

Publicato il 26/05/2022

N. 04226/2022REG.PROV.COLL.
N. 10246/2021 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10246 del 2021, proposto da S.M. Edilizia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Stefano Bertuzzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

la ASL Roma 1, in persona del Commissario straordinario *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Carlo Ponzano, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Guido d'Arezzo, n. 28,

per la riforma

della sentenza n. 9401 del 27 agosto 2021 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. III, che ha respinto il ricorso proposto dall'odierna appellante, S.M. Edilizia S.r.l., contro l'esclusione della stessa dalla procedura di gara negoziata per l'affidamento di lavori di restauro e risanamento conservativo del padiglione 21 del complesso di Santa Maria della Pietà, da adibire a nuova sede del numero unico emergenze (NUE), di

cui alla deliberazione n. 570 del 26 aprile 2021 del Direttore Generale nonché contro tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ASL Roma 1;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2022, il Consigliere Massimiliano Noccelli;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La A.S.L. Roma 1 (di qui in avanti, per brevità, l'A.S.L. o l'Azienda), a seguito di procedura di manifestazione di interesse alla quale rispondevano 73 operatori economici e previo sorteggio dei 20 candidati da invitare, con deliberazione n. 1029 del 20 novembre 2020, ha proceduto alla indizione della *«Procedura di gara negoziata per l'affidamento dei lavori di restauro e risanamento conservativo del padiglione 21 del complesso di Santa Maria della Pietà, da adibire a nuova sede del numero unico emergenze (NUE)»* ai sensi degli artt. 63 del del d. lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 1, comma 3, lett. *b*), della l. n. 120 del 2020.

1.1. L'odierna appellante, in data 25 novembre 2020, è stata invitata, unitamente agli altri 20 candidati sorteggiati, e, quindi, ha presentato la sua offerta nei termini di disciplinare di gara (15 gennaio 2021).

1.2. Dei 20 operatori economici invitati la sola S.M. Edilizia ha presentato l'offerta.

1.3. A tal fine, l'appellante ha prodotto, con la sua offerta tecnica quanto previsto dal § 16 del disciplinare ovvero un vero e proprio progetto esecutivo dell'opera come indicato nella *lex specialis* nonché la prescritta relazione illustrativa dell'offerta.

1.4. Stante la valutazione amministrativa di cui al verbale di gara n. 1 del 21 gennaio 2021, con determinazione n. 231 del 4 febbraio 2021, l'Azienda ha

disposto l'ammissione di S.M. Edilizia alla fase successiva di valutazione dell'offerta tecnica.

1.5. In data 9 marzo 2021, la Commissione ha proceduto alla apertura della busta tecnica, dando atto che essa conteneva tutta la documentazione prevista nella *lex specialis* di gara e, il successivo 16 marzo 2021, la medesima Commissione ha proceduto alla valutazione della offerta tecnica, ma in quella sede la Commissione ha rilevato che:

a) «all'esame degli elaborati tecnici prodotti dal concorrente in sede di offerta tecnica che gli stessi risultano privi di timbro professionale e sottoscrizione da parte di tecnico abilitato. Richiesta inoltre la visione del certificato SOA emerge che l'impresa concorrente non risulta essere abilitata alla progettazione»;

b) «tale mancanza priva l'offerta di qualsivoglia rilevanza giuridica e nella mancanza di un elemento essenziale, essa debba essere ritenuta inammissibile e quindi non potersi procedere a valutazione tecnica».

1.6. Quindi la Commissione ha omesso ogni valutazione tecnica e non ha proceduto alla apertura della busta economica, rinviando alla Amministrazione le valutazioni di competenza.

1.7. Con la nota prot 67195 del 26 aprile 2021, l'Azienda ha trasmesso la deliberazione del Direttore Generale n 570 del 26 aprile 2021 con la quale è stata disposta l'esclusione di S.M. Edilizia dalle successive fasi di gara, è stata dichiarata conclusa senza esito la procedura ed è stato approvato l'operato della Commissione di cui ai verbali n. 2, n. 3 e n. 4 sopra menzionati.

1.8. Nell'occasione, l'appellante ha appreso che la Commissione giudicatrice, in occasione del verbale n. 4 del 31 marzo 2021, aveva escluso dalla gara la medesima per le ragioni indicate nel verbale n. 3 del 16 marzo precedente.

2. L'odierna appellante ha quindi impugnato avanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma (di qui in avanti, per brevità, il Tribunale), i provvedimenti ritenuti lesivi, chiedendone l'annullamento, con il conseguenziale risarcimento del danno.

2.1. A sostegno della propria domanda ha articolato le censure che possono essere così sintetizzate:

a) il provvedimento di esclusione sarebbe illegittimo per incompetenza, in quanto adottato dalla Commissione di gara in luogo del responsabile unico del procedimento;

b) la *lex specialis* non avrebbe in alcun modo previsto che l'offerta tecnica dovesse essere firmata da un professionista abilitato;

c) la *lex specialis* di gara non avrebbe neppure richiesto, quale requisito di partecipazione, il possesso dell'attestato SOA per le categorie e classifiche indicate nel disciplinare anche per l'attività di progettazione;

d) la predisposizione di clausole poco chiare in ordine ai requisiti di partecipazione avrebbe determinato la violazione sia del principio di massima partecipazione che di quello di tassatività delle cause di esclusione

2.2. Nel primo grado del giudizio si è costituita l'A.S.L. per chiedere la reiezione del ricorso.

2.3. Il Tribunale, con sentenza n. 9401 del 27 agosto 2021 oggi gravata, ha respinto il ricorso.

2.4. Secondo il primo giudice, a parte la circostanza relativa alla mancata sottoscrizione del progetto da parte di un professionista abilitato, l'esclusione della ricorrente è comunque dipesa dalla mancanza intrinseca del requisito tecnico professionale indispensabile per la partecipazione alla gara, non essendo la S.M. Edilizia qualificata per la progettazione e non avendo associato o indicato nella domanda di partecipazione un progettista qualificato ad integrazione del requisito mancante.

2.5. Né potrebbe essere legittimamente invocato dalla S.M. Edilizia il ricorso al soccorso istruttorio.

2.6. Invero, secondo orientamento giurisprudenziale granitico, il cd. soccorso istruttorio è un istituto volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti ed efficaci e non è, quindi, applicabile quando, in sede di gara, si sia accertata la sostanziale carenza di un requisito essenziale

per la partecipazione, né consente all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte.

2.7. Orbene, nel caso di specie è ravvisabile in capo alla ricorrente la totale mancanza del requisito per la partecipazione alla gara, risultante proprio dalla documentazione prodotta dalla stessa, consistente nel certificato SOA dal quale risultava, alla data di presentazione dell'offerta, la mancanza del requisito tecnico professionale dell'abilitazione ai servizi di progettazione, indispensabile per la partecipazione alla gara finalizzata all'affidamento dell'appalto integrato.

2.8. Pertanto, la situazione concreta in cui si è venuta a trovare l'odierna appellante – priva del requisito tecnico professionale per la partecipazione alla gara – esclude che nella fattispecie potesse darsi luogo al soccorso istruttorio, non potendo il ricorrente in alcun modo integrare o modificare le risultanze del certificato di qualificazione già prodotto e comprovante la carenza del requisito tecnico professionale per la partecipazione alla gara, né modificare la domanda con l'indicazione oltre i termine di presentazione dell'offerta del nominativo di un progettista abilitato.

2.9. La *lex specialis* di gara – integrata con i chiarimenti resi dalla stazione appaltante precedentemente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, che espressamente richiamavano l'art. 59, comma 1-*bis*, del d. lgs. n. 50 del 2016 – delineava in modo trasparente l'affidamento di un appalto integrato di progettazione ed esecuzione dei lavori e la normativa sull'appalto integrato sarebbe chiara, ad avviso del Tribunale, in ordine ai requisiti che deve possedere l'operatore e alla necessità di associare o indicare un progettista in mancanza dell'attestazione SOA per la progettazione.

3. Avverso tale sentenza ha proposto appello S.M. Edilizia, lamentandone l'erroneità per sei distinti motivi che qui di seguito verranno esaminati, e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con il conseguente accoglimento del ricorso proposto in primo grado.

- 3.1. Si è costituita l'appellata A.S.L. per opporsi all'accoglimento dell'appello, di cui ha chiesto la reiezione.
- 3.2. Con l'ordinanza n. 118 del 14 gennaio 2022 è stata respinta l'istanza di sospensione proposta dall'appellante.
- 3.3. Infine, nella pubblica udienza del 12 maggio 2022, il Collegio, sulle conclusioni come rassegnate dalle parti, ha trattenuto la causa in decisione.
4. L'appello è infondato.
5. Con il primo, articolato, motivo di censura (pp. 4-10 del ricorso), anzitutto, S.M. Edilizia S.r.l. sostiene che il Tribunale sarebbe incorso in errore nell'affermare che l'A.S.L. abbia chiaramente bandito un "appalto integrato" ai sensi dell'art 59, comma 1-*bis*, del d. lgs. n. 50 del 2016, come, a suo dire, attestato chiaramente, *«non solo dal tenore della lex specialis (ed in particolare dalle norme che esplicitano l'oggetto della procedura di gara), ma anche dei chiarimenti resi in corso di gara»*.
- 5.1. Simili premesse sarebbero errate e in conseguenza di esse risulterebbero censurabili anche le conclusioni cui è giunto il Tribunale, avuto riguardo in particolare in base a quali elementi abbia potuto ritenere chiaro l'istituto che l'Azienda ha inteso applicare visto che gli atti di gara sono tutto ma certamente non chiari né conformi all'art. 59 del d. lgs. n. 50 del 2016.
- 5.2. In sintesi, S.M. Edilizia S.r.l. sostiene invece che:
- a) non era chiaro che l'A.S.L. avesse inteso pubblicare una procedura per l'affidamento di un "appalto integrato" (sulla base di un progetto definitivo), poiché ha preteso la presentazione di un "*progetto esecutivo*" in sede di gara, circostanza del tutto in contrasto con la previsione dell'art. 59, comma 1-*bis*, del d. lgs. n. 50 del 2016 che, invece, rimanda la redazione del progetto esecutivo alla fase contrattuale e ne esclude la produzione in sede di offerta;
 - b) in nessuna parte della documentazione relativa alle norme di gara era prevista la presentazione della SOA per la progettazione né era richiamata alcuna norma in relazione alla tipologia di gara per l'affidamento di "*appalti integrati*";

c) in nessuna parte della documentazione relativa alle norme di gara era prevista la modalità alternativa di soddisfare l'asserito requisito progettuale altrimenti dimostrato con la SOA per la progettazione mediante la figura del progettista "*indicato*";

d) l'A.S.L., conseguentemente, sembrava all'apparenza avere inteso avviare una "*procedura del tutto atipica*", circostanza che ha indotto il partecipante seguendo pedissequamente le (atipiche) regole di gara che non prevedevano la presentazione di alcun requisito per la progettazione, peraltro nemmeno definiti dal punto di vista minimo;

e) la pubblica amministrazione non può invocare il principio di eterointegrazione del bando con le regole proprie previste per gli "appalti integrati", atteso che tale strumento può essere correttamente invocato nell'ipotesi in cui si proceda con una "*gara tipica*" e la norma che va ad integrare la lacuna sia dettagliata ed auto applicativa, cosa che non sarebbe possibile nel caso di specie;

f) in presenza di una gara di carattere atipico è corretto procedere con l'interpretazione letterale delle norme di gara anche a garanzia dell'affidamento dei destinatari, affinché i vizi del procedimento ermeneutico non conducano a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale;

g) tale ultima conclusione risulta viepiù corretta tenuto conto del contenuto specifico di cui al § 16 del disciplinare, che estendeva il "soccorso istruttorio" anche alla offerta tecnica;

h) deve trovare applicazione quanto ritenuto da ANAC in riferimento all'art. 59, d.lgs. n. 50/2016: quando la documentazione di gara predisposta dalla S.A. «*non fornisce 10 sufficienti informazioni sull'attività di progettazione esecutiva in affidamento non indicandone il valore economico né individua i requisiti minimi di idoneità tecnica previsti per l'esecuzione della stessa a prescindere dal possesso dell'attestazione di qualificazione SOA*» (ANAC, delibera n. 1015 del 25 novembre 2020), trova

applicazione il principio secondo cui «*laddove l'amministrazione ritenga di non dover inserire una clausola di tale tenore [...], non può disporsi l'esclusione di una concorrente per la mancanza di un requisito non previsto dalla lex specialis di gara, e neppure stabilito dalla legge mediante eterointegrazione* (Cons. St., sez. III, 13 settembre 2017, n. 4336).

5.3. L'effetto della decisione qui impugnata, conclusivamente, sarebbe quello per cui, ad avviso dell'appellante, è stato pretermesso dal primo giudice anche il principio dell'affidamento e quello di tassatività delle cause di esclusione, visto che la concorrente, a fronte di regole confuse, ha rispettato pedissequamente quanto indicato nel disciplinare, condotta da ritenersi corretta, tanto da essere stata ammessa, con la determinazione n 231 del 4 febbraio 2021, alla gara.

5.4. Il motivo è privo di fondamento.

5.5. Osserva il Collegio come l'odierna appellante non potesse non essere consapevole che la gara a cui partecipava era di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione (cd. appalto integrato), ai sensi dell'articolo 59, comma 1-*bis*, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (oltre che della disciplina speciale di cui al d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120), con la conseguente applicabilità delle previsioni in tema di requisiti contenute nella predetta disposizione, oltre che – in difetto del regolamento attuativo di cui all'articolo 216, comma 27-*octies*, del medesimo d.lgs. n. 50/2016 – delle corrispondenti disposizioni del previgente d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, puntualmente richiamate dal Tribunale.

5.6. In particolare, come ha anche rilevato la sentenza qui impugnata, si deve notare che:

a) dalla lettura del disciplinare risulta chiarissimo, al di là di qualche imprecisione lessicale, che l'oggetto dell'appalto comprendeva non solo l'esecuzione di lavori, ma anche la redazione di un progetto esecutivo («*delle opere Architettoniche e degli Impianti?*»);

b) i successivi chiarimenti resi dalla stazione appaltante, lungi dal modificare la disciplina di gara, avevano semplicemente esplicitato il concetto in modo ormai inequivocabile;

c) tra le varie “*deviazioni?*” che l’appellante reputa sussistenti rispetto alla disciplina dell’appalto integrato, nessuna di esse segna un reale distacco dal modello legale tipico perché non è vero che a base di gara vi fosse già un progetto esecutivo (anziché un progetto definitivo, come dovrebbe essere a mente del citato articolo 59, comma 1-*bis*), esistendo in realtà già il progetto esecutivo delle opere strutturali dell’edificio, espressamente escluso dall’affidamento; non è vero che non fosse prevista la predisposizione del progetto esecutivo da parte dell’aggiudicatario, come dovrebbe essere fisiologico nell’appalto integrato, essendo invece chiesto ai concorrenti di produrre direttamente in una all’offerta tecnica un progetto esecutivo, in quanto ciò chiaramente non escludeva affatto che l’aggiudicatario avrebbe dovuto poi sviluppare l’idea progettuale proposta in conformità alle esigenze della stazione appaltante e affrontare la successiva fase di approvazione del progetto medesimo (verifica, validazione etc.) prima di avviare i lavori.

5.7. Il contenuto del paragrafo 3 del disciplinare di gara comprendeva espressamente l’attività di progettazione tra le attività, oggetto dell’affidamento, l’indicazione del valore del servizio di progettazione, senza dire che i chiarimenti resi dalla stazione appaltante non potevano ingenerare un qualsivoglia dubbio sulla natura dell’appalto e, quindi, sulla necessità che i concorrenti possedessero i requisiti per la progettazione in proprio o tramite un progettista associato.

5.8. Anche il capitolato speciale di appalto delineava l’affidamento come appalto integrato, richiamando espressamente l’art. 59 del d. lgs. n. 50 del 2016 e specificando come l’attività di progettazione si sarebbe svolta sulla base del progetto definitivo elaborato dalla stazione appaltante.

5.9. Ancora più evidenti, e inequivocabili, i citati chiarimenti laddove precisano, tra l’altro, che «*i soggetti in possesso della qualificazione come appaltatori*

integrati, proprio perché hanno dato la prova di possedere le richieste capacità progettuali, non devono ulteriormente indicate in sede di offerta i nominativi dei tecnici ed i loro requisiti di qualificazione, onere che invece permane unicamente in capo a quelle imprese qualificate per la sola costruzione dell'opera che partecipino ad una gara di appalto integrato».

