Pubblicato il 07/10/2022

N. 08622/2022REG.PROV.COLL.
N. 06432/2021 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 6432 del 2021, proposto da

Ing. Pasquale Narciso, titolare dell'omonima Impresa Individuale, in proprio e quale mandatario del costituendo RT con Engco S.r.l., Addona Donato, Iadarola Giuseppe, Narciso Giuseppe, Piacquadio Giuseppe, Nardone Michele, in proprio e quali mandanti del costituendo RT, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Rossella Matarazzo, Giuseppe Sauchella, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune di Castelfranco in Miscano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Oreste Di Giacomo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Offtec S.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo RTP con Hypro S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Napoli, sez. I, n. 4220/2021, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castelfranco in Miscano e di Offtec S.r.l. in proprio e quale mandataria del costituendo RTP con Hypro S.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2022 il consigliere Angela Rotondano e viste le conclusioni delle parti come da verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato il costituendo RT Narciso Pasquale, secondo classificato (con un punteggio complessivo pari a 95,515 e un ribasso economico del 11,250%) nella procedura aperta indetta, con bando pubblicato in data 5 febbraio 2021, dal Comune di Castelfranco in Miscano per l'affidamento dell'Accordo Quadro relativo ai *"Servizi Tecnici di progettazione definitiva ed esecutiva e coordinamento sicurezza progettazione relativi ai lavori di Mitigazione del Rischio Idrogeologico del Vallone Mar dei Grilli 2^ lotto"* (CIG 8613211691), dell'importo complessivo di € 184.890,13, soggetto a ribasso (di cui € 94.192,45 per costo di personale stimato ed € 8.000,00 per costo della sicurezza interna o aziendale stimato), da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (con attribuzione di punti 88 all'offerta tecnica e punti 12 a quella economico/temporale), ne contestava innanzi al TAR per la Campania gli esiti, impugnando l'aggiudicazione definitiva della gara (con determinazione n. 60 del 7 aprile 2021) a favore dell' RTP

OFFTEC, unico altro concorrente e primo classificato (con un punteggio complessivo pari a 97,128 e un ribasso economico del 15%), in uno agli altri atti di gara presupposti, connessi e consequenziali.

1.1. In particolare, con i motivi di censura articolati, il RT ricorrente contestava l'ammissione del RTP controinteressato alla procedura di gara, lamentando: 1) in primo luogo l' asserita carenza del requisito di capacità tecnica di cui alla lett. i), punto 7.3, del Disciplinare di gara concernente i servizi tecnici di progettazione eseguiti dal concorrente; 2) l'erronea applicazione da parte della Offetc del ribasso economico anche alla voce relativa al "*costo della sicurezza interna o aziendale stimato"* in contrasto al bando e al d. lgs n. 81/2008, in particolare al par. 4 dell'Allegato XV, con impugnazione anche della *lex specialis* di gara se interpretabile nel senso di consentire il ribasso di tale voce; 3) l'illegittimità della procedura, per omessa motivazione delle valutazioni operate dalla Commissione nei verbali di gara dai quali non sarebbe emersa alcuna giustificazione in merito all'ammissione del RTP aggiudicatario con riferimento alla comprova del *"requisito speciale (...) involgente la capacità tecnica e professionale richiesta per la partecipazione alla procedura di gara, come ratificato al comma 7.3. del Disciplinare di gara"*.

1.2. Per tali motivi di doglianza il RT Narciso Pasquale formulava riguardo agli atti impugnati domanda demolitoria e risarcitoria, in forma specifica (agendo per l'accertamento del suo diritto al conseguimento dell'aggiudicazione e al subentro nel contratto, laddove *medio tempore* stipulato, previa dichiarazione d'inefficacia del contratto medesimo) o, in subordine, per equivalente.

1.2. Si costituiva in giudizio la OFFTEC s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del RTP aggiudicataria, chiedendo il rigetto del gravame e interponendo a sua volta ricorso incidentale con cui – lamentando *"violazione dell'art. 83 d.lgs. 50/2016; dell'art. 7.3 del Disciplinare di gara; dell'art. 8 e dell'allegato al d.m. 17 giugno 2016; violazione dei principi nazionali e comunitari in tema di* par condicio *e parità di trattamento nelle gare pubbliche; eccesso di potere per istruttoria*

erronea, assenza del presupposto, motivazione carente, sviamento"- sosteneva che l'ammissione alla gara del ricorrente principale sarebbe stata illegittima per carenza in capo al capogruppo mandatario del RTP dei requisiti di capacità tecnica richiesti dal punto 7.3. del Disciplinare, sotto diversi profili.

