

Appalto integrato: possibilità di sostituzione del progettista indicato condizionata al ruolo effettivo assegnato dalla *lex specialis*... anche nel nuovo Codice?

TAR Lombardia, sez. I, 20 marzo 2023, n. 703

di Beatrice Armeli

“ Per il TAR Lombardia, sez. I del 23 marzo 2023, n. 703, la stazione appaltante ha correttamente escluso la società concorrente dal lotto di interesse della procedura di gara per carenza dei requisiti speciali del progettista indicato per la progettazione esecutiva, senza richiedere al concorrente la sua sostituzione. Può essere interessante ora comprendere se al medesimo approdo interpretativo sia dato giungere anche applicando la normativa di nuovo conio contenuta nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. ”

1. Il fatto

Nell'ambito di una procedura di gara telematica, suddivisa in diversi lotti funzionali, bandita per l'affidamento della progettazione esecutiva e la realizzazione degli interventi di efficientamento energetico del patrimonio immobiliare di proprietà della stazione appaltante, la società ricorrente, per il lotto di interesse, aveva indicato come progettista altra società, la quale, per soddisfare il requisito del fatturato globale medio annuo previsto dal disciplinare, a pena di esclusione, tra i requisiti di capacità economica-finanziaria, aveva sottoscritto un contratto di avvalimento.

La stazione appaltante, tuttavia, comunicava alla società concorrente il provvedimento di esclusione dal lotto in questione, in considerazione del fatto che, ai sensi del costante orientamento giurisprudenziale consacrato nell'Adunanza Plenaria del 9 luglio 2020, n. 13, il progettista indicato dal concorrente non può utilizzare

– al pari di questi – lo strumento pro-concorrenziale dell'avvalimento per il conseguimento dei requisiti di partecipazione.

Da qui il ricorso al TAR da parte della medesima società, la quale, con l'impugnativa oggetto della sentenza in epigrafe, ha inteso contestare, in particolare, l'automatica esclusione dalla procedura di gara disposta dalla stazione appaltante senza possibilità di sostituire, a mezzo del soccorso istruttorio, il progettista indicato con altro progettista in possesso di tutti i requisiti richiesti.

2. La decisione

Il Collegio però respinge il ricorso, ricordando anzitutto che l'art. 59, comma 1-*bis*, del d.lgs. 50/2016 dispone che i requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione esecutiva sono previsti nei documenti di gara e

sono posseduti dalle imprese attestate per le prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, che sia in grado di dimostrarli.

Secondo il principio di diritto enunciato dalla sopra citata Adunanza Plenaria del 9 luglio 2020, n. 13, il progettista “*indicato*” deve essere qualificato come un “*professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo*” e perciò non può essere assimilato né al concorrente né all’operatore economico, ancorché inteso nell’accezione più ampia¹. Ne consegue, pertanto, che egli non può utilizzare l’istituto dell’avvalimento, sia perché questo è riservato all’operatore economico in senso tecnico che opera nel mercato, sia perché l’art. 89, comma 6, del d.lgs. 50/2016 impone il divieto del c.d. “*avvalimento a cascata*”, vale a dire di utilizzare, per la partecipazione alla gara, i requisiti di un soggetto che, a sua volta, utilizza i requisiti di un altro soggetto. Il professionista indicato deve quindi possedere in proprio i requisiti richiesti per l’esecuzione della prestazione professionale e, in caso di carenze, non può utilizzare i requisiti di un altro professionista, dal momento che il *favor participationis* deve recedere a fronte dell’esigenza di garantire all’amministrazione la piena affidabilità dell’appaltatore nell’esecuzione dell’opera progettata. Nel caso di specie, il TAR rileva come sia un dato contestato il mancato possesso, in capo alla società progettista, del requisito di capacità economica-finanziaria richiesto dal disciplinare di gara.

La questione si incentra dunque sulla possibilità o meno, per l’operatore economico, di provvedere alla sostituzione del progettista indicato con un altro progettista in possesso di tutti i requisiti speciali richiesti per l’esecuzione dei servizi tecnici.

Secondo l’orientamento della stessa Sezione, la qualificazione del progettista indicato come soggetto diverso dal concorrente, incaricato di redigere il progetto esecutivo e non di formulare l’offerta, escluderebbe in radice che la sua sostituzione con un professionista in possesso dei requisiti speciali di partecipazione possa determinare una modificazione dell’offerta o una modificazione soggettiva del concorrente².

Tuttavia, per i giudici del caso in questione, occorre

verificare se la sostituzione del professionista indicato, certamente ammissibile in linea di principio sulla scorta della sua qualificazione come professionista esterno che “*collabora*” con l’operatore economico, determini, nel caso concreto, una modificazione sostanziale dell’offerta. Per il Collegio, infatti, non può essere trascurato il coinvolgimento del professionista indicato per la progettazione sia nella redazione dell’offerta che nell’esecuzione del contratto³.

L’indagine deve dunque essere effettuata ricostruendo in via interpretativa il ruolo effettivo che la *lex specialis* assegna al progettista incaricato nella conformazione dell’offerta. Ebbene, alla luce di quanto prescritto nel caso di specie dal disciplinare di gara, per i giudici è ragionevole desumere che la *lex specialis* considera tutt’altro che irrilevanti le capacità del progettista indicato, ai fini non solo della predisposizione della progettazione esecutiva degli interventi di efficientamento energetico, ma anche della sua valutazione nell’ambito del punteggio da attribuire all’offerta tecnica. Sicché la sostituzione del progettista indicato in sede di partecipazione alla gara è idonea a determinare in concreto un’inammissibile modificazione sostanziale dell’offerta tecnica⁴.

In conclusione dunque, per il TAR, la stazione appaltante ha correttamente escluso la società concorrente dal lotto di interesse della procedura di gara, per carenza dei requisiti speciali del progettista indicato per la progettazione esecutiva, senza richiedere al concorrente la sua sostituzione. Da qui il respingimento del ricorso.

3. La conclusione sarebbe valida anche alla luce del nuovo Codice?

Può essere interessante ora comprendere se al medesimo approdo interpretativo sia dato giungere anche applicando la normativa di nuovo conio contenuta nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. La risposta può essere data anzitutto ricordando la disciplina dell’appalto integrato e dell’avvalimento dettata rispettivamente nell’art. 44 e nell’art. 104 del nuovo Codice, entrambi apportanti modifiche al sostrato giuridico degli istituti in questio-

(1) Corte di giustizia UE, 11 giugno 2020, causa C-219/19.

(2) TAR Lombardia, sez. I, 27 gennaio 2021, n. 252; CGARS, sez. I, 31 marzo 2021, n. 276.

(3) Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2022, n. 9923; Id., 27 luglio 2021, n. 5563.

(4) Corte di giustizia UE, 3 giugno 2021, causa C-210/20.

ne, normati, come noto, dall'art. 59 e dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016.

3.1. L'appalto integrato nel d.lgs. 36/2023

Con l'art. 44, in particolare, si liberalizza l'appalto integrato. Il comma 1 prevede che negli appalti di lavori, con la decisione di contrarre, la stazione appaltante o l'ente concedente, se qualificati, possano stabilire che il contratto abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato, precisandosi altresì che la facoltà di affidamento congiunto di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori non possa però essere esercitata per gli appalti di opere di manutenzione ordinaria.

Il comma 2 dispone inoltre che la stazione appaltante o l'ente concedente motivano la scelta con riferimento alle esigenze tecniche e tenendo sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto.

Il comma 3 stabilisce poi che in caso di appalto integrato gli operatori economici debbano possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione, puntualizzando anche come la qualificazione per la progettazione comprenda pure l'uso di metodi e strumenti digitali per la gestione informativa mediante modellazione.

Il comma 4 prevede che l'offerta deve essere valutata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo; la stessa, avente ad oggetto sia il progetto esecutivo che il prezzo, deve indicare distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori.

Ancora, ai sensi del comma 5, l'esecuzione dei lavori può iniziare solo dopo l'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto esecutivo. Mentre il comma 6, per i casi in cui l'operatore economico si avvalga di uno o più soggetti qualificati alla redazione del progetto, disciplina da ultimo le modalità di corresponsione diretta al progettista degli oneri relativi alla progettazione esecutiva indicati in sede di offerta. Per quanto qui di interesse, è dato solo rilevare come l'art. 59, comma 1-bis, del d.lgs. 50/2016 aggiunga

inoltre che i requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto debbano essere previsti nei documenti di gara. Inciso che può dirsi implicito nel comma 3 del nuovo art. 44. Dunque, a livello normativo, la posizione del progettista indicato nell'ambito di un appalto integrato dovrebbe essere, nel nuovo Codice, la medesima di quella assunta sulla base del d.lgs. 50/2016⁵.

A riguardo, peraltro, preme ricordare come, nella citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 13/2020, l'indicazione del progettista nell'appalto integrato venga assimilata a quella dell'ausiliario nell'avvalimento. Ciò, tuttavia, non significa che il rapporto tra progettista indicato e impresa partecipante qualificata per la sola costruzione debba essere necessariamente formalizzato in un contratto di avvalimento ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016. Tanto che la stessa ANAC ha chiarito come il sopra menzionato art. 59, comma 1-bis (e già in precedenza l'art. 53, comma 3, dell'abrogato d.lgs. 163/2006) preveda che l'operatore economico sprovvisto della qualificazione per la progettazione possa ricorrere, alternativamente, a due soluzioni organizzative, consistenti: *i*) nell'associazione in RTI con professionisti; *ii*) o nel ricorso al supporto di progettisti qualificati. Mentre da tale disposizione non discende alcun obbligo per i progettisti designati di costituirsi in raggruppamento temporaneo di professionisti o di sottoscrivere un contratto di avvalimento per assumere la qualifica di soggetti ausiliari al fine di prestare i requisiti mancanti alla società qualificata per la sola attività di costruzione⁶. Cionondimeno, sulla scorta della suddetta assimilazione, è stato possibile per il MIMS richiamare proprio l'art. 89, comma 6, del d.lgs. 50/2016, secondo cui è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie. In tal caso – spiega il MIMS – la norma non prevede l'obbligo di raggruppamento tra i più ausiliari. Dunque, per analogia, in assenza di diverse regole nella *lex specialis* di gara, si potrà dire legittima l'indicazione di più progettisti da parte dell'operatore economico privo di attestazione SOA di progettazione e costruzione, in caso di affidamenti di progettazione e costruzione, anche ove i due o più progettisti non formino tra di loro rag-

(5) Per ulteriori approfondimenti sia consentito rinviare a: B. ARMELI, *Il ruolo del progettista nei modelli attuali di appalto integrato*, in *Appalti&Contratti*, 2022, 10, pp. 66-77.

(6) Delibera ANAC 27 aprile 2022, n. 210.

gruppamento. Pertanto, i requisiti di capacità previsti dal bando potranno essere soddisfatti dal concorrente mediante i requisiti dei progettisti indicati, in modo cumulativo, fermo il rispetto del bando in relazione ai requisiti di legittimazione e di professionalità⁷.

3.2. L'avvalimento nel d.lgs. 36/2023

Occorre allora confrontare il testo del nuovo art. 104, in materia di avvalimento, con quello del precedente art. 89 del d.lgs. 50/2016. In particolare, viene introdotto l'avvalimento c.d. "premiale", finalizzato ad ottenere un punteggio più elevato. Pertanto l'operatore economico può avvalersi delle risorse altrui non solo per acquisire un requisito di partecipazione, ma anche per migliorare la propria offerta, da specificare ai sensi del comma 4. Il comma 12 precisa altresì che, nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione.

È ammesso inoltre l'avvalimento anche non oneroso, a condizione che soddisfi pure un interesse dell'ausiliaria e, in ogni caso, il relativo contratto può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti, secondo quanto disposto dal comma 1 della disposizione in parola.

Resta ancora possibile la sostituzione dell'impresa ausiliaria che non soddisfi un pertinente criterio di selezione o per la quale sussistano motivi di esclusione, ai sensi del comma 6 e similmente a quanto prescritto dal comma 3 dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016. Invero, la duplice condizione che la sostituzione: *i)* avvenga nel termine perentorio assegnato dalla stazione appaltante; *ii)* e che non conduca ad una modificazione sostanziale dell'offerta dell'operatore economico, è prevista soltanto per il caso di dichiarazioni mendaci. Tuttavia, va da sé, che dovrebbe valere per qualsiasi caso di sostituzione, anche quello di mancato possesso di un requisito previsto dalla *lex specialis* per soddisfare un pertinente criterio di selezione.

È bene altresì evidenziare come nel nuovo art. 104 manchi l'espresso divieto, sancito invece dal comma 6 dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016, secondo il quale l'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto.

In sostanza, non viene riprodotto il divieto del c.d. "avvalimento a cascata", nonostante quest'ultimo non venga espressamente ammesso. Ergo, dovrebbe intendersi implicitamente consentito. Del resto, con lettera di messa in mora C-(2019) 452 final del 24 gennaio 2019 (infrazione n. 2018/2273), la Commissione europea aveva rilevato che l'art. 89, comma 6, in questione, laddove dispone che "*il soggetto delle cui capacità l'operatore intende avvalersi non può affidarsi a sua volta alle capacità di un altro soggetto*", viola: l'art. 38, par. 2, della Direttiva 2014/23/UE, l'art. 63, par. 1, della Direttiva 2014/24/UE e l'art. 79, parr. 1 e 2, della Direttiva 2014/25/UE.

3.3. Risposta

Alla luce del nuovo quadro normativo sopra delineato, pare dunque potersi rispondere affermativamente alla domanda sopra formulata, se pur con talune precisazioni. È dato infatti desumere che:

- la posizione del progettista indicato nell'ambito di un appalto integrato resta nel nuovo Codice la medesima di quella assunta sulla base del d.lgs. 50/2016;
- le soluzioni organizzative per l'operatore economico sprovvisto della qualificazione per la progettazione, tenuto ad indicare il progettista esterno, restano quelle indicate da ultimo dall'ANAC nella Delibera 27 aprile 2022, n. 210;
- non vi sono nuove disposizioni normative contrarie all'intendimento fornito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 13/2020, secondo cui l'indicazione del progettista nell'appalto integrato può assimilarsi a quella dell'ausiliario nell'avvalimento;
- tuttavia le innovazioni legislative riguardanti quest'ultimo istituto non restano ininfluenti rispetto alla predetta assimilazione, implicando in linea astratta che:
 - i) l'impresa concorrente nella gara di appalto integrato possa ricorrere all'indicazione del progettista esterno quand'anche sia essa stessa qualificata pure per la progettazione, ma intenda raggiungere un punteggio più elevato (in virtù di quanto previsto per l'avvalimento c.d. premiale);
 - ii) il progettista indicato, qualora carente di taluni requisiti prescritti dai criteri di selezione e

(7) MIMS, Parere n. 1094/2021.

- sempre che ciò non comporti una modifica sostanziale dell'offerta dell'impresa concorrente, non necessariamente debba venire sostituito, ma possa a sua volta indicare altro progettista qualificato (in virtù del mancato divieto di avvalimento c.d. "a cascata");
- rimane in ogni caso fermo il principio affermato dalla sentenza qui riportata, secondo cui, ai fini dell'ammissibilità o meno della sostituzione (o eventualmente "integrazione") del progettista indicato, deve necessariamente effettuarsi un'indagine, ricostruendo in via interpretativa il ruolo effettivo che la *lex specialis* assegna al progettista incaricato nella conformazione dell'offerta, verificando, in particolare, che la sostituzione del progettista indicato in sede di partecipazione alla gara non sia idonea a determinare in concreto un'inammissibile modificazione sostanziale dell'offerta tecnica (in virtù del limite imposto anche nel caso di avvalimento).

A conclusione sia comunque consentito osservare come, a parere di scrive, per quanto quest'ultimo principio, peraltro immanente all'intera disciplina delle procedure di affidamento dei contratti pubblici (e non solo a quella dell'avvalimento), rimanga fermo anche nel nuovo quadro normativo e sia in grado di ben filtrare i casi di sostituzione (diretta o indiretta) del progettista indicato, l'assimilazione dell'indicazione del progettista medesimo a quella dell'ausiliario rischia oggi, con lo sfondo del nuovo Codice, di creare complicità o comunque maggiori incertezze sul piano operativo a fronte delle lacune normative che continuano a caratterizzare questa "indicazione" da parte dell'impresa concorrente nell'appalto integrato. È bene quindi ribadire pure quella possibilità indicata dal MIMS che acconsente al concorrente di soddisfare i requisiti di capacità previsti dal bando mediante i requisiti di più progettisti indicati, in modo cumulativo, scongiurando così a monte la necessità di una sostituzione postuma.