6. Rispetto alla chiarezza e, si deve aggiungere, alla tendenziale completezza di tali previsioni, che non lasciano ragionevolmente dubitare della natura dell'appalto e della disciplina applicabile ad esso, i rilievi dell'appellante, in sintesi sopra riportati, non colgono nel segno perché, nel soffermarsi in modo minuzioso e atomistico su eventuali imprecisioni della *lex specialis*, ne sminuiscono il sostanziale valore precettivo, che nel complesso appare invece a questo Collegio, non diversamente dal primo giudice, inequivocabile.

6.1. Il progetto esecutivo da presentare in sede di gara a cura dell'offerente, sulla base del progetto definitivo redatto dall'Amministrazione e posto a base di gara, costituiva l'elaborato finalizzato alla valutazione, in sede di gara, dell'offerta tecnica presentata dai concorrenti, ma non esauriva affatto l'attività di progettazione posta a carico del futuro aggiudicatario, dovendo essere sviluppato a seguito dell'aggiudicazione e della stipula del contratto un completo progetto esecutivo, da sottoporre alla preventiva approvazione degli organi della stazione appaltante.

6.2. Il Collegio non ravvisa, quindi, nessuna reale incoerenza con la disciplina legale dell'appalto integrato, come invece sostiene l'appellante.

6.3. Erroneo è anche il rilievo afferente al fatto che il concorrente non sarebbe stato in grado di comprendere i requisiti che avrebbero dovuto possedere i progettisti eventualmente associati o incaricati dal concorrente non qualificato anche per la progettazione.

6.4. Sulla scorta della normativa applicabile, infatti, la stazione appaltante, proprio in sede di chiarimenti, ha rinviato alla disciplina dell'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010, che a sua volta, nel comma 10, richiama le disposizioni degli artt. 263 e 267 dello stesso d.P.R. n. 207 del 2010, che rispettivamente stabiliscono i requisiti che devono avere i progettisti a seconda che le spese di

progettazione siano superiori o inferiori, come nel caso di specie, ad € 100.000,00.

6.5. La gara in questione, diversamente da quanto sostiene S.M. Edilizia, non aveva dunque carattere “atipico” né nel suo significato letterale né nel suo senso sostanziale né necessitava di alcuna eterointegrazione, al di là degli usuali richiami alle norme applicabili in materia di appalto integrato, per comprendere e interpretare il senso delle sue previsioni.

6.6. Il primo motivo, dunque, deve essere respinto.

7. Con il secondo motivo di censura (pp. 10-14 del ricorso), l'appellante sostiene, ancora, che il Tribunale non avrebbe correttamente considerato che la verifica del possesso del requisito asseritamente mancante (inadeguatezza dell'attestato SOA e/o mancata segnalazione del “progettista indicato”) avrebbe dovuto essere rilevata in sede di seduta di gara del 21 gennaio 2021 e di apertura della documentazione amministrativa condotta dal r.u.p. e non nella successiva fase di valutazione delle offerte tecniche guidata dalla commissione giudicatrice.

7.1. Se la A.S.L. si fosse correttamente comportata, le mancanze contestate avrebbero potuto essere facilmente sanate con l'esercizio del “soccorso istruttorio” da attivarsi con riguardo alla documentazione e dichiarazioni strettamente amministrativa, senza che nessuno dei principi invocati dal Tribunale potessero impedire l'accoglimento della censura.

7.2. L'appellante ricorda, infatti, che, a seguito della conclusione della fase di apertura e verifica della documentazione amministrativa come da verbale di gara n. 1 del 21 gennaio 2021, è stata ammessa alla fase successiva di valutazione dell'offerta tecnica, essendo stata ritenuta in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara.

7.3. Pertanto, con la determinazione n. 231 del 4 febbraio 2021, la A.S.L. disponeva l'ammissione di S.M. Edilizia alla fase successiva di valutazione dell'offerta tecnica.

7.4. Solo il successivo 16 marzo 2021 la Commissione sollevava la questione della mancanza di firma da parte del professionista e, comunque, dell'attestato SOA.

7.5. Sarebbe indubbio che, sotto il profilo logico procedurale, la prima verifica che la ASL avrebbe dovuto fare sugli asseriti richiesti requisiti di progettazione dimostrabili tramite attestato SOA o mediante l'istituto del progettista "indicato", doveva intervenire in occasione della seduta del 21 gennaio 2021 e, comunque, prima della apertura dell'offerta tecnica.

7.6. Nella specie, la stazione appaltante non ha rilevato alcuna mancanza in capo alla appellante in quella occasione, ma resta, comunque, certo che, se la ordinaria sequenza procedimentale fosse stata rispettata e la stazione appaltante avesse rilevato la criticità nella sede di apertura della busta amministrativa e non in quella di esame della offerta tecnica, S.M. Edilizia avrebbe tranquillamente potuto beneficiare del "soccorso istruttorio" con riguardo sia alla non idoneità dell'attestato SOA sia e soprattutto alla indicazione del "progettista indicato".

7.7. Anche questo motivo è privo di fondamento.

7.8. L'assenza dell'attestato SOA, diversamente da quanto sostiene l'appellante, non era né poteva costituire una mera irregolarità formale, sanabile con il soccorso istruttorio esercitabile, "a ritroso", dal r.u.p., una volta in ipotesi, come auspica la stessa appellante, regredito il procedimento alla fase dell'esame della documentazione amministrativa, ma rappresentava e rappresenta, di fronte – si ribadisce – all'inequivoca previsione della *lex specialis*, una carenza sostanziale, il difetto, cioè, di un requisito essenziale e inemendabile *a posteriori* per la partecipazione, in nessun modo sanabile, e cioè la mancata indicazione di un progettista qualificato da parte dell'impresa – pacificamente – priva della qualificazione per l'attività di progettazione.