1.3. Si costituiva in giudizio anche il Comune di Castelfranco in Miscano, sostenendo la correttezza del proprio operato e chiedendo il rigetto dei gravami proposti.

2. Con la sentenza in epigrafe resa in forma semplificata, ai sensi degli artt. 60 e 120 c.p.a, il Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso principale, ritenendo infondate tutte le censure, e dichiarato improcedibile, per carenza di interesse alla decisione, il ricorso incidentale, regolando le spese di giudizio secondo il principio di soccombenza.

In particolare la sentenza ha ritenuto infondato, oltre al primo motivo di ricorso concernente l'asserita carenza in capo al RTP aggiudicatario del requisito di capacità tecnica relativo ai servizi di progettazione eseguiti nel decennio antecedente, anche le ulteriori doglianze del ricorso principale: quanto al secondo motivo di impugnazione ha, infatti, rilevato che l'importo indicato a titolo di *"costo della sicurezza interna o aziendale stimato"* fosse, in base alle chiare previsioni della *lex specialis* di gara, ribassabile (come consentito trattandosi di oneri di sicurezza aziendale che - variando da un un'impresa all'altra ed essendo influenzati nel loro ammontare dall'organizzazione produttiva e dal tipo di offerta - sono discrezionalmente quantificabili in offerta dal concorrente, in linea con l'art. 95, comma 10, D.Lgs. 50/2016, e rimessi alla sua esclusiva sfera di valutazione, a differenza degli oneri di sicurezza interna o c.d. *"da interferenza"*, predeterminati in via assoluta dalla stazione appaltante e quindi non ribassabili); ha poi ritenuto infondato anche il terzo motivo del ricorso principale perché la Stazione appaltante aveva in via del tutto legittima valutato positivamente la dimostrazione del requisito esperienziale previsto dall'art. 7.3. del Disciplinare e ritenuto correttamente comprovati i requisiti di capacità tecnica e professionale dichiarati in gara dal

R.T.P. controinteressato, in virtù della documentazione e delle attestazioni prodotte, fornite da soggetti muniti di potere certificativo.

3. Con un unico articolato motivo, rubricato "Error in iudicando- *Violazione di legge: artt. 83 e 89 del D.lgs. n. 50/2016- Violazione del Disciplinare di gara punto 7.3., 7.4. e punto 8- Omesso esame di un punto decisivo- Omessa motivazione"*, l'appellante critica le statuizioni di rigetto del primo motivo di ricorso, laddove non hanno ravvisato la denunciata carenza in capo al raggruppamento controinteressato del requisito di capacità tecnica di cui alla lett. i), punto 7.3, del Disciplinare di gara secondo cui è necessario: *"aver eseguito, negli ultimi dieci anni, servizi tecnici di studio di fattibilità, progettazione ... per ciascuno degli ID-opere previsti, per una somma di importi di lavori pari ad almeno l'importo dei lavori previsto per il presente affidamento ... ridotto in base al fattore di ponderazione"*.

3.1. L'appellante ha altresì riproposto la domanda risarcitoria formulata in primo grado dichiarandosi disponibile al subentro nel contratto ove *medio tempore* stipulato.

3.2. Si sono costituiti in resistenza, esponendo l'infondatezza del gravame, il Comune e l'aggiudicataria Offtec; quest'ultima, oltre a chiedere il rigetto dell'appello, ha in via preliminare eccepito l'inutilizzabilità della documentazione esibita dall'appellante il 15 febbraio 2022- un parere del Presidente dell'Ordine degli Ingegneri di Benevento in cui si afferma che i servizi resi da Offtec per conto del Consorzio Medil non sarebbero servizi di progettazione qualificanti per la gara oggetto del giudizio e una perizia tecnica sui danni subiti- nonché l'inammissibilità dell'appello per mancata impugnazione del contratto d'appalto.

3.3. In via gradata la Offtec ha riproposto le censure di cui al ricorso incidentale, assorbite dalla sentenza di primo grado in ragione del rigetto del ricorso principale.

3.4. Con ordinanza del 24.09.2021 l'istanza cautelare è stata respinta, essendo prevalente, nel bilanciamento degli opposti interessi, quello ad una sollecita

attivazione degli affidamenti nell'ambito dell'accordo quadro e insussistente il pregiudizio grave e irreparabile.

3.5. All'udienza del 10 marzo 2022, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

4. Come anticipato in fatto con l'odierno gravame parte appellante ha limitato la propria impugnazione al solo capo della decisione del TAR che ha respinto il primo motivo del ricorso principale con cui si è lamentata la carenza, in capo al R.T.P. controinteressato, del requisito di capacità tecnica di cui alla lett. i), punto 7.3, del Disciplinare di gara secondo cui è necessario: *"aver eseguito, negli ultimi dieci anni, servizi tecnici di studio di fattibilità, progettazione ... per ciascuno degli ID-opere previsti, per una somma di importi di lavori pari ad almeno l'importo dei lavori previsto per il presente affidamento ... ridotto in base al fattore di ponderazione: - per la categoria S.04 (ed equipollenti S.03, S.05 ed S.06), € 747.334,40; - per la categoria D.02 (ed equipollenti), € 614.3403,60""*.

4.1. In particolare, con la doglianza in esame, respinta come infondata dalla sentenza appellata e riproposta sostanzialmente in questa sede, si è sostenuto che il servizio dichiarato in gara da Offtec (riguardante la progettazione resa in favore del Consorzio Stabile Medil nell'ambito della procedura evidenziale bandita dal Comune di Messina per l'esecuzione dei *"lavori di realizzazione della strada di collegamento tra il viale Gazzi e l'approdo FS per via Don Blasco"*, aggiudicata al medesimo Consorzio partecipante) non sarebbe stato idoneo ad attestare il requisito esperienziale, dal momento che, da un lato, la procedura in questione non avrebbe avuto ad oggetto servizi di progettazione, ma solo l'esecuzione di lavori pubblici per la realizzazione di distinte opere stradali, dall'altro nell'ambito della stessa il controinteressato non aveva eseguito una prestazione di progettazione esecutiva, bensì si era limitato alla redazione dell'offerta migliorativa e, dopo l'aggiudicazione, alla consegna di elaborati costruttivi approvati dalla Direzione dei Lavori relativi all'opera pubblica viaria.

4.2. L'appellante premette che l'ausiliaria Hipro s.r.l. si è obbligata a mettere a disposizione della Offtec s.r.l. non oltre il 40 per cento del prefato requisito di capacità tecnico e professionale e inoltre che nella domanda di partecipazione quest'ultima ha dichiarato di aver svolto *"progettazione esecutiva"* per importo lavori ponderato relativo all'ID-opere S.04 ammontante a € 559.953,00, mentre l'ausiliaria ha dichiarato di aver svolto progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva nonché coordinamento sicurezza in fase di progettazione per importo lavori relativo all'ID-opere S.04 ponderato pari a € 319.958,00, specificando inoltre che le quote di partecipazione al costituendo raggruppamento di progettisti, ai sensi dell'art. 48, comma 4, del D.Lgs. 50/2016, erano così ripartite: *"la OFFTEC S.r.l. (mandataria) 60%; la HYPRO (mandante) 40%"*.

4.3. Su queste premesse l'appellante sostiene che la Offtec sarebbe priva del requisito dichiarato in quanto non avrebbe svolto attività di progettazione per il Consorzio Medil relativamente alla gara sopra indicata perché questa involgeva la sola esecuzione dei lavori, sulla scorta del progetto esecutivo approvato e validato dall'Amministrazione, rispetto al quale non erano ammesse varianti, ma solo migliorie che non dovevano comunque *"modificare le scelte progettuali"*.

Sotto altro concorrente profilo, emergerebbe inequivocabilmente dalla documentazione di causa che la Offtec non ha redatto la progettazione esecutiva, ma solo l'analisi di un progetto esecutivo redatto dalla stazione appaltante; inoltre, l'attività di progettazione era stata resa in favore dell'operatore economico privato (partecipante alla procedura) e non dell'Amministrazione aggiudicatrice.

4.4. L'appellante sostiene quindi che il Tribunale avrebbe erroneamente *"ritenuto equipollenti progetto esecutivo e analisi di progetto"*, senza che di ciò vi sia riscontro né nella legge di gara né nella normativa di settore, tornando così a dolersi del fatto che la documentazione offerta dal RTP controinteressato non avrebbe comprovato il requisito in esame di capacità tecnico-

professionale, atteso che la tipologia del servizio dichiarato dalla mandataria- producendo in gara un attestato rilasciato in data 20.11.2020 dalla Città di Messina, Ufficio Direzione Lavori, sottoscritto dal Direttore dei Lavori e controfirmato dal RUP, nel quale si afferma che, per l'opera ivi indicata, la Offtec ha svolto il servizio di *"Analisi del Progetto Esecutivo a base di gara per redazione offerta migliorativa"* e di *"Inserimento ed emissione degli elaborati progettuali, ad aggiudicazione avvenuta e come rilevabile dagli elaborati allegati al contratto di appalto, delle proposte tecniche migliorative all'interno del Progetto Esecutivo a base di gara"*- non sarebbe "*coerente tantomeno sincrona con quanto specificatamente richiesto dalla* lex specialis*"*, non potendo ritenersi affatto servizio *"assimilabile"* o *"equipollente"* all'attività di progettazione esecutiva, siccome prestato nell'ambito di una gara la cui disciplina non consentiva la redazione di varianti e stabiliva che eventuali proposte migliorative non potessero modificare le scelte progettuali. In definitiva, secondo l'appellante il Tribunale, travisando i fatti di causa, sulla base di un non condivisibile esame della documentazione e delle censure formulate, nonché sull'erroneo presupposto dell'equipollenza di progetto esecutivo e analisi del progetto realizzato dalla Stazione appaltante (attività quest'ultima che "*sfuggirebbe ontologicamente a qualsivoglia forma di progettualità, afferendo, di contro, alla sfera dei meri approfondimenti"*), e non cogliendo l'intrinseca differenza tra un offerta migliorativa e un progetto esecutivo (cfr. art. 33 d.P.R. 207/2010 *Documenti componenti il progetto esecutivo*), come delineata dalla consolidata giurisprudenza, né *"tra offerta migliorativa e appalto integrato sul progetto di fattibilità tecnica ed economica"*, avrebbe erroneamente riconosciuto idonea, ai fini della comprova del requisito di capacità tecnico-professionale in esame, la su indicata certificazione rilasciata dal comune di Messina, non avvedendosi che il RTP aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso in ossequio a quanto prescritto al paragrafo 7 del Disciplinare secondo cui *"I concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei requisiti previsti nei commi seguenti"*.

5. L'appello è infondato.

5.1. Preliminarmente occorre richiamare la disciplina di gara rilevante ai fini della decisione.

Come evidenziato, l'art. 7.3. del Disciplinare, nel fissare i requisiti minimi di capacità tecnica e professionale per la partecipazione alla gara in questione, ha richiesto alla lett. i) che ciascun concorrente abbia eseguito *"negli ultimi dieci anni, servizi tecnici di studio di fattibilità, progettazione e/o direzione dei lavori e/o coordinamento della sicurezza, per ciascuno degli ID-opere previsti, per una somma di importi di lavori pari ad almeno l'importo dei lavori previsto per il presente affidamento, corretto in base al coefficiente e ridotto in base al fattore di ponderazione (…)"*, corrispondente ai seguenti importi: S.O4 (equipollenti S.03 S.05 S.06) pari ad €. 747.334,00 e D.02 (D. XX) pari ad €. 614.403,60.

Il medesimo articolo alla lett. j) (concernente *i servizi di punta svolti nel decennio*) ha previsto poi i seguenti requisiti in termini di importo ponderato dei lavori di riferimento, così distintamente per ciascun ID-opera: - S.04 (equipollenti S.03 S.05 S.06) pari a €. 298.933,76; - D.02 pari ad €. 245.761,44.

La normativa di gara, sempre all'art. 7.3. del Disciplinare, richiedeva di documentare il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale mediante *"l'esibizione di documentazione depositata presso i competenti Uffici della Amministrazione Pubblica ovvero rilasciata da soggetti terzi debitamente abilitati (...)"*.

Il successivo art. 7.4. ha altresì stabilito che *"il requisito dei servizi svolti di cui al precedente punto 7.3 lett. i) deve essere soddisfatto dal raggruppamento temporaneo nel complesso"*, precisando che *"detto requisito deve essere posseduto ed utilizzato in misura maggioritaria dalla mandataria"*.

Analoga previsione, quanto al possesso del requisito da due diversi componenti del raggruppamento purché in misura maggioritaria in capo alla mandataria, era dettata per il requisito dei servizi di punta di cui alla lett. j) dell'art. 7.4. cit..

5.2. In ossequio alle richiamate previsioni, l'operatore economico controinteressato ha dichiarato in sede di gara il possesso dei requisiti con riferimento alla lett. i) dell'art. 7.3. in parola, relativamente all'ID-opera S.04,

segnatamente la Offtec per un importo di € 559.953,00, la Hipro per un importo di € 319.958,00. Inoltre, il RTP aggiudicatario ha fatto ricorso all'avvalimento in forza del quale la mandante Hypro, quale società ausiliaria, ha dichiarato *"di possedere e fornire alla società Avvalente il requisito di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 7.3. del disciplinare di gara in misura proporzionale alla propria quota di partecipazione al Raggruppamento (…) nella misura che necessita alla stessa per poter partecipare alla procedura in qualità di mandataria del Costituendo Raggruppamento Temporaneo di progettisti (si rimanda all'Allegato A)",* obbligandosi, ai sensi dell'art. 89 comma 1 del D.Lgs n. 50/2016, nei confronti della società avvalente e della Stazione appaltante a fornire detto requisito, per tutta la durata dell'appalto *(cfr. art. 2 del contratto di avvalimento).*

5.3. Pertanto se deve rilevarsi che la mandataria OFFTEC è in possesso dei requisiti di cui alle lettere i) e j) in misura maggioritaria rispetto a quelli della mandante, neppure può dubitarsi che l'intero R.T.P. possiede il requisito di capacità professionale di cui all'art. 7.3. del Disciplinare di gara.

5.4. Correttamente la sentenza appellata ha dunque respinto il primo motivo del ricorso principale, evidenziando che la stazione appaltante avesse legittimamente preso atto dell'attestazione rilasciata dal comune di Messina in data 20 novembre 2020, dalla quale si ricava che, con riferimento all'esecuzione dei servizi di cui all'ID- opera S.04, la mandataria Offtec ha sia effettuato la progettazione inerente la redazione degli elaborati delle proposte tecnico-migliorative rispetto al progetto esecutivo posto a base di gara che redatto gli elaborati costruttivi approvati dalla Direzione lavori delle opere indicate nella suindicata attestazione, espletando la su indicata attività progettuale su incarico professionale conferito dal Consorzio Stabile Medil, aggiudicatario dell'appalto di lavori sopra specificato.

5.5. Al riguardo, infatti, la sentenza ha anzitutto bene richiamato il condivisibile orientamento espresso dall'ANAC con le Linee Guida n. 1/2016, di attuazione del d. lgs. 50/2016 (concernenti gli *"Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria"*, approvate dal

Consiglio dell'Autorità con delibera n. 973 del 14 settembre 2016, aggiornate con delibere del medesimo Consiglio n. 138 del 21 febbraio 2018 e n. 417 del 15 maggio 2019) e, in particolare, per quanto qui rileva, la Parte IV, paragrafo 2.2.2.4, delle menzionate Linee guida ove si chiarisce che, nell'attuale contesto normativo in materia di qualificazione, possono essere spesi, come requisito di partecipazione alle procedure per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria, i servizi di consulenza afferenti alle attività di supporto alla progettazione (*"quali, ad esempio, le attività accessorie di supporto per la consulenza specialistica relativa agli ambiti progettuali strutturali e geotecnici"*), a condizione che:

- si tratti di attività svolte nell'esercizio di una professione regolamentata per la quale è richiesta una particolare qualifica professionale, come indicato dall'art. 3 della direttiva 2005/36/CE;
- l'esecuzione della prestazione, in mancanza della firma di elaborati progettuali, sia documentata mediante contratto di conferimento dell'incarico.

Pertanto, nelle procedure per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria possono ricomprendersi nei servizi valutabili tutte le attività accessorie ai servizi di progettazione, le consulenze specialistiche e le verifiche strutturali, purché ricorrano le sopra indicate condizioni.

5.5.1. Inoltre l'ANAC, sempre con le richiamate Linee Guida n. 1/2016 (cfr. Parte IV - § 2.2.2.3.), ha precisato come, ai fini della dimostrazione dei requisiti si ritiene che, tra i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, sono ricompresi anche gli studi di fattibilità effettuati, anche per opere pubbliche da realizzarsi tramite finanza di progetto, e ogni altro servizio propedeutico alla progettazione effettuato nei confronti di committenti pubblici o privati, traendo conferma al riguardo dalla previsione di cui all'art. 46, comma 1, lett. a) del Codice dei contratti pubblici, a mente della quale sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria i prestatori dei suddetti servizi *"che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura,*

nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse".

5.5.2. Giova poi al riguardo evidenziare che la stazione appaltante, al fine di accertare il possesso della capacità tecnica dell'operatore economico che partecipa alla gara, può valutare i servizi di progettazione *«approvati»* da un'altra stazione appaltante ovvero i servizi di progettazione *«eseguiti»* per conto di un committente privato, ben potendo i servizi svolti (per committenti pubblici e privati) essere riconosciuti come indici di affidabilità professionale in vista della partecipazione alle gare pubbliche purché vengano prodotti certificati di buona e regolare esecuzione, rilasciati dai committenti privati, o dichiarazione dell'operatore economico e documentazione di quanto dichiarato su richiesta della stazione appaltante (Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2015 n. 2567; Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2014, n. 3663).

5.6. Correttamente il primo giudice ha poi ritenute soddisfatte nel caso di specie entrambe le condizioni sopra indicate per la spendita del requisito di partecipazione.

5.6.1. Infatti, in primo luogo, per partecipare alla gara e presentare l'offerta tecnica, nonché i relativi elaborati progettuali a valle dell'aggiudicazione, il Consorzio stabile Medil si è avvalso dell'attività di progettazione della Offtec s.r.l. che, in virtù del contratto di conferimento incarico professionale stipulato tra le parti il 5 settembre 2016, ha reso a suo favore l'attività di progettazione della categoria S06, per l'importo di oltre 3.2 milioni di euro, idonea ad attestare il possesso di capacità tecnica richiesta dal Disciplinare art. 7.3. riguardo alla categoria S.04 (per un importo minimo di € 747.334,40). Dal contratto di incarico professionale si evince altresì che l'attività tecnica affidata concerne anche la progettazione esecutiva di dettaglio in conformità al Capitolato speciale d'appalto.

5.6.2. Al riguardo occorre precisare qual era l'oggetto delle specifiche attività di progettazione rese dalla Offtec a favore del Consorzio, risultato poi aggiudicatario, nella procedura di gara svolta dal Comune di Messina (nella

quale il punteggio complessivo dell'offerta tecnica era suddiviso in 10 punti per il progetto di sviluppo e svolgimento dei lavori e 60 punti per le migliorie per l'esecuzione lavori).

Dal contratto di conferimento incarico professionale stipulato tra le parti si evince che l'attività progettuale in concreto espletata si è articolata in due fasi, la prima avente ad oggetto la preparazione dell'offerta tecnica in fase di gara, secondo quanto richiesto nel bando e nel disciplinare, la seconda concernente la redazione del progetto costruttivo di dettaglio, in caso di aggiudicazione della procedura.

Nella prima fase la Offtec ha elaborato l'offerta tecnica migliorativa riguardante gli elementi previsti nel relativo bando ovvero le *"migliorie per l'esecuzione dei lavori"* (come definite al criterio A1 secondo cui *"Le migliorie da proporre al presente punto, senza modificare le scelte progettuali dovranno chiaramente far individuare quali opere, tecnologie e magisteri che il concorrente intende eseguire, sulla scorta delle opportune verifiche condotte sulla progettazione esecutiva posta a base di gara, al fine di eseguire il contratto d'appalto nei tempi indicati nell'offerta"*), puntualmente elencate dalla controinteressata negli scritti difensivi.

Dopo l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto la Offtec ha elaborato il progetto esecutivo di dettaglio (come da elaborati esecutivi prodotti dal Consorzio Medil al Comune di Messina), rendendo l'attività di progettazione commissionata per un importo complessivo di € 3.293.839,78, e in relazione ad attività progettuali ascrivibili alla categoria S06 di cui al D.M. 17 giugno 2016, come provato dalla *"attestazione di buona esecuzione relativa alla fornitura di servizi di architettura ed ingegneria"* rilasciata dall'appaltatore in data 20 novembre 2020 relativamente alle prestazioni rese da Offtec, con indicazione della categoria delle attività di progettazione svolte e del relativo importo, nonché dalla certificazione di buon esito rilasciata in pari data dal Comune di Messina il quale ha approvato gli elaborati tecnici. Tale documentazione (sia i certificati di regolare esecuzione della progettazione rilasciato dal committente privato che il certificato di regolare esecuzione dell'opera

progettata rilasciato dall'Amministrazione aggiudicatrice) sono stati prodotti dalla Offtec nel sub-procedimento di verifica dei requisiti autodichiarati, che si è pertanto concluso positivamente (giusta nota del RUP prot. n. 1930 del 6 aprile 2021).

5.6. Non può dunque negarsi che l'attività svolta da Offtec a favore del Consorzio Medil è attività progettuale *"relativa alla fornitura di servizi di architettura e ingegneria"* equiparabile a quella relativa alla *"progettazione"* richiesta dal citato art. 7.3 del Disciplinare.

Infatti, non rileva che il bando della procedura di gara indetta dal Comune di Messina non prevedesse la redazione di progettazione esecutiva da parte dei concorrenti o che non ammettesse varianti a siffatta progettazione, bensì il contenuto e l'oggetto delle attività di progettazione effettivamente svolte da Offtec a favore del Consorzio, inclusa quella prestata dopo l'aggiudicazione della gara, avente ad oggetto la redazione del progetto costruttivo di dettaglio, ovvero la redazione di elaborati tecnici esecutivi, certamente riconducibili alle attività e ai servizi di *"progettazione"* richieste dal citato art. 7.3 del Disciplinare e, quindi, valutabili ai fini della partecipazione alla gara.

In altri termini quel che rileva ai fini della piena integrazione del requisito di capacità tecnica è che l'attività di progettazione pregressa afferisca, come nel caso di specie, alla categoria di opere edilizie indicate dalla normativa di gara (cfr. art. 7 del D.M. 17 giugno 2016), ovvero, per quanto concerne la procedura in questione, la categoria edilizia S.04 (equipollenti S.03 S.05 S.06), corrispondente a quella per la quale il R.T.P. Offtec ha reso l'attività di progettazione in favore del Consorzio Medil.

5.7. Vanno altresì condivise le statuizioni di prime cure laddove evidenziano che il servizio di progettazione svolto dalla società Offtec, benché reso a favore di un soggetto privato, è comunque valutabile ai fini della partecipazione a gare pubbliche ai sensi dell'art. 83, comma 7, D.Lgs. 50/2016 che, ai fini dell'accertamento della capacità tecnica, rinvia all'art. 86, commi 4 e 5, i quali – a loro volta – rinviano all'Allegato XVII del D.Lgs. 50/2016 (che

alla parte II, reca i mezzi di prova per dimostrare le capacità tecniche degli operatori economici, in funzione della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi).

5.7.1. Tale Allegato, per verificare il possesso dei requisiti professionali, elenca i servizi *"effettuati"* di cui devono indicarsi i *"relativi importi, date e destinatari pubblici o privati"*.

Ne consegue che, ai fini della prova del possesso di capacità tecnica, la disciplina normativa di cui al Codice dei contratti pubblici ritiene qualificanti i servizi di progettazione resi a favore sia di committenti pubblici sia di committenti privati (sul punto si rinvia anche alle menzionate Linee guida ANAC n. 172016, Parte IV, par. 2.2.2.3), in ossequio al principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, di derivazione comunitaria.

5.7.2. Tale normativa interna è conforme alla disciplina comunitaria (si veda art. 60, comma 4, della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, secondo cui le capacità tecniche degli operatori economici possono essere provate con uno o più mezzi di cui all'allegato XII, parte II, in funzione della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi, laddove tale allegato della direttiva, intitolato *«Mezzi di prova dei criteri di selezione»*, prevede testualmente: *"(….). ii) un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati"*).

5.7.3. Anche le più volte richiamate Linee Guida, alla Parte IV-§ 2.2.2.2, precisano come, *"per i requisiti di cui alle lettere a), b), c), (…), le indicazioni che si traggono dalle richiamate disposizioni di cui agli artt. 83 e 86 del codice nonché dall'allegato XVII, relativamente all'importo del fatturato globale e specifico per l'affidamento dei servizi, nonché dei requisiti di capacità tecnica, costituiscono indicazioni poste a presidio della massima partecipazione alle gare in ossequio ai princìpi di proporzionalità e di concorrenza (…)"*.

5.8. Alla luce delle considerazioni esposte nel caso in esame deve escludersi che la spendibilità del requisito di capacità tecnica potesse essere qui limitata a una specifica tipologia di progettazione e, nella specie, al pregresso svolgimento di una progettazione esecutiva (si veda anchem a ulteriore conferma di ciò, il disposto di cui all'art. 3, comma 1, lett. vvvv), del Codice, secondo cui per *«servizi di architettura e ingegneria e altri servizi tecnici»* devono intendersi tutti i servizi riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2005/36/CE, senza alcun riferimento all'oggetto dell'attività progettuale in concreto espletata dal professionista abilitato): la tesi dell'appellante non trova infatti alcun sicuro riscontro nel quadro normativo di riferimento come sopra richiamato né nelle previsioni della legge di gara che, in conformità al principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, facevano legittimamente e in modo più ampio riferimento all'attività di *"progettazione"*.

5.8.1. Le argomentazioni dell'appellante non sovvertono le condivisibili conclusioni raggiunte dal primo giudice, rimaste prive di sostanziale confutazione.

Non rileva in senso opposto neanche la documentazione esibita dall'appellante in data 15 febbraio 2022 (un parere dell'Ordine degli Ingegneri di Benevento dell'8 febbraio 2022 volto a dimostrare che i servizi di progettazione dichiarati da Offtec non sarebbero servizi qualificanti per la gara in oggetto) trattandosi di documentazione inammissibilmente prodotta solo nel presente giudizio in violazione dell'art. 104 Cod. proc. amm., in assenza delle speciali ragioni previste dall'art. 345 c.p.c. in grado di giustificare il superamento del citato divieto (Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2017, n. 4703; Cons. Stato, sez. II, 16 dicembre 2019, n. 8508).

5.9. In definitiva, i servizi pregressi impiegati dalla mandataria Offtec risultano del tutto idonei per contenuto e natura a comprovare il requisito di capacità tecnica e professionale dichiarato in gara dall'aggiudicataria con

riferimento all'ID- opera S.04 (richiesta dal disciplinare riguardo alla categoria in esame per un importo minimo di 747.334,40).

La Stazione appaltante, applicando correttamente le previsioni della legge di gara e della normativa di settore, ha ritenuto legittimamente comprovati i requisiti di capacità tecnica e professionale dichiarati in gara dal R.T.P. aggiudicatario, sulla base delle attestazioni fornite da soggetti terzi che hanno certificato la tipologia, gli importi e la regolare esecuzione dei servizi tecnici indicati, così assolvendo ai propri compiti di verifica sul possesso dei requisiti dichiarati dal concorrente.

6. L'appello deve essere pertanto respinto e va confermata la sentenza di prime cure laddove ha respinto il primo motivo del ricorso principale e la connessa domanda risarcitoria, con assorbimento delle altre censure articolate con il ricorso incidentale di primo grado e qui riproposte ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.

7. Le spese seguono la soccombenza e sono determinate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna parte appellante Ing. Narciso Pasquale, in proprio e nella qualità in atti indicata di mandatario del RT costituendo, alla rifusione delle spese processuali a favore del Comune di Castelfranco in Miscano e della Offtec s.r.l. che liquida forfettariamente in complessivi € 3.000,00 (tremila/00) per ciascuna parte, oltre oneri accessori se per legge dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Angela Rotondano	**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

IL SEGRETARIO