

Pubblicato il 30/10/2023

N. 02442/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01375/2023 REG.RIC.



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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1375 del 2023, integrato da motivi aggiunti,
proposto da

Pappacena Salvatore S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in
relazione alla procedura CIG A0001FE5AF, rappresentata e difesa dall'avvocato
Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Salerno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dall'avvocato Marina Tosini, con domicilio digitale come da PEC da Registri
di Giustizia;

nei confronti

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Istruzione e del Merito, in
persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura
Distrettuale di Salerno, domiciliataria *ex lege* in Salerno, c.so Vittorio Emanuele, 58;

Iennaco & Co S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliana Alati, Gennaro Maione, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara, indetta dalla Provincia di Salerno, per la esecuzione della progettazione definitiva, esecutiva e la realizzazione dei lavori del nuovo edificio scolastico sede centrale del Profagri di Salerno PNRR – M2C3 – II.I CIG. A0001FE5AF prot.86474 del 14/9/2023;

b) del presupposto provvedimento del 8/9/2023 prot.84726, con il quale è stato attivato il soccorso istruttorio in relazione alla posizione della ricorrente;

c) del provvedimento del Rup del Servizio della Provincia di Salerno, con il quale è stata adottata la proposta di aggiudicazione della gara in favore della soc. Iennaco & C. s.r.l.;

e) del disciplinare di gara laddove dovesse essere inteso nel senso che, nel caso di indicazione di più operatori per le attività tecniche sia obbligatoria la costituzione di un RTP;

d) di ogni altro atto presupposto e/o connesso ancorché non conosciuto;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Pappacena Salvatore S.r.l. il 10/10/2023:

per l'annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara contenuto nel verbale di seduta di gara n. 2 del 14/9/2023;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Salerno, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'Istruzione e del Merito e di Iennaco & Co S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2023 la dott.ssa Anna Saporito e uditi per le parti i difensori Polzone Mirko (in dichiarata sostituzione di Migliarotti), Tosini Marina, Alati Giuliana (anche in dichiarata sostituzione di Maione);

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con atto notificato il 16 settembre 2023 e depositato il successivo 17 settembre la società Pappacena Salvatore ha impugnato, chiedendone l'annullamento previa sospensiva, il provvedimento della Provincia di Salerno del 14 settembre 2023 a mezzo del quale è stata esclusa dalla procedura di gara indetta per l'affidamento *“della progettazione definitiva, esecutiva e della realizzazione dei lavori del nuovo edificio scolastico sede centrale del Profagri di Salerno”*.

2. Avverso il citato provvedimento parte ricorrente ha formulato, con un unico motivo, censure di violazione di legge (art. 66 d. lgs. n. 36/2023; D.M. MIT n. 263 del 2/12/2016) e di eccesso di potere (violazione dei principi sanciti dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 13/2020, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento).

3. Con decreto n. 359 del 19 settembre 2023 è stata accolta la domanda cautelare monocratica.

4. Con nota del 20 settembre 2023 la Provincia di Salerno, a seguito della riammissione con riserva della ricorrente, ha formulato proposta di aggiudicazione in suo favore *“condizionata alla decisione del ricorso giurisdizionale n. 1375/2023 TAR Salerno”*.

5. Si sono costituite in resistenza la società Iennaco & Co. (in favore della quale era stata proposta l'aggiudicazione nella precedente seduta del 14 settembre 2023), la

Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'Istruzione e del Merito e la Provincia di Salerno.

La Provincia e Iennaco & Co. hanno contestato la fondatezza del ricorso; la Provincia ha inoltre eccepito l'inammissibilità del gravame in quanto diretto avverso la comunicazione di esclusione, priva di valore provvedimento, nonché per omessa contestazione del motivo di esclusione relativo alla mancata indicazione del giovane professionista.

6. Con atto di motivi aggiunti notificati e depositati il 10 ottobre 2023 la ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione contenuto nel verbale n. 2 del 14 settembre 2023, reiterando le medesime censure formulate nel ricorso introduttivo, integrate da una specifica doglianza (rubricata al punto I.2) specificamente riferita al motivo di esclusione incentrato sulla mancata indicazione del giovane professionista.