7.9. Ne segue il rigetto del motivo in esame, non essendo in nessun modo consentita, come ha ben ritenuto la sentenza impugnata che anche sul punto

va immune da censura, l'ammissione del soccorso istruttorio per il difetto originario di un requisito di partecipazione necessario alla gara.

8. Con il terzo motivo di censura (pp. 14- del ricorso), ancora, l'odierna appellante censura la sentenza impugnata per avere travisato il senso della censura con cui essa aveva lamentato il mancato esercizio del soccorso istruttorio, anche ai sensi dell'art. 16 del disciplinare di gara nei riguardi dell'offerta tecnica, quando l'assenza nella legge di gara dell'indicazione dei “*requisiti minimi di progettazione*” come previsto dall'art 59, comma 1-*bis*, del d. lgs. n. 50 del 2016, di fatto, impediva a S.M. Edilizia anche di utilizzare l'istituto del “progettista indicato” previsto dal citato art. 59, sicché si rendeva doveroso il “soccorso istruttorio” o mediante la evidenziata retrocessione procedimentale ovvero anche nella speciale forma espressamente contemplata al § 16 del disciplinare di gara anche con riguardo alla offerta tecnica.

8.1. A dire dell'appellante la Commissione avrebbe dovuto richiedere a S.M. Edilizia la integrazione dell'offerta/progetto mediante apposizione della ritenuta necessaria (ma non prescritta nella *lex specialis*) sottoscrizione da parte del professionista abilitato e conseguente indicazione dello stesso che aveva predisposto l'offerta tecnica, il quale peraltro, come dimostrato in atti, ebbe a concludere un contratto con S.M. Edilizia (cfr all.to 16 primo grado).

8.2. Tale, invero, era l'unica opzione legittima percorribile da parte della Commissione una volta determinatasi nel non rimettere nuovamente il procedimento avanti al r.u.p., stante la già citata disposizione del § 16 del disciplinare espressamente dedicata proprio alla documentazione tecnica che vincolava la Commissione giudicatrice.

8.3. Anche questo motivo è infondato perché, ben diversamente da quanto sostiene l'appellante, la legge di gara non lasciava il concorrente nell'incertezza circa i requisiti che esso doveva e deve possedere per partecipare alla gara per l'appalto integrato sia nella fase della progettazione che dell'esecuzione.

8.4. Le censure dell'appellante, pur suggestive, si scontrano, ancora una volta, con il dato insuperabile che quello in esame era un appalto integrato, per il quale si richiedeva al concorrente di essere qualificato direttamente per la progettazione o di associare o indicare un progettista qualificato (v. di recente, sul ruolo di questa figura, anche Cons. St., Ad. plen., 9 luglio 2020, n. 13).

8.5. Non era certo necessario a tal fine, diversamente da quanto sostiene l'appellante, che la legge di gara indicasse espressamente questa alternativa di associare o indicare il professionista, del resto ineludibile per il concorrente sprovvisto in proprio del requisito, alternativa che inerisce tanto strettamente alla struttura, e alla funzione, dell'appalto integrato da non necessitare di una espressa previsione, meramente ripetitiva di quanto già prescrive l'art. 59, comma 1-*bis*, del d. lgs. n. 50 del 2016.

8.6. Di fronte al difetto di tale requisito, palese e inemendabile di fronte al chiaro tenore della *lex specialis*, non era possibile il ricorso al soccorso istruttorio, nemmeno ai sensi dell'art. 16 del disciplinare di gara e nemmeno volendo seguire l'interpretazione più sostanzialistica favorevole all'appellante, interpretazione che verrebbe a colmare l'originario difetto del requisito, giustamente stigmatizzato dalla Commissione giudicatrice nel provvedimento espulsivo.

8.7. Il motivo, dunque, deve essere respinto.

9. Con il quarto motivo di censura (pp. 24-33 del ricorso), ancora, S.M. Edilizia lamenta che la *lex specialis* di gara non abbia previsto nessuna prescrizione che richiedesse quale requisito di partecipazione il possesso dell'attestato SOA per le categorie e classifiche indicate nel disciplinare anche per le attività di progettazione.

9.1. Né la legge di gara prevedeva che il concorrente, non in possesso di SOA per attività di progettazione, potesse partecipare indicando un progettista ovvero inserendolo in r.t.i. e, comunque, non erano indicati i requisiti progettuali che il progettista indicato avrebbe dovuto possedere.

9.2. L'assenza di espressa previsione nella *lex specialis* di tali requisiti e conseguenti cause di esclusione già di per sé comportano la violazione della legge di gara nonché del principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art 83, comma 8, ultimo periodo, del d. lgs. n. 50 del 2016 nonché il principio dell'affidamento del concorrente, tanto più che il disciplinare a chiare note prevede espressamente l'esclusione in dipendenza dei requisiti indicati nella legge di gara tra i quali non vi sono quelli posti a fondamento della esclusione (cfr § 5, § 7, § 7.3 che, nell'indicare le categorie e classifiche di qualificazione SOA OG2 Cl IV, OS4 Cl I, OS28 Cl I e OS30, non puntualizza che l'attestato SOA dovesse contemplare anche la "progettazione").

9.3. Da quanto sopra emergerebbe che il disciplinare chiedeva che i concorrenti dovessero essere muniti di attestato SOA per le categorie e classifiche indicate al § 7.3, ma non anche che detta attestazione dovesse valere "anche per attività di progettazione" e, inoltre, la legge di gara non richiedeva nemmeno l'obbligo, per il concorrente che non fosse in possesso di SOA, di "indicare un progettista" tanto che nemmeno erano indicati i relativi requisiti progettuali richiesti.

9.4. Ne consegue, quindi, che l'esclusione è stata disposta per una asserita carenza di requisito invero mai richiesto nella *lex specialis* né altrimenti integrabile ai sensi dell'art 59, comma 1-bis, del d. lgs. n. 50 del 2016 mediante l'indicazione e/o raggruppamento di un progettista ed, in ogni caso, non sanzionato con la espressa esclusione.

9.5. Anzi, l'esclusione appare vieppiù scorretta proprio alla luce delle indicazioni del § 7 del disciplinare che stabiliva l'esclusione della offerta e la inammissibilità le offerte prive della qualificazione richiesta dal disciplinare, prescrizioni di *lex specialis* che invece S.M. Edilizia avrebbe rispettato alla lettera.

9.6. Anche questo motivo è privo di fondamento.

9.7. La censura va respinta perché, con essa, l'appellante lamenta contraddittoriamente che la legge di gara non prevedesse quali erano gli

specifici requisiti che, ai sensi dell'art. 59, comma 1-*bis*, del d. lgs. n. 50 del 2016, doveva possedere il progettista indicato o associato dopo avere invece sostenuto, nei motivi sopra esaminati, che quello in esame non sia un appalto integrato, ciò che, invece, e inequivocabilmente esso è, per quanto detto.

9.8. L'appellante insiste anche in questa sede nel sostenere che la *lex specialis* non indicava in nessuna parte quali requisiti minimi per la progettazione dovessero essere dimostrati per il concorrente privo dell'attestato SOA per progettazione ed esecuzione, come la S.M. Edilizia, e che quindi l'art 59, comma 1-*bis*, del d. lgs. n. 50 del 2016, in mancanza di indicazione dei requisiti progettuali richiesti nella legge di gara, non poteva trovare, comunque, concreta applicazione quanto meno sotto il profilo dello strumento della indicazione del progettista.

9.9. E tuttavia, essendo incontestabile, e incontestato, che S.M. Edilizia non aveva i requisiti per la partecipazione, essa avrebbe potuto e dovuto, laddove si fosse voluta o, per meglio dire, dovuta avvalere della possibilità di indicare un progettista qualificato, di chiedere chiarimenti in ordine alla legge di gara, laddove questa fosse risultata effettivamente lacunosa circa requisiti minimi richiesti per lo svolgimento della progettazione da parte del professionista da indicare, anziché non indicare o non associare, inspiegabilmente, alcun progettista in ipotesi qualificato.

10. Così non è stato, tuttavia, perché l'appellante, come mostra anche lo sviluppo argomentativo della censura qui in esame, ha ritenuto in sede di gara e continua ancora a ritenere in questa sede, erroneamente, che i concorrenti dovessero essere muniti di attestato SOA per le categorie e classifiche indicate al § 7.3, ma che detta attestazione non dovesse valere “*anche per attività di progettazione*”, mentre, per le ragioni già dette, era chiaro che i requisiti di qualificazione richiesti espressamente dalla legge di gara al § 7.3 per le categorie e qualifiche ivi indicati valessero anche, e necessariamente, per la progettazione, non risultando dunque carente la previsione della *lex specialis*

sul punto, ai fini dell'applicabilità dell'art. 59, comma 1-*bis*, del d. lgs. n. 50 del 2016, Delibera ANAC n. 1015 del 25 novembre 2020.

10.1. In ogni caso, qualsiasi dubbio o ambiguità in ordine a tali requisiti minimi richiesti per lo svolgimento della progettazione da parte del professionista indicato o associato avrebbe potuto essere superato in sede di appositi chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante dall'appellante che, invece, ha ritenuto – come ritiene tuttora a ritenere, senza fondamento – che quello in esame non potesse essere un appalto integrato, omettendo di indicare o associare un qualsivoglia progettista e non richiedendo, comunque, alcuna delucidazione al riguardo alla stazione appaltante prima di formulare l'offerta.

10.2. Anche tale censura, dunque, va respinta.

11. Con il quinto motivo (pp. 33-41 del ricorso), ancora, l'appellante lamenta che il Tribunale, nel respingere il quarto motivo dell'originario ricorso, avrebbe fatto illegittimo ricorso al meccanismo dell'eterointegrazione, qui non applicabile, perché gli obblighi del concorrente di possedere in proprio la qualificazione SOA anche per la progettazione o, in alternativa, di provvedere ad indicare e/o associare un progettista e di far sottoscrivere l'offerta tecnica anche da un professionista abilitato non emergevano con chiarezza “*dai documenti di gara*” ed anzi non erano nemmeno menzionati.

11.1. L'obbligo in questione non poteva emergere nemmeno da una “normativa nazionale” che fissava in modo chiaro, dettagliato e predeterminato tale obbligo, considerato che l'art. 59, comma 1-*bis*, del d. lgs. n. 50 del 2016, nel disciplinare la partecipazione – per le imprese attestata per sola costruzione, attraverso un progettista raggruppato o indicato in grado di dimostrare il possesso dei requisiti tecnici – presuppone, a sua volta, che la S.A. abbia indicato detti requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione nei documenti di gara, sicché la disposizione nazionale da inserire nel bando non risulta essere autoapplicativa, quanto piuttosto una disciplina che, per potere operare, presuppone sempre l'esercizio della tipica

discrezionalità amministrativa e richiederebbe per forza l'ulteriore attività attuativa da parte dell'Amministrazione che, nella specie, è mancata.

11.2. La medesima *lex specialis* in nessuna parte ha nemmeno operato un richiamo seppur generico all'applicazione integrale al d. lgs. n. 50 del 2016 «*per quanto non previsto nel disciplinare stesso*».

11.3. Anche questo motivo deve essere respinto.

12. Vanno qui richiamate tutte le ragioni che il Collegio ha già espresso nella disamina del quinto motivo (v., *supra*, § 10 e § 10.1.), laddove ha rilevato che la legge di gara era ben chiara nel il possesso del requisito o in capo al concorrente o in capo al progettista indicato o associato, anche indipendentemente – va qui aggiunto – dal meccanismo dell'eterointegrazione, poiché il concorrente poteva e doveva sapere che l'indicazione del progettista qualificato era necessaria, per l'ammissione alla gara, e laddove avesse avuto dubbi sulla natura e sulla portata dei requisiti minimi richiesti dalla legge di gara per lo svolgimento della progettazione avrebbe potuto richiedere i chiarimenti alla stazione appaltante anziché omettere, invece, di indicare o associare fin dal principio un qualsivoglia progettista nella sua proposta.

12.1. Nel caso in esame, si badi, S.M. Edilizia ha ommesso fin dal principio di indicare o associare un qualsivoglia progettista e tale carenza, come detto sostanziale e inemendabile, non può essere giustificata *a posteriori* dalla contestazione circa l'impossibilità, comunque, di indicare un qualsivoglia progettista in base alla legge di gara.

12.2. Nel presente giudizio, infatti, non si controverte dell'esclusione di S.M. Edilizia per l'indicazione di un progettista non adeguato rispetto a quanto previsto dalla legge di gara, ma della carenza di un requisito essenziale per lo svolgimento della gara stante la mancata indicazione di un qualsivoglia progettista.

12.3. Se S.M. Edilizia, non avendo in proprio la qualifica per la progettazione, avesse voluto contestare l'impossibilità di partecipare alla gara mediante

l'indicazione o l'associazione di un progettista, ciò che l'art. 59, comma 1-*bis*, del d. lgs. n. 50 del 2016, gli consente di fare, avrebbe dovuto immediatamente impugnare la legge di gara, lacunosa quanto ai requisiti per la progettazione, per la sua portata escludente, mentre essa è stata esclusa per non avere un requisito che essa contesta qui radicalmente dovesse avere.

12.4. Il motivo, dunque, appare vieppiù pretestuoso e immeritevole di accoglimento perché, anche volendo prescindere dalla sua tardività rispetto alla doverosa immediata impugnativa della legge di gara per la sua portata escludente, la presunta impossibilità di indicare un progettista per la asserita insufficiente determinazione e/o specificazione della legge di gara sul punto, non avrebbe potuto giustificare in capo al concorrente l'omessa indicazione di un qualsivoglia progettista, non preceduta, peraltro, da nessuna richiesta di chiarimenti nei confronti della stazione appaltante, dato che, si badi, l'appellante assume che tale necessità non fosse richiesta dalla legge speciale per non essere, quello in esame, un appalto integrato.

12.5. La censura, conclusivamente, deve essere respinta, potendosi qui prescindere da tutte le questioni, superflue ai fini del decidere, circa la eterointegrazione della legge di gara, già sufficientemente chiara nel delineare la figura dell'appalto integrato e nel richiedere, coerentemente, l'attestazione SOA nell'indicare le categorie e classifiche di qualificazione SOA OG2 Cl IV, OS4 Cl I, OS28 Cl I e OS30 anche, per evidente necessità logica, per la progettazione, senza necessità di una esplicita previsione, al riguardo, considerata la incontestabile e inequivoca natura dell'appalto integrato.

13. Con il sesto e ultimo motivo di censura (pp. 42-46 del ricorso), infine, l'odierna appellante lamenta che il Tribunale non si è avveduto che la appellante, già con il ricorso, ha impugnato le clausole del disciplinare e il disciplinare tutto, ove potessero essere interpretati in senso ostativo all'accoglimento del ricorso, e che il ricorso andava ad impugnare anche i chiarimenti pubblicati, ove potessero essere interpretati in senso ostativo all'accoglimento del ricorso medesimo.

13.1. Su questo aspetto della impugnativa il Tribunale non si sarebbe soffermato, come non si sarebbe soffermato, a dire dell'appellante, sul fatto che le disposizioni del disciplinare sulla base delle quali di fatto si è disposta l'esclusione sono clausole nulle stante il principio della tassatività delle cause di esclusione.

13.2. Sotto il profilo della illegittimità del disciplinare, S.M. Edilizia ribadisce che l'A.S.L. ha inteso procedere con una gara del tutto fuori degli schemi di legge, scegliendo scientemente di chiedere la produzione di un progetto esecutivo in fase di gara.

13.3. Al riguardo è stato ritenuto che nell'appalto integrato il progetto esecutivo è oggetto del contratto e non ne è prevista l'acquisizione in sede di offerta e la diversa richiesta di produzione del progetto esecutivo in fase di gara (come ha fatto l'Azienda), oltreché non conforme alla norma, è limitativa della concorrenza in quanto comporta un ingente impegno finanziario per i potenziali concorrenti dovendosi dare applicazione al principio di tipicità, secondo cui *«qualunque appalto debba essere circoscritto nell'ambito della vigente normativa sui lavori pubblici onde evitare di contravvenire ai principi di trasparenza, par condicio, e massima competitività, sottesi dalla norma stessa»* (determinazione ANAC n. 231 del 4 febbraio 2021 e deliberazione n. 41 del 7 luglio 2010).

13.4. La denunciata lesione della concorrenza testimonia l'illegittimità del disciplinare che, per il tramite della prescrizione citata, ha creato un meccanismo limitativo della concorrenza che si è risolto anche in danno della appellante.

13.5. Sotto altro profilo il disciplinare nella sua applicazione avrebbe meritato di essere annullato unitamente alla disposta esclusione, tenuto conto di quell'ulteriore aspetto di illegittimità evidenziato anche dalla delibera ANAC n. 1015 del 25 novembre 2020.

13.6. In particolare, rispetto alle prescrizioni contenute all'art. 59 del d. lgs. n. 50 del 2016, quando la documentazione di gara, come nel caso di quella predisposta dall'Azienda, non fornisce sufficienti informazioni sull'attività di

progettazione esecutiva in affidamento, non indicandone il valore economico né individua i requisiti minimi di idoneità tecnica previsti per l'esecuzione della stessa, a prescindere dal possesso dell'attestazione di qualificazione SOA, si è in presenza di legge di gara illegittima.

13.7. Anche tale motivo va respinto.

13.8. Quanto alla insufficiente determinazione della legge di gara sull'attività di progettazione esecutiva, si tratta di censura che, per le ragioni già dette, l'appellante avrebbe dovuto proporre immediatamente contro la legge di gara, per la sua portata escludente ed immediatamente lesiva, mentre – lo si ribadisce – S.M. Edilizia ha ritenuto che la gara non avesse ad oggetto un appalto integrato e, sulla base di tale erroneo convincimento, ha preteso di partecipare alla gara non possedendo i requisiti per la progettazione e non indicando né associando un qualsivoglia professionista abilitato alla progettazione.

13.9. Contestare in questa sede che, comunque, sarebbe stato impossibile per S.M. Edilizia indicare o associare il progettista, oltre ad essere tardivo, è del tutto privo di fondamento perché l'appellante era ben in grado di indicare il progettista, avendo essa stessa ammesso (pp. 22-23 del ricorso), con valore confessorio, che tale integrazione del progettista *«previo chiarimento, sarebbe stata possibile mediante sottoscrizione da parte del redattore del progetto (libero professionista Arch. Giacomo Agrello), il quale aveva predisposto la progettazione esecutiva di gara e che non è stato "indicato" per il semplice fatto che la lex specialis non prevedeva affatto nessuna di dette prescrizioni»*.

14. D'altro canto, lo si ribadisce ancora una volta, se S.M. Edilizia avesse avuto un reale dubbio circa l'idoneità dell'indicando progettista rispetto a requisiti minimi, che essa assume essere – solo ora in sede contenziosa – del tutto lacunosi, avrebbe potuto e dovuto richiedere un doveroso chiarimento alla stazione appaltante anziché, inammissibilmente, omettere di indicare sin dal principio il progettista nell'offerta sul presupposto, fallace, che tale

indicazione non fosse necessaria, in base alla legge di gara, che non prevedeva espressamente tale indicazione del progettista nell'offerta.

14.1. E tale presupposto fallace è, ancora una volta, l'oggetto vero del presente contenzioso perché l'appellante assume, a torto, che la *lex specialis* fosse ambigua od erronea nel configurare la gara alla stregua di un appalto integrato, mentre, per le ragioni sopra vedute, tale assunto è del tutto privo di fondamento.

14.2. Quanto, poi, alla lesione della concorrenza qui denunciata, anche prescindendo dal rilievo, pure in questo caso, della irrimediabile tardività della censura per la natura immediatamente lesiva, in quanto escludente, della previsione di gara qui contestata, si deve rilevare che si tratta di censura del tutto infondata, anche nel merito, perché, come si è detto, il progetto esecutivo da presentare in sede di gara a cura dell'offerente, sulla base del progetto definitivo redatto dall'Amministrazione e posto a base di gara, costituiva l'elaborato finalizzato alla valutazione, in sede di gara, dell'offerta tecnica presentata dai concorrenti, ma non esauriva né sostituiva o anticipava affatto, e indebitamente, l'attività di progettazione posta a carico del futuro aggiudicatario, dovendo essere sviluppato a seguito dell'aggiudicazione e della stipula del contratto un completo progetto esecutivo, da sottoporre alla preventiva approvazione degli organi della stazione appaltante.

14.3. E tanto, si deve qui aggiungere, in coerenza con la natura stessa dell'appalto integrato che, come noto, ha un oggetto negoziale unico, consistente tanto nella progettazione quanto nella esecuzione dei lavori (v., sul punto, C.G.A.R.S., sez. giurisd., 31 marzo 2021, n. 276).

14.4. Anche questo motivo, dunque, deve essere respinto.

15. In conclusione, anche per tutte le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto, con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

16. Va conseguentemente respinta anche la domanda risarcitoria formulata dall'appellante (pp. 44-25 del ricorso) per essere la sua esclusione pienamente legittima.

17. Le spese del presente grado del giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza di S.M. Edilizia nei confronti dell'A.S.L.

17.1. Rimane definitivamente a carico dell'appellante, per la soccombenza, il contributo unificato richiesto per la proposizione del gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da S.M. Edilizia s.r.l., lo respinge e per l'effetto conferma, anche ai sensi di cui in parte motiva, la sentenza impugnata.

Condanna S.M. Edilizia S.r.l. a rifondere in favore dell'A.S.L. Roma 1 le spese del presente grado del giudizio, che liquida nell'importo di € 5.000,00, oltre accessori come per legge.

Pone definitivamente a carico di S.M. Edilizia S.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2022, con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimiliano Noccelli

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO

