

Publicato il 17/03/2022

N. 01950/2022REG.PROV.COLL.
N. 00377/2021 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 numero di registro generale 377 del 2021, proposto da Consorzio Stabile Geco - Società Consortile a responsabilità limitata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Caliendo e Paolo Cantile, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune di Santa Maria a Vico, non costituito in giudizio;

Edil Rental Group S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Vernacchio, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione Prima, n. 4416/2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Edil Rental Group S.r.l.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2021 il Cons. Gianluca Rovelli e preso atto della richiesta di passaggio in decisione depositata in atti dagli avvocati Caliendo e Cantile;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Edil Rental Group s.r.l. (d'ora in avanti anche solo Edil Rental), che aveva partecipato alla procedura di gara indetta dal Comune di Santa Maria a Vico (CE) per l'affidamento dei "*Lavori di Adeguamento Statico Scuola Elementare Giacomo Leopardi*", classificandosi al secondo posto (punti 92,21) dietro al Consorzio Stabile Geco (punti 96,91), ha impugnato dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania l'aggiudicazione della gara in favore del Consorzio Stabile Geco - Società Consortile a responsabilità limitata (d'ora in avanti anche solo Consorzio).

2. Ha esposto che il disciplinare di gara, all'art. 3 "*Oggetto della gara ed importo*", informava i concorrenti che l'edificio era sottoposto a vincolo monumentale ai sensi dell'art. 10 comma 1 del d.lgs. n. 42/2004 e che era stato acquisito il parere favorevole con prescrizioni prot. n. 11589/2019 della Soprintendenza Archeologia, belle arti e paesaggio per le Province di Caserta e Benevento.

3. Trattandosi di opera da realizzare su di un bene sottoposto a vincolo ha sostenuto che il consorzio aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara: a) per aver designato all'esecuzione la Cucks Immobiliare s.r.l. carente dell'importo di cui al requisito OG2 per lavori sottoposti a vincolo ai sensi dell'art. 10 del d.lgs. n. 42/2004; b) per aver presentato migliorie che contrasterebbero con le prescrizioni del disciplinare di gara e che divergerebbero dalla relazione prodotta in sede di gara;

c) per aver proposto un'offerta economica che sarebbe indeterminata e irrealizzabile.

4. L'adito Tribunale con la sentenza segnata in epigrafe ha accolto il ricorso.

5. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, il Consorzio Stabile ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua dei seguenti motivi, così rubricati: *I. Error in iudicando – Error in procedendo – Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 della Cost. – Violazione e falsa applicazione del Codice degli appalti – Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; II. Error in iudicando – Error in procedendo – Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 della Cost. – Violazione e falsa applicazione del Codice dei contratti pubblici: Artt. 32, 94, 95 e 97 – Violazione del principio della segretezza della offerta economica – Violazione e falsa applicazione del principio della par condicio – Eccesso di potere e sviamento”.*

6. Ha resistito al gravame Edil Rental Group S.r.l., chiedendone il rigetto.

7. Alla udienza pubblica del 2 dicembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

8. Con il primo articolato motivo di gravame l’appellante ha dedotto quanto segue.

8.1. Con l’introduzione del D.L. 32/19, convertito con modificazioni dalla L. 55/19, in base al quale è stato emanato il bando della gara per cui è causa (in data 16 luglio 2019), la norma sui consorzi stabili è stata modificata e semplificata nel senso che:

- a) vi è l’espressa previsione che il consorzio stabile agisce in proprio;
- b) vi è la cancellazione al rinvio alle linee Guida Anac, precisando che l’affidamento alla consorziata non vale come subappalto.

8.2. Sulla base di tale rinnovata disposizione il bando (art. 7.5) ha previsto per il consorzio stabile che esso: “...può spendere oltre ai propri requisiti, anche quelli delle imprese esecutrici e, mediante avvalimento, quelli delle consorziate non esecutrici i quali vengono computati cumulativamente in capo al Consorzio”.

8.3. Pertanto il consorzio stabile che partecipa ha ora una qualificazione propria e diretta, a differenza di quanto accadeva in precedenza, anche se designa una consorziata.

8.4. Il Consorzio appellante è qualificato anche per la categoria OG2 per la classifica richiesta dalla *lex specialis* di gara.

8.5. Al contrario di quanto statuito dalla sentenza appellata, il secondo comma dell'art. 146 dispone unicamente in ordine alla spendita dei certificati di esecuzione dei lavori per l'incremento della classifica di qualificazione SOA da parte dell'impresa consorziata esecutrice, ma non modifica il regime di qualificazione dei consorzi stabili, nelle gare per l'affidamento di lavori su immobili sottoposti a vincolo storico-artistico. Identica previsione era già contenuta, per il settore speciale dei beni culturali, nell'art. 248, terzo comma, del d.P.R. n. 207 del 2010, sempre con esclusivo riguardo alla fase di esecuzione dell'appalto ed alla spendita dei lavori eseguiti (per le categorie OG2, OS2 e OS25), non imputabili al consorzio bensì all'impresa che li ha concretamente assunti. L'interpretazione propugnata da Edil Rental finirebbe per introdurre inammissibilmente per i consorzi stabili, in via surrettizia e senza un fondamento positivo e chiaro, una speciale e più rigorosa modalità di qualificazione non prevista dalla legge, in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e delle regole generali dettate nei confronti dei consorzi di imprese, richiamate in blocco dall'art. 145, terzo comma, del d.lgs. n. 50 del 2016.

8.6. Nella specie, i lavori appaltati rientrano nella categoria OG 2 e quindi il Consorzio doveva, a tutto concedere, indicare esclusivamente una consorziata che avesse l'idoneità professionale e che possedesse un attestato SOA nella categoria OG2.

8.7. Alla designata, però, non manca l'idoneità professionale e non mancano i requisiti tecnico professionali ed economici per poter eseguire i lavori di OG2 (anzi è in possesso di una SOA nella categoria OG2) con la conseguenza che ben può eseguire opere in OG2. In altre parole, nella specie, il Consorzio è titolare di una attestazione OG2 che copre per classifica gli importi, la consorziata ha la idoneità professionale e l'attestazione SOA nella categoria nella categoria OG 2 con la conseguenza di scongiurare l'ipotesi che soggetti

non qualificati possano arrecare al patrimonio culturale danni irreversibili e non compensabili.

9. Il motivo è infondato.

9.1. Come noto il meccanismo del c.d. cumulo alla rinfusa non può operare negli appalti del settore dei beni culturali essendo necessario in tal caso che le imprese indicate come esecutrici siano autonomamente qualificate ad eseguire i lavori.

9.2. E' l'art. 146 del d.lgs. n. 50/2016 ad escludere che nei contratti in materia di beni culturali i consorzi stabili possano qualificarsi con il meccanismo del cumulo alla rinfusa. Si tratta di norma di stretta interpretazione, non applicabile ad interventi diversi ma sicuramente derogatoria rispetto al sistema ordinario (cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 22 gennaio 2021, n. 49).

9.3. E' pertinente il richiamo, operato dal giudice di prime cure al precedente di questa Sezione (Consiglio di Stato sez. V, 16 gennaio 2019, n. 403) secondo cui *“non è in discussione la generale operatività del "cumulo alla rinfusa" per i consorzi stabili di cui all'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, che, quindi, ferma restando la possibilità di qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente, possono ricorrere anche alla sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese partecipanti, come chiarito ormai dall'art. 47, comma 2, dello stesso codice dei contratti pubblici (così Cons. Stato, V, 27 agosto 2018, n. 5057), ma la sua ammissibilità nella materia dei contratti nel settore di beni culturali, caratterizzati da una particolare delicatezza derivante dalla necessità di tutela dei medesimi, in quanto beni testimonianza avente valore di civiltà, espressione di un interesse altior nella gerarchia dei valori in giuoco (art. 9 Cost.)”*.

9.4. Occorre tenere conto della specialità della disciplina riguardante i lavori nella materia dei beni culturali, in cui si richiede il possesso dei requisiti in capo all'impresa consorziata designata per eseguire i lavori. La finalità di tale disciplina è quella di evitare che l'intervento sui beni culturali sia effettuato da soggetti non qualificati, a prescindere dall'esistenza di un soggetto che se ne assuma la responsabilità nei confronti dell'Amministrazione. Si tratta di un

profilo che attiene alla funzione di tutela dei beni culturali, che giustifica, sul piano della comparazione dei valori, anche una limitazione della regola della concorrenzialità, con il suo portato del favor participationis (Consiglio di Stato sez. V, 16 gennaio 2019, n. 403, cit.).

9.5. La sentenza impugnata è in definitiva corretta e non merita la censura sollevata.

10. Con il secondo motivo di gravame l'appellante ha dedotto quanto segue.

10.1. Il TAR ha assorbito le altre doglianze sollevate da Edil Rental che, in ogni caso, risultavano infondate; la loro riproposizione presuppone pertanto un'impugnazione incidentale da parte di Edil Rental; per l'evenienza che esse fossero riproposte esse andrebbero comunque respinte per le seguenti ragioni:

a) in riferimento al secondo motivo di ricorso, ed alla indicazione del costo della manodopera in caso identico, per la medesima stazione appaltante e per la medesima dizione del disciplinare, vi è la recente sentenza del TAR di Napoli n° 802/2020 che ha riammesso a gara un concorrente escluso proprio per la mancata presentazione del costo della manodopera nell'allegato 11;

b) quanto al terzo motivo di ricorso, esso riguarda diversi aspetti, non sempre comprensibili e che comunque attengono al merito delle scelte tecnico-discrezionali della Commissione;

c) circa il quarto ed ultimo motivo esso riguarda incongruenze tra Relazione e Grafici, riguardanti le variazioni come prescritte dalla MIBACT ed ai "setti" in c.a. da sostituire con blocchi in tufo; anche questa censura involge questioni meramente tecniche ed è inammissibile perché il G.A. non può entrare in valutazioni di merito tecnico.

11. Il motivo è inammissibile.

11.1. E' sufficiente rilevare al riguardo che la Edil Rental, risultata vittoriosa in primo grado, si è ritualmente costituita in appello ma, nella memoria depositata il 21 ottobre 2021, si è limitata a trascrivere i motivi dedotti in primo grado. Ne segue che i motivi assorbiti in primo grado non possono

intendersi riproposti in questa sede e che il motivo di appello si fonda su argomenti che esulano dal perimetro di questo giudizio.

12. In conclusione l'appello va respinto.

13. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna il consorzio stabile Geco - Società Consortile a Responsabilità Limitata al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in € 5.000/00 (cinquemila) oltre accessori e spese di legge in favore di Edil Rental Group S.r.l. da attribuire al difensore dichiarato antistatario.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO