

Publicato il 05/09/2022

N. 07728/2022REG.PROV.COLL.
N. 09289/2021 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9289 del 2021,
proposto da

Conteco Check s.r.l. - società unipersonale, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio
Finocchiaro, Stefania Pedace ed Alessandro Sesana, con domicilio digitale
come da PEC Registri di giustizia;

contro

Cap Holding s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Nico Moravia, con domicilio eletto presso
il suo studio in Roma, via Bocca di Leone, 78;

nei confronti

Rina Check s.r.l., Progetto Costruzione Qualità - PCQ s.r.l. e Normatempo
Italia s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non
costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 1927/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cap Holding s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2022 il Cons. Valerio Perotti e data la presenza degli avvocati Antonio Finocchiaro e Nico Moravia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In data 19 marzo 2018 la società Conteco Check s.r.l., incaricata da Cap Holding s.p.a. di validare il progetto esecutivo predisposto da un raggruppamento temporaneo di imprese per la realizzazione della sede centrale del Gruppo Cap a Milano, in via Rimini n. 32/38, consegnava alla committente il relativo rapporto conclusivo.

Successivamente quest'ultima rilevava però una serie di criticità in ordine a diverse tematiche progettuali, che la spingevano a convocare, ad un anno circa di distanza, una riunione chiarificatrice alla quale venivano invitati sia i progettisti del RTI aggiudicatario dell'esecuzione dell'opera, sia i verificatori di Conteco Check, onde ottenere i necessari chiarimenti sulle problematiche via via manifestatesi.

Alcuni mesi dopo, con nota del 19 luglio 2019, sempre Cap Holding s.p.a. comunicava ai progettisti di aver riscontrato ulteriori carenze ed errori nel progetto esecutivo a suo tempo validato da Conteco Check, al punto da indurla a disporre una correzione parziale; in questa circostanza la stazione appaltante contestava al RTI che aveva predisposto la progettazione un vero e proprio inadempimento nell'esecuzione dell'appalto, sia in ragione degli errori a più riprese emersi, sia per il mancato rispetto dei tempi di esecuzione dell'incarico affidato; la medesima nota veniva anche trasmessa a Conteco Check s.r.l., facendo espressa riserva di una successiva azione di responsabilità

professionale nei suoi confronti, in virtù della mancata rilevazione, in sede di validazione, dei molteplici errori di cui in precedenza.

Successivamente a tali vicende, Cap Holding indiceva una gara relativa allo svolgimento di lavori per l'adeguamento dei depuratori di Peschiera Borromeo, San Colombano al Lambro e Parabiago, preliminarmente bandendo una gara per l'affidamento dell'attività di verifica dei progetti relativi a tali interventi; quest'ultima gara veniva indetta con bando pubblicato in data 17 maggio 2019 e prevedeva l'affidamento di tre lotti, uno per ciascuno dei distinti progetti.

La società Conteco Check partecipava alla gara, presentando un'offerta per ciascuno dei tre lotti.

All'esito della procedura, l'odierna appellante risultava prima in graduatoria nel lotto 3 (relativo alla verifica del progetto sul depuratore di San Colombano al Lambro), dove aveva presentato un'offerta di euro 60.300,50 con un ribasso percentuale del 49,989 %.

Prima dell'adozione del provvedimento formale di aggiudicazione, Cap Holding concludeva però una parallela istruttoria sull'esecuzione della precedente verifica condotta – come si è già detto – da Conteco Check sul progetto della nuova sede della stazione appaltante, da cui emergeva la responsabilità di quest'ultima nella mancata rilevazione degli errori progettuali e nelle omesse analisi necessarie ad una corretta verifica.

In conseguenza di ciò, con determinazione comunicata il 19 settembre 2019, Cap Holding s.p.a. escludeva Conteco Check s.r.l. – ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016 – dalla procedura di gara relativa al predetto lotto 3, sul presupposto che l'inadempimento nell'esecuzione del precedente contratto rappresentasse un grave illecito professionale incompatibile con l'affidamento al medesimo operatore economico di un nuovo ed ulteriore incarico di verifica.

Per effetto dell'esclusione, la stazione appaltante procedeva allo scorrimento della graduatoria ed aggiudicava la gara alla seconda graduata, Normatempo

Italia s.r.l.

Parallelamente a tali fatti, Cap Holding s.p.a. programmava anche la realizzazione di un polo tecnologico presso il Comune di Sesto San Giovanni e di una biopiattaforma integrata, a tal fine avviando – tramite piattaforma Sintel – una seconda procedura di gara l'affidamento dell'attività di verifica sul progetto relativo a tali interventi.

Conteco Check presentava domanda di partecipazione anche in questa procedura, nel periodo in cui la stazione appaltante stava concludendo le verifiche relative al grave illecito professionale di cui si è detto: all'esito della relativa valutazione Cap Holding escludeva quindi l'odierna appellante anche da questa seconda procedura, sulla base di un provvedimento che riportava identica motivazione di quello precedente.

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Lombardia, contraddistinto al n.r.g. 2265 del 2019, Conteco Check s.r.l. chiedeva l'annullamento della propria esclusione e dell'aggiudicazione in favore di Normatempo Italia s.r.l., oltre alla condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'aggiudicazione del lotto 3 della gara ed il conseguente subentro nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria, previa declaratoria di inefficacia dello stesso.

Con un primo motivo di gravame la ricorrente censurava la qualificazione normativa dell'illecito professionale così come operata dalla stazione appaltante; quindi, con un secondo motivo

proposto peraltro in via subordinata, eccepiva l'insussistenza dei presupposti per la contestazione del grave illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Con un terzo motivo di ricorso, proposto in via ulteriormente subordinata, deduceva infine che non fosse configurabile, sotto il profilo tecnico, l'inadempimento contestato nella validazione del progetto esecutivo.

Con provvedimento del 13 novembre 2019, Cap Holding s.p.a. annullava d'ufficio il precedente atto espulsivo del 19 settembre 2019, contestualmente

comunicando a Conteco Check l'avvio del procedimento per l'esclusione dalla procedura ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. n. 50 del 2016; quindi, con provvedimento del 15 gennaio 2020, Cap Holding s.p.a., all'esito del contraddittorio procedimentale, disponeva l'esclusione della predetta società.

Con motivi aggiunti depositati il 21 febbraio 2020, Conteco Check s.r.l. chiedeva l'annullamento del nuovo provvedimento di esclusione, riproponendo nella sostanza le medesime censure già dedotte nel ricorso introduttivo.

Con un separato ricorso, contraddistinto al n.r.g. 2340 del 2019 ed affidato a tre motivi di impugnazione, sempre Conteco Check chiedeva poi l'annullamento del secondo provvedimento di esclusione, relativo alla procedura per l'affidamento dei servizi di verifica e di validazione del progetto esecutivo per la realizzazione del polo tecnologico di Sesto San Giovanni e della biopiattaforma integrata Cap, nonché la condanna al risarcimento del danno subito in seguito alla predetta esclusione.

A seguito dell'ordinanza cautelare n. 1514 dell'8 novembre 2019, pronunciata nel giudizio contraddistinto dal n.r.g. 2265 del 2019, con provvedimento del 14 novembre 2019 Cap Holding s.p.a. annullava d'ufficio anche il provvedimento di esclusione del 26 settembre 2019, contestualmente comunicando alla ricorrente l'avvio del procedimento per l'esclusione dalla procedura ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Con provvedimento del 15 gennaio 2020 Cap Holding s.p.a., all'esito del contraddittorio attivato con la ricorrente, ne disponeva infine l'estromissione.

Con motivi aggiunti notificati il 14 febbraio 2020, Conteco Check impugnava il nuovo provvedimento espulsivo, anche in tal caso riproponendo in pratica le censure contenute nel ricorso introduttivo.

Con provvedimento comunicato in data 31 marzo 2020, Cap Holding s.p.a. aggiudicava infine la gara al RTI facente capo alla Progetto Costruzione Qualità - PCQ s.r.l.

Con ulteriori motivi aggiunti notificati e depositati il 17 aprile 2020, la ricorrente chiedeva a tal punto l'annullamento in via derivata dell'aggiudicazione.

Con sentenza 12 agosto 2021, n. 1927, il giudice adito, previa riunione dei ricorsi, li dichiarava entrambi improcedibili, avendo la stazione appaltante, nelle more del giudizio, annullato d'ufficio i provvedimenti di esclusione *ab origine* impugnati; respingeva inoltre i motivi aggiunti successivamente proposti, giudicandoli infondati.

Avverso tale decisione Conteco Check s.r.l. interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

I) *error in iudicando in relazione in relazione alla presunta corretta riconducibilità del motivo di esclusione alla fattispecie di cui all'art. 80, c. 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, piuttosto che alla fattispecie di cui alla lett.c ter; error in iudicando per travisamento dei fatti e dei presupposti, illogicità; error in iudicando per difetto di motivazione; vizio di omessa pronuncia;*

II) *error in iudicando, anche in relazione alla violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato; error in iudicando per travisamento dei fatti e dei presupposti, illogicità; error in iudicando per difetto di motivazione illogicità, travisamento dei presupposti vizio di omessa pronuncia;*

II.2) *error in iudicando in relazione alla violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, per travisamento dei fatti e dei presupposti, illogicità; omessa pronuncia;*

III) *error in iudicando in relazione alla violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, per travisamento dei fatti e dei presupposti, illogicità; error in iudicando per difetto, illogicità e contraddittorietà della motivazione; omessa pronuncia.*

Si costituiva in giudizio Cap Holding s.p.a., concludendo per l'infondatezza del gravame, del quale chiedeva la reiezione.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 12 maggio 2022 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello viene contestata la decisione del primo giudice di ricondurre i fatti contestati nell'ambito della lettera c) anziché in quello della lettera c)-*ter* dell'art. 80, comma 5 del d.lgs n. 50 del 2016 (così come modificata dall'art. 5, comma primo, d.l. n. 135 del 2018, convertito dalla l. n. 12 del 2019), dovendosi autonomamente individuare *sub* lett. c) la sola ipotesi della “*commissione*” di grave illecito professionale, tale da rendere dubbia l'integrità e/o affidabilità dell'operatore, fattispecie pertanto distinta da quella di cui alla lettera c)-*ter*) dell'imputabilità di significative o persistenti carenze nell'esecuzione.