7. Alla camera di consiglio dell'11 ottobre 2023 la Provincia di Salerno e la società Iennaco & Co. hanno rinunciato al rispetto dei termini a difesa in relazione ai motivi aggiunti; tutte le parti presenti hanno concordemente chiesto che la controversia sia definita con sentenza in forma semplificata.

7.1. Con ordinanza n. 2307 del 16 ottobre 2023 è stato disposto il rinvio della trattazione della causa alla camera di consiglio del 25 ottobre 2023 *“considerato che, in assenza di formale atto di rinuncia ai termini da parte della difesa erariale con riguardo alla posizione delle amministrazioni statali, parti necessarie del giudizio, la domanda cautelare non può essere deliberata né, a fortiori, la causa può essere introitata per la decisione in forma semplificata”*.

7.2. Previo deposito di ulteriore memoria da parte della società Iennaco & Co., alla camera di consiglio del 25 ottobre 2023 la causa è stata introitata in decisione per la definizione con sentenza in forma semplificata.

8. Devono essere respinte le eccezioni formulate in rito dall'amministrazione resistente, superate in ragione della proposizione del (tempestivo) ricorso per motivi aggiunti.

9. Nel merito, la ricorrente lamenta il difetto dei presupposti dell'esclusione, considerato che la modalità prescelta per la partecipazione alla gara, mediante indicazione di una società di ingegneria per la redazione della progettazione e di un geologo per la relazione geologica, senza prevedere la costituzione di un RTP, risulta in linea con la disciplina contenuta nella legge di gara e con la normativa di settore; risulta del pari destituita di fondamento anche la motivazione escludente incentrata sulla mancata indicazione del giovane professionista, necessaria nei soli RTP.

9.1. Le doglianze sono fondate.

9.2. Premesso che la società Pappacena ha partecipato alla gara indicando, quale progettisti qualificati, la società di ingegneria PRO.MA. s.r.l. (incaricata di eseguire le attività rientranti nelle classi e categorie E.08, S.03, IA.02, IA.03) e il geologo dott. De Pari (incaricato di redigere la relazione geologica), l'esclusione è stata disposta in quanto, all'esito del soccorso istruttorio esperito dalla stazione appaltante, *“non è stato indicato il nominativo del giovane professionista nel rispetto di quanto stabilito al paragrafo 7.1.1 ed al paragrafo 7.2.2 della lettera di invito....non è stata prodotta la dichiarazione di impegno a costituirsi in RTP nel rispetto di quanto stabilito al paragrafo 4, primo capoverso pag. 15, della lettera di invito”*.

9.3. Come tuttavia correttamente rilevato dalla ricorrente, sulla base della formulazione della *lex specialis* non risulta configurabile alcun obbligo per i professionisti indicati di costituirsi in RTP.

La lettera di invito, al par. 4, rubricato *“soggetti ammessi in forma singola e associata e condizioni di partecipazione”*, con riferimento alle prestazioni secondarie (progettazione definitiva ed esecutiva), ha infatti previsto che l'operatore economico sprovvisto della qualificazione SOA per progettazione e per costruzione *“può ricorrere alternativamente a due soluzioni organizzative consistenti nell'associazione in RTI o nell'indicazione di progettisti qualificati”* precisando che pertanto il concorrente (ove non possa fare affidamento su un proprio staff tecnico) deve disporre di soggetti abilitati

alla progettazione mediante “*associazione in raggruppamento temporaneo in qualità di mandante*” o “*indicazione di soggetti di cui all’art. 66, co. 1, del Codice*”.

9.3. L’utilizzo del plurale (progettisti) e della disgiuntiva “o” nonché l’espressa previsione della possibilità di “*ricorrere alternativamente a due soluzioni organizzative*” depongono per la configurazione dell’indicazione di (uno o più) progettisti e dell’associazione in raggruppamento temporaneo quali modalità alternative di partecipazione alla procedura. Tale esegesi, coerente con il principio del *favor participationis*, amplia lo spettro delle possibili soluzioni organizzative percorribili da parte del concorrente privo dell’autonomo possesso dei requisiti di qualificazione per l’attività di progettazione, affiancando alla costituzione di un’associazione temporanea di tipo misto con soggetti qualificati la possibilità della semplice indicazione di progettisti.

Non conduce a conclusioni di segno differente la lettura del paragrafo 4, primo capoverso pag. 15, della lettera di invito, richiamato dalla stazione appaltante nel provvedimento di esclusione e citato nella memoria difensiva quale passaggio da cui si “*evinceschiaramente che l’indicazione di più soggetti tra quelli previsti tra quelli dell’art. 66 del Codice si intende come indicazione di un sub raggruppamento*”.

Ed infatti, nel punto richiamato la lettera di invito si limita a prevedere la necessità “*in caso di raggruppamento temporaneo*” di fornire una serie di indicazioni fra cui l’impegno ad adeguarsi alla disciplina sui raggruppamenti; tale previsione è pertanto neutra rispetto alla sussistenza di un obbligo per i progettisti indicati di raggrupparsi, limitandosi a stabilire, laddove un raggruppamento vi sia, quali siano le prescrizioni alle quali il RTP deve uniformarsi.

9.4. Così interpretata, la legge di gara si pone peraltro in linea sia con la giurisprudenza formatasi nel vigore del “vecchio” codice degli appalti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) sia con le previsioni recate dal “nuovo codice” (d.lgs. 31 marzo

2023, n. 36), sulla base delle quali professionisti non raggruppati ben possono rendersi affidatari di incarichi di progettazione.

9.4.1. Quanto al formante giurisprudenziale, premesso l'inquadramento del progettista indicato quale *“professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo...non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico”* (Adunanza Plenaria, 9 luglio 2020, n. 13) è stato chiarito che, in assenza di indicazioni di diverso tenore nella *lex specialis*, risulta legittima l'indicazione di più progettisti da parte dell'operatore economico privo di attestazione SOA di progettazione anche ove i due o più progettisti non siano raggruppati, potendo il concorrente soddisfare i requisiti di capacità previsti dal bando mediante i requisiti dei progettisti indicati, in modo cumulativo: *“l'art. 46 del D. Lgs. n. 50/2016 ammette a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria “i professionisti singoli, associati”, etc., laddove, “nel rispetto del principio di non discriminazione fra i diversi soggetti sulla base della forma giuridica assunta”, la virgola tra singoli e associati ha un chiaro valore disgiuntivo, cioè equivale a “o/ovvero”...la legge non impone affatto l'associazione tra i singoli professionisti”* (T.A.R. Liguria, sez. I, 18 maggio 2023, n. 521; nello stesso senso anche T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 7 novembre 2016, n. 2048: *“dal disposto di cui agli artt. 53, comma 3, e 90, comma 1, del d.lgs. 163/06, non discende alcun obbligo per i progettisti designati di costituirsi in raggruppamento temporaneo di professionisti”* e T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 11 luglio 2019, n. 1273: *“dal disposto di cui agli artt. 53, comma 3, e 90, comma 1, del d.lgs. 163/06, non discende alcun obbligo per i progettisti designati di costituirsi in raggruppamento temporaneo di professionisti”*).

In termini analoghi si è espressa anche l'ANAC, con delibera 27 aprile 2022, n. 210, a mente della quale *“l'art. 59, comma 1-bis del d.lgs. n. 50/2016, come già in precedenza l'art. 53, comma 3 dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006, prevede che l'operatore economico sprovvisto della qualificazione per la progettazione possa ricorrere, alternativamente, a due soluzioni organizzative, consistenti nella associazione in RTI con professionisti o nel ricorso al supporto di*

progettisti qualificati, non discendendo da tali disposizioni alcun obbligo per i progettisti designati di costituirsi in raggruppamento temporaneo di professionisti o di sottoscrivere un contratto di avvalimento per assumere la qualifica di soggetti ausiliari al fine di prestare i requisiti mancanti alla società qualificata per la sola attività di costruzione”.

9.4.2. I citati orientamenti sono stati recepiti dal nuovo codice dei contratti, che all’art. 66 elenca i soggetti ammessi a partecipare “*nel rispetto del principio di non discriminazione ... sulla base della forma giuridica assunta*” alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria, richiamando, per quanto di interesse, alla lettera a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura, tra cui i “*professionisti singoli, associati*”, alla lettera f) “*i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere*” precedenti.

La lettura prospettata dalla stazione appaltante, secondo cui, considerato che “*la lett. f) del citato articolo 66 fa espresso riferimento ai raggruppamenti temporanei costituiti da più soggetti di cui alle lettere da a) ad e)*” deve desumersi che il legislatore abbia inteso “*prevedere la costituzione di un raggruppamento temporaneo nei casi in cui, com’è nella specie, per la parte relativa alla progettazione nell’appalto integrato siano indicati più soggetti*” (cfr. memoria della Provincia, pag. 3) sconta il rilievo che la lettera a) – come già l’art. 46 d.lgs. n. 50/2016 – non contiene un riferimento al (singolo) progettista indicato ma discorre (al plurale) di progettisti indicati.

9.5. Pertanto, posto che né l’ordito normativo né la *lex specialis* imponevano ai progettisti indicati di costituire un raggruppamento, viene meno anche la ventilata necessità di indicazione del nominativo del giovane professionista, immanente ai soli raggruppamenti temporanei, come emerge dall’art. 39, parte V, allegato II.12, d. lgs. 36/2023, rubricato “*requisiti dei raggruppamenti temporanei*”, ai sensi del quale “*i raggruppamenti temporanei, inoltre, devono prevedere la presenza di almeno un giovane professionista, laureato abilitato da meno di cinque anni all’esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell’Unione europea di residenza, quale progettista*”.

Nello stesso solco si collocano i par. 7.1.1 e 7.2.2 della lettera di invito, i quali prevedono, per quanto di interesse:

- *“nella struttura operativa di operatori economici di cui all’art. 66, comma 1, del Codice, devono essere presenti, e indicati nominativamente, i seguenti soggettigiovane professionista, nell’ipotesi in cui il servizio di progettazione sia svolto da un soggetto di cui all’art. 66, co. 1, lett. f), del Codice. Ai sensi dell’articolo 4, comma 1, del DM MIT n. 263 del 02/12/2016, i raggruppamenti temporanei previsti dall’articolo 66, comma 1, lett. f), del Codice, devono prevedere, quale progettista, la presenza di almeno un giovane professionista, laureato abilitato da meno di cinque anni all’esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell’Unione Europea di residenza”* (par. 7.1.1);

- *“I raggruppamenti temporanei previsti dall’articolo 66, comma 1, lett. f), del Codice, devono prevedere, ai sensi dell’articolo 4, comma 1, del DM MIT n. 263 del 02/12/2016, quale progettista, la presenza di almeno un giovane professionista, laureato abilitato da meno di cinque anni all’esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell’Unione Europea di residenza”* (par. 7.2).

9.6. Non merita infatti condivisione la prospettazione fatta propria dalle resistenti secondo la quale, pur a voler escludere la necessità di costituzione in RTP, l’obbligo di individuazione del giovane professionista discenderebbe in ogni caso da un’interpretazione del bando di gara coerente con la previsione recata dall’art. 47, comma 4, d.l. 31 maggio 2021, n. 77.

9.6.1. Il Piano Nazionale di ripresa e resilienza prevede che nei *“bandi di gara saranno indicati, come requisiti necessari e, in aggiunta, premiali dell’offerta, criteri orientati verso gli obiettivi di parità”*.

Il citato art. 47 d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (*“Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”*), convertito con modificazioni dalla L. 29 luglio 2021, n. 108, in attuazione dei predetti principi, contiene disposizioni volte a favorire le pari

opportunità di genere e generazionali nell'ambito delle procedure di gara finanziate in tutto in parte con le risorse previste dal PNRR; a tal fine esso reca disposizioni aventi come diretto destinatario sia gli operatori economici (cfr. obblighi di consegna di cui ai commi 2, 3 e 3 *bis*) sia le stazioni appaltanti (commi 4, 5, 6, 7).

In particolare, ai sensi del comma 4 dell'art. 47 *“le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani....fermo restando quanto previsto al comma 7, è requisito necessario dell'offerta l'aver assolto, al momento della presentazione dell'offerta stessa, agli obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, e l'assunzione dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile”*.

Il comma 7 a sua volta stabilisce che *“le stazioni appaltanti possono escludere l'inserimento nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti dei requisiti di partecipazione di cui al comma 4, o stabilire una quota inferiore, dandone adeguata e specifica motivazione, qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”*.

Il successivo comma 8 affida la definizione delle modalità e dei criteri applicativi delle misure ivi previste, con l'indicazione di misure premiali e modelli di clausole da inserire nei bandi di gara, a specifiche linee guida.

Le linee guida in questione, adottate con il D.P.C.M. 7 dicembre 2021, precisano che:

a) gli obblighi di consegna a carico degli operatori economici previsti dall'art. 47, commi 2, 3 e 3 *bis*, in quanto derivanti direttamente dalla legge e puntualmente

determinati, sono destinati a trovare applicazione anche in mancanza di espressa previsione nella *lex specialis* (cfr. par. 8: “*il legislatore ha individuato alcuni requisiti necessari dell’offerta, applicabili quindi agli operatori economici partecipanti alla procedura di gara pur in mancanza di un’espressa previsione del bando*” fermo restando che “*per esigenza di certezza dei rapporti giuridici di tutela dell’affidamento degli stessi partecipanti alla procedura competitiva, è senz’altro opportuno che il contenuto di detti obblighi sia espressamente indicato nel bando di gara nel contratto*”);

b) le altre misure, invece, richiedono che le stazioni appaltanti traducano i principi enucleati dalla norma primaria in clausole da inserire all’interno dei bandi di gara “*tenendo conto delle specificità dei settori in cui agiscono le gare d’appalto delle tipologie specifiche di contratto nonché del loro oggetto (articolo 47, commi 4, 5 e 7)*” (cfr. linee guida par. 2).

La prima parte dell’art. 47, comma 4, infatti, lungi dall’individuare puntuali requisiti (necessari o premiali), affida l’obiettivo di valorizzare l’imprenditoria giovanile all’operato della stazione appaltante, chiamata ad inserire nella *lex specialis* clausole del tenore indicato. In tal senso le linee guida si premurano di precisare che “*tali misure richiedono specifiche declinazioni attuative nell’ambito dei bandi di gara, che tengano conto delle caratteristiche del progetto e delle peculiarità dei vari settori del mercato del lavoro*” (par. 4).

Laddove pertanto, come nel caso di specie, tali clausole non siano state introdotte, non può invocarsi alcuna eterointegrazione della legge di gara, che “*ha come necessario presupposto la sussistenza di una "lacuna" nella legge di gara*” (Consiglio di Stato, sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903) e risulta configurabile solo ove la stazione appaltante abbia ommesso di inserire elementi previsti come obbligatori dall’ordinamento giuridico, pena la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 21 marzo 2019, n. 3776).

Ad abundantiam si evidenzia poi che l’art. 47, comma 4, ricollega esplicitamente i requisiti necessari e premiali alla “offerta”; si è ritenuto pertanto che esso intenda “*circoscrivere il proprio ambito di applicazione, in via esclusiva, al solo operatore economico offerente,*

non ricomprendendo il professionista da quest'ultimo indicato per le fasi di progettazione, a cui non è riconducibile né l'offerta stessa né l'aggiudicazione dell'appalto” (T.A.R. Venezia, sez. I, 25 luglio 2023, n. 1115).

11. In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti sono fondati e devono essere accolti, con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione.

11.1. Le spese seguono la soccombenza nei rapporti con la Provincia di Salerno e sono liquidate come in dispositivo, sussistendo invece giusti motivi per disporre la compensazione nei rapporti con le altre parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in parte motiva. Condanna la Provincia di Salerno al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre spese generali nella misura del 15 %, I.V.A. e C.P.A. come per legge, rimborso del contributo unificato ove dovuto e versato.

Compensa le spese con le altre parti.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Anna Saporito, Referendario, Estensore

Raffaele Esposito, Referendario

L'ESTENSORE
Anna Saporito

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO