

Publicato il 09/12/2022

N. 02715/2022 REG.PROV.COLL.

N. 01542/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1542 del 2022 proposto dai Sigg. Giuseppe Cervarolo, Andrea Muoio e Anna Maria Miracco rappresentati e difesi dagli avvocati Salvatore Coscarelli e Antonio Coscarelli e con domicilio digitale come da PEC da Registri Giustizia;

*contro*

Provincia di Varese in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Albertini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero dell'Istruzione, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria ex lege in Milano, via Freguglia, 1;

*nei confronti*

Fmc Engineering S.r.l., Ergoin S.r.l., Arturo Cervone e Salvatore Maurizio Martino, non costituiti in giudizio;

*per l'annullamento, previa sospensione*

- della determinazione dirigenziale n. 1159 del 28/6/2022, pubblicata sulla piattaforma SINTEL in data 29/06/2022, di aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del servizio di architettura e ingegneria per "Interventi di adeguamento normativo e funzionale - ISIS Facchinetti e IPSSCTS Verri Distaccamento via Azimonti 5 Castellanza - CUP J25B18000260001- Codice Edificio 0120420447";
- del verbale di gara prot. 26138 del 30/5/2022 di ammissione alla valutazione delle offerte tecniche dell'operatore economico n. 2 - FMC Engineering S.r.l. di Napoli - P.IVA 06905321219;
- del verbale prot. 26140/2022 del 30/5/2022, di assegnazione del punteggio alle offerte tecniche;
- del verbale prot. 26717/2022 del 1/6/2022 di aggiudicazione provvisoria della gara;
- del provvedimento dirigenziale del 2/8/2022 di riscontro negativo all'istanza di annullamento in autotutela del 26/7/2022;
- del provvedimento del RUP del 2.8.2022, di rigetto della istanza di accesso a documentazione integrativa di comprova del possesso dei requisiti dell'operatore economico aggiudicatario.
- di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Varese e del Ministero dell'Istruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2022 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La Provincia di Varese ha indetto una procedura di gara per l'affidamento del servizio di architettura e ingegneria per “interventi di adeguamento normativo e funzionale” dell'immobile che ospita gli Istituti ISIS Facchinetti e IPSSCTS Verri di Castellanza, finanziato con fondi PNRR.

2. I sig.ri Giuseppe Cervarolo, Andrea Muoio e Anna Maria Miracco - secondi classificati - hanno impugnato la determinazione dirigenziale n. 1159 del 28/6/2022 con cui la gara è stata aggiudicata al raggruppamento temporaneo composto dalla FMC Engineering s.r.l., dalla Ergoin s.r.l. e dall'ing. Cervone, i verbali indicati in epigrafe, il provvedimento del 2.8.2022 del dirigente dell'Area tecnica, di conferma dell'aggiudicazione definitiva, e il provvedimento del RUP del 2.8.2022, di rigetto di un'istanza di accesso.

3. Queste le censure dedotte:

I. primo e terzo motivo: violazione dell'art.46 del D.Lgs n.50/2016, dell'art.48 del D.Lgs n.50/2016 e ssmii. e del disciplinare di gara. La mandante del raggruppamento aggiudicatario, la Ergoin s.r.l., che partecipa al raggruppamento con una quota di partecipazione pari al 10%, non avrebbe i requisiti richiesti dal disciplinare al punto 7.3, lett. A) come risulterebbe dal documento di gara unico europeo (DGUE), sezione C, lettera 1b), in cui viene dichiarato che tali requisiti sono “a carico della mandataria” e non viene, difatti, indicata alcuna attività di progettazione;

II. secondo motivo: violazione ed erronea applicazione dell'art.24, commi 2 e 5 del D.Lgs n.50 del 2016 e del D.M. 2 dicembre 2016 n.263 poiché nella dichiarazione resa dall'aggiudicatario, viene indicato quale giovane professionista l'Ing. Salvatore Maurizio Martino che però svolgerebbe una mera attività di supporto e non un'attività di progettazione in senso stretto;

III. quarto motivo, quinto motivo e sesto motivo: violazione dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica ex D.Lgs 18/4/2016 n.50; violazione del giusto procedimento ex art.1 e ss. della legge 241/1990, irragionevolezza, violazione del principio di imparzialità e di par condicio, travisamento dei fatti per avere ammesso un soggetto privo dei requisiti; omessa o insufficiente motivazione in ordine all'assenza dei requisiti del RTI aggiudicatario, eccesso di potere per mancata istruttoria, assenza di motivazione e violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa ex art.97 Cost. per omessa motivazione e istruttoria sull'istanza di annullamento in autotutela.

4. I ricorrenti hanno inoltre domandato la condanna dell'amministrazione a disporre l'aggiudicazione a loro favore e in subordine al risarcimento del danno.

5. Si è costituita in giudizio la Provincia di Varese, deducendo, oltre all'infondatezza nel merito del ricorso, la sua irricevibilità.