In particolare, deduce l'appellante, l'ipotesi *sub* lett. c) avrebbe un'applicazione del tutto residuale, in quanto contemplata da una norma posta a “chiusura” della fattispecie generale di esclusione di cui al comma 5, ed in quanto tale potrebbe trovare applicazione solamente nel caso in cui i fatti o le circostanze contestati non siano riconducibili alle diverse ipotesi tipiche esplicitamente disciplinate alle lettere da a) ad m).

Secondo l'appellante, i fatti contestati avrebbero dovuto essere più correttamente ricondotti alla previsione di cui alla lett. c)-*ter*) del comma 6, conseguentemente venendo a cadere i presupposti per l'applicabilità – già solo in astratto – della fattispecie, configurata dal legislatore in termini di mera residualità, di cui alla lettera c); nel caso di specie, peraltro, non sarebbero neppure configurabili, in concreto, i presupposti della fattispecie di cui alla lettera c)-*ter*), atteso che:

- i) nella specie non sarebbe intervenuta né la risoluzione del precedente contratto (appalto CIG 7154689C21), né alcuna condanna al risarcimento o altra sanzione (comparabile o meno) in relazione ai fatti contestati;
- ii) non sarebbe neppure iniziata alcuna azione risarcitoria nella (naturale) sede civile per l'eventuale risarcimento del danno asseritamente patito nei confronti dell'odierna appellante, essendosi limitata la stazione appaltante ad agire nei confronti del progettista;

iii) addirittura sarebbe stato rilasciato da Cap Holding s.p.a., in relazione al precedente contratto, il certificato di regolare esecuzione, con conseguente integrale liberazione della cauzione fideiussoria fornita a garanzia del corretto adempimento.

Il motivo non può essere accolto.

In base a quanto previsto dall'art. 80, comma 5 lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, l'operatore economico è escluso dalla gara ove *“la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*; la previsione di cui alla successiva lettera c-ter), invece, legittima l'esclusione nel caso in cui *“l'operatore abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”*.

Si tratta, all'evidenza, di due fattispecie diverse. L'esame comparatistico delle due disposizioni porta, in particolare, ad applicare l'ipotesi di cui alla lettera c-ter) ogniqualvolta l'inadempimento del concorrente abbia portato alla formale risoluzione anticipata del contratto per inadempimento, ovvero ad una condanna per risarcimento del danno; trova invece applicazione quella (residuale) di cui alla lettera c) nel caso in cui la stazione appaltante possa dimostrare – pure in assenza dei presupposti di cui alla lettera precedente – che il concorrente sia colpevole di gravi illeciti professionali – a prescindere dal fatto che gli stessi abbiano determinato o meno una risoluzione del rapporto con l'amministrazione – tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

Nel caso di specie i fatti oggetto di contestazione non erano riconducibili alla previsione di cui alla lettera c-ter), in quanto (come riconosciuto dalla stessa parte appellante) non vi era stata alcuna pronunzia giudiziale di condanna al risarcimento del danno, né avrebbero potuto configurarsi i presupposti di una

risoluzione contrattuale, essendo gli inadempimenti contestati a Conteco Check emersi solo dopo la conclusione della verifica (ossia a contratto ormai esaurito quanto ad effetti).

Per contro, è del tutto evidente che i fatti contestati all'operatore economico ben potevano integrare, per come configurati dall'amministrazione, un grave illecito contrattuale da inadempimento, suscettibile di ricadere nell'ampia formula della lettera c) del quinto comma dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016.

Quest'ultima disposizione, del resto, trova diretta corrispondenza nell'art. 57, comma 4, lett. c) della direttiva 2014/24, che consente alle stazioni appaltanti di escludere i partecipanti che abbiano commesso "*gravi illeciti professionali*", riconoscendo così un ampio potere valutativo alle amministrazioni aggiudicatrici; la stessa si pone inoltre in continuità con l'art. 38, comma 1 lett. f), del precedente d.lgs. n. 163 del 2006, il quale prevedeva la non ammissione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, ovvero inibiva l'affidamento di subappalti o ancora la stipulazione dei relativi contratti per coloro che "*secondo motivata valutazione della stazione appaltante [...] hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo da parte della stazione appaltante*", fermo restando che anche in tal caso la norma costituiva attuazione della disciplina eurounitaria, in quanto l'art. 45, comma 2 lettera d), della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, pur rimettendo agli Stati membri la definizione delle condizioni di applicazione, consentiva in ogni caso l'esclusione dalla partecipazione all'appalto di "*[...] ogni operatore economico [...] che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice*".

La Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza n. 470 del 18 dicembre 2014) ha a sua volta chiarito che la nozione di "*errore nell'esercizio dell'attività professionale*" attiene a "*[...] qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore e non soltanto le violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operato*".

In questi termini, la giurisprudenza ha individuato la *ratio* della previsione (di chiusura) di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) cit. “*nell'esigenza di assicurare l'affidabilità di chi si propone quale contraente, requisito che si ritiene effettivamente garantito solo se si allarga il panorama delle informazioni, comprendendo anche le evenienze patologiche contestate da altri committenti [...]*” (Cons. Stato, V, 11 aprile 2016, n. 1412): la disposizione in esame è dunque concepita per consentire alla stazione appaltante un'adeguata e ponderata valutazione sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico, sicché sono posti a carico di quest'ultimo i c.d. obblighi informativi: il concorrente deve pertanto fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, “*gli è stata contestata una condotta contraria a norma*” o si è comunque verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti (*ex multis*, Cons. Stato, V, 12 aprile 2019, n. 2407; V, 4 febbraio 2019, n. 827; V, 16 novembre 2018, n. 6461; V, 5 luglio 2017, n. 3288);

Alla luce dei rilievi che precedono deve dunque confermarsi l'orientamento consolidato – dal quale non vi è evidente ragione di discostarsi, nel caso di specie – secondo cui la nozione di “*grave illecito professionale*” ex art. 80, comma 5 lett. c), cit. – ferma la necessaria valutazione discrezionale della stazione appaltante – ricomprende ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa (*ex plurimis* Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 591).

Tali conclusioni sono coerenti con l'interpretazione pregiudiziale data dal giudice eurounitario (Corte giust. UE, IV, 19 giugno 2019, C-41/18, Meca s.r.l.), in base alla quale la valutazione sulla sussistenza di gravi illeciti professionali spetta in via esclusiva alla stazione appaltante, costituendo una scelta ampiamente discrezionale; da ciò consegue che il sindacato del giudice amministrativo sulle relative motivazioni non può che limitarsi al riscontro “esterno” della non manifesta abnormità, contraddittorietà o contrarietà a

norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto, ipotesi non ravvisabili nel caso in esame.

Con il secondo motivo di appello viene invece denunciata la presunta omessa pronuncia, ad opera del primo giudice, sul secondo motivo aggiunto di ricorso, con il quale si era contestato che il provvedimento di esclusione – così come tutti gli altri atti impugnati – fosse illegittimo per violazione della lettera c) dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, non sussistendo i presupposti per potersi dire che Conteco Check s.r.l. si fosse resa colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

Nella specie sarebbe mancato il previo accertamento – con provvedimento esecutivo – dell'illecito professionale: prima dell'esclusione impugnata innanzi al TAR, infatti, non era stato introdotto alcun procedimento giurisdizionale volto a verificare la sussistenza di detto illecito, così come non era stato adottato alcun provvedimento esecutivo, a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito, né di conseguenza alcuna iscrizione nel casellario informatico dell'ANAC.

Si sarebbe trattato, in definitiva, di un'ipotesi – illegittima – di “esclusione a sorpresa”.

Neppure questo motivo può trovare accoglimento.

Anche a prescindere dall'estrema genericità dell'espressione “*provvedimento esecutivo*” utilizzata dall'appellante, che non consente di comprendere a cosa esattamente ci si riferisca (con conseguenti dubbi anche in ordine all'ammissibilità del motivo di gravame), è dirimente rilevare come nessuna previsione normativa consenta, allo stato, di circoscrivere l'operatività dell'art. 80, comma 5 lett. c) cit. nei termini ivi teorizzati.

La disposizione *de qua*, infatti, si limita a chiedere che la stazione appaltante dimostri “*con mezzi adeguati*” i gravi illeciti professionali imputati all'operatore economico: la formula utilizzata dal legislatore, infatti, volutamente lascia – in ragione dell'impossibilità di tipizzare a priori le ipotesi riconducibili a detta fattispecie – la stazione appaltante libera di fornire con ogni mezzo idoneo la

prova che l'operatore si sia effettivamente reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

Con il terzo motivo di appello (rubricato *sub* II.2) Conteco Check deduce che anche le seconde esclusioni, adottate in seguito all'annullamento in autotutela delle prime, fossero affette dal vizio di violazione della garanzia del contraddittorio, riportando nuove contestazioni mai eccepite in precedenza (accumulo neve, ricalcoli, impianto EVAC, mancata segnalazione di errore progettuale e necessità o meno di analizzare i materiali di riporto presenti nel terreno attraverso i c.d. test di cessione).

Il motivo non è fondato.

Dal confronto tra l'atto di avvio del procedimento volto all'eventuale esclusione dalla gara ed il provvedimento conclusivo dello stesso non emergono infatti, con palese evidenza, i vizi denunciati dall'appellante. In particolare, con il primo atto venivano contestati a Conteco Check cinque "macro temi", e precisamente:

- 1) *"Conteco Check ha condotto in modo negligente la verifica sulla parte strutturale del progetto esecutivo, perché ha espresso una valutazione positiva su questa parte del progetto senza avere richiesto al RTP Lucchin informazioni e dati necessari a comprendere, ricostruire e quindi verificare le scelte progettuali assunte dal RTP Lucchin nella redazione del progetto strutturale dell'edificio";*
- 2) *"Conteco Check ha condotto in modo negligente la verifica sempre sulla parte strutturale del progetto esecutivo perché, con riferimento alla definizione del modello di calcolo, non si riesce idoneamente a ricostruire il modo in cui sono stati analizzati i risultati del modello FEA e le azioni utilizzate per il dimensionamento dei piani, nonché il modo in cui è svolta l'analisi modale";*
- 3) *"Conteco Check ha condotto in modo negligente la verifica sulla parte impiantistica del progetto esecutivo redatto dal RTP Lucchin in relazione ad almeno due aspetti: a) in primo luogo, infatti, essa ha ommesso di rilevare la mancanza dell'impianto EVAC che, invece, era obbligatorio; b) in secondo luogo, inoltre, essa ha ommesso di rilevare la mancanza*

dell'accessibilità per la manutenzione dei rilevatori incendi e della loro compatibilità costruttiva con il controsoffitto previsto”;

4) *“Conteco Check ha condotto in modo negligente la verifica sul progetto del RTP Lucchin, perché non ha correttamente messo in evidenza la corrispondenza tra i contenuti progettuali e le voci di costo indicate nel computo metrico estimativo: (a) le attività di strip out; (b) camice nella realizzazione dei micro pali; (c) realizzazione di una rete metallica spritz beton; (d) sistema di montaggio delle lastre che rivestono la facciata”;*

5) *“Conteco Check ha condotto in modo negligente la verifica sul progetto esecutivo del RTP Lucchin perché non ha ommesso di segnalare la corretta qualificazione dell'area ai fini dell'applicazione e ha in particolare ommesso di valutare che: (a) il progetto del RTP Lucchin prevedeva la realizzazione di un asilo nido aziendale; (b) Lucchin considera il terreno costituito da materiale di riporto al mero di fine di un eventuale smaltimento come rifiuto, mentre, così come poi ex post rispetto alla relazione di verifica è stato evidenziato nel provvedimento del 6 settembre 2018 del Comune di Milano, in presenza di questa tipologia di terreno è necessaria l'analisi del materiale di riporto con verifica della CSC”.*

All'esito delle controdeduzioni di Conteco Check, la stazione appaltante adottava il provvedimento conclusivo del procedimento, con il quale replicava puntualmente alle osservazioni dell'operatore economico, fermo restando che il provvedimento di esclusione veniva fondato sui medesimi cinque temi di cui alle contestazioni indicate nella comunicazione di avvio del procedimento.

Le generiche contestazioni mosse dall'appellante non si prestano pertanto a superare quanto rilevato, ad un complessivo esame delle risultanze di causa, dal primo giudice in ordine al fatto che *“tutti i temi sviluppati nei provvedimenti di esclusione sono ricompresi nel perimetro tracciato dalle comunicazioni di avvio del procedimento e sono stati ampiamente trattati nelle osservazioni difensive presentate dalla Conteco Check s.r.l., per cui la stazione appaltante non ha effettuato contestazioni nuove, sulle quali non si è formato il contraddittorio procedimentale”.*

Infine, con il quarto motivo di appello (rubricato quale III motivo, con riferimento al terzo motivo di ricorso) si contesta al primo giudice di non aver adeguatamente valutato le difese tecniche esposte dalla ricorrente per

dimostrare di avere a suo tempo regolarmente adempimento alle proprie obbligazioni contrattuali, così da elidere i presupposti del grave illecito professionale contestatole dalla stazione appaltante.

In primo luogo parte appellante deduce, in ordine ai fatti ai quali la stazione appaltante riconnette l'illecito *de quo*, che le modifiche successivamente apportate al progetto esecutivo inizialmente validato da Conteco Check – sulla base del quale sarebbero tuttora in corso i lavori di completamento delle opere – non avrebbero in realtà modificato gli elementi progettuali oggetto delle contestazioni per cui è lite.

Il progetto modificato avrebbe infatti mantenuto la struttura e la geometria generale del progetto originario verificato da Conteco, limitandosi a ridurre alcuni elementi strutturali sia nella loro geometria (dimensioni, spessori, etc.), sia con una diminuzione significativa o addirittura completa (nelle pareti) delle armature metalliche di rinforzo, in una evidente prospettiva di riduzione dei materiali e di ottimizzazione costruttiva ed economica.

Ritiene pertanto l'appellante che le modifiche apportate non confermino in alcun modo i presunti errori del progetto originario, in quanto non sarebbero correlabili ad eventuali carenze dello stesso: ne seguirebbe, a rigor di logica, che le contestazioni mosse dalla stazione appaltante all'attività di validazione attenevano esclusivamente a temi secondari e poco significativi, comunque non idonei ad integrare dei gravi illeciti professionali ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016.

La sentenza impugnata, per contro, non avrebbe tenuto in alcun conto la circostanza – decisiva – che il nuovo progetto non era intervenuto sui punti oggetto di contestazione.

Ancora, secondo l'appellante il primo giudice non si sarebbe avveduto della circostanza che il provvedimento di esclusione non si fondava sulla relazione tecnica dello Studio SCL del 31 dicembre 2019, bensì sulla precedente relazione del 18 settembre 2019, redatta dal medesimo Studio professionale

prima di aver preso consapevolezza delle difese svolte da Conteco con la propria Relazione di riscontro tecnico del 15 ottobre 2019.

