

Publicato il 27/03/2023

N. 00692/2023 REG.PROV.COLL.
N. 02191/2022 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2191 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da Salvatore Ronga S.r.l., Fenix Consorzio Stabile Scarl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Antonio Melucci, Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Cultura, Soprintendenza Beni Culturali di Salerno, in persona del Ministro in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Salerno, domiciliataria *ex lege* in Salerno, c.so Vittorio Emanuele, 58;

Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa S.p.A. – Invitalia S.P.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Liroso, Marco Martinelli, Pietro De Corato, e Giulia De Paolis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Hera Restauri S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Barbara Del Duca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

UCSI – Unione dei Consorzi Stabili Italiani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Facchini, Gaia Di Lernia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo, per l'annullamento, previa sospensione:

- a. del provvedimento del 30.11.2022 con il quale la Invitalia Spa ha disposto l'esclusione dell'ATI Salvatore Ronga Srl – Fenix Consorzio Stabile Scarl dalla procedura indetta per l'affidamento dei “lavori di restauro e valorizzazione relativi all'intervento “Velia, Città delle acque” – Lotto III per presunta carenza del requisito dell'Attestazione SOA richiesto dal disciplinare di gara;
- b. del provvedimento del 30.11.2022 con il quale la Invitalia Spa ha dato atto dei concorrenti ammessi ed esclusi;
- c. della nota pec di trasmissione dei provvedimenti sub. a) e sub. b);
- d. di tutti gli atti e verbali di gara, ed in particolare del verbale n. 1 del 14.09.2022, n. 2 dell'8.11.2022 e n. 3 del 16.11.2022;
- e. ove e per quanto occorra, della nota del 10.11.2022 con la quale Invitalia Spa ha attivato il soccorso istruttorio in favore dell'ATI ricorrente ed ha, al contempo, richiesto chiarimenti in ordine al requisito della Attestazione SOA della consorziata indicata quale esecutrice dal Fenix Consorzio Stabile Scarl, mandatario;
- f. del disciplinare di gara, punto 10.04.2, nella parte in cui ha prescritto, con riferimento ai Consorzi Stabili che “Con specifico riferimento alle lavorazioni di ciascuna categoria, si precisa che, a pena di esclusione, qualora uno degli operatori economici di cui alle precedenti lett. a) e b) in possesso dei requisiti ivi prescritti, intenda indicare una consorziata esecutrice, ai sensi del

combinato disposto degli articoli 146, co. 2, e 148, co. 4, del Codice dei Contratti la stessa consorziata esecutrice, eventualmente designata per l'esecuzione dei lavori, dovrà possedere in proprio la qualificazione” se inteso a vietare il cumulo alla rinfusa anche per le categorie di lavorazioni OG 13;

g. ove e per quanto occorra, della nota del 27.12.2022 con la quale la Invitalia ha respinto l'istanza di annullamento in autotutela trasmessa dall'ATI ricorrente in data 19.12.2022;

h. di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, anche non conosciuto;

nonché per l'accertamento, in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 lett. d) n. 1) c.p.a.:

- della nullità del disciplinare di gara, punto 10.04.2, nella parte in cui ha prescritto, con riferimento ai Consorzi Stabili che “Con specifico riferimento alle lavorazioni di ciascuna categoria, si precisa che, a pena di esclusione, qualora uno degli operatori economici di cui alle precedenti lett. a) e b) in possesso dei requisiti ivi prescritti, intenda indicare una consorziata esecutrice, ai sensi del combinato disposto degli articoli 146, co. 2, e 148, co. 4, del Codice dei Contratti la stessa consorziata esecutrice, eventualmente designata per l'esecuzione dei lavori, dovrà possedere in proprio la qualificazione” se inteso a vietare il cumulo alla rinfusa anche per le categorie di lavorazioni OG 13;

- del diritto della Società ricorrente alla partecipazione all'appalto controverso. Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Salvatore Ronga S.r.l. il 16/1/2023:

nonché avverso e per l'annullamento – previa sospensione:

a. del provvedimento del 23.12.2022 con il quale la S.A. ha approvato i verbali di gara ed ha disposto l'aggiudicazione dei “lavori di restauro e valorizzazione relativi all'intervento “Velia, Città delle acque” – Lotto III” in favore dell'ATI Hera Restauri Srl - Vivai Antonio Marrone Srl;

b. di tutti gli atti e provvedimenti presupposti, ed in particolare dei verbali di gara n. 4 del 01.12.2022, n. 5 del 15.12.2022 e n. 6 del 15.12.2022; c. ove e per quanto occorra, della proposta di aggiudicazione;

d. di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, anche non conosciuti,

nonché per l'accertamento in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 cpa, del diritto dell'ATI ricorrente alla aggiudicazione dell'appalto controverso previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con diritto al subentro nell'affidamento dell'odierna ricorrente che sin da ora manifesta il proprio consenso.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Cultura, della Soprintendenza Beni Culturali di Salerno, dell'Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo D'Impresa S.p.A. – Invitalia S.P.A., e di Hera Restauri S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2023 il dott. Fabio Di Lorenzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Con il ricorso introduttivo parte ricorrente ha impugnato, unitamente agli atti connessi e presupposti, il provvedimento del 30.11.2022 con il quale la Invitalia Spa ha disposto la sua esclusione dalla procedura indetta per l'affidamento dei “lavori di restauro e valorizzazione relativi all'intervento “Velia, Città delle acque” – Lotto III per presunta carenza del requisito dell'Attestazione SOA richiesto dal disciplinare di gara, nonché il disciplinare di gara, punto 10.04.2, nella parte in cui ha prescritto, con riferimento ai Consorzi Stabili che *“Con specifico riferimento alle lavorazioni di ciascuna categoria, si precisa che, a pena di esclusione, qualora uno degli operatori economici di cui alle precedenti lett. a) e b) in possesso dei requisiti ivi prescritti, intenda indicare una consorziata*

esecutrice, ai sensi del combinato disposto degli articoli 146, co. 2, e 148, co. 4, del Codice dei Contratti la stessa consorziata esecutrice, eventualmente designata per l'esecuzione dei lavori, dovrà possedere in proprio la qualificazione” se inteso a vietare il cumulo alla rinfusa anche per le categorie di lavorazioni OG 13.

Si è costituita Invitalia S.p.A. deducendo l'infondatezza del ricorso.

Il Ministero della Cultura e la Soprintendenza dei Beni Culturali di Salerno si sono costituiti per resistere all'impugnazione.

Si è costituita *ad adiuvandum* l'Unione dei Consorzi Stabili Italiani.

Con i motivi aggiunti parte ricorrente ha impugnato, unitamente agli atti connessi e presupposti, il provvedimento del 23.12.2022 con il quale la S.A. ha approvato i verbali di gara ed ha disposto l'aggiudicazione dei “lavori di restauro e valorizzazione relativi all'intervento “Velia, Città delle acque” – Lotto III” in favore dell'ATI Hera Restauri Srl - Vivai Antonio Marrone Srl.

La controinteressata Hera Restauri Srl si è costituita per resistere al ricorso.

Dopo lo scambio di memorie tra le parti, all'esito dell'udienza pubblica di discussione del giorno 22 marzo 2023 il Collegio ha riservato la decisione.

2. Prima di esaminare i motivi di ricorso, è opportuna una ricostruzione fattuale della vicenda per cui è causa.

Invitalia Spa ha indetto una gara per l'affidamento dei lavori di restauro e valorizzazione relativi all'intervento “Velia, Città delle Acque”, richiedendo il possesso delle categorie di lavorazioni OG 2 – Class. III bis, OG 13 – Class. III bis, OS 25 – Class. III.

L'odierna parte ricorrente, ATI Salvatore Ronga Srl – Fenix Consorzio Stabile Scarl, ha partecipato alla procedura in costituenda ATI verticale, dichiarando le seguenti quote di lavorazioni: Salvatore Ronga Srl (capogruppo) – OG2 e OS 25 al 100%; Consorzio Fenix (mandante) – OG 13 al 100%. In particolare, il Consorzio Fenix è in possesso di Attestazione SOA OG13 – Class. V, e ha indicato quale consorziata esecutrice la OG 2 – Green.

In sede di gara, Invitalia ha richiesto chiarimenti all'ATI ricorrente in merito alla mancata dimostrazione del requisito dell'Attestazione SOA OG13 in capo

alla consorziata indicata quale esecutrice dalla mandante Fenix; a tale richiesta di chiarimenti il Consorzio ha rappresentato la sussistenza del c.d. cumulo alla rinfusa così che non sarebbe necessaria la qualificazione da parte della consorziata, e potendo comunque il Consorzio eseguire in proprio le lavorazioni in OG 13.

Invitalia, non recependo i chiarimenti dell'odierna parte ricorrente, con provvedimento del 30.11.2022 l'ha esclusa dalla gara, evidenziando che i lavori oggetto di affidamento rientrano nel Progetto di Valorizzazione del Parco Archeologico di Velia, e che ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 146 comma 2 e 148 commi 1 e 4 del D.Lgs. n. 50/2016 sarebbe inapplicabile, per tutte le categorie di lavorazioni indicate, il c.d. cumulo alla rinfusa.

Tale esclusione è stata impugnata dalla odierna parte ricorrente; nelle more del giudizio è intervenuto il provvedimento di aggiudicazione in favore di Hera Restauri Srl, impugnato con i motivi aggiunti.

3. In via preliminare, Invitalia ha eccepito l'improcedibilità del ricorso introduttivo per la mancata impugnazione dell'aggiudicazione. L'eccezione è tuttavia destituita di fondamento, in quanto l'aggiudicazione è stata impugnata con i motivi aggiunti.

Sempre in via preliminare Invitalia ha eccepito l'inammissibilità dei primi due motivi di ricorso introduttivo (ma questioni analoghe sono sottese nelle prime due doglianze dei motivi aggiunti), in quanto è contestata l'esclusione, la quale tuttavia è applicativa delle clausole del disciplinare, impugnato solo con il terzo motivo. Il Collegio ritiene tuttavia che l'eccezione di inammissibilità sia infondata in quanto, dovendosi privilegiare la lettura complessiva dei motivi di ricorso, è dirimente che comunque nel ricorso, e in particolare nel terzo motivo, la censura avverso il disciplinare sia stata espressamente articolata.

Inoltre, la controinteressata Hera ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse del ricorrente, il quale non avrebbe mosso alcuna doglianza avverso la disposta aggiudicazione, limitandosi ad impugnare il

provvedimento di esclusione dalla graduatoria. Il Collegio ritiene di prescindere dall'esame dell'eccezione, in quanto nel merito il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti sono infondati.

4. I quattro motivi del ricorso introduttivo presentano questioni analoghe a quelle sottese ai corrispondenti quattro motivi dei motivi aggiunti, con i quali sono lamentati profili di illegittimità dell'aggiudicazione in via derivata rispetto alle doglianze articolate nel ricorso introduttivo. Quindi ricorso introduttivo e motivi aggiunti possono essere esaminati congiuntamente.

Con i primi due motivi del ricorso originario (e, analogamente, con le prime due doglianze dei motivi aggiunti) parte ricorrente ha lamentato l'illegittimità della propria esclusione, per violazione degli artt. 146 e 30 del d.lgs. n. 50 del 2016 nonché del principio del *favor participationis*, in quanto l'art. 146 del Codice prevedrebbe l'inapplicabilità del meccanismo del c.d. cumulo alla rinfusa per i consorzi stabili soltanto con riferimento alle lavorazioni relative alle categorie di beni culturali OG 2, OS 2A, OS 2B, OS 24, OS 25 e non anche alla categoria OG 13, con conseguente possibilità per quest'ultima di designare una consorziata del tutto priva di qualificazione. Ragionando diversamente, secondo parte ricorrente, si perverrebbe al risultato irragionevole di richiedere al consorzio stabile di "essere qualificato (interamente) per due volte, anche per le categorie di lavorazioni [...] per le quali non ricorrono speciali esigenze di tutela (nella specie, OG 13)".

Con il terzo motivo (e, analogamente, con la terza doglianza dei motivi aggiunti) parte ricorrente ha lamentato la nullità dell'art. 10.4.2 del Disciplinare "*se inteso a vietare il cumulo alla rinfusa anche per le categorie di lavorazioni OG 13*".

I primi tre motivi del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, in quanto intimamente connessi, possono essere esaminati congiuntamente.

4.1. Il Collegio ritiene opportuno esaminare prima la contestazione avverso il disciplinare di gara, articolata nel terzo motivo del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti. In particolare, nella parte in cui ha prescritto, con riferimento

ai Consorzi Stabili (punto 10.04.2), che “*Con specifico riferimento alle lavorazioni di ciascuna categoria, si precisa che, a pena di esclusione, qualora uno degli operatori economici di cui alle precedenti lett. a) e b) in possesso dei requisiti ivi prescritti, intenda indicare una consorziata esecutrice, ai sensi del combinato disposto degli articoli 146, co. 2, e 148, co. 4, del Codice dei Contratti la stessa consorziata esecutrice, eventualmente designata per l'esecuzione dei lavori, dovrà possedere in proprio la qualificazione*”; parte ricorrente ha sostenuto l'illegittimità di tale previsione, contestando la lettura della disposizione accolta nel provvedimento impugnato preclusiva del cumulo alla rinfusa anche per le categorie di lavorazioni OG 13, avendo il provvedimento impugnato evidenziato che l'art. 10.4.2 del Disciplinare “non ammette il ricorso al cd. cumulo alla rinfusa in riferimento ad alcuna delle categorie di lavorazioni, ivi inclusa la categoria scorporabile OG 13, ai sensi del combinato disposto degli articoli 146, co. 2, e 148, co. 1 e 4, del Codice dei Contratti”.

La doglianza è infondata, anche considerando la particolare tipologia di lavori oggetto di gara. In particolare, i lavori oggetto di gara richiedono il restauro e la valorizzazione di un bene culturale, il Parco di Velia, tutelato ai sensi del d.lgs. n. 42/2004, e infatti la gara è stata indetta ai sensi dell'art. 145 del d.lgs. n. 50/2016. Trova quindi applicazione l'art. 146, che prevede una disciplina speciale in ordine ai requisiti di qualificazione, stabilendo, nel comma 2, che “I lavori di cui al presente capo sono utilizzati, per la qualificazione, unicamente dall'operatore che li ha effettivamente eseguiti”, derivandone un rapporto indissolubile tra possesso della qualificazione ed esecuzione delle lavorazioni, per cui solo l'operatore qualificato per tale tipologia di lavori può in via personale e diretta eseguire i lavori.

Calando tali principi nell'istituto dei consorzi stabili, la giurisprudenza afferma che in tale tipologia di appalti il consorzio stabile può indicare, come esecutore delle opere, solo il consorziato che possieda in proprio le qualificazioni richieste dalla *lex specialis* per l'esecuzione dei lavori oggetto di affidamento, dovendosi escludere che in questo settore i consorzi stabili

possano qualificarsi con lo strumento del c.d. cumulo alla rinfusa (*ex multis*, Cons. St., sez. V, 7/3/2022, n 1615). Tale principio ha portata generale, a tutela dei particolari beni oggetto di lavori, e non può essere ridimensionato con la lettura restrittiva del citato art. 146 proposta da parte ricorrente, secondo cui in tale ambito il divieto del c.d. “cumulo alla rinfusa” opererebbe soltanto per le categorie OG 2 e OS 25 e non anche per la categoria OG 13.

Tale censura non può essere accolta, sia per il dato testuale del citato art. 146, sia per la particolare natura dei lavori per cui è causa.

Sotto il profilo testuale, l'art. 146 citato non opera la proposta distinzione in ordine alle categorie OG 2 e OS 25 da una parte, e categoria OG 13 dall'altra, per cui non può essere accolta la lettura restrittiva della norma proposta da parte ricorrente.

Sotto il profilo della natura dei lavori per cui è causa, occorre evidenziare che esiste una indissolubile connessione tra le tipologie di lavorazioni oggetto di gara, così che non è possibile prospettare un frazionamento delle lavorazioni, e delle categorie richieste in capo all'esecutore. In particolare, sono indissolubilmente connesse le lavorazioni relative all'elemento delle emergenze archeologiche e dei fronti di scavo, così che non è possibile, nell'esecuzione dei lavori, scindere le lavorazioni specialistiche da quelle generiche e di conseguenza scindere il possesso della qualificazione per le categorie OG 2, OS 25, e OG 13, che tutte debbono essere possedute da chi in concreto svolga la prestazione. Peraltro, tale indissolubilità delle lavorazioni ha giustificato la circostanza che non sia stata prevista la suddivisione in lotti, per le ragioni desumibili dal disciplinare (in particolare p. 3), il quale prevede che “in ragione dell'unicità realizzativa dell'intervento, per la necessità di assicurare l'uniformità, l'integrazione e la continuità dei diversi processi di lavorazione e per la conseguente opportunità di perseguire la massima sinergia nella gestione operativa delle diverse attività oggetto del medesimo intervento”; analogamente, l'art. 1.2 del Capitolato Speciale esclude la suddivisione in lotti “vista la natura e la specificità dei lavori, volti alla

sistemazione idrogeologica del parco Archeologico di Velia, con una continuità ed estensione territoriale e successioni delle fasi lavorative che costituiscono un “unicum funzionale”.

Alla luce di tali considerazioni, dalla lettura congiunta degli artt. 146, c. 2, e 148, c. 1 e 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 emerge che per la qualificazione per tutte le lavorazioni per cui è causa occorre applicare il regime speciale dei beni culturali di qualificazione “in proprio”; peraltro, anche in base al principio ricavabile dall’art. 148, c. 1, d.lgs. n. 50 del 2016 per l’ipotesi di affidamento congiunto, occorre evitare che le lavorazioni ad oggetto beni culturali siano svolte da operatori non qualificati, derivandone che, in ragione della indissolubilità delle varie lavorazioni oggetto di appalto, il necessario possesso “in proprio” dei requisiti di qualificazione previsto dall’art. 146 c. 2 d.lgs. n. 50 del 2016 non può che trovare applicazione per tutte le categorie di lavorazioni dell’appalto per cui è causa, e quindi per ciascuna delle categorie OG 2, OS 25 e OG 13.

Coerentemente con tali principi, l’art. 5 del Disciplinare, sul punto non impugnato da parte ricorrente, specifica che “Ai sensi e per gli effetti dell’articolo 148, co. 1, del Codice dei Contratti, l’affidamento congiunto delle lavorazioni appartenenti alla categoria OS 25 con le lavorazioni appartenenti alle categorie OG 2 e OG 13, è motivato dalla natura stessa dell’intervento e dalla necessità di assicurare, per tutte le fasi esecutive, una stretta interconnessione tra gli interventi di restauro delle superfici decorate e lapidee e le necessarie opere di consolidamento murario dei beni sottoposti a tutela”, unitamente a quelle afferenti alle opere di ingegneria naturalistica.

Ne consegue che non è censurabile l’art. 10.4.2 del disciplinare impugnato da parte ricorrente, in quanto applica i principi sopra descritti, nell’ottica della necessaria tutela e salvaguardia del bene protetto oggetto delle lavorazioni.

4.2. Con i primi due motivi del ricorso introduttivo e nelle corrispondenti prime due doglianze dei motivi aggiunti, parte ricorrente ha lamentato l’illegittimità della propria esclusione, per violazione degli artt. 146 e 30 del

d.lgs. n. 50 del 2016 nonché del principio del *favor participationis*, in quanto l'art. 146 del Codice prevedrebbe l'inapplicabilità del meccanismo del c.d. cumulo alla rinfusa per i consorzi stabili soltanto con riferimento alle lavorazioni relative alle categorie di beni culturali OG 2, OS 2A, OS 2B, OS 24, OS 25 e non anche alla categoria OG 13, con conseguente possibilità per quest'ultima di designare una consorziata del tutto priva di qualificazione. La ricostruzione di parte ricorrente richiama il c.d. cumulo alla rinfusa, da cui deriverebbe, in tesi, che sia sufficiente che il possesso della categoria per cui è causa sia in capo ad altro operatore non consorziato, anche se non indicato come esecutore.

Sul punto, è opportuno evidenziare che l'art. 47 c. 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevedeva che “I consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto”. Tale formulazione tuttavia è stata superata dal D.L. 18/4/2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14/6/2019, n. 55, per cui la fattispecie per cui è causa è regolata da quest'ultima e più recente formulazione normativa; infatti «*La disposizione ha avuto vigore sino al 2019. L'art. 1, comma 20, lett. l), n. 1), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, ha eliminato tale regola, ripristinando l'originaria e limitata perimetrazione del cd. cumulo alla rinfusa ai soli aspetti relativi alla "disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo", i quali sono "computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate"*» (Cons. St., Ad. Plen. n. 5/2021). Insomma, correttamente interpretato, il nuovo art. 47 del d.lgs. n. 50/2016 non ha la portata invocata da parte ricorrente, in quanto nel testo attuale della norma, *ratione temporis* applicabile alla fattispecie in esame, il c.d. cumulo alla rinfusa è “oggi limitato

ad attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo” (Cons. St., Ad. Plen. n. 5/2021).

Una vicenda analoga a quella per cui è causa è stata esaminata dal Consiglio di Stato con la pronuncia n. 11596 del 2022 (in tale vicenda, relativamente all'ipotesi del possesso della qualificazione per la categoria OG11), che ha ribadito il principio secondo cui *«la possibilità di “qualificazione cumulativa” nell'ambito dei consorzi stabili è limitata, ai sensi dell'art. 47, c. 1 del Codice, soltanto ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi dell'opera e all'organico medio annuo»*, derivandone, in base a tale pronuncia, che qualora la *lex specialis* di gara richieda che l'operatore che esegue la lavorazione debba essere in possesso di determinati requisiti di professionalità, è escluso che un consorzio, sia pur “alla rinfusa”, possa indicare come esecutrice una consorziata priva del requisito di professionalità richiesto (nella specie la qualificazione per la categoria OG11) prospettando che altra consorziata, non indicata come esecutrice, ne sia munito. È opportuno richiamare il ragionamento della citata pronuncia:

«Come correttamente rilevato dall'appellante, la questione posta con il motivo di ricorso incidentale era se alla consorziata designata per l'esecuzione dei lavori fosse richiesto il possesso dei requisiti speciali di partecipazione previsti dal disciplinare di gara oppure se fosse solo il consorzio, eventualmente giovandosi del c.d. cumulo alla rinfusa, a dover essere in possesso dei predetti requisiti.

Consapevole dei diversi orientamenti maturati sulla questione, il Collegio intende aderire all'interpretazione dell'art. 47 d.lgs. n. 50 del 2016 data da questa Sezione nella sentenza del 22 agosto 2022, n. 7360.

Nel rinviare alla motivazione della stessa per l'enunciazione del ragionamento che conforta la decisione, ci si limita qui a richiamare le conclusioni cui la stessa è pervenuta: "In definitiva, alla luce dell'attuale quadro normativo, si deve concludere nei complessivi sensi per cui: a) la possibilità di "qualificazione cumulativa", nell'ambito dei consorzi stabili, è limitata ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi dell'opera e all'organico medio annuo (cfr. art. 47, comma 1);

b) i consorzi stabili possono, per tal via, partecipare alle gare qualificandosi in proprio (art. 47, comma 2, prima ipotesi) e comprovando i propri requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, potendo, a tal fine, cumulare attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo di tutte le consorziate (con il limite, non codificato ma implicito, del divieto di cumulo in caso di autonoma partecipazione, alla medesima gara, dell'impresa consorziata, che autorizzerebbe - di là dalla paradossale vicenda del concorso competitivo con cooperazione qualificatoria - una implausibile valorizzazione moltiplicativa dei medesimi requisiti: cfr., per la relativa vicenda, Corte di Giustizia UE, C-376/08, 23 dicembre 2009);

c) i consorzi stabili, anche quando partecipino e si qualificano in proprio, possono eseguire la prestazione (oltreché con la propria struttura) per il tramite delle consorziate, ancorché non indicate come esecutrici in sede di gara (onde, in chiara - seppur circostanziata - prospettiva proconcorrenziale, il ricorso alla struttura consortile consente ad imprese non qualificate di partecipare, sia pure indirettamente, alle procedure di affidamento): si tratterebbe - nella ricostruzione di ad. plen. n. 5/2021, che argomenta dal confronto con la previgente formulazione dell'art. 47, comma 2, di "una forma di avalimento attenuata dall'assenza di responsabilità": che, benché si tratti, va riconosciuto, di formula men tecnicamente rigorosa che sostanzialmente espressiva, sintetizza un condivisibile corollario di sistema);

d) in alternativa, il consorzio può, in sede evidenziale, designare, per l'esecuzione del contratto, una o più delle imprese consorziate (che, in tal caso, partecipano direttamente alla gara, concorrendo alla sostanziale formulazione dei tratti, anche soggettivi, dell'offerta ed assumendo, in via solidale, la responsabilità per l'esatta esecuzione, ancorché la formalizzazione del contratto sia rimessa al consorzio, che è parte formale: cfr., ancora, Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2021 cit.);

e) in tal caso (che è quello in cui si sussume la vicenda di specie) è necessario che le imprese designate possiedano e comprovino (con la ribadita salvezza dei, limitati e specifici, casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione."

3.3. Ai fini del presente giudizio rileva in particolare quanto precisato nel punto sub e) della sentenza citata: le consorziate designate come esecutrici dei lavori devono essere in

possesso (e comprovare) dei requisiti tecnico - professionali richiesti per l'esecuzione dei lavori.

Siccome è pacifico in atti che le tre consorziate designate dal Consorzio Valori per l'esecuzione non fossero in possesso delle attestazioni di qualificazione SOA per tutte le categorie di lavori previste dal disciplinare di gara, lo stesso andava escluso dalla procedura di gara» (Cons. St., sez. V, 29/12/2022, n. 11596).

Dunque la censura di parte ricorrente è infondata, in quanto basata su una ricostruzione della qualificazione alla “rinfusa” dei consorzi stabili ormai superata dal dato normativo, che circoscrive tale fattispecie solo alle attrezzature, mezzi d’opera e organico medio annuo, e non alla qualificazione che, a maggior ragione per categorie relative a beni culturali, deve essere posseduta dall’operatore che concretamente esegue la lavorazione.

5. Con il quarto motivo del ricorso introduttivo (e, analogamente, con la quarta doglianza dei motivi aggiunti) parte ricorrente ha lamentato l’illegittimità dell’Esclusione per violazione degli artt. 47 e 48 del Codice per aver precluso la possibilità al Consorzio Fenix, pur asseritamente qualificato nella categoria OG 13, di eseguire in proprio le lavorazioni. Secondo parte ricorrente, in modo illegittimo sarebbe stata preclusa al Consorzio Fenix, pur qualificato per la categoria OG 13, la possibilità di eseguire in proprio le lavorazioni in luogo della consorziata esecutrice priva di tale requisito. Parte ricorrente ha contestato il provvedimento impugnato nel punto in cui ha disposto che *«la carenza del requisito di partecipazione prescritto dall’articolo 10.4.2 - “Requisiti di capacità economica e finanziaria e requisiti di capacità tecnica e professionale” del Disciplinare di gara, non è sanabile nel corso della procedura di gara, atteso che in sede di soccorso istruttorio non è consentito integrare un requisito di qualificazione mancante ab origine, in ottemperanza al principio di immutabilità dell’offerta, pena la produzione di un irreparabile vulnus ai principi della concorrenza e della parità di trattamento»*

Il Collegio ritiene che il provvedimento impugnato non sia censurabile, in quanto correttamente ha escluso la sostituzione del consorzio in proprio in

luogo della consorziata designata come esecutrice, in quanto quest'ultima fin da principio era priva del richiesto requisito di professionalità, per cui la soluzione prospettata da parte ricorrente configurerebbe una inammissibile modifica dell'offerta, in violazione delle regole di concorrenza e di *par condicio* dei concorrenti. Peraltro, l'art. 48, c. 7 bis del d.lgs. n. 50/2016 prescrive che *“È consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata”*. Peraltro anche nella Delibera n. 989 del 18/11/2020, l'ANAC ha confermato che deve ritenersi esclusa “qualsivoglia possibilità di modificazione soggettiva del consorzio ogniqualvolta risulti che la consorziata indicata come esecutrice non avesse i requisiti di partecipazione già alla data di presentazione della domanda” (Delibera n. 989 del 18/11/2020).

Inoltre, il soccorso istruttorio non è ammesso anche perché esso non può essere volto a colmare la carenza di requisiti di partecipazione, richiesti espressamente a pena di esclusione.

6. Il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti sono pertanto respinti.

7. Nel rapporto processuale relativo al Ministero della Cultura, alla Soprintendenza dei Beni Culturali di Salerno, e all'Unione dei Consorzi Stabili Italiani, sussistono gravi motivi che giustificano l'integrale compensazione delle spese, in ragione della minima attività processuale svolta da tali parti.

Invece nel rapporto processuale tra le altre parti e parte ricorrente le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- respinge il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti;

- condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore di Invitalia S.p.A. e di Hera Restauri Srl, liquidandole, in favore di ciascuna, nella somma di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre spese generali nella misura del 15%, oltre Iva e Cpa come per legge;
- compensa le spese nel rapporto processuale relativo al Ministero della Cultura, alla Soprintendenza dei Beni Culturali di Salerno, e all'Unione dei Consorzi Stabili Italiani.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario

Fabio Di Lorenzo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Fabio Di Lorenzo

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO