell'ipotesi in cui il concorrente produca, in sede di soccorso istruttorio, dichiarazioni o documenti non perfettamente esaustivi o soddisfacenti;

c.4.) questo sarebbe stato l'iter che la Commissione di gara avrebbe dovuto seguire, giacché, laddove fosse stato confermato che il progettista indicato non possedeva tutti i requisiti prescritti, ben poteva procedersi con la sostituzione;

c.5.) se si ammette che il progettista “indicato” possa essere sostituito qualora privo di requisiti, si ammette che possa esservi in corso di gara una modifica da parte del concorrente, purché non comportante modifiche sostanziali dell'offerta tecnica;

c.6.) sarebbe censurabile la sentenza nella parte in cui ha annullato *tout court* l'aggiudicazione, laddove avrebbe al più potuto rinviare alla stazione appaltante la verifica delle conseguenze dell'avvenuta sostituzione del progettista sull'attribuzione dei cinque punti tabellari;

d) il TAR sarebbe incorso in un terzo errore logico, giacché ha anticipato, ma in via del tutto

presuntiva, la valutazione che eventualmente spettava alla commissione di gara, al fine di ulteriormente suffragare l'impossibilità di confermare l'aggiudicazione disposta, così finendo per pervenire a un risultato incompatibile con le premesse dallo stesso giudice condivise;

d.1.) a pagina 16 della sentenza impugnata, il Collegio ha richiamato l'indirizzo giurisprudenziale che, in linea con quanto stabilito anche da altre norme del codice, ritiene che il progettista non possa essere sostituito quando ciò comporterebbe una modificazione dell'offerta tecnica; se tale affermazione si riferisse in termini generali e astratti all'offerta tecnica – prescindendo cioè dal suo contenuto e dai criteri che sono stati previsti per la sua valutazione – non vi sarebbe in pratica nessun progettista sostituibile;

d.2.) poiché il disciplinare prevedeva l'attribuzione di 80 punti massimi per l'offerta tecnica, di cui 70 discrezionali e solo 10 tabellari, occorre valutare quale poteva essere l'incidenza del progettista sull'attribuzione dei punteggi;

d.3.) in questo caso si trattava un'operazione semplice, che a differenza di quanto affermato nella sentenza, lo stesso giudice avrebbe potuto effettuare, senza sostituirsi alla commissione di gara, e senza necessitare di alcuna competenza tecnica, perché pacificamente ricavabile da una semplice lettura del disciplinare (art. 9);

d.4.) per il criterio n. 5 erano previsti al massimo 5 punti, da assegnare con il metodo *on-off*, sulla base della esperienza specifica acquisita in almeno tre servizi affini di edilizia scolastica; rispetto agli 80 punti complessivi attribuiti all'offerta tecnica, non si potrebbe considerare l'ulteriore e separato punteggio premiale di 5 punti, per di più non discrezionale, come riferito a una parte sostanziale dell'offerta e della sua valutazione;

d.5.) tale punteggio era esterno e aggiuntivo rispetto a quello dell'offerta tecnica, come è dimostrato sia dal modo in cui risultava inserito all'interno della griglia dei criteri di valutazione sia dal fatto che esso non è stato assegnato alla terza concorrente, senza che ciò ne abbia in alcun modo inficiato la valutazione complessiva;

d.6.) dunque, nel caso di specie non vi sarebbe stato coinvolgimento centrale del progettista nella redazione dell'offerta richiesta in concreto dalla stazione appaltante;

d.7.) la collocazione del criterio e la sua incidenza sulla complessiva valutazione escluderebbero che la sostituzione del progettista – che nel caso di specie si è verificata – abbia comportato una modifica dell'offerta tecnica di tenore tale da alterarne il contenuto sostanziale;

d.8.) volendo adottare un approccio rigoroso e ritenere che la sostituzione del progettista, soprattutto se effettuata dopo l'aggiudicazione, ancorché non efficace, non consentisse di applicare il punteggio premiale di 5 punti riferito alle esperienze del professionista incaricato della progettazione, il risultato complessivo della gara non sarebbe cambiato, giacché comunque Imperial avrebbe ottenuto il punteggio più alto, pari a 92,333 punti complessivi a fronte dei 90,978 raggiunti da F.P. Appalti;

d.9.) tale valutazione avrebbe potuto essere effettuata dal TAR, senza comportare alcuna sostituzione, né violazione dei principi di imparzialità e di *par condicio* che presiedono alle procedure di gara pubbliche;

e) la sentenza gravata avrebbe erroneamente applicato i principi e le disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici, laddove ha ritenuto maggiormente conforme ad essi la scelta di annullare l'aggiudicazione disposta in favore dell'appellante;

e.1.) il TAR avrebbe adottato una soluzione che non appare conforme al principio del risultato, nelle sue declinazioni del miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo (che portava a confermare l'aggiudicazione disposta), del principio di legalità (che portava a ritenere possibile la sostituzione del progettista), e concorrenza (che portava a non ridurre il numero già esiguo di partecipanti;

e.2.) il TAR non avrebbe accertato la nullità di quelle clausole del disciplinare di gara che prevedevano, a pena di esclusione, requisiti economici di partecipazione più stringenti rispetto a quelli oggi contemplati nelle nuove disposizioni tassative del nuovo codice dei contratti pubblici (specie quelle derivanti dal combinato disposto degli artt. 44, comma 3 e 100, comma 11, del nuovo codice, dettati in materia di requisiti di capacità economica del progettista nell'ambito di un appalto integrato);

e.3.) in virtù di tali disposizioni, al progettista può essere richiesto solo il possesso di un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato del servizio di progettazione (ovvero non superiore a 50.000 €) e non anche un fatturato minimo annuo (di 50.000 € + 50.000 € + 50.000 € nel triennio di riferimento, corrispondente a una somma pari a 6 volte il valore della progettazione messa a gara), come invece consentito in passato;

e.4.) se dunque è vero che la stazione appaltante avrebbe dovuto applicare le disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici, essa, a ben vedere, neppure avrebbe potuto contestare il mancato possesso del fatturato minimo conseguito dal progettista in ciascun anno del triennio di riferimento, poiché la clausola del disciplinare che prevedeva tale requisito avrebbe dovuto essere disapplicata e automaticamente sostituita dalle meno gravose previsioni del codice poc'anzi citate;

e.5.) con la conseguenza che Imperial avrebbe potuto aggiudicarsi la gara anche con il progettista originariamente indicato (avendo dichiarato un fatturato globale complessivo di oltre 465.000 € nell'ultimo triennio) e che la F.P. Appalti nessun interesse avrebbe avuto a contestare la pretesa errata applicazione di una clausola del disciplinare nulla;

e.6.) seguendo dunque la stessa linea ermeneutica tracciata dal giudice di prime cure, dovrebbe pertanto ritenersi viziata la sentenza anche per violazione dell'art. 100, comma 11, del d.lgs. n. 36/2023, nonché per violazione dell'art. 10 del medesimo codice in materia di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione.

17. Le censure così sintetizzate, contenute in un unico motivo di appello, possono a questo punto essere esaminate.

18. Le questioni sottoposte all'esame del Collegio sono le seguenti:

- a) le disposizioni applicabili al caso esaminato;
- b) le modalità di applicazione delle regole sul soccorso istruttorio;
- c) la sostituibilità del progettista indicato in sede di offerta.

19. Quanto al primo punto è da premettere che il TAR ha affermato che, siccome la determina a contrarre è stata adottata il 17 agosto 2023 e il bando è stato pubblicato in data successiva, la gara avrebbe dovuto essere disciplinata dal d.lgs. n. 36/2023 (nuovo Codice dei contratti pubblici).

19.1. La statuizione, pur sostanzialmente ininfluenza per l'esito della presente controversia, non persuade poiché è frutto di una non condivisibile interpretazione degli artt. 229 comma 2, 226 comma 2 lettera a), e 225 comma 8 del d.lgs. n. 36/2023, interpretazione che in questa sede il Collegio intende fornire.

19.2. Come noto, le disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici, con i relativi allegati, hanno acquistato efficacia il 1° luglio 2023, ai sensi dell'art. 229 comma 2. Dal 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 hanno continuato ad applicarsi ai procedimenti in corso, vale a dire le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si è indetta la procedura di scelta del contraente sono stati pubblicati prima del 1° luglio 2023.

19.3. La questione apparentemente più complessa era quella di stabilire quali regole applicare alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse.

19.4. Per queste procedure, l'art. 225 comma 8 del Codice ha previsto, anche dopo il 1° luglio 2023, l'applicazione delle *“disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al decreto legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018”*.

19.5. L'art. 226 del Codice del 2023 (Abrogazioni e disposizioni finali) al comma 5 dispone: *“Ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso”*.

19.6. Contrariamente a quanto affermato dal TAR è certa la perdurante vigenza delle disposizioni speciali in materia di appalti PNRR che contengono rinvii fissi a precise

disposizioni del d.lgs. n. 50/2016.

19.7. Come noto, il rinvio a un testo normativo (o ad una singola disposizione) contenuto in un diverso testo (o anche in una diversa parte del testo medesimo) non può essere definito “statico” o “dinamico” di per sé, ma, deve essere esaminato caso per caso.

19.8. Nel rinvio fisso non si fa riferimento a una fonte, ma a una precisa disposizione, vigente in quel dato momento. Ne segue che la fattispecie di cui si tratta resta disciplinata da quella disposizione anche nel caso in cui essa dovesse poi essere sostituita da un'altra successiva. In altre parole, tenuto conto anche delle indicazioni della migliore dottrina, il rinvio a una specifica disposizione o norma determinata, vigente in quel momento, non può che ritenersi statico o recettizio.

19.9. Quel che in questo caso rileva, è che le disposizioni del d.l. 77/2021 (atto rinviante) non fanno pressoché mai riferimento alla fonte in sé, bensì a specifiche disposizioni del d.lgs. n. 50/2016. La struttura linguistica delle disposizioni contenute nel d.l. 77/2021 non fa intravedere alcun rinvio dinamico bensì tutti rinvii statici.

19.10. La Corte costituzionale nella nota sentenza 28 ottobre 2004, n. 315, resa nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 14 della legge 3 maggio 1982, n. 203 (Norme sui contratti agrari), e dell'art. 3 della legge 12 giugno 1962, n. 567 (Norme in materia di affitto di fondi rustici) ha ricordato che in presenza di un rinvio ricettizio il contenuto della disposizione richiamata diviene *“parte del contenuto della norma richiamante”* e che le *“vicende della norma richiamata”* restano *“prive di effetto ai fini della esistenza ed efficacia della norma richiamante”*.

19.11. In definitiva, l'interpretazione fornita dalla Circolare del MIT del 12 luglio 2023 è corretta laddove afferma la specialità, assicurata per mezzo dell'art. 225 comma 8 del d.lgs. n. 36 del 2023, delle disposizioni di cui al d.l. n. 77 del 2021 inclusi i rinvii operati al d.lgs. n. 50 del 2016.

20. Chiarito che la stazione appaltante non ha errato nel pubblicare un bando di gara in applicazione della disciplina di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, occorre affrontare congiuntamente la seconda e la terza delle questioni sottoposte al Collegio: le modalità di applicazione delle regole sul soccorso istruttorio e la sostituibilità del progettista indicato in sede di offerta.

21.1. Il TAR ha affermato che la disciplina di cui all'art. 101 del nuovo Codice dei contratti pubblici è, in punto di esclusione dalla gara, pienamente sovrapponibile a quella dell'abrogato art. 83 comma 9 d.lgs. n. 50/16. La statuizione è corretta. Ne segue che l'applicazione delle regole contenute nel d.lgs. n. 50 del 2016 piuttosto che quelle contenute nel d.lgs. n. 36 del 2023 non incide sulla soluzione della vicenda controversa.

21.2. Va intanto ricordato che la giurisprudenza di questa Sezione è costante nell'affermare che:

a) il termine per l'integrazione della documentazione, a seguito dell'attivazione

del soccorso istruttorio, ha natura perentoria, allo scopo di assicurare un'istruttoria veloce, preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda (cfr. Cons. Stato, V, 22 agosto 2016, n. 3667; 22 ottobre 2015, n. 4849; 18 maggio 2015, n. 2504);

b) la disciplina del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 contempla la sanzione espulsiva *"quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale"* (Consiglio di Stato sez. V, 29 maggio 2019, n. 3592 che richiama Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 30 luglio 2014, n. 16);

c) appurata la violazione del termine per la necessaria integrazione documentale richiesta, va escluso che l'eventuale possesso sostanziale dei requisiti, così come l'anteriorità rispetto al termine dei relativi documenti dimostrativi possano valere a impedire l'esclusione del concorrente inadempiente;

d) nessuna motivazione qualificata o ulteriore rispetto al richiamo dell'attivazione del soccorso e della mancata tempestiva trasmissione della relativa documentazione si rende necessaria ai fini della legittimità del provvedimento espulsivo (Consiglio di Stato sez. V, 29 maggio 2019, n. 3592).

21.3. In ordine alla sostituibilità del progettista indicato in sede di offerta occorre svolgere le seguenti considerazioni. Occorre verificare se la sostituzione del professionista indicato, ammissibile in linea di principio sulla scorta della sua qualificazione come professionista esterno che collabora con l'operatore economico, determini, nel caso concreto, una modificazione sostanziale dell'offerta. Non può essere trascurato il coinvolgimento del professionista indicato sia nella redazione dell'offerta sia nell'esecuzione del contratto.

21.4. In un precedente di questa Sezione (Consiglio di Stato sez. V, 27 luglio 2021, n. 5563) si legge: *"La costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha da tempo affermato al riguardo che il progettista "indicato", benché soggetto esterno all'operatore economico e non qualificabile come concorrente, debba nondimeno soddisfare sia i requisiti generali sia quelli speciali, pena l'esclusione del concorrente che lo abbia designato (inter multis, Cons. Stato, V, 21 agosto 2020, n. 5164; 15 marzo 2016, n. 1031; 13 febbraio 2013, n. 857; VI, 18 gennaio 2012, n. 178; V, 20 ottobre 2010, n. 7581)"*.

21.5. In un altro precedente di questa Sezione (Consiglio di Stato sez. V, 11 novembre 2022, n. 9923) si legge: *"5.2.3. Tuttavia, fermo restando che è legittima un'esclusione fondata sul difetto dei requisiti generali in capo al progettista indicato e quindi anche una disposizione della lex specialis che ciò espressamente prevede, residua l'ulteriore questione della possibilità, per l'operatore economico concorrente, di sostituire il progettista "indicato" che abbia perso in corso di gara il possesso dei requisiti previsti dall'art. 80.*

Si tratta di questione che, affrontata dalla sentenza del CGAR 31 marzo 2021, n. 276, riportata dall'appellante, è stata da questa risolta distinguendo tra progettista associato e progettista indicato, ed ammettendo, non per il primo, ma per il secondo, la sostituzione. La possibilità

della sostituzione è stata fondata sull'argomentazione che "la qualificazione del progettista indicato come di un soggetto diverso dai concorrenti alla procedura determina che in caso di raggruppamento di progettisti - quantomeno nelle ipotesi in cui il soggetto da estromettere non sia stato determinante per la costituzione del raggruppamento, avendo contribuito in modo essenziale a "portare" i requisiti di qualificazione necessari alla partecipazione - il concorrente non possa essere per ciò solo escluso a seguito dell'accertata carenza di un requisito di carattere generale del progettista indicato, essendo consentita la sua estromissione, nel caso di specie dal RTP dei progettisti, e la sua sostituzione".

In effetti, una volta che l'Adunanza plenaria n. 2/2022 ha riconosciuto la modificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei per la perdita dei requisiti generali anche in fase di gara in capo al mandatario o ad uno dei mandanti, in tale ipotesi deve ritenersi la possibilità della sostituzione interna al raggruppamento temporaneo di professionisti o della sostituzione interna al raggruppamento temporaneo "eterogeneo" dei progettisti con gli operatori economici esecutori dei lavori (purché altro componente del raggruppamento sia in possesso dei necessari requisiti di qualificazione).

Se quindi è consentita la modificazione soggettiva del concorrente, quando il progettista sia in tale veste inserito in un raggruppamento temporaneo partecipante alla gara, appare contrario ai principi di ragionevolezza e proporzionalità riservare un trattamento peggiore alla fattispecie in cui l'operatore economico concorrente abbia scelto di avvalersi del progettista indicato privo della qualificazione di concorrente.

Pertanto, quanto meno quando sia stato indicato per la progettazione un raggruppamento temporaneo di soggetti abilitati a fornire servizi di architettura e ingegneria ex art. 46 del Codice dei contratti pubblici, deve ritenersi possibile l'estromissione e l'eventuale sostituzione di quello dei componenti del raggruppamento, che abbia perso i requisiti generali di partecipazione in corso di gara.

5.2.4. Confermata per tale via la soluzione della questione espressa già nel precedente di cui al CGARS n. 276/2021, meno convincente è l'affermazione incidentale contenuta nella stessa sentenza secondo cui la sostituzione del progettista indicato non potrebbe (mai) comportare "una ipotesi di modificazione dell'offerta", poiché non si tratta di un offerente, ma di un "collaboratore (o, più propriamente, un ausiliario) del concorrente".

Invero, se il ricorso al progettista esterno si giustifica, in linea di principio, a fini qualificatori, è però innegabile che lo stesso è coinvolto sia nella redazione dell'offerta che nell'esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, V, n. 5563/21 cit.).

Sebbene tale coinvolgimento non sia, in assoluto, impeditivo della sostituzione, esso impone di verificare, caso per caso, se, ammettendo la sostituzione del componente del raggruppamento di professionisti incaricato della progettazione, non si finisca per consentire una modificazione sostanziale dell'offerta.

Questa modificazione è reputata inammissibile non soltanto in ambito interno, ma anche dalla Corte di Giustizia che, in riferimento alle pur consentite modifiche soggettive dell'art. 63 dir.

2014/24/UE, mette in guardia dal rischio di tale eventualità (cfr. Corte di Giustizia, 3 giugno 2021, causa C-210/20, in cui si evidenzia che "quando si vede obbligata, in forza del suo diritto nazionale, ad imporre a un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità esso intende fare affidamento, l'amministrazione aggiudicatrice deve assicurarsi, conformemente ai principi di trasparenza e di parità di trattamento enunciati all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, che la sostituzione del soggetto interessato non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta di tale offerente").

21.6. È condivisibile il ragionamento del primo Giudice laddove conclude che (...) "la commissione, demandando al rup, prima della stipula del contratto di appalto, il controllo sui requisiti del progettista "indicato", non solo ha surrettiziamente trasformato un requisito di partecipazione in un requisito di esecuzione ma ha agito illogicamente dal momento che ha rinviato ogni decisione all'esito dei successivi controlli del rup che già all'epoca risultavano pacificamente inutili in quanto, nel corso del soccorso istruttorio, lo stesso progettista indicato dalla controinteressata, ha autodichiarato l'insussistenza del requisito di partecipazione costituito dal fatturato".

21.7. Ugualmente da condividere è quanto affermato da F.P. Appalti s.r.l. laddove afferma che "ciò che rileva è che la carenza del requisito sussistesse al momento dell'aggiudicazione definitiva, ossia quando le operazioni di gara erano già concluse. Pertanto, l'illegittimità dell'azione amministrativa risiede nella scelta della Stazione appaltante di aver ammesso la Imperial alle fasi successive della gara nonostante l'infruttuosa attivazione del soccorso istruttorio, con ciò ammettendo al prosieguo della procedura un concorrente il cui progettista era pacificamente carente di un requisito di partecipazione richiesto dalla lex specialis a pena di esclusione" (pagina 7 memoria depositata il 6 febbraio 2024).

21.8. Nelle ipotesi in cui la sostituzione del progettista "indicato" comporti, come in questo caso, la modifica sostanziale dell'offerta, tale sostituzione deve ritenersi preclusa.

22. Per tutto quanto sopra esposto, l'appello deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 134/2024.

Stante la natura e, per certi aspetti, la particolarità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti spese e onorari del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 134/2024.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2024 con l'intervento dei

magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Annamaria Fasano, Consigliere

Guida alla lettura

Con la sentenza in rassegna, la V Sezione del Consiglio di Stato ha **perimetrato l'ambito di operatività del soccorso istruttorio nei casi di sostituzione del progettista "indicato"** nelle ipotesi di mancata produzione dell'autodichiarazione concernente il possesso del fatturato globale per servizi di ingegneria e architettura.

Prima di analizzare la questione sottoposta al Collegio è opportuno evidenziare che nella fattispecie in oggetto si era posto anche un **problema concernente la disciplina da applicare, se quella contenuta nel d.lgs. n. 50/2016 o quella di cui al (successivo e attualmente vigente Codice appalti) d.lgs. n. 36/2023**. La questione si è posta poiché l'affidamento di cui trattasi rientra tra quelli finanziati dal PNRR e, come tale, assoggettato alla disciplina di cui al d.l. n. 77/2021.

La *querelle* è sorta in relazione all'interpretazione da attribuire agli artt. 225, comma 8 del d.lgs. n. 36, cit., che ha previsto l'applicazione delle disposizioni di cui al d.l. n. 77, cit. anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice appalti e all'art. 226 comma 5 del medesimo d.lgs. n. 36, cit., secondo cui le disposizioni del d.lgs. n. 50, cit. sono abrogate a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice.

Il Collegio ha chiarito sul punto che le disposizioni di cui al d.lgs. n. 50, cit., cui rinvia il d.l. n. 77, cit. continuano a trovare applicazione anche per gli affidamenti banditi dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 36, cit., poiché nel caso di specie, si tratta di rinvio fisso a una determinata disposizione e non già di rinvio a una fonte. Nel caso di **rinvio fisso**, infatti, la fattispecie resta disciplinata da quella disposizione anche in caso di sua sostituzione, trattandosi di un **rinvio statico o recettizio**. Il rinvio alla disposizione, a differenza di quello dinamico alla fonte, comporta una sorta di incorporazione della disposizione oggetto del rinvio in quella rinviante e viene qualificato statico proprio per evidenziare che le vicende della disposizione oggetto di rinvio non si riflettono sul rinvio stesso.

Una volta stabilita la disciplina applicabile alla procedura di affidamento oggetto di gravame, il Collegio ha esaminato le **modalità di applicazione delle regole del soccorso**

istruttorio e la sostituibilità del progettista indicato in sede di offerta.

In tema di **soccorso istruttorio**, pacificamente **ammesso per l'integrazione di documentazione già esistente al momento della scadenza dell'offerta**, il Collegio ha chiarito che il termine concesso per la produzione di tale documentazione è da considerare perentorio, allo scopo di assicurare una istruttoria veloce e completa. La conseguenza del mancato rispetto delle tempistiche stabilite per la produzione integrativa è rappresentata dall'esclusione dell'offerta, anche nell'ipotesi in cui vi sia il possesso sostanziale dei requisiti.

In relazione, poi, alla **sostituibilità del progettista "indicato"**, la Sezione ne ha confermato **l'ammissibilità, da valutare mediante una indagine caso per caso**. Sul punto, è opportuno osservare che secondo l'Adunanza Plenaria (n. 13/2020), **il progettista indicato va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo**. In ragione di ciò, non rientra nella figura del concorrente, né tanto meno in quella di operatore economico. Tale **qualificazione rende in astratto ammissibile la sostituzione del progettista "indicato", anche in considerazione della possibilità di modificare i raggruppamenti di imprese, come statuito dall'Adunanza Plenaria n. 2/2022**. Il Supremo Consesso amministrativo ha, infatti, riconosciuto la modificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei per la perdita dei requisiti generali anche in fase di gara in capo al mandatario o ad uno dei mandanti. Se, quindi, è consentita la modificabilità soggettiva del concorrente, a maggior ragione deve essere ammessa trattandosi di soggetto non concorrente.

Tuttavia, ad avviso del Collegio, **la sostituzione non può essere ammessa in ogni caso, solo perché si tratta di un soggetto non concorrente, ma deve essere valutata caso per caso, al fine di evitare che si produca una modifica sostanziale dell'offerta**, potendosi in caso contrario, configurare una **violazione dei principi generali di par condicio e d'imparzialità**, i quali precludono la modifica sostanziale dell'offerta.

Nel caso di specie, la sostituzione del progettista "indicato" determinava una modifica sostanziale dell'offerta, in quanto il disciplinare di gara prevedeva la possibilità di assegnare cinque punti proprio alla figura del progettista "indicato".

In definitiva, per il Collegio: *"in ordine alla sostituibilità del progettista indicato in sede di offerta occorre svolgere le seguenti considerazioni. Occorre verificare se la sostituzione del professionista indicato, ammissibile in linea di principio sulla scorta della sua qualificazione come professionista esterno che collabora con l'operatore economico, determini, nel caso concreto, una modificazione sostanziale dell'offerta. Non può essere trascurato il coinvolgimento del professionista indicato sia nella redazione dell'offerta sia nell'esecuzione del contratto"*.