Invero, conclude l'appellante, *“un esame obiettivo della Relazione di riscontro dello Studio SCL 31/12/2019 [...], scevra dai travisamenti di CAP, non avrebbe potuto che mettere in luce come in realtà non solo non sono mai stati evidenziati errori progettuali ma addirittura che anche le iniziali incertezze dichiarate da tale Professionista nella prima Relazione sono poi risultate superate e degradate a meri suggerimenti”*, com'è vero che:

“- quanto all'accumulo della neve lo Studio SCL ha riconosciuto l'osservazione di Conteco e introdotto una diversa segnalazione spostando il focus su altra parte d'opera (con questo introducendo una nuova segnalazione);

- relativamente alla pressione del vento lo Studio SCL ha recepito i chiarimenti di Conteco e si è limitato a precisare che Conteco avrebbe dovuto comunque stimolare il progettista a “dichiarare e motivare, anche tramite analisi semplificata” l'assunzione che nella precedente Relazione non aveva compreso;

- con riguardo al ritiro e viscosità del calcestruzzo (segnalazione già inizialmente marginale) lo Studio SCL si è limitato ad affermare che “sarebbe stato più corretto, al fine di non generare dubbi, che la spiegazione data ora da Conteco fosse segnalata al Progettista”;

- quanto all'azione sismica verticale, lo Studio SCL ha confermato la correttezza di quanto controdedito da Conteco e degradato il proprio originario rilievo a mero “consiglio di fare almeno delle considerazioni” trattandosi l'edificio di opera “non standard”;

- in merito alla completa ed esaustiva modellazione con carichi combinati lo Studio SCL nulla ha replicato in ordine alle controdeduzioni di Conteco”.

Quanto poi alla questione della mancata comprensione, da parte dello Studio SCL, della circostanza *“se i solai siano stati modellati come “diaframmi rigidi” e, in caso affermativo, per quale simulazione di calcolo siano stati utilizzati”*, lo stesso, a fronte delle controdeduzioni di Conteco, nella relazione 31 dicembre 2019 avrebbe ridimensionato le proprie considerazioni.

A ciò aggiungasi che pure la relazione tecnica della variante al progetto apportata dall'appaltatore CMB su approvazione di Cap Holding s.p.a. – non tenuta in conto dal primo giudice – precisa che *“non vengono segnalati errori*

progettuali pregressi né vengono esplicitate le ragioni giustificatrici delle varianti proposte”, dal momento che le richiamate modifiche progettuali “costituiscono chiaramente una sistematica ottimizzazione del progetto originario verificato tramite riduzione di materiale e lavorazioni di messa in opera. Si tratta dunque di variazioni che non hanno obiettivo “correttivo” di eventuali carenze di progetto ma di riduzione di tempi e costi di costruzione, in termini di fasi di lavoro più celeri e utilizzo di minor materiale”.

L'appellante contesta quindi i singoli passaggi della sentenza impugnata, relativi alle riscontrate carenze del progetto originario e della connessa loro validazione operata da Conteco Check.

Neppure questo motivo può essere accolto.

Ritiene infatti il Collegio che – impregiudicata l'autonoma responsabilità del progettista per gli errori commessi – le contestazioni mosse a suo tempo dalla stazione appaltante a Conteco Check s.r.l. per non essere stata in grado di evidenziare le diverse criticità progettuali via via emerse trovi sufficiente riscontro nelle risultanze di causa, in ordine ai cinque “macro-temi” di cui in precedenza si è detto (ognuno dei quali di per sé potenzialmente idoneo ad integrare il grave illecito professionale).

Quanto alla parte strutturale del progetto esecutivo, è già significativo che il suo stesso autore avesse di propria iniziativa rappresentato, poco tempo dopo la verifica operata da Conteco Check, la necessità di procedere ad alcune modificazioni, sia pure sul pretesto di aggiornarlo alle sopravvenute norme tecniche sulle costruzioni del 2018, sebbene queste ultime non si applicassero ai progetti già redatti – come nel caso di specie – prima della loro entrata in vigore.

Va del resto riconosciuto, al riguardo, che le questioni indicate dal progettista ai fini della correzione del progetto in realtà esulavano dall'applicazione delle nuove norme tecniche sulle costruzioni.

Risulta dalla corrispondenza intercorsa tra le parti (note del RTI Lucchin del 15 ottobre 2018, dell'8 maggio 2019 e del 17 giugno 2019) che il progetto esecutivo validato da Conteco non avrebbe potuto garantire la durabilità

dell'opera, la corretta tenuta rispetto alla sollecitazioni e deformazioni delle strutture, la conservazione inalterata dell'aspetto estetico del calcestruzzo a faccia vista e la prevenzione rispetto a fessurazioni del calcestruzzo che doveva sostenere le lastre di pietra a rivestimento della facciata.

All'esito di autonoma istruttoria della stazione appaltante, condotta con l'ausilio tecnico di un nuovo verificatore, emergeva che Conteco Check aveva effettuato la validazione anche di questi aspetti del progetto nonostante la stessa non disponesse (né avrebbe potuto disporne, proprio in ragione delle carenze progettuali) di tutti i parametri necessari per ricostruire – e dunque appunto verificare – i criteri di calcolo adottati nella progettazione delle strutture.

Dal progetto in questione, infatti, non sarebbe stato possibile evincere i parametri utilizzati in relazione all'accumulo della neve (v. SR00-4, pag. 11 della relazione dello Studio SCL), alla pressione del vento (v. SR00-5, pag. 12 della relazione dello Studio SCL), al ritiro ed alla viscosità del calcestruzzo (v. SR00-6, pag. 14 della relazione dello Studio SCL), all'azione sismica verticale (v. SR00-7, pag. 15 della relazione dello Studio SCL), nonché alla completa ed esaustiva modellazione con carichi combinati (v. SR00-8, pag. 19 della relazione dello Studio SCL).

E' dunque condivisibile quanto dedotto da Cap Holding s.p.a. in ordine al fatto che il corretto adempimento dell'obbligo professionale del verificatore incaricato non poteva dirsi adempiuto mediante una mera verifica, sotto il profilo formale, del rispetto delle regole procedurali da parte del progettista ovvero della completezza della documentazione progettuale, dovendosi effettuare anche una verifica sostanziale sulle scelte progettuali, *in primis* quelle relative alla parte strutturale dell'opera da realizzare.

Il verificatore avrebbe cioè dovuto effettuare anche un ricalcolo dei parametri e dei criteri di progetto, proprio per accertarne la fattibilità e l'attendibilità. Ricalcolo del quale, nonostante le contrarie deduzioni dell'appellante, non vi sono esplicite risultanze agli atti del processo.

In questi termini, non può quindi dirsi manifestamente erronea, né abnorme l'obiezione della stazione appaltante secondo cui nel caso in esame sarebbe venuta meno proprio la funzione precipua della verifica, consistente nel prevenire *“l'affidamento di un appalto e dei relativi lavori sulla base di un progetto inattendibile perché non sono noti e non sono stati accertati i presupposti che hanno determinato le scelte progettuali adottate dal progettista”*.

Ancora, il verificatore avrebbe a suo tempo validato la parte strutturale del progetto nonostante non disponesse – in ragione delle riscontrate omissioni del progettista – di tutti gli elementi necessari per ricostruire e valutare il risultato del modello FEA, le azioni utilizzate per il dimensionamento dei piani, nonché il modo in cui sarebbe stata svolta l'analisi funzionale alla valutazione degli effetti di un'ipotetica azione sismica sull'edificio. In particolare, all'esito della nuova verifica svolta dallo Studio SCL sarebbe emerso che *“non è chiaro se i solai siano stati modellati come “diaframmi rigidi” e, in caso affermativo, per quale simulazione di calcolo siano stati utilizzati. Discrepanza tra i risultati dell'analisi modale mostrati nella relazione generale e quelli riportati nell'Allegato K. In quest'ultimo documento si evidenzia una riduzione della massa modale attivata e di conseguenza una possibile riduzione dell'azione sismica impiegata per la verifica delle pareti in calcestruzzo armato sismo-resistenti”*.

Anche in ordine ai rilievi mossi da Cap Holding circa la verifica della parte impiantistica del progetto le obiezioni dell'appellante non risultano convincenti.

Quest'ultima aveva infatti reso una valutazione positiva di conformità, senza sollevare rilievi, salvo poi emergere, successivamente, almeno due carenze progettuali che, all'esito del contraddittorio con Conteco Check, venivano confermate nel nuovo provvedimento di esclusione: la mancanza dell'impianto EVAC (di rilevazione sonora in caso di incendio) – previsto nella relazione sugli impianti del progetto esecutivo, salvo poi ometterne sia gli elaborati progettuali, sia la relativa voce di costo nel computo metrico estimativo – la cui realizzazione è obbligatoria (ex d.m. 22 febbraio 2006) nel

caso di realizzazione di edifici destinati ad essere sede di uffici con più di cento persone, come nel caso di specie, nonché la mancanza dei rilevatori di fumi nei controsoffitti.

Riguardo a questo secondo aspetto, in particolare, era emerso un palese errore nella progettazione dell'impianto antincendio, essendo stato inizialmente prevista la realizzazione di un controsoffitto cieco non accessibile, che come tale precludeva l'accesso anche ai rilevatori incendi per la loro manutenzione.

Non è quindi pertinente la difesa di Conteco Check, secondo cui il controsoffitto indicato nel progetto sarebbe stato compatibile con i rilevatori di fumi solo esterni, potendosi considerare il detto controsoffitto come uno spazio ventilato: in realtà, tale affermazione trova smentita sia nel capitolato speciale di gara, sia nel computo metrico, i quali non prevedevano dei controsoffitti ventilati, ma solo i classici controsoffitti chiusi fatti a pannelli ciechi.

Quanto poi all'ulteriore contestazione per cui Conteco Check non avrebbe correttamente verificato la corrispondenza tra i contenuti progettuali e le voci di costo indicate nel computo metrico estimativo, con la conseguenza di non aver segnalato alla stazione appaltante che i costi di alcune lavorazioni non trovavano copertura negli importi rappresentati nel computo metrico estimativo (così da esporre Cap Holding a probabili riserve da parte dell'appaltatrice ed alla necessità di ricorrere a varianti in corso d'opera), rileva il Collegio come almeno tre voci trovino conferma in atti, e precisamente:

- 1) l'attività cd. di *strip out*, da svolgersi nel caso di demolizione di edifici (qual era l'ipotesi di specie) e consistente nella preventiva rimozione di impianti, infissi ed altri materiali; tale attività, ancorché necessaria, non era stata prevista nel progetto esecutivo né nel computo metrico estimativo. La verifica al riguardo compiuta dall'odierna appellante si era evidentemente limitata al dato formale (ed erroneo) riportato nel progetto esecutivo – secondo cui non vi sarebbe stata necessità di smaltire rifiuti pericolosi a seguito della demolizione

del vecchio edificio – senza chiedere al progettista alcun riscontro circa le ragioni che in concreto lo avevano indotto a tale (inusuale) conclusione.

2) la mancata segnalazione alla stazione appaltante della circostanza che nel progetto esecutivo e nel relativo computo metrico non era stata prevista la realizzazione della cd. “camicia”, struttura di contenimento del terreno (ancor più indispensabile per l’ipotesi di sedime poco consistente, come doveva dedursi dalla relazione geologica, nel caso di specie) nel punto in cui vengono infissi i micro pali di fondazione, con conseguente necessità per Cap Holding di approvare una variante in corso d’opera a favore dell’impresa appaltatrice.

3) risulta inoltre che Conteco Check non aveva a suo tempo rilevato il mancato inserimento, nel progetto esecutivo (e nel correlato computo metrico estimativo) della rete *spritz beton*, necessaria per consentire al calcestruzzo gettato sul terreno di consolidarsi, laddove la giustificazione del verificatore – secondo cui la previsione dell’utilizzo di tale rete sarebbe stato inutile, in relazione ad una gettata di cemento finalizzata esclusivamente a regolarizzare la superficie esterna dei micropali – appare smentita dagli atti, prevedendo in realtà il progetto che la gettata dovesse servire per sostenere il terreno interposto tra i micropali non contigui, inidonei al contenimento del fronte.

Infine, anche in merito al quinto profilo di contestazioni a suo tempo mosse a Conteco Check dalla stazione appaltante – relative alla mancata segnalazione del fatto che erroneamente il progetto esecutivo originariamente predisposto dal RTP Lucchin aveva ritenuto l’area oggetto di intervento non necessitante di interventi di bonifica, laddove Cap Holding sarebbe invece stata di lì a poco costretta ad avviarli – le deduzioni di parte appellante non trovano conforto negli atti di causa.

Contrariamente a quanto sostenuto dall’appellante, ritiene il Collegio che l’obbligo di bonifica dovesse ritenersi noto già al momento in cui era stato redatto il progetto esecutivo, nota essendo al progettista sia la realizzazione, nel plesso immobiliare di nuova costruzione, di un asilo aziendale (che

avrebbe determinato l'applicazione dei limiti riferiti a siti con destinazione verde/residenziale), sia la presenza di materiali di riporto nel terreno.

In questi termini le difese di Conteco Check (ancora nella memoria di replica del 29 aprile 2022), se da un lato cercano di superare la questione della struttura destinata ad ospitare l'asilo nido aziendale nei termini per cui *“nella relazione di verifica parte Appellante aveva esplicitamente indicato di approvare il progetto solo dopo l'interlocuzione con gli enti preposti alle autorizzazioni?”*, nel merito si incentrano sull'argomento per cui l'unico carotaggio di prova che evidenziava un superamento dei limiti fissati per l'uso residenziale/asilo avrebbe riguardato un'area molto distante dal sito sul quale avrebbe dovuto sorgere tale struttura.

Tale argomento, però, se da un lato non smentisce la fondatezza, nei fatti, dell'addebito mosso dalla stazione appaltante a Conteco circa la mancata segnalazione delle criticità di cui si è detto, dall'altro neppure consente di fondare un manifesto vizio di sviamento di potere in relazione al provvedimento di esclusione dalla gara: la maggiore o minor vicinanza al luogo nel quale avrebbe dovuto essere edificato l'asilo del punto di carotaggio il cui referto aveva evidenziato la necessità di un intervento di bonifica non poteva certo esonerare il professionista incaricato della verifica del progetto esecutivo dell'opera di darne espressa comunicazione alla stazione appaltante (sua committente), trattandosi comunque di un dato significativo che sarebbe spettato a quest'ultima – nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica – valutare quanto ad eventuali implicazioni circa la sostenibilità del progetto.

Al riguardo, non è inconferente l'obiezione della medesima stazione appaltante secondo cui la differenza formale di mappali catastali prossimi e vicini nessuna rilevanza potrebbe avere, nel caso in esame, a sollevare il professionista incaricato della verifica dall'obbligo di riferire tutti gli elementi di rischio progettuale, tanto più ove si consideri che (i) la realizzazione dell'intervento edilizio era unitaria e comprendeva tutti i fondi sui quali erano stati effettuati i carotaggi e (ii) era pacifica la presenza nell'area di

contaminanti in concentrazioni superiori ai limiti previsti per destinazioni compatibili con gli asili.

Quanto poi alla mancata segnalazione che la presenza di materiale di riporto nel terreno dello stabile da demolire avrebbe reso necessaria l'analisi dello stesso ai fini della verifica delle concentrazioni della soglia di contaminazione – omissione rilevata dal Comune di Milano – non è decisiva l'obiezione mossa dall'appellante secondo cui il rilievo comunale sarebbe stato erroneo, in quanto fondato su una circolare interpretativa del MATTM – intervenuta nel corso della verifica stessa – da ritenersi non applicabile al caso di specie: premesso infatti che neppure viene argomentata in modo preciso la ragione dell'inconferenza di tal ultimo provvedimento (ancorché meramente interpretativo) rispetto alla vicenda controversa, va ribadito che anche una tale evenienza non verrebbe comunque ad elidere l'omissione professionale dell'impresa incaricata della verifica del progetto, avendo questa segnalato la presenza di alcun rischio o potenziale criticità nel caso di specie, rischio peraltro poi effettivamente concretizzatosi.

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va dunque respinto.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore dell'appellata Cap Holding s.p.a., delle spese di lite del grado di giudizio, che liquida in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre Iva e Cpa se dovute.

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:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO