

Pubblicato il 16/01/2019

N. 00403/2019REG.PROV.COLL.

N. 04382/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 4382 del 2018,
proposto da:

Ambra Conservazione e Restauro s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paola Branca, Cristina Belvisi e Marco Selvaggi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Marco Selvaggi in Roma, via Nomentana, n. 76;

contro

Il Nuovo CIV soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Borney, Rosario Scalise e Carlo Celani, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, n. 180;

Comune Vercelli, non costituito in giudizio;
A.N.A.C. - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE II n. 00483/2018, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio de Il Nuovo CIV soc. coop. e dell'A.N.A.C. - Autorita' Nazionale Anticorruzione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 settembre 2018 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Marco Selvaggi e Carlo Celani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La Ambra Conservazione e Restauro s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 24 aprile 2018, n. 483 del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, sez. II, che ha accolto il ricorso esperito dal Consorzio "Il Nuovo Civ" società cooperativa avverso il verbale della seduta pubblica del 15 gennaio 2018 e la successiva determinazione comunale n. 315 in data 1 febbraio 2018, disponente l'esclusione del consorzio stesso dalla procedura di gara, con conseguente aggiudicazione dell'appalto all'odierna appellante.

La controversia si inserisce nell'ambito della procedura negoziata indetta dal Comune di Vercelli per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei "lavori di manutenzione coordinata e pronto intervento su immobili e strutture dell'ente sottoposti a tutela ai sensi del d.lgs. 42/2004 82016/2017-Accordo quadro lotto B-Opere Cat.OG2". La lettera

di invito richiedeva, ai fini della partecipazione, il possesso di valida attestazione SOA per la categoria OG2-classifica II.

Alla procedura hanno partecipato, tra gli altri, la società Ambra Conservazione e Restauro ed il consorzio “Il Nuovo CIV”, consorzio di imprese artigiane, il quale ha dichiarato di concorrere per due imprese consorziate (Albedil s.r.l. e Ferrari Restauri di Ferrari Maria Grazia & C. s.a.s.) entrambe prive di qualsiasi qualificazione SOA (la Albedil è persino priva della specifica iscrizione alla Camera di Commercio relativa all’attività di “conservazione e restauro di opere d’arte”). All’esito delle operazioni valutative il Nuovo CIV è risultato primo graduato ed Ambra seconda.

Il Comune di Vercelli, con istanza in data 20 gennaio 2017, ha chiesto all’A.N.A.C. il parere di precontenzioso sulla necessità o meno della qualificazione tecnica anche in capo alle due consorziate individuate quali esecutrici dei lavori. Con delibera n. 1239 del 6 dicembre 2017 l’A.N.A.C. ha affermato che i consorzi stabili nell’ambito degli appalti nel settore dei beni culturali possono indicare quali esecutori delle opere i soli consorziati che siano in possesso (in proprio) delle qualificazioni richieste dalla *lex specialis* per l’esecuzione dei lavori oggetto di affidamento.

Conseguentemente, nella seduta del 15 gennaio 2018, il direttore del Settore Opere Pubbliche del Comune di Vercelli ha comunicato la graduatoria riformulata che vedeva come aggiudicataria Ambra s.r.l., a seguito dell’esclusione del Consorzio Il Nuovo CIV; tale decisione veniva poi formalizzata nella determinazione n. 315 in data 2 febbraio 2018.

Con il ricorso in primo grado il Consorzio Il Nuovo CIV ha impugnato il provvedimento recante la propria esclusione, il presupposto parere di precontenzioso dell’A.N.A.C., nonché l’aggiudicazione definitiva in favore della società Ambra, deducendo la violazione degli artt. 45, 48 e 146 del d.lgs.

n. 50 del 2016, la violazione della *lex specialis*, nonché il vizio di eccesso di potere sotto molteplici profili sintomatici.

2. - La sentenza appellata, ritenutane la tempestività, ha accolto il ricorso del consorzio Il Nuovo CIV nella considerazione che il modulo associativo del consorzio stabile, attualmente disciplinato dall'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, «*dia vita ad un soggetto giuridico autonomo [...] che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese associate*», per il quale deve ritenersi ancora operativo il criterio del “**cumulo** alla **rinfusa**” previsto dall'art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006. Ha altresì ritenuto che le regole in tema di qualificazione dei consorzi stabili non sono derogate dal d.lgs. n. 50 del 2016 per gli appalti nel settore dei beni culturali, come è dato evincere dall'art. 146, così da non poter essere condivisa l'interpretazione fornita dall'A.N.A.C.

3.- Con il ricorso in appello la Ambra Conservazione e Restauro s.r.l. ha dedotto l'erroneità della sentenza, allegando l'inammissibilità del ricorso di primo grado in ragione della notifica ad A.N.A.C. irritualmente effettuata presso l'Avvocatura Generale dello Stato, anziché presso l'Avvocatura distrettuale di Torino, e l'irricevibilità della notificazione rinnovata rispetto alla decisione di esclusione dalla gara del Consorzio Il Nuovo CIV risalente al verbale del 15 gennaio 2018, nonché, nel merito, la mancata valutazione della preminenza dell'interesse pubblico alla protezione del patrimonio storico, artistico e culturale, comportante la necessità che gli interventi ricadenti in tale ambito siano sempre eseguiti da soggetti dotati di un'appropriata idoneità professionale.

4. - Si è costituito in resistenza il Consorzio Il Nuovo CIV soc. coop. reiterando i motivi assorbiti in primo grado, nonché eccependo l'inammissibilità, quanto

meno parziale, per genericità e comunque l'infondatezza nel merito dell'appello.

5. - Si è altresì costituita in resistenza l'A.N.A.C. concludendo per l'accoglimento dell'appello.

6.- All'udienza pubblica del 26 settembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Con il primo motivo di gravame si censura la sentenza appellata per non avere rilevato l'inammissibilità del ricorso di primo grado, notificato in data 12 febbraio 2018 all'A.N.A.C. presso l'Avvocatura generale dello Stato, anziché presso la competente Avvocatura distrettuale di Torino, e l'irricevibilità dell'atto rinotificato in data 28 febbraio 2018, nell'assunto che il *dies a quo* vada rinvenuto nella seduta pubblica di gara del 15 gennaio 2018, cui erano presenti, ai fini della piena conoscenza, sia il legale rappresentante che il direttore tecnico del Consorzio, nel corso della quale è stato comunicato l'intendimento di escludere dalla gara Il Nuovo CIV, in conformità del parere reso dall'A.N.A.C. con delibera n. 1239 del 6 dicembre 2017, anch'essa fatta oggetto di gravame. Allega l'appellante che l'esclusione sia stata disposta dall'Amministrazione nella seduta del 15 gennaio 2018, decidendo di dare seguito al predetto parere, e meramente confermata con la successiva determinazione n. 315 in data 1 febbraio 2018; in assenza di un'espressa norma, deve escludersi che la previsione dell'art. 120, comma 2-bis, Cod. proc. amm., prevedente la decorrenza dalla pubblicazione dell'esclusione sul profilo telematico della stazione appaltante, costituisca un'eccezione all'art. 41, comma 2, dello stesso *corpus* legislativo ed al principio generale della decorrenza del termine di impugnazione dalla conoscenza completa dell'atto.

Il motivo è infondato.

Va anzitutto rilevato che l'A.N.A.C. si è costituita nel giudizio di primo grado, sanando la nullità della prima notificazione del ricorso, effettuata tempestivamente anche rispetto alla seduta di gara del 15 gennaio 2018, seppure in violazione dell'art. 11 del r.d. n. 1611 del 1933, nel testo modificato dall'art. 1 della legge n. 260 del 1958, atteso che in tale modo l'Amministrazione ha comprovato il raggiungimento dello scopo da parte dell'atto.

In ogni caso, il *dies a quo* decorre il termine per l'impugnativa del provvedimento di esclusione vada individuato nella determina dirigenziale del 1 febbraio 2018, n. 315, atteso che nella seduta della Commissione di gara del precedente 15 gennaio non è stata espressamente disposta l'esclusione dalla gara del Consorzio Il Nuovo CIV, ma rimesso al R.U.P., unico organo competente, di assumere le determinazioni conseguenti, ivi compresa quella di disporre l'esclusione. Rispetto a tale provvedimento, che non può dirsi dunque meramente confermativo, anche la seconda notifica del 28 marzo, correttamente effettuata nei confronti dell'A.N.A.C., è tempestiva.

Giova aggiungere ancora che alla seduta del 15 gennaio non era presente (nonostante quanto risulta dal tenore letterale, peraltro contraddittorio, della verbalizzazione) il legale rappresentante de Il Nuovo CIV, ma il direttore tecnico (sig. Arrigone, privo di poteri di rappresentanza) ed il sig. Carlo Bertolone, che è il fratello del legale rappresentante (sig. Guido Bertolone), nonché socio di una delle imprese consorziate (la Bertolone s.r.l.), sì che non può in ogni caso ritenersi raggiunta la prova della sicura ed inequivoca conoscenza dell'immediata lesività del provvedimento dell'esclusione.

Peraltro, , in caso di mancata pubblicazione dell'ammissione od esclusione di un partecipante, l'eventuale presenza di un delegato di un concorrente alla seduta di gara in cui sono deliberate le esclusioni od ammissioni, di regola non è, di per sé, idonea alla decorrenza del termine decadenziale nei riguardi

dell'impresa interessata, essendo, in linea di principio, il termine per la proposizione del ricorso riferito alla data di pubblicazione dei verbali di ammissione ed esclusione sul profilo del committente, come previsto dall'art. 120, comma 2-bis, Cod. proc. amm., ovvero alla data di ricezione della comunicazione, secondo quanto disposto dall'art. 120, comma 5 (in termini Cons. Stato, V, 8 giugno 2018, n. 3483; III, 8 febbraio 2018, n. 1765).

2. - Con il secondo motivo viene poi censurata la sentenza che, disattendendo il parere dell'A.N.A.C. sul quale si era fondato il provvedimento, ha ritenuto non derogata nel settore dei beni culturali la disciplina in tema di qualificazione dei consorzi per l'affidamento dei lavori pubblici, pervenendo ad un'interpretazione restrittiva dell'art. 146 del d.lgs. n. 50 del 2016, con il corollario dell'applicabilità del principio del **cumulo** alla **rinfusa** anche nella materia *de qua*. Ad avviso della società appellante, verrebbe in tale modo frustrata l'esigenza di tutela del patrimonio culturale, implicante che gli interventi ricadenti in tale ambito, per loro natura complessi e delicati, siano sempre eseguiti da soggetti dotati di un'appropriata idoneità professionale, con il possesso, in particolare, di attestazione SOA nella categoria OG2, ciò giustificando una limitazione del *favor participationis*, come attesta il divieto dell'avvalimento ai sensi dell'art. 146, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, come anche del principio mutualistico.

Il motivo è fondato, e merita positiva valutazione, non essendo ravvisabili peraltro i profili di inammissibilità eccepiti dal Consorzio appellato, in quanto (l'appello) contiene una specifica articolazione di doglianze nei confronti della sentenza del primo giudice.

Giova principiare dal parere dell'A.N.A.C., su cui si basa il provvedimento di esclusione, alla cui stregua «*i consorzi stabili nell'ambito degli appalti nel settore dei beni culturali possono indicare quali esecutori delle opere i soli*

consorziate che siano in possesso (in proprio) delle qualificazioni richieste dalla lex specialis per l'esecuzione dei lavori oggetto di affidamento, anche in ragione di quanto stabilito dall'art. 146, comma 2, del Codice; inammissibile l'eventuale sostituzione delle consorziate esecutrici dal Consorzio Il Nuovo CIV in sede di offerta poiché ciò costituirebbe una illegittima sanatoria ex post del difetto di un requisito di partecipazione, rappresentato nel caso di specie dalla qualificazione OG2 direttamente in capo agli operatori economici che eseguono le opere oggetto dell'appalto».

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.).

L'esegesi sia letterale, che funzionale, dell'art. 146, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 induce la Sezione ad escludere che nei contratti in materia di beni culturali i consorzi stabili possano qualificarsi con il **cumulo** alla **rinfusa**, essendo richiesto dalla norma il possesso di requisiti di qualificazione specifici ed adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento.

Ne deriva che legittimamente è stato escluso dalla procedura negoziata il Consorzio Il Nuovo CIV, in quanto le imprese consorziate designate per

l'esecuzione erano pacificamente prive della qualificazione in OG2, a nulla rilevando il possesso dei medesimi da parte del Consorzio.

3. - L'accoglimento dell'appello della società Ambra impone di procedere ora alla disamina dei motivi riproposti, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., dal Consorzio Il Nuovo CIV.

Con il primo, in particolare, viene dedotta la violazione dell'art. 146, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 da parte del parere A.N.A.C. che ha ritenuto necessaria la qualificazione anche da parte delle imprese esecutrici nelle procedure di appalto relative ai lavori su beni culturali, tanto più in assenza di un'espressa previsione in tale senso da parte della *lex specialis*.

Il motivo è infondato per le ragioni esposte al precedente punto *sub* 2, che attengono propriamente all'interpretazione dell'art. 146 del d.lgs. n. 50 del 2016. Rileva non tanto, ad avviso della Sezione, il comma 2, che effettivamente sembra, in prospettiva, guardare all'utilizzazione, ai fini della qualificazione, dei lavori eseguiti, prevedendo che possa avvalersene solo il soggetto che li abbia in concreto realizzati, quanto piuttosto il primo comma che evidenzia il carattere strettamente inerente all'esecutore dei lavori del possesso dei requisiti di qualificazione specifici ed adeguati ad assicurare la tutela dei beni oggetto di intervento, come dimostra anche il rinvio, seppure di portata parziale, prevalentemente esemplificativa, all'art. 29 del d.lgs. n. 42 del 2004, che, in tema di conservazione, momento della funzione di tutela dei beni culturali, enuclea il carattere professionale dei restauratori e degli altri operatori che svolgono attività complementari al restauro. Rileva, come già in precedenza ricordato, anche il comma 3, che, nella misura in cui esclude, nella materia in esame, il ricorso ad un istituto di portata generale e di matrice eurounitaria, quale è l'avvalimento, e quindi al prestito dei requisiti, inevitabilmente va inteso come attribuzione di rilievo, ai fini della qualificazione, al profilo

soggettivo dell'esecutore dei lavori. Al contrario, non assume valore la mancata prescrizione nella *lex specialis*, in quanto le cause di esclusione dalle gare previste dalla legge non devono essere riprodotte anche nella legge di gara; è vero piuttosto che il principio di tassatività delle cause di esclusione, attualmente sancito dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, dispone che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal codice e da altre disposizioni di legge vigenti, incorrendo altrimenti nella sanzione della nullità.

4. - Con il secondo motivo riproposto si deduce un diverso profilo di illegittimità dell'esclusione, basato sulla considerazione per cui, nel caso di consorzi di imprese artigiane, il possesso dei requisiti di carattere tecnico ed economico è soddisfatto con riferimento al consorzio in sé e non invece con riferimento ai singoli consorziati, che si limitano a dimostrare il possesso dei requisiti morali, evidenziando altresì come il consorzio Il Nuovo CIV abbia l'iscrizione nella categoria OG2 nella classifica richiesta e potrebbe pertanto eseguire in proprio i lavori.

Anche in tale caso il motivo è infondato per le ragioni esposte al punto *sub 2*).

Il Consorzio invoca l'applicazione dell'art. 47, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, ma non tiene 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. Ciò in quanto 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*.

Quanto alla possibilità del Consorzio di svolgere in proprio i lavori, avendone la qualificazione, va semplicemente rilevato che nel caso di specie Il Nuovo CIV ha indicato due sue consorziate per l'esecuzione dei lavori, e che a queste occorre fare riferimento per valutarne il possesso dei requisiti.

Su di un differente piano si pone la considerazione per cui il consorzio stabile è caratterizzato dal c.d. elemento teleologico, che gli consente di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire anche in proprio, e cioè senza l'ausilio necessario delle imprese consorziate, le prestazioni previste nel contratto (in termini Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 278).

5. - Il terzo motivo riproposto da Il Nuovo CIV deduce l'erronea qualificazione del consorzio stesso quale consorzio stabile, laddove si tratterebbe invece un consorzio fra imprese artigiane sotto forma di società cooperativa, in quanto tale disciplinato dalla legge n. 443 del 1985 (legge quadro artigianato), caratterizzato dal principio della "porta aperta" e privo dei caratteri tipologici di cui all'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 (almeno tre consorziati, per una durata di almeno cinque anni).

Il motivo è infondato, in quanto, anche a seguire la prospettazione de Il Nuovo CIV, il consorzio di imprese artigiane, rispetto alla disciplina dei contratti pubblici, è riconducibile, quanto meno per analogia, ai consorzi stabili, possibili anche tra imprenditori artigiani.

6. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Sussistono i motivi prescritti dalla legge, in ragione della complessità della controversia, per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2018