6. Con ordinanza n. 1034/2022, l'istanza cautelare proposta dai ricorrenti è stata respinta ed è stata altresì ordinata l'integrazione del contraddittorio nei confronti del Ministero dell'istruzione, in conformità a quanto previsto all'art. 12 bis, c. 4, d.l. n. 68/2022, convertito dalla l. n. 108/2022, integrazione cui i ricorrenti hanno tempestivamente provveduto.

7. Il Ministero dell'istruzione si è costituito in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso con memoria di mero stile.

8. All'udienza del 29 novembre 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

9. Il Collegio ritiene di poter tralasciare l'esame della questione di rito sollevata dalla Provincia di Varese, stante l'infondatezza nel merito della domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

10. Con il primo ed il terzo motivo di ricorso viene contestata la sussistenza del requisito di cui al punto 7.3, lett. A) del disciplinare in capo al raggruppamento aggiudicatario della gara, sia esso un raggruppamento di tipo verticale – in tal caso

la mandataria avrebbe dovuto assolvere i requisiti relativi alla prestazione principale (impianti IA.03) e le mandanti avrebbero dovuto assolvere i requisiti relativi alla prestazione secondaria (impianti IA.02) - o un raggruppamento di tipo orizzontale, come dimostrerebbe il DGUE presentato in sede di gara in cui la Ergoin s.r.l., pur partecipando al raggruppamento con una quota pari al 10%, ha dichiarato che il requisito era “a carico della mandataria”, in violazione del punto 7.4. del disciplinare.

10. La censura è infondata.

10.1 Dalle dichiarazioni rese nell'allegato 2 del DGUE si evince che il raggruppamento controinteressato è composto da operatori che svolgono il medesimo tipo di prestazione (FMC Engineering s.r.l. - mandataria: progettazione preliminare, esecutiva, Direzione lavori e Coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione e collaudo per una quota di esecuzione pari all'87,00%; Ergoin s.r.l. – mandante: Progettista antincendio, Progettista esperto in diagnosi energetica (EGE), Progettista in materia di acustica per una quota di esecuzione pari al 10,00%; Ing. Arturo Cervone –mandante: integrazione tra le prestazioni specialistiche per una quota di esecuzione pari al 3,00%). Si tratta, quindi, di un raggruppamento di tipo orizzontale, come, d'altro canto, è stato riconosciuto dagli stessi ricorrenti nell'istanza di annullamento in autotutela del 25 luglio 2022.

10.2 Il disciplinare al punto 7.3, lett. A) prevedeva, quale requisito di capacità tecnica e professionale, l'aver espletato, negli ultimi dieci anni dalla data di pubblicazione del bando, servizi di ingegneria e di architettura e relativi lavori di ognuna delle categorie e ID indicate nella successiva tabella e il cui importo complessivo, per ogni categoria e ID, fosse almeno pari a 1 volta l'importo stimato dei lavori della rispettiva categoria e ID”: per l'ID Opere “IA.03” (impianti elettrici e speciali a servizio delle costruzioni – singole apparecchiature per laboratori e impianti pilota) valore dell'opera €2.500.000,00 e per “ID IA.02” (impianti meccanici a fluido a servizio delle costruzioni) valore dell'opera €850.000,00.

10.3 In caso di raggruppamento orizzontale, al punto 7.4 del disciplinare è stato previsto che il requisito dell'elenco dei servizi di ingegneria e architettura di cui al punto 7.3 lett. a), *“essendo frazionabile deve essere posseduto [...] dal raggruppamento nel suo complesso, dalla mandataria in misura maggioritaria rispetto alle mandanti; [...]”*.

10.4 Ad avviso del Collegio, il fatto che la mandataria FMC Engineering s.r.l. possieda l'intero requisito assicura il possesso del requisito in capo al raggruppamento nel suo complesso ed, altresì, in misura maggioritaria rispetto alle mandanti, in conformità a quanto richiesto al punto 7.4 del disciplinare.

Per costante giurisprudenza, "dopo l'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 27/2014, non può dubitarsi che negli appalti di servizi e forniture non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara", sicché rientra nella discrezionalità della stazione appaltante stabilire le quote che devono essere possedute dalle imprese partecipanti ai raggruppamenti (Consiglio di Stato, Sezione V, n. 1101/2020, n. 8249/2019 e Sezione III, n. 4025/2019, n. 3331/2019 e n. 4336/2017).

Nel caso di specie, la legge di gara non richiede il possesso di un requisito minimo in capo alle mandanti: deve, quindi, ritenersi consentito al raggruppamento di giovare del possesso della totalità del requisito da parte della mandataria (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 8249/2019; sent. n. 4123/2022, secondo cui “negli appalti di servizi e forniture il regime della responsabilità solidale elide i paventati rischi di elusione del principio di affidabilità degli operatori economici, rimettendo all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante l'eventuale prescrizione del possesso di una quota minima di requisito in capo alle mandanti del rti, ad ulteriore garanzia di serietà ed affidabilità tecnica ed imprenditoriale dell'impresa”).

Il raggruppamento controinteressato non doveva, pertanto, essere escluso dalla gara per carenza del requisito in capo alla mandante.

11. Con il secondo motivo viene contestata la violazione dell'art.24, commi 2 e 5 del D.Lgs n.50 del 2016 e del D.M. 2 dicembre 2016 n.263, poiché nella dichiarazione presentata dall'aggiudicatario veniva indicato quale giovane professionista l'Ing. Salvatore Maurizio Martino e si affermava che questi avrebbe svolto attività di “supporto alla stesura degli elaborati progettuali e grafici” e, dunque, non un'attività di progettazione in senso stretto.

12. La censura è infondata.

L'art. 24, comma 5, del codice dei contratti prevede che: *“il regolamento di cui al comma 2 individua anche i criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, di cui le stazioni appaltanti tengono conto ai fini dell'aggiudicazione”*.

In attuazione di questa disposizione normativa è stato adottato il D.M. n. 263/2016, il cui art. 4 stabilisce che: *“i raggruppamenti temporanei, inoltre, devono prevedere la presenza di almeno un giovane professionista, laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell'Unione europea di residenza, quale progettista”*.

La lex specialis ha previsto, ai punti 7.1 e 7.4 del disciplinare di gara, quale condizione di partecipazione per i raggruppamenti temporanei di cui all'art. 46, c. 1 lett. C) del codice *“la presenza, quale progettista, di un giovane professionista sensi dell'art. 4 del d.m. 263/2016”* e ha richiesto, al punto 15.5 del disciplinare, l'indicazione di *“nome, cognome, codice fiscale, estremi dei requisiti (titolo di studio, data di abilitazione e n. iscrizione all'albo professionale), posizione nel raggruppamento del giovane professionista di cui all'art. 4 del d.m. 263/2016”*.

In forza di queste disposizioni, deve ritenersi che il raggruppamento controinteressato, per potere prendere parte alla gara, fosse tenuto ad assicurare “la presenza” di un giovane professionista in possesso dei requisiti previsti all'art. 4 del

d.m.; non era però tenuto a specificare, già in sede di offerta, le prestazioni che questi dovrà svolgere.

Laddove la *lex specialis* non richieda un tale livello di dettaglio, deve, conseguentemente, ritenersi che la verifica dell'effettiva partecipazione del giovane professionista alla progettazione assuma rilievo unicamente nella fase di esecuzione dell'appalto (nel caso di specie, tale partecipazione c'è stata, avendo l'ing. Salvatore Maurizio Martino sottoscritto il progetto, doc. 65 della Provincia) (cfr. analogamente Cons.Stato, sez. V, sent. n. 1932/2017; Tar Calabria, Reggio Calabria, sent. n. 305/2020).

A fronte di ciò, la dichiarazione resa dal raggruppamento controinteressato – secondo cui “ai sensi dell'art. 4 comma 1 del Decreto MIT n. 263 del 02 dicembre 2016 è presente il seguente giovane professionista laureato, abilitato da meno di 5 anni: ing. Salvatore Maurizio Martino (Dipendente della FMC Engineering, Mandataria RTI costituendo) iscritto presso l'Ordine Professionale degli Ingegneri di Napoli al n. 22923 dal 27/05/2021, che parteciperà al supporto alla stesura degli elaborati progettuali e grafici” - pur presentando margini di equivocità - stante, da un lato, il richiamo all'art. 4 del d.m. e dall'altro dell'utilizzo dell'espressione “supporto alla stesura” dei progetti – non doveva portare alla sua esclusione.

12. Il terzo, il quarto e il sesto motivo – con cui i ricorrenti si sono limitati a ribadire, genericamente, l'assenza dei requisiti in capo al raggruppamento aggiudicatario e degli atti impugnati per difetto di motivazione – sono privi di fondamento per le ragioni sopra affermate.

13. È infine infondato anche il quinto motivo con cui i ricorrenti hanno contestato la legittimità della nota del 2 agosto 2022 - con cui la stazione appaltante, a riscontro dell'istanza di annullamento in autotutela presentata dai ricorrenti, ha confermato il provvedimento di aggiudicazione - per carenza di motivazione e di istruttoria e per il mancato coinvolgimento del RUP e della commissione di gara, vizi non sussistenti,



stante la non doverosità dell'esercizio del potere di autotutela, e che comunque non vanno a inficiare la legittimità del provvedimento di aggiudicazione.

14. La reiezione dei motivi di ricorso comporta anche il rigetto delle domande di condanna dell'amministrazione a disporre l'aggiudicazione in loro favore e al risarcimento del danno.

15. Quanto alla domanda di annullamento del provvedimento del 2/8/2022 di rigetto dell'istanza di accesso, essa è inammissibile, non essendo stata formulata alcuna censura avverso tale atto.

16. Per le ragioni esposte, il ricorso è in parte infondato e, in parte, inammissibile.

17. Le spese seguono la soccombenza nei confronti della Provincia di Varese e si liquidano in dispositivo; sono invece compensate nei confronti del Ministero dell'istruzione in ragione della costituzione di mero stile.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, in parte lo respinge e in parte lo dichiara inammissibile.

Condanna i ricorrenti al pagamento delle spese di giudizio a favore della Provincia di Varese, che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre oneri di legge. Spese compensate nei confronti del Ministero dell'istruzione.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**Silvia Cattaneo**

**Gabriele Nunziata**

IL SEGRETARIO