

Pubblicato il 21/08/2020

**N. 05164/2020 REG. PROV. COLL.
N. 02724/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 2724 del 2020,
proposto da

Barone Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale
come da PEC Registri di Giustizia.

contro

Comune di Taurasi e Asmel Consortile soc. cons. a r.l., non costituiti in
giudizio.

nei confronti

La Castellese costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Rossella Verderosa, con domicilio digitale
come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea
Abbamonte in Roma, via degli Avignonesi n. 5.

*per la riforma della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la
Campania - sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 00381/2020, resa tra le
parti.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di La Castellese costruzioni s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 30 luglio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18 del 2020, convertito dalla legge n. 27 del 2020, il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e udito l'avvocato Rossella Verderosa, partecipante alla discussione da remoto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale della Campania - Salerno ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla società Barone Costruzioni s.r.l. contro il Comune di Taurasi e nei confronti della Asmel Consortile s.c. a r.l., con l'intervento *ad opponendum* della società La Castellese costruzioni s.r.l., per l'annullamento del provvedimento prot. 6830 del 16 dicembre 2019 con cui il RUP aveva disposto la sua esclusione dalla gara di "*appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione lavori di bonifica ambientale e messa in sicurezza della ex discarica comunale di c.da Estrecine*" (in cui si era classificata prima in graduatoria).

1.1. La decisione ha accolto l'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dalla società La Castellese costruzioni s.r.l., seconda classificata nella graduatoria provvisoria ed intervenuta in giudizio *ad opponendum*, perché la ricorrente non aveva notificato il ricorso ad essa interveniente, quale controinteressata, in quanto individuata come aggiudicataria della gara.

1.2. Il primo giudice -pur dando atto dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui quando viene impugnato un provvedimento di esclusione in corso di gara e prima dell'aggiudicazione definitiva non vi sono controinteressati ai quali sia doveroso notificare il ricorso, non ravvisandosi delle posizioni in tal senso giuridicamente rilevanti- ha affermato che, nel caso in esame, la particolarità del procedimento che aveva condotto all'adozione

dell'atto impugnato induceva a ritenere che la società seconda graduata fosse portatrice di un interesse sostanziale alla conservazione degli effetti del provvedimento impugnato perché adottato dal RUP quando era già concluso il procedimento di valutazione delle offerte ed era stata approvata la graduatoria; essendo state poi espletate anche le attività di verifica di anomalia dell'offerta, si era pervenuti ad una fase nella quale avrebbe dovuto essere adottato il solo provvedimento di aggiudicazione.

1.3. La motivazione della sentenza richiama anche i principi di effettività della tutela giurisdizionale e di realizzazione dell'interesse pubblico, osservando che *“l'estromissione dal giudizio della controinteressata ha impedito che quest'ultima potesse proporre un ricorso incidentale deducendo ulteriori profili di illegittimità relativi alla partecipazione della ricorrente”*, tanto che i vizi relativi, prospettati dalla società La Castellese negli scritti difensivi, non potevano essere oggetto di scrutinio giurisdizionale, determinando come conseguenza che *“l'interesse dell'amministrazione di aggiudicare l'appalto alla impresa la cui offerta risulti effettivamente conforme alle norme risulta vulnerato”*.

1.4. La definizione in rito della controversia ha comportato la compensazione delle spese processuali.

2. La società Barone Costruzioni s.r.l. ha interposto appello con due motivi e riproposizione dei motivi di ricorso non esaminati in primo grado.

La società La Castellese costruzioni s.r.l. si è costituita per resistere all'appello; non si sono invece costituiti il Comune di Taurasi e l'Asmel Consortile soc. coop. a r.l.

2.1. Con ordinanza cautelare in data 15 maggio 2020 n. 2630 questa Sezione ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata e ha fissato l'udienza per la trattazione del merito.

2.2. La società appellata ha depositato memoria difensiva e richiesta di discussione da remoto ai sensi dell'art. 4 del d.l. n. 28 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 70 del 2020.

2.3. All'udienza del 30 luglio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, la causa è passata in decisione, dopo essere stata discussa dal difensore della società appellata, ed è stata deliberata in camera di consiglio ai sensi dello stesso art. 84, comma 6.

3. Col primo motivo è impugnata la decisione di accoglimento dell'eccezione di inammissibilità del ricorso, denunciando violazione e/o falsa applicazione dell'art. 41 Cod. proc. amm.

3.1. L'appellante -premessi che la stazione appaltante, con il provvedimento impugnato, si è limitata ad escludere la Barone Costruzioni, senza procedere all'aggiudicazione definitiva della gara ad altro concorrente- richiama l'orientamento giurisprudenziale, condiviso dalla dottrina, per il quale il ricorso proposto contro l'esclusione da una gara pubblica prima del provvedimento finale di aggiudicazione non comporta l'onere di notifica ai controinteressati, con l'unica deroga nel caso in cui vi sia aggiudicazione contestuale ad altro concorrente (da ultimo, Cons. Stato, 2 settembre 2019, n. 6024, nonché già id., V, n. 4044/2018, n. 1745/2018, n. 886/2014 e altre, citate in ricorso).

Vengono quindi criticate le contrarie affermazioni della sentenza appellata, osservandosi che:

- è irrilevante che, nel caso di specie, la procedura di gara fosse giunta ad uno stato avanzato, poiché la stazione appaltante non ha mai approvato gli atti di gara, né la graduatoria, ed il procedimento non è andato oltre la fase della proposta di aggiudicazione, mentre non risulta né la verifica delle dichiarazioni e dei requisiti della società La Castellese, né la verifica dei costi della manodopera ex art. 95, comma 10, del codice dei contratti;
- malgrado il primo giudice abbia affermato che era stata superata la fase di verifica di anomalia delle offerte, in realtà nessuna offerta era risultata anomala, mentre, come appena detto, avrebbe dovuto ancora essere effettuata la verifica di congruità dei costi della manodopera;

- non risponde al vero che, come affermato nella sentenza, il provvedimento di esclusione contenesse la *“chiara previsione che, a seguito dell’esclusione della prima graduata, si sarebbe proceduto alla aggiudicazione dell’appalto a favore, evidentemente, della seconda graduata”*, dal momento che nel provvedimento impugnato si afferma soltanto che *“con diverso/i provvedimento/i si procederà in merito alla proposta di aggiudicazione ed all’aggiudicazione dell’appalto”*, con mera indicazione circa il prosieguo della procedura, mancante di contenuto provvedimentale;
- è infine priva di fondamento giuridico l’affermazione della sentenza secondo cui l’estromissione dal giudizio della controinteressata le avrebbe impedito di proporre ricorso incidentale, perché l’art. 42 Cod. proc. amm. attribuisce anche agli intervenuti il potere di proporre ricorso incidentale, precisando che per questi ultimi il termine decorre dall’effettiva conoscenza della proposizione del ricorso principale.

3.2. Il motivo è fondato.

3.2.1. In diritto, va ribadito il principio giurisprudenziale secondo cui rispetto al provvedimento di esclusione di un concorrente da una procedura di gara, adottato prima che sia intervenuta l’aggiudicazione dell’appalto, non sussistono controinteressati ai quali il ricorso debba essere notificato a pena di inammissibilità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2018, n. 4044; IV, 6 agosto 2013, n. 4162), anche in ragione del fatto che l’unico interesse tutelabile degli operatori concorrenti è quello all’aggiudicazione dell’appalto sul quale l’eventuale riammissione di uno di essi non ha incidenza determinante (dove l’insussistenza di controinteressati nei casi di impugnazione di tutti gli atti endoprocedimentali precedenti l’aggiudicazione, cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2018, n. 5958, da ultimo richiamata da Cons. Stato, V, 21 febbraio 2020, n. 1319).

3.2.2. In punto di fatto, va sottolineato che -come evidenziato dall’appellante- il provvedimento di esclusione non contiene la contestuale aggiudicazione dell’appalto in favore della società La Castellese costruzioni s.r.l., ma soltanto l’indicazione circa il fatto che la procedura sarebbe proseguita *“con diverso/i*

provvedimento/i” con il/ quale/i si sarebbe proceduto “in merito alla proposta di aggiudicazione ed all’aggiudicazione dell’appalto”.

Dato ciò, alla stregua del principio giurisprudenziale sopra richiamato, ed a confutazione delle argomentazioni poste a base della dichiarazione di inammissibilità del ricorso, va affermato che:

- la controinteressata non è stata individuata nel provvedimento impugnato, ma era, tutt'al più, individuabile tenendo conto della sequenza procedimentale anticipata nel provvedimento;
- tale sequenza peraltro comportava l'eventualità del conseguimento dell'aggiudicazione da parte della società La Castellese costruzioni s.r.l.;
- di qui la mancanza di un interesse attuale in capo a quest'ultima, rispetto all'impugnazione del provvedimento di esclusione, non essendo stata ancora destinataria del provvedimento di aggiudicazione, e non potendosi attribuire alla società, solo in quanto seconda classificata, la qualifica di controinteressata ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cod. proc. amm.;
- non può rilevare, in senso contrario, che, secondo quanto esposto nelle memorie difensive dell'appellata, la stazione appaltante abbia qualificato La Castellese costruzioni s.r.l. come “controinteressata” in varie note di comunicazione inviate a mezzo p.e.c. alla società esclusa e alla società seconda classificata, nonché ai rispettivi difensori;
- l'assunzione della qualità di “controinteressata”, cioè di parte necessaria del giudizio, non può che conseguire alla titolarità di un interesse a contraddire in ambito processuale; quest'ultimo, ai sensi del citato art. 41, comma 2, Cod. proc. amm., come sopra interpretato, per essere giuridicamente rilevante deve essere concreto ed attuale, non soltanto potenziale, come nella specie;
- per la medesima ragione non rileva lo stato, più o meno avanzato, della procedura di gara nel momento in cui sia stato adottato il provvedimento di esclusione di un operatore economico, rilevando piuttosto che la gara sia pervenuta all'adozione del provvedimento di aggiudicazione da parte della stazione appaltante in favore di altro operatore economico concorrente;

- essendo mancata l'aggiudicazione, nel caso di specie, la società La Castellese costruzioni s.r.l. non aveva ancora acquisito la qualità di controinteressata alla data in cui fu proposto il ricorso della Barone Costruzioni s.r.l. e perciò non avrebbe dovuto essere destinataria della notificazione;

- quanto poi alla questione della violazione del diritto di difesa della seconda classificata e, quindi, dell'interesse pubblico all'emersione, con ricorso incidentale, di eventuali vizi concernenti l'ammissione o l'aggiudicazione disposta in favore della ricorrente, è sufficiente osservare -come evidenziato dall'appellante- che l'art. 42, comma 1, ultimo periodo, Cod. proc. amm., consente agli intervenuti di proporre ricorso incidentale nel termine di sessanta giorni decorrente *“dall'effettiva conoscenza della proposizione del ricorso principale”*;

- la società La Castellese costruzioni s.r.l., avendo conosciuto del ricorso principale, avrebbe perciò avuto la possibilità di proporre ricorso incidentale.

3.3. Il ricorso in primo grado era ammissibile, sicché, in accoglimento del primo motivo di gravame, la sentenza appellata va integralmente riformata.

4. Superata così positivamente la questione di ammissibilità del ricorso, va disattesa la richiesta subordinata dell'appellata di rimessione al giudice di primo grado ex art. 105, comma 1, Cod. proc. amm. *“per violazione del diritto di difesa per omessa pronuncia su un punto dirimente della controversia”*.

4.1. Sul punto è sufficiente fare applicazione dei seguenti principi di diritto espressi dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio, con le sentenze nn. 10, 11 e 14 del 2018, non vertendosi in alcuna delle situazioni cui è riferita la sentenza della stessa Adunanza plenaria n. 15 del 2018; e segnatamente:

1. In coerenza con il generale principio dell'effetto devolutivo/sostitutivo dell'appello, le ipotesi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado previste dall'art. 105 Cod. proc. amm. hanno carattere eccezionale e tassativo e non sono, pertanto, suscettibili di interpretazioni analogiche o estensive.

2. L'erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso di primo grado non costituisce, di per sé, un caso di annullamento con rinvio, in quanto la

chiusura in rito del processo, per quanto erronea, non determina, ove la questione pregiudiziale sia stato oggetto di dibattito processuale, la lesione del diritto di difesa, né tanto meno un caso di nullità della sentenza o di rifiuto di giurisdizione.

3. La violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, anche quando si sia tradotta nella mancanza totale di pronuncia da parte del giudice di primo grado su una delle domande del ricorrente, non costituisce un'ipotesi di annullamento con rinvio; pertanto, in applicazione del principio dell'effetto sostitutivo dell'appello, anche in questo caso, ravvisato l'errore del primo giudice, la causa deve essere decisa nel merito dal giudice di secondo grado. 4. Costituisce un'ipotesi di nullità della sentenza che giustifica l'annullamento con rinvio al giudice di primo grado il difetto assoluto di motivazione. Esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione", tale anomalia si identifica, oltre che nella mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico, nel contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, nella motivazione meramente assertiva, tautologica, apodittica oppure obiettivamente incomprensibile: quando, cioè, le anomalie argomentative sono di gravità tale da collocare la motivazione al di sotto del "minimo costituzionale" di cui all'art. 111, comma 5, Cost.

5. La disciplina dei rapporti tra giudice di primo grado e giudice d'appello ha natura indisponibile, il che implica che, fermo restando l'onere di articolare specifici motivi di appello e il generale principio di conversione della nullità in motivi di impugnazione, nei casi di cui all'art. 105 Cod. proc. amm., il giudice d'appello deve procedere all'annullamento con rinvio anche se la parte omette di farne esplicita richiesta o chiede espressamente che la causa sia direttamente decisa in secondo grado. Viceversa, nei casi in cui non si applica l'art. 105 Cod. proc. amm., la possibilità per il giudice di appello di pronunciarsi sulla domande o sulle domande non esaminate in primo grado o erroneamente dichiarate irricevibili, inammissibili o improcedibili, presuppone necessariamente che, ai sensi dell'art. 101, comma 2, tali domande siano oggetto di rituale riproposizione, operando, altrimenti, la presunzione di rinuncia stabilita dallo stesso articolo, con conseguente inammissibilità per difetto di interesse dell'appello proposto senza assolvere all'onere di riproposizione.

4.2. Contrariamente a quanto sostenuto dalla società La Castellese, la sentenza di primo grado non è affetta da nullità per mancanza di motivazione sul

merito della controversia. Piuttosto non ha affrontato le questioni di merito perché ha ritenuto di accogliere un'eccezione pregiudiziale di rito. In tale eventualità, per quanto chiaramente risulta dai su enunciati principi di diritto, l'erronea dichiarazione di inammissibilità del ricorso di primo grado non costituisce, di per sé, un caso di annullamento con rinvio, in quanto la chiusura in rito del processo, per quanto erronea, non determina, ove la questione pregiudiziale sia stato oggetto di dibattito processuale, la lesione del diritto di difesa (solo perché sulle questioni di merito, comunque dibattute in primo grado, non si attua il doppio grado di giudizio), né tanto meno un caso di nullità della sentenza o di rifiuto di giurisdizione.

5. Non sussistendo i presupposti per il rinvio al primo giudice, vanno esaminati i motivi di ricorso riproposti in appello.

5.1. Col primo (*Violazione del bando/disciplinare di gara e degli artt. 53 e 90 del vecchio codice, applicabili agli appalti integrati banditi ai sensi della disciplina transitoria del nuovo codice. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Violazione della Delibera ANAC istitutiva del sistema AVCPAss. Violazione dei principi comunitari di chiarezza e trasparenza. Violazione dell'art. 83, comma 9, del codice (omessa attivazione del soccorso istruttorio).*) si censura il provvedimento impugnato laddove ha disposto l'esclusione per la mancata indicazione del PassOE di uno dei professionisti indicati per la progettazione, osservando che:

- nell'appalto integrato i progettisti indicati non partecipano alla gara, e quindi non sono concorrenti; il disciplinare di gara richiedeva la presentazione del PassOE solo per i concorrenti (punto 14.6) e, in caso di avvalimento, per l'impresa ausiliaria (punto 14.3);
- la iscrizione nel sistema AVCPass e la indicazione del PassOE non sono richieste a pena di esclusione da alcuna norma di legge e nemmeno erano richieste dal bando, a pena di esclusione, né l'esclusione avrebbe potuto essere contemplata dalla legge di gara, in ossequio al principio di tassatività delle cause di esclusione, dato che, secondo la deliberazione ANAC n. 157 del 17

febbraio 2016 (seguita dalle deliberazioni n. 850 del 3 agosto 2016 e n. 175 del 21 febbraio 2018) e secondo la giurisprudenza (Cons. Stato, V, 4 maggio 2017, n. 2036 e id., V, 26 settembre 2017, n. 4506), detti adempimenti non sono richiesti a pena di esclusione;

- sarebbe stato attivabile il soccorso istruttorio; anzi, il RUP, con nota del 19 luglio 2019, aveva invitato i progettisti a comprovare i requisiti e la documentazione era stata trasmessa con nota del 26 luglio 2016, sicché la stazione appaltante aveva di fatto provveduto a verificare il possesso dei requisiti (senza che perciò fosse necessario il c.d. PassOE per l'accesso al sistema ACVPass).

5.2. Col secondo motivo (*Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, c. 8, del codice dei contratti. Violazione e/o falsa applicazione degli artt.53 e 90 del D. lgs. 163/2006, applicabili ex art. 216 c. 4-bis del codice dei contratti. Violazione delle norme che disciplinano l'affidamento dei servizi di ingegneria, in particolare delle Linee Guida n. 1.*) si censura il provvedimento impugnato laddove ha disposto l'esclusione argomentando che al capogruppo del raggruppamento di professionisti designati per la progettazione esecutiva era stata attribuita una quota di partecipazione al raggruppamento del 32%, mentre, secondo il bando (punto 11.13 del disciplinare), nonché ai sensi dell'art. 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici *“la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”*, osservando che:

- le norme in tema di composizione dei raggruppamenti, richiamate nel provvedimento di esclusione, sono applicabili nel caso in cui partecipi alla gara un raggruppamento temporaneo di professionisti, non nel caso in cui un concorrente designi per la progettazione un raggruppamento di professionisti (Cons. Stato, V, 27 aprile 2011, n. 2454 ed altre citate in ricorso, tra cui la sentenza dello stesso Tribunale amministrativo regionale della Campania – Salerno, sezione I, 11 luglio 2019, n. 1273);

- l'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui prevede che *“la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura*

maggioritaria” è applicabile -come da lettura sistematica della norma- alle associazioni tra operatori economici costituiti per la esecuzione di lavori, non ai raggruppamenti tra “professionisti” a cui affidare incarichi di progettazione;

- il punto 11.13 del bando di gara, richiamato nel provvedimento impugnato, non prevede che la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria ma solo che *“la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti necessari per la partecipazione alla gara in misura percentuale superiore rispetto a ciascuno dei mandanti?”*; vale a dire che è richiesto solo il possesso dei requisiti in misura maggioritaria, e nel caso di specie il “capogruppo” è in possesso dei requisiti in misura ampiamente maggioritaria, come risulta dalla documentazione trasmessa al RUP con nota del 26 luglio 2019;

- il principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione è previsto per gli appalti di lavori e non per gli appalti di servizi (Cons. Stato, V, 2 dicembre 2019, n. 8249 e, prima, Cons. Stato, Ad. plen. 28 aprile 2014, n. 27 e Cons. Stato, III, 13 settembre 2017, n. 4336).

6. I motivi sono fondati.

6.1. Va premesso ad entrambi che:

- in punto di fatto: la procedura di gara è stata avviata per l’affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell’esecuzione dei lavori, quindi per appalto integrato, ai sensi dell’art. 216, comma 4, bis del d.lgs. n. 50 del 2016 (espressamente richiamato negli atti di gara quanto alla deroga al divieto di cui all’art. 59, comma 1); il bando/disciplinare al punto 11.8 prevedeva che i concorrenti avrebbero dovuto essere qualificati anche per la progettazione o, in alternativa, si sarebbero potuti associare a progettisti ovvero indicare progettisti esterni ai sensi dell’art. 53 del d.lgs. n. 163 del 2006; la Barone Costruzioni s.r.l., non essendo in possesso dei requisiti per la progettazione, ha indicato un gruppo di professionisti in possesso dei requisiti richiesti dal bando (tra loro da costituirsi in RTP); il RUP ha chiesto a questi ultimi di documentare il possesso dei requisiti e gli stessi hanno fornito la relativa

documentazione con nota del 26 luglio 2019; non è stato fornito il c.d. PassOE (essendo poi risultata mancante per uno dei professionisti indicati, il geologo Leone, l'iscrizione al sistema ACVPass); al capogruppo del raggruppamento di professionisti è stata attribuita una quota di partecipazione del 32%, non una quota maggioritaria; per tali ultime due ragioni è stato adottato il provvedimento di esclusione;

- in diritto, è ricorrente in giurisprudenza, e va condivisa, l'affermazione per la quale nell'appalto integrato, regolato dall'art. 53 del d.lgs. n. 163 del 2006, i soggetti indicati dall'impresa concorrente quali esecutori della progettazione non assumono la veste di partecipanti alla gara, essendo concorrente unicamente l'impresa e rimanendo i progettisti meri collaboratori esterni, non in rapporti diretti con l'amministrazione (cfr. Cons. Stato, V, ord. 17 febbraio 2016, n. 636; Cons. Stato, V, 30 ottobre 2017, n. 4982); in senso contrario non risultano pertinenti i rilievi svolti dalla società appellata, poiché riferiti alla diversa ipotesi in cui l'impresa concorrente abbia fatto ricorso, ai sensi dell'art. 53, comma 3, e dell'art. 90, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, ad un'associazione temporanea di tipo misto con soggetti qualificati: in tale fattispecie, i professionisti qualificati per la progettazione sono associati all'operatore economico qualificato per i lavori in qualità di concorrenti, appunto, venendo perciò a formare un'associazione temporanea di tipo misto; nel caso di specie, come detto, la Barone Costruzioni s.r.l. ha partecipato alla gara in avvalimento con l'impresa Famiglietti Group s.r.l. (impresa ausiliaria), ma non si è associata con i progettisti, avendo indicato i progettisti, quali componenti di costituendo RTP (tra i medesimi, non in associazione con la Barone Costruzioni s.r.l.), ing. Michelangelo Loffa, in qualità di capogruppo mandatario, nonché l'arch. Carmine Cogliani, l'arch. Giacomo Ivano Rossi e il geol. Giuseppe Leone, in qualità di mandanti. Anche nelle sentenze di questo Consiglio di Stato, VI, 21 maggio 2014, n. 2622 e IV, 13 ottobre 2015, n. 4715 (su cui la società appellata fonda gran parte delle proprie difese), è affermato a chiare lettere che il professionista designato per la progettazione - o il

raggruppamento di professionisti a tal fine costituito - non assume la veste formale di 'concorrente' nell'ambito della gara di appalto.

6.2. Ciò precisato, in merito al primo motivo si rileva che:

- l'iscrizione nel sistema AVCPass e l'indicazione del c.d. PassOE non sono richieste a pena di esclusione da alcuna norma di legge, né è consentito alla stazione appaltante imporne il possesso all'operatore economico partecipante alla gara a pena di esclusione; la diversa opinione espressa da una parte della giurisprudenza di merito -richiamata dall'appellata- secondo cui la mancata iscrizione al sistema AVCPass configurerebbe la violazione di un obbligo di legge, che darebbe luogo ad un'irregolarità essenziale e insanabile, non è condivisibile tenendo conto, come affermato da questo Consiglio, "*sia della natura di tale atto, sia del principio generale di tassatività delle cause di esclusione dalle gare*", essendo il PassOE esclusivamente strumento di controllo del possesso dei requisiti auto-dichiarati dai concorrenti ed, in mancanza dell'esplicita previsione normativa della sua essenzialità, esso non si configura, sotto il profilo operativo e funzionale, come elemento essenziale incidente sulla *par condicio* dei concorrenti (così Cons. Stato, V, 4 maggio 2017, n. 2036 e id., V, 26 settembre 2017, n. 4506, cui *adde*, sia pure in diversa prospettiva, Cons. Stato, V, 16 marzo 2020, n. 1863);
- nel caso di specie, peraltro, gli adempimenti erano richiesti dal disciplinare soltanto ai concorrenti (punto 14.6) e, in caso di avvalimento, all'impresa ausiliaria (punto 14.3);
- quindi gli stessi adempimenti non avrebbero potuto essere posti a carico dei progettisti esterni, non qualificabili, come detto, come concorrenti partecipanti alla gara;
- a ciò si aggiunga che, secondo la legge di gara, nemmeno nei confronti dei concorrenti i detti adempimenti, pur richiesti, erano previsti a pena di esclusione.

6.3. In merito al secondo motivo di doglianza, si osserva che:

- le norme in tema di composizione dei raggruppamenti si applicano nel caso in cui il raggruppamento sia partecipante alla gara, mentre, come ridetto, i progettisti indicati dalla Barone Costruzioni s.r.l. non erano concorrenti, e non partecipavano alla gara in forma associata con l'operatore economico concorrente, essendo stati soltanto indicati da quest'ultimo quali soggetti esterni qualificati per la progettazione;
- di qui l'inapplicabilità dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 (richiamato dal provvedimento impugnato quanto alla previsione che "*La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*"), atteso che il riferimento fatto, nel periodo immediatamente precedente, ai "*soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lettere d), e), f) e g)*", cioè agli operatori economici partecipanti alla gara, porta ad escludere l'operatività della regola dell'esecuzione delle prestazioni in misura maggioritaria da parte del progettista esterno indicato come capogruppo del raggruppamento di professionisti, privi, per quanto sopra, della qualifica di concorrenti;
- non si ignora che l'opposta soluzione è stata seguita, con riferimento alla previsione dell'art. 275, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, dal precedente di questo Consiglio di Stato, IV, 13 ottobre 2015, n. 4715 richiamato dalla società appellata La Castellese costruzioni: al riguardo, va in primo luogo, ribadito che anche tale ultima decisione ha ritenuto evidente che nel caso in cui l'operatore economico scelga l'opzione di indicare (ma non associare) i professionisti qualificati per la progettazione, "*i progettisti indicati non costituiscono soggetto direttamente e formalmente partecipante alla gara*"; è vero peraltro che in motivazione si è affermato che poiché i progettisti "*costituiscono soggetti che realizzano una parte dell'appalto, in particolare il servizio di progettazione. ... in relazione a tale circostanza – la quale giustifica evidentemente la prescrizione contenuta nel richiamato articolo 53, comma 3, a mente della quale deve trattarsi di soggetti "qualificati" – non vi è motivo per non ritenere agli stessi applicabili le regole ordinarie di partecipazione alla procedura in relazione alla composizione soggettiva dagli stessi prescelta [...]*". Ad avviso del collegio tale conclusione però prova troppo, essendo da preferire

l'opzione interpretativa di cui a Cons. Stato, V, 27 aprile 2011, n. 2454: in particolare, è condivisibile -in ragione del richiamo normativo alla necessità della "qualificazione" dei progettisti- che si richieda il possesso in capo ai professionisti indicati, singoli o associati, dei requisiti di partecipazione di ordine generale e speciale (in tal senso si è espressa già questa Sezione con la sentenza 16 febbraio 2015, n. 775), mentre non è obbligata l'imposizione delle regole di partecipazione alla procedura in relazione alla composizione soggettiva dagli stessi prescelta. Per un verso, infatti, soltanto tale opzione interpretativa consente di distinguere il raggruppamento di professionisti "indicato" da quello invece associato come "concorrente" con l'operatore economico qualificato per l'esecuzione dei lavori; per altro verso, la regola dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, sull'attribuzione alla mandataria della quota maggioritaria di esecuzione delle prestazioni, non si giustifica rispetto ai professionisti *indicati* poiché, come detto, questi ultimi, non essendo *partecipanti* alla gara, non intrattengono rapporti diretti con la stazione appaltante, restando responsabile solidalmente in ordine all'intera prestazione l'operatore economico qualificato per i lavori, tanto è vero che si è affermato in giurisprudenza che è quest'ultimo a dover assumere l'impegno contrattuale per le prestazioni di progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione quando i servizi di ingegneria sono affidati a professionisti esterni indicati nella domanda di partecipazione (Cons. Stato, III, 11 luglio 2017, n. 3422), ed anche il ragione di tale impegno, e della correlata responsabilità, è fissato l'onere di cui alla disposizione dell'art. 83, comma 8, su citata;

- quanto poi al punto 11.13 del bando/disciplinare di gara (pure richiamato nel provvedimento di esclusione), è sufficiente osservare che questo richiede al mandatario il possesso dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara in misura percentuale superiore rispetto a ciascuno dei mandanti: orbene, anche a voler riferire tale previsione al costituendo raggruppamento dei progettisti esterni, essa non impone espressamente al loro capogruppo

l'esecuzione delle prestazioni di progettazione in misura maggioritaria, ma soltanto il possesso dei requisiti in tale misura;

- poiché il capogruppo, ing. Michelangelo Loffa, pur essendosi impegnato ad eseguire le prestazioni nella misura del 32%, risulta aver dimostrato il possesso dei requisiti in misura maggioritaria -senza che tale risultanza sia contestata dalla società appellata- il RUP non avrebbe potuto basare l'esclusione sull'art. 11.13 del disciplinare (che è stato perciò malamente interpretato, come se avesse richiesto in capo al mandatario sia il possesso dei requisiti che l'esecuzione delle prestazioni in misura maggioritaria);

- giova aggiungere che nemmeno implicitamente si può desumere dalla previsione dell'art. 11.13 del disciplinare la necessità che il capogruppo mandatario eseguisse le prestazioni in misura maggioritaria, poiché –come rilevato dall'appellante- è oramai consolidata la giurisprudenza amministrativa per la quale il principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione è previsto per gli appalti di lavori e non per gli appalti di servizi, in specie per i servizi di ingegneria e architettura (Cons. Stato, V, 2 dicembre 2019, n. 8249, anche per i richiami dei precedenti conformi).

6.4. In conclusione, vanno accolti entrambi i motivi del ricorso proposto dalla Barone Costruzioni s.r.l. contro il provvedimento di esclusione adottato dal RUP del Comune di Taurasi con nota prot. 6830 del 16 dicembre 2019.

Va precisato che non rilevano le ulteriori doglianze espresse dalla società La Castellese costruzioni s.r.l. nell'atto di diffida del 30 agosto 2019 (ma non recepite dalla stazione appaltante nel provvedimento di esclusione impugnato in primo grado) e riprodotte nelle memorie difensive in appello poiché –come detto anche nella sentenza impugnata- non scrutinabili nel presente giudizio per la mancata proposizione di ricorso incidentale.

7. La fondatezza, nel merito, del primo motivo di appello e dei motivi di ricorso riproposti ex art. 101 Cod. proc. amm. consente di prescindere dallo scrutinio della questione di rito posta col secondo motivo di appello,

concernente l'ammissibilità dell'intervento, in primo grado, della società La Castellese costruzioni s.r.l.

8. Per effetto dell'accoglimento dell'appello, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso della Barone Costruzioni s.r.l. e vanno annullati gli atti impugnati.

8.1. La peculiarità del caso di specie consente la compensazione per giusti motivi delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso proposto dalla Barone Costruzioni s.r.l. ed annulla gli atti impugnati.

Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio da remoto del giorno 30 luglio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, del d.l. n. 18 del 2020, convertito dalla legge n. 27 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

