



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 e 120, comma 6, cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1339 del 2023, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
Vivai Antonio Marrone S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
Antonio Domenico Faiella, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del
raggruppamento da costituirsi con le mandanti, Vivai Barretta S.r.l. e Tekno Green
S.r.l., rappresentato e difeso dall'avvocato Barbara Del Duca, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia Nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A.
– Invitalia (di seguito: Invitalia), in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto e Fabio Cintioli, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz 11 e con recapito digitale come da PEC da Registri di giustizia;
Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro pro tempore, non costituito in giudizio

nei confronti

C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (di seguito: CNS), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gennaro Rocco Notarnicola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Consorzio Integra Società Cooperativa (di seguito: Consorzio Integra), in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione cautelare,

1) riguardo al ricorso introduttivo, notificato il 2 marzo e depositato il successivo 16:

- del Provvedimento prot. 29600 del 31 gennaio 2023, con cui Invitalia ha disposto in favore di CNS l'aggiudicazione del lotto 4 –AQ2 – NAPOLI – 1 della gara indetta “per la conclusione di Accordi Quadro con più operatori economici per l'affidamento di lavori (OS24) e servizi di ingegneria e architettura (E.19) per la rifunzionalizzazione ecosostenibile di aree e spazi pubblici”;

- del verbale unico busta amministrativa del 6 dicembre 2022, comunicato il 31 gennaio 2023, nella parte in cui CNS ed il Consorzio Integra, non sono stati esclusi dalla procedura di gara;

- della graduatoria stilata nella parte in cui CNS e il Consorzio Integra, risultano collocati rispettivamente, al primo ed al secondo posto in graduatoria;
 - di ogni altro atto presupposto, antecedente, consequenziale o comunque connesso con quelli impugnati ivi inclusi, ove necessario e per quanto di ragione:
 - di tutti i verbali di gara, ivi inclusi quelli successivi alla disposta ammissione;
 - del bando di gara, del disciplinare di gara e di tutti i relativi allegati,
 - nonché dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante,
- nonché per la declaratoria d'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato, con espressa disponibilità della ricorrente al subentro.

2) Riguardo al ricorso per motivi aggiunti presentati, notificato e depositato il 28 marzo 2023:

- del provvedimento del 15 marzo 2023 sia nella parte in cui Invitalia ha confermato il provvedimento di aggiudicazione prot. n. 0029600 del 31 gennaio 2023 relativamente all'aggiudicazione del Cluster AQ2 - NAPOLI – 1 in favore dell'operatore economico CNS (Operatore singolo), sia nella parte in cui, nell'annullare l'aggiudicazione del Cluster AQ2 – NAPOLI – 2 in favore dell'operatore economico Consorzio Integra (operatore singolo) - COFAST Società Cooperativa, Arcella soc. coop., ar.co lavori soc. coop. cons., Malegori Servizi (consorziate esecutrici), non ha altresì disposto l'esclusione del predetto operatore economico dalla procedura di cui al lotto 4 – Napoli CIG 9424864BCE;
- ove e, per quanto occorra, degli atti e provvedimenti non conosciuti coi quali la Stazione appaltante in sede di rinnovata istruttoria ha ritenuto che non sussistono criticità con riferimento all'assegnazione del Cluster AQ2 – NAPOLI – 1, dato il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnico professionale da parte dell'operatore CNS (Operatore singolo);

- per quanto occorra, dell'art. 16 del disciplinare unico di gara, quest'ultimo già impugnato col ricorso introduttivo, nella parte in cui, come interpretato dalla Stazione appaltante, ha prescritto con riferimento ai consorzi stabili che “per il Sub-lotto Prestazionale 4 (Lavori in Appalto Integrato) nel caso in cui l'operatore economico sia un consorzio stabile che abbia indicato in sede di gara una o più consorziate esecutrici, la classifica che verrà considerata ai fini della successiva assegnazione dei cluster è quella:

a) posseduta dal consorzio stabile, in virtù del c.d. “cumulo alla rifusa”, in caso di cluster che includono tutti interventi non ricadenti in aree sottoposte a tutela secondo il d.lgs. 42/2004, recante codice dei beni culturali e del paesaggio”;

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

nonché per l'accertamento:

- della nullità, ex art. 31 c.p.a, dell'art. 16 del disciplinare unico di gara, nella parte in cui ha prescritto con riferimento ai consorzi stabili che “per il Sub-lotto Prestazionale 4 (Lavori in Appalto Integrato) nel caso in cui l'operatore economico sia un consorzio stabile che abbia indicato in sede di gara una o più consorziate esecutrici, la classifica che verrà considerata ai fini della successiva assegnazione dei cluster è quella:

a) posseduta dal consorzio stabile, in virtù del c.d. “cumulo alla rifusa”, in caso di cluster che includono tutti interventi non ricadenti in aree sottoposte a tutela secondo il d.lgs. 42/2004, recante codice dei beni culturali e del paesaggio”, ove interpretato in palese violazione dell'art. 47, comma 1 del d. lgs n. 50/2016 che stabilisce la possibilità per le imprese consorziate di avvalersi dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria del consorzio stabile di riferimento, attraverso il meccanismo del c.d. “cumulo alla rifusa” solo con riguardo a quelli relativi alla disponibilità delle

attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, restando escluso il sistema di qualificazione SOA;

- della nullità, ex art. 31 c.p.a., del Sub-disciplinare 4, punto 4.6.2.1, nella parte in cui ha prescritto che “A pena di esclusione, ai sensi del combinato disposto degli articoli 47 e 83, co. 2 del Codice dei Contratti, i requisiti di capacità economica e finanziaria nonché tecnica e professionale devono essere posseduti: a. in caso di consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e di consorzi tra imprese artigiane di cui all'articolo 45, co. 2, lett. b) del Codice dei Contratti, nonché in caso di consorzio stabile di cui all'articolo 45, co. 2, lett. c) del Codice dei Contratti, direttamente dal consorzio o dalle consorziate, anche eventualmente designate quali esecutrici” ove interpretato in violazione dell'art. 47, comma 1, d. lgs 50/2016 che stabilisce la possibilità per le imprese consorziate di avvalersi dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria del consorzio stabile di riferimento, attraverso il meccanismo del c.d. “cumulo alla rinfusa” solo con riguardo a quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, restando escluso il sistema di qualificazione SOA.

nonché per l'accertamento

in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 c.p.a., del diritto del RTI ricorrente alla aggiudicazione dell'appalto controverso previa declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e diritto al subentro nell'affidamento dell'odierna ricorrente che sin da ora manifesta il proprio consenso; in subordine, per il ristoro dei danni per equivalente monetario ove risulti impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile e comunque non dipendente dalla volontà dell'odierna ricorrente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Invitalia, di CNS, del Ministero dell'Interno;

Visti l'ordinanza collegiale n. 2059 del 31 marzo 2023 ed i relativi adempimenti di integrazione del contraddittorio nei confronti del Ministero dell'Interno e del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2023 il dott. Gianmario Palliggiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale V Serie Speciale – Contratti Pubblici n. 115 del 3 ottobre 2022, Invitalia ha indetto la “Procedura di gara aperta ai sensi degli articoli 54 e 60 nonché, se del caso, dell’art. 145 d. lgs n. 50/2016, da realizzarsi mediante piattaforma telematica, per la conclusione di Accordi Quadro con più operatori economici per l’affidamento di lavori (OS24) e servizi di ingegneria e architettura (E.19) per la rifunzionalizzazione ecosostenibile di aree e spazi pubblici”.

Nel dettaglio, l’affidamento aveva ad oggetto gli interventi di riqualificazione e rigenerazione ecosostenibile di aree urbane nonché di aree ed elementi di valore culturale e paesaggistico, tramite la creazione di nuovi spazi verdi o la riqualificazione di spazi verdi preesistenti, l’efficientamento energetico ed idrico di arredi e attrezzature che consentono un miglior uso della città.

L'appalto è stato suddiviso in sette lotti, individuati in funzione dell'area geografica oggetto del servizio.

La ricorrente Vivai Antonio Marrone s.r.l. - in raggruppamento temporaneo costituendo con Vivai Barretta S.r.l. e Tekno Green Srl, - ha partecipato alla procedura relativa al lotto 4: Napoli –AQ2 – NAPOLI – Cluster 1 – Comune di Giugliano in Campania (CIG: 9424864BCE; CUP: G94J22000150004 – G97D22000010004), per un importo pari ad € 10.295.633,12, con minimo per servizi di punta pari ad € 4.118.235,25.

Hanno preso parte alla procedura di quel lotto anche i controinteressati CNS ed il Consorzio Integra.

All'esito della procedura di gara, riguardo al Lotto 4, Cluster 1, Comune di Giugliano in Campania, CNS si è classificato al primo posto, con conseguente aggiudicazione provvisoria disposta col provvedimento prot. 29600 del 31 gennaio 2023; il Consorzio Integra al secondo posto; l'odierna ricorrente, al terzo.

Il Consorzio Integra inoltre è risultato aggiudicatario del Cluster 2, Comune di Castellammare di Stabia, non oggetto dell'odierno contenzioso.

2.- Con l'odierno ricorso introduttivo, notificato il 2 marzo 2023 e depositato il successivo 16, Vivai Antonio Marrone ha impugnato, per l'annullamento, previa richiesta di sospensione cautelare, il provvedimento di aggiudicazione in favore di CNS, deducendo le seguenti censure:

violazione e falsa applicazione degli articoli 47 e 48 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione degli articoli 4.3 e 4.6 del disciplinare di gara; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di motivazione e di istruttoria.

La ricorrente osserva che, nell'allegato A.4 del Disciplinare di gara (colonna "CLASSIFICA MINIMA SOA IN CASO DI R.T./CONSORZIO ORDINARIO), con specifico riferimento al Lotto 4 in questione, come requisito minimo per la categoria di Lavorazione OS24 (Verde ed arredo urbano), è richiesto il possesso della classifica V, da parte della mandataria o della designata dal consorzio. Per di più, il Disciplinare di gara fornisce precise indicazioni sulle modalità tramite le quali il requisito dev'essere posseduto nel caso di partecipazione dell'operatore economico nella forma del consorzio stabile.

Nello specifico, nonostante l'espresso richiamo contenuto nel Disciplinare di gara (artt. 4.3 e 4.6.2), le consorziate esecutrici, indicate sia da CNS sia dal Consorzio Integra, con riguardo alla categoria OS 24 risultano non in possesso della classifica V.

Più in particolare:

- CNS ha designato la consorziata esecutrice Tre Fiammelle – Società Cooperativa di produzione e lavoro, in possesso dell'attestazione SOA OS 24, nella classifica IV-BIS;
- Consorzio Integra ha designato le consorziate COFAST Società Cooperativa ed Arcella, in possesso entrambe della categoria SOA OS 24, nella classifica II, e la AR.CO Lavori Società Cooperativa, in possesso della categoria SOA OS24, nella classifica III.

Nessuno dei due Consorzi ha, dunque, designato consorziate esecutrici in possesso dell'attestazione SOA OS 24 classifica V richiesta dal Disciplinare di gara.

La ricorrente, in accoglimento del ricorso, ha chiesto quindi l'annullamento degli atti impugnati con conseguente esclusione di CNS e del Consorzio integra ed aggiudicazione della gara in suo favore.

Si sono costituite in giudizio Invitalia e CNS con atti rispettivamente depositati il 20 ed il 22 marzo 2023.

Con memoria depositata il 27 marzo 2023, Invitalia ha premesso che la procedura di gara in discussione è volta alla conclusione di diversi accordi quadro per l'attuazione della Missione 5 – Componente 2 – Investimento 2.2. “Piani Urbani Integrati” (“Interventi PUI”) del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (“PNRR”). Nel merito, ha eccepito l'inammissibilità della doglianza per difetto d'interesse, atteso che la ricorrente non ha impugnato la legge speciale di gara che ha espressamente ammesso, entro specifici limiti, ossia ad eccezione dei cluster che includessero interventi su beni culturali, il cumulo alla rinfusa. In ogni caso, l'infondatezza del ricorso nel suo complesso ben potendosi ammettere il cumulo alla rinfusa, ad eccezione che nei casi in cui si debba intervenire su beni vincolati.

CNS, a sua volta, con memoria depositata il 27 marzo 2023, ha argomentato per l'infondatezza delle avverse censure, chiedendo il rigetto del ricorso.

3.- Nel frattempo, in data 24 marzo 2023, la ricorrente ha chiesto il rinvio della trattazione dell'istanza cautelare, fissata per il successivo 29, avendo appreso che, in data 15 marzo 2023, la resistente Invitalia aveva pubblicato sul proprio portale il provvedimento di annullamento parziale in autotutela dell'aggiudicazione disposta con provvedimento prot. n. 0029600 del 31 marzo 2023.

Nello specifico, nel ricostruire il quadro degli interventi oggetto della procedura di gara, Invitalia col provvedimento di parziale autotutela, ha fatto presente che, riguardo ai due Cluster in cui è suddiviso il lotto geografico 4 (Napoli) - Cluster 1, relativo al Comune di Giugliano ed aggiudicato a CNS; Cluster 2, relativo al Comune di Castellammare di Stabia ed aggiudicato al Consorzio Integra - il secondo, a differenza del primo, contiene interventi ricadenti su aree e spazi soggetti a tutela

vincolistica ai sensi del d. lgs. 42/2004 (codice dei beni culturali), trattasi in particolare degli interventi di riqualificazione del Centro antico di Castellammare di Stabia.

Sicché, in coerenza con quanto disposto dall'art. 16 del Disciplinare di gara - riguardo alla necessità che l'impresa consorziata, designata di eseguire siffatti interventi, posseda in proprio i requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnico professionale - ha disposto l'annullamento parziale in autotutela, ai sensi dell'art. 21-bis L. n. 241/1990, del menzionato provvedimento prot. n. 29600 del 31 gennaio 2023, limitatamente alla parte in cui era stata disposta l'aggiudicazione del Cluster AQ2 – Napoli – 2 in favore del Consorzio Integra, accertata la carenza del requisito di capacità economica e finanziaria e tecnico professionale di quest'ultimo; di conseguenza ha assegnato quel Cluster al ricorrente costituendo RTI Vivai Antonio Marrone.

Col provvedimento di autotutela, ha invece espressamente confermato l'aggiudicazione in favore di CNS.

4.- Stante il carattere parziale del provvedimento in autotutela, la ricorrente ha proposto ricorso per motivi aggiunti, notificato e depositato il 28 marzo 2023, col quale ha ribadito le censure già formulate col ricorso introduttivo, insistendo per l'esclusione di CNS e del Consorzio Integra dalla procedura di gara relativa al Cluster AQ2 – Napoli 1 - in quanto entrambe non in possesso dei requisiti di qualificazione tecnica ed operativa per gli interventi da svolgersi nonché per l'aggiudicazione in suo favore ed eventuale subentro nel contratto.

5.- Con ordinanza collegiale n. 2059 del 31 marzo 2023, la Sezione - i sensi dell'art. 12-bis, comma 4, del D.L. 16 giugno 2022, 68, convertito con modificazioni dalla L.

5 agosto 2022, n. 108, - ha disposto integrarsi il contraddittorio in favore del Ministero dell'Interno e del Ministero dell'Economia e delle Finanze, quest'ultimo quale "Amministrazione centrale titolare dell'investimento", trattandosi di appalto finanziato dall'Unione europea (Next generation EU) – Attuazione della linea progettuale Missione 5 "Inclusione e Coesione", Componente 2 "Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore", Investimento 2.2. "Piani Urbani integrati" del Piano nazionale di ripresa e resilienza dell'Italia (PNRR – M5C212.2).

6.- In vista della camera di consiglio del 19 aprile 2023, per la discussione sull'istanza cautelare, le parti hanno presentato memorie.

In particolare, Invitalia, con memoria depositata il 17 aprile 2023, ha ribadito l'inammissibilità anche del ricorso per motivi aggiunti per difetto d'interesse in relazione alla mancata impugnazione della clausola del disciplinare di gara che ammetteva il cumulo alla rinfusa per i cluster che non avessero ad oggetto beni vincolati.

CNS, con memoria anch'essa deposita il 17 aprile 2023, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti atteso che il provvedimento impugnato costituisce atto meramente confermativo di ricognizione della già disposta aggiudicazione in suo favore, senza alcuna sopravvenuta attività istruttoria. Nel merito ha replicato per l'infondatezza delle censure di entrambi ricorsi.

A conclusione della camera di consiglio, il Collegio - previo avviso alle parti ai sensi degli artt. 60 e 120, comma 6, c.p.a. - ha trattenuto la causa per deciderla con sentenza in forma semplificata, ritenendo sussistere i presupposti di legge.

DIRITTO

1.- Può soprassedersi sugli eccepiti profili di inammissibilità stante l'infondatezza nel merito del ricorso introduttivo e dei relativi motivi aggiunti.

2.- Sul discusso tema dell'ammissibilità del cd "cumulo alla rinfusa" per i consorzi stabili, con le recenti sentenze 19 aprile 2023, n. 2390 e 12 maggio 2023, n. 2897 - che si richiamano in questa sede alla stregua di precedente conforme - questa Sezione ha esaminato gli opposti orientamenti giurisprudenziali maturati, esprimendosi infine a favore dell'ammissibilità del "cumulo alla rinfusa", sulla base di considerazioni che il Collegio fa proprie anche nel presente giudizio e che di seguito si sintetizzano.

Giova ripercorrere l'evoluzione normativa e giurisprudenziale sulla questione del 'cumulo alla rinfusa'.

2.1.- L'art. 35 d.lgs. n. 163/2006 prevedeva che "i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate".

L'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006 affermava che "il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate". Per i lavori la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione della classifica d'importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per la classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per

classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 40, comma 7, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui al regolamento, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche”.

Nel periodo di vigenza del “d. lgs. 163/2006 non si era mai dubitato della possibilità di applicare il cumulo alla rinfusa ai Consorzi stabili, anche per i requisiti tecnico-finanziari documentati nell'attestato SOA e non posseduti in proprio dall'esecutrice dei lavori individuata dal Consorzio.

L'Adunanza Plenaria n. 8 del 2012 ha chiarito, infatti, che: “il possesso dei requisiti generali e morali ex art. 38 codice appalti deve essere verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle consorziate, dovendosi ritenere cumulabili in capo al consorzio i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria ai sensi dell'art. 35 codice appalti”.

2.2.- In seguito, l'art. 47, comma 1, d. lgs n. 50/2016, il codice dei contratti pubblici, ha statuito che “i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati

cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”.

Il successivo comma 2, d.lgs. n. 50/2016, nella sua originaria formulazione, prevedeva che: “per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all’art. 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio”.

L’art. 31 del decreto correttivo del codice (d.lgs. n. 56/2017) ha modificato il menzionato comma 2, stabilendo 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. Con le linee guida dell’ANAC di cui all’articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l’imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni”.

Per poter spendere i requisiti dei consorziati indicati per l’esecuzione era, quindi, sufficiente la semplice designazione in fase di gara; per poter usufruire di quelli dei consorziati non designati occorreva, invece, ricorrere all’istituto dell’avvalimento.

In seguito, il d.l. n. 32 del 2019 (c.d. Sblocca cantieri) ha sostituito il comma 2 ed ha aggiunto il comma 2-bis all’interno dell’art. 47, in virtù dei quali:

– “I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2 e 46, comma 1, lettera f), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Per i lavori, ai fini della

qualificazione di cui all'articolo 84, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), ai propri consorziati non costituisce subappalto (art. 47 comma 2);

– “La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati. In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture, ai consorziati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente” (art. 47 comma 2-bis).

L'intervento legislativo del 2019 è stato, poi, invocato a sostegno di una ricostruzione contraria alla generalizzata ammissibilità del cumulo alla rinfusa.

L'Adunanza Plenaria n. 5 del 2021, interrogatasi sulla perdita dei requisiti di un'impresa consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori (quindi su una questione del tutto diversa), ha incidentalmente affermato che il d.l. n. 32 del 2019 ha ripristinato l'originaria e limitata perimetrazione del cumulo alla rinfusa ai soli aspetti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo.

2.3.- Da qui l'emersione di un contrasto giurisprudenziale in ordine ai limiti entro i quali è legittimo il cumulo alla rinfusa.

2.3.1.- Secondo un primo orientamento, qualora il consorzio individui una consorziata come esecutrice, quest'ultima dovrà essere autonomamente in possesso del requisito di qualificazione, così come, in caso di esecuzione in proprio ad opera del consorzio, quest'ultimo dovrà possedere autonomamente il requisito; l'utilizzo della "maggiore" qualificazione del consorzio stabile non potrebbe, cioè, legittimare l'esecuzione di prestazioni da parte di piccole e medie imprese del tutto prive della qualificazione (Tar Lazio, sez. III, 3 marzo 2022, n. 2571; Cons. Stato, 22 agosto 2022, n. 7360, le cui argomentazioni sono state riprese dalla recente giurisprudenza, tra cui: Tar Ancona, Sez. I, 25 febbraio 2023, n. 119; Tar Milano, Sez. I, nn. 397, 597 e 744 del 2023; Tar Napoli, sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1152).

In primo luogo, sul piano letterale, l'art. 47, comma 1, d.lgs. 50/2016 consentirebbe il cumulo solo con riferimento a determinati requisiti, vale a dire attrezzature, mezzi e organico medio anno; al di fuori di questi limiti, dovrebbe applicarsi la regola generale che impone a ciascun concorrente la dimostrazione del possesso dei requisiti e delle capacità di qualificazione in relazione alla prestazione da svolgere (artt. 83 e 84 d.lgs. n. 50/2016). Dalla lettera della legge sarebbe, pertanto, lecito distillare una direttiva interpretativa che limita il cumulo alla rinfusa, stante l'attitudine derogatoria e, come tale, eccezionale della prefigurata facoltà di dimostrazione "cumulativa" dei requisiti di partecipazione.

In secondo luogo, la tesi in esame valorizza il nuovo contesto normativo, dal quale risulta espunta la previsione di cui al previgente art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006, che aveva legittimato un intendimento comprensivo, lato e generalizzato del cumulo alla rinfusa. La soppressione della disposizione richiamata – oltre al tenore letterale dell'art. 47 d.lgs. n. 50/2016 – condurrebbe, dunque, a superare l'orientamento

ampliativo ed a restringere la praticabilità del cumulo ai soli aspetti relativi alla disponibilità delle attrezzature, dei mezzi d'opera e dell'organico medio annuo.

Nella prospettiva in esame, siffatta interpretazione restrittiva sarebbe confermata dal comma 2 dell'art. 47 d.lgs. n. 50/2016, come riformulato dal d.l. n. 32/2019. L'attuale versione di quest'ultima disposizione, infatti, non menziona più la facoltà del consorzio di ricorrere all'avvalimento, allo scopo di utilizzare i requisiti di qualificazione delle consorziate non designate come esecutrici e si limita a prevedere l'alternativa facoltà di eseguire il contratto "con la propria struttura" ovvero "tramite i consorziati" all'uopo "indicati in sede di gara".

Sul piano funzionale, l'argomento della finalità pro-concorrenziale non risulterebbe dirimente: la tutela della concorrenza risiederebbe, infatti, nella stessa possibilità di utilizzare la forma del consorzio stabile, a prescindere dall'operatività o meno del cumulo alla rinfusa.

In definitiva, secondo questa ricostruzione, qualora il consorzio designi per l'esecuzione del contratto una o più delle imprese consorziate è necessario che queste ultime possiedano e comprovino (con la ribadita salvezza dei limitati e specifici casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione. Fermo restando che l'impresa consorziata non qualificata potrebbe valorizzare i requisiti posseduti, in proprio, dal consorzio stabile ovvero dalle consorziate non esecutrici ricorrendo all'ordinario strumento dell'avvalimento ex art. 89 d. lgs 50/2016 (cfr. Tar Napoli, sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1152).

2.3.2.- Pur consapevole del contrasto ermeneutico in materia, il Collegio ritiene preferibile l'orientamento che reputa ammissibile il cumulo alla rinfusa (Tar L'Aquila, Sez. I, 16 marzo 2023; Tar Palermo, sez. I, 2 marzo 2023, n. 657; Cons. Stato, Sez. V, n. 964 del 2 febbraio 2021; Cons. Stato, sez. V., 29 marzo 2021, n.

2588), in linea con i precedenti giurisprudenziali di questa Sezione (cfr., per tutte, Tar Napoli, sez. I, 25 febbraio 2022, n. 1320).

Sul versante normativo, dall'art. 47 d.lgs. n. 50/2016 non può desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione.

Rilevato che l'art. 47, comma 2, non chiarisce espressamente (il che dà ragione al contrasto esegetico) le modalità di qualificazione dei consorziati designati per l'esecuzione, nel caso in cui i consorzi stabili intendano eseguire le prestazioni tramite le imprese consorziate, l'interpretazione restrittiva sembra potersi fondare unicamente sul disposto di cui all'art. 47, comma 1, d.lgs. n. 50/2016.

Senonché, la disposizione da ultimo citata “suona, nella sua formulazione letterale, identica a quella già trasfusa nel previgente art. 35 d.lgs. n. 163/2006” (cfr. Cons. Stato, sez. V., 22 agosto 2022, n. 7360) e si è detto che all'epoca del precedente codice dei contratti pubblici era assolutamente pacifico il cumulo alla rinfusa.

L'art. 47, comma 1, d.lgs. 50/2016 prescrive che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lett. b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, sostanzialmente rinviando all'art. 83 del medesimo d. lgs. 50/2016 che, per l'appunto, concerne i requisiti di idoneità professionale, economica e finanziaria.

L'art. 83, comma 2, a sua volta rinvia al regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies la disciplina dei requisiti e delle capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c).

Ai sensi dell'art. 216, comma 27-octies, nelle more dell'adozione del regolamento (al momento inesistente) rimangono in vigore o restano efficaci le linee guida e i decreti

adottati in attuazione della previgente disposizione di cui all'art. 36, comma 7, d.lgs. 163/2006. Tra l'altro, l'art. 216, comma 14, prevede che "fino all'adozione del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III (articoli da 60 a 96: sistema di qualificazione delle imprese), nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207".

In attuazione del citato art. 36, comma 7, a sua volta l'art. 81 del d.P.R. n. 207/2010 stabilisce che "i requisiti per la qualificazione dei consorzi stabili sono quelli previsti dall'articolo 36, comma 7, del codice". Ne consegue, come sostenuto dal ricorrente, una reviviscenza di quest'ultima disposizione, che non può dirsi espunta dall'ordinamento.

Allo stato attuale, non essendo stato adottato il Regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies, il sistema di qualificazione e la dimostrazione dei requisiti di capacità che devono essere posseduti dai consorzi stabili per concorrere alle gare pubbliche sono regolati dall'art. 36 del d.lgs. n. 163/2006 e dagli artt. 81 e 94 del d.P.R. n. 207/2010 (cfr. Tar Palermo, sez. I., 2 marzo 2023, n. 657). L'insieme di queste disposizioni delinea il regime di qualificazione dei consorzi stabili secondo il criterio del "pieno" cumulo alla rinfusa, salvo eccezioni.

In definitiva, non è condivisibile l'affermazione secondo cui l'art. 47, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 – la cui formulazione letterale è sostanzialmente identica a quella già trasfusa nel previgente art. 35 d.lgs. n. 163/2006 – avrebbe ridotto l'ambito di operatività del cumulo alla rinfusa, circoscrivendolo ai soli mezzi ed all'organico medio annuo.

2.4.- Ciò posto, rilevato che nell'interpretare la legge occorre considerare anche l'intentio legis (art. 12 delle preleggi), si evidenzia che, nel corso del tempo, il

legislatore ha da sempre perseguito l'intenzione di valorizzare l'istituto in questione quale importante strumento pro-concorrenziale.

Nella relazione di accompagnamento al d.l. n. 32 del 2019 (c.d. Sblocca Cantieri) si legge, infatti, che la modifica del comma 2 dell'art. 47 d.lgs. n. 50/2016 "è tesa a chiarire la disciplina dei consorzi stabili onde consentire l'operatività e sopravvivenza di tale strumento pro-concorrenziale, mentre l'introduzione del comma 2-bis detta disposizioni concernenti i consorzi stabili di servizi e forniture, in continuità con il passato, di fatto colmando, a regime, un vuoto normativo per tali settori".

Del resto, per il profilo teleologico, l'interpretazione ampliativa appare conforme alla ratio pro-concorrenziale sottesa alla disciplina dei consorzi stabili, disciplina che consente la partecipazione alle gare pubbliche ad imprese singolarmente prive dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando, le quali possono sovrapporre i requisiti di cui dispongono con quelli di altre imprese fino a soddisfare il livello di qualificazione richiesto (cfr. Tar Palermo, sez. I., n. 657 del 02/03/2023).

2.5.- In chiave di prospettiva ermeneutica, si osserva che il d. lgs 31 marzo 2023, n. 36 - il nuovo Codice dei contratti pubblici, in vigore dal 1° aprile 2023 - sembra ammettere il cumulo alla rinfusa all'art. 67 (cfr. art. 100, comma 8, lett. c), il cui comma 4 riproduce il contenuto dell'art. 47 comma 2 d.lgs. n. 50/2016 – a conferma del fatto che quest'ultima disposizione non legittima una interpretazione limitativa del cumulo alla rinfusa – ed il cui comma 8 risulta sostanzialmente sovrapponibile al previgente art. 36 comma 7 d.lgs. n. 163/2006, a dimostrazione della voluntas legis di consentire ai "consorzi stabili di attestare, per i lavori, i requisiti di qualificazione attraverso l'attestazione SOA del consorzio, nella quale si sommano i

requisiti posseduti dalle singole consorziate” (cfr. Relazione allegata allo schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’art. 1 legge n. 78/2022). Nello specifico, l’art. 67, comma 8, statuisce che: “ai fini del rilascio o del rinnovo dell’attestazione di qualificazione SOA, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all’articolo 106, comma 8, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui all’allegato II.12, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell’intervallo tra le due classifiche. Gli atti adottati dall’ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2” (cfr. art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006).

La Relazione di accompagnamento al nuovo Codice del 2023 precisa, inoltre, che “il sistema sin qui in atto si basava su una disposizione transitoria del decreto legislativo n. 50 del 2016, (l’art. 216, comma 27-octies), che rinviava all’art. 36, comma 7 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (e fonti delegate), consentendo che i consorzi stabili attestino, per i lavori, i requisiti di qualificazione attraverso l’attestazione SOA del consorzio, nella quale si sommano i requisiti posseduti dalle singole consorziate” (relazione illustrativa, p. 105).

2.6.- In quest’ottica, la tesi dell’ammissibilità del cumulo alla rinfusa si ritiene preferibile anche per ragioni logiche, di coerenza ordinamentale, di certezza del diritto: opinare diversamente significherebbe che la possibilità di cumulo dell’attestazione SOA, ammessa dalla giurisprudenza assolutamente prevalente fino alla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 7360 del 25 agosto 2022 ed ammissibile per gli appalti rientranti nell’ambito di operatività del d.lgs. n. 36/2023, abbia avuto una breve parentesi di (incerta) sospensione giurisprudenziale relativamente a quelle controversie giudicate alla luce del suesposto orientamento restrittivo.

3.- Il Collegio, nel respingere il ricorso ed i relativi motivi aggiunti, conferma pertanto il principio secondo cui, nella partecipazione alle gare d’appalto e nell’esecuzione, è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole imprese sue consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l’effetto, a dovere dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi (attestazione SOA per categorie e classifiche analoghe a quelle indicate dal bando).

In definitiva:

a) i requisiti speciali di qualificazione SOA devono essere posseduti e dimostrati unicamente dal consorzio stabile, mediante la sola qualificazione e l’attestato SOA

del consorzio medesimo (in ciò sostanziandosi la ratio e la finalità di tale figura soggettiva);

b) detti consorzi partecipano alla procedura di gara utilizzando requisiti di qualificazione “loro propri”, ossia la propria attestazione SOA;

c) alle consorziate designate per l'esecuzione dell'appalto spetta unicamente dimostrare il possesso dei requisiti di ordine generale, ciò al fine di impedire che possano giovare della copertura dell'ente collettivo, eludendo i controlli demandati alle stazioni appaltanti (Cons. St., A.P., 4 maggio 2012, n. 8; sez. V, 17 maggio 2012, n. 2582; sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4703; Tar Lazio 30 aprile 2018, n. 4723), fatte salve ovviamente le eccezioni di cui all'art. 48, commi 7-bis, 17, 18, 19, 19-bis e 19-ter (così Consiglio di Stato, Sez. V, 14 aprile 2020, n. 2387).

In effetti, il consorzio stabile rappresenta “un nuovo e peculiare soggetto giuridico, promanante da un contratto a dimensione associativa tra imprese, caratterizzato oggettivamente come struttura imprenditoriale e da un rapporto tra le stesse imprese di tipo organico, al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, sicché unico interlocutore con l'amministrazione appaltante è il medesimo consorzio” (cfr. Cons. Stato, 24 gennaio 2023, n. 779).

D'altronde, l'Adunanza Plenaria n. 6 del 2019 ha affermato che il sistema dei requisiti di qualificazione non può che riferirsi ad ogni singola impresa, ancorché associata in un raggruppamento, altrimenti si finirebbe con l'attribuire una forma di “soggettività” al raggruppamento medesimo, al di là di quella delle singole imprese partecipanti; “una sorta di interscambiabilità dei requisiti, quale quella ipotizzata, di partecipazione risulta più agevolmente ipotizzabile laddove si riconoscesse (ma così non è) una personalità giuridica propria al r.t.i.”.

Da questo angolo visuale, va rimarcato che i consorzi si distinguono dai raggruppamenti temporanei d'impresa proprio in quanto forniti di autonoma soggettività giuridica, oltre che per la rilevanza esterna dell'organizzazione consortile.

4.- Ne consegue che, nel caso di specie, non sussiste alcun difetto di qualificazione dei consorzi controinteressati, in possesso delle attestazioni SOA necessarie all'esecuzione degli interventi dedotti nell'appalto. In particolare, l'aggiudicatario CNS è in possesso della qualifica SOA OS24, classifica VIII, mentre il Consorzio Integrale della qualifica SOA OS24, classifica VII.

Va infine aggiunto che l'art. 16 del disciplinare di gara - con previsione che per le ragioni sopra esposte è conforme al dettato legislativo e, pertanto, si sottrae alle censure di parte ricorrente - precisa che: "per il Sub-Lotto Prestazionale 3 (Lavori) e 4 (Lavori in Appalto Integrato), nel caso in cui l'operatore economico sia un consorzio stabile che abbia indicato in sede di gara una o più consorziate esecutrici, la classifica che verrà considerata ai fini della successiva assegnazione del cluster è quella: posseduta dal consorzio stabile in virtù del c.d. 'cumulo alla rinfusa', in caso di cluster che non includono tutti interventi non ricadenti in aree sottoposte a tutela secondo il d.lgs. 42/2004, recante codice dei beni culturali e del paesaggio".

A sua volta il Sub-disciplinare, legge speciale di gara per il lotto 4 - in tema di Requisiti di partecipazione degli operatori che partecipano in somma associata e, più in particolare, dei requisiti di idoneità professionale - dispone espressamente che: "i requisiti di capacità economica e finanziaria nonché tecnica e professionale devono essere posseduti (...) in caso di consorzio stabile di cui all'art. 45, co. 2, lett. c) del Codice dei Contratti, direttamente dal consorzio o dalle consorziate anche eventualmente designate quali esecutrici. Nel caso di interventi oggetto d'appalto

riguardanti beni culturali sottoposti a tutela, anche ai fini di quanto previsto in materia di Prestazioni Accessorie di cui al Disciplinare Unico, il consorzio e/o la consorziata esecutrice eventualmente designata per l'esecuzione dei lavori dovrà possedere in proprio la qualificazione SOA relativa alle lavorazioni che esegue" (art. 4.6.2.1).

Orbene, la scelta di adottare un diverso regime regolatorio per i beni sottoposti a regime di tutela vincolistica è del tutto coerente alla previsione di cui all'art. 146, comma 1, d. lgs. 50/2016, disposizione che impone agli esecutori di lavori su beni vincolati il possesso proprio dei necessari requisiti di qualificazione.

Non ricorrendo, per il Cluster 1, questa specifica esigenza, il divieto preteso dalla ricorrente sarebbe ingiustificato e determinerebbe un'inappropriata restrizione della concorrenza.

La diversa regola valevole per i beni soggetti a tutela è stata presa in debita considerazione dalla stessa Invitalia la quale, nel prendere atto che alcuni interventi del Cluster 2, quelli relativi alla riqualificazione del centro antico di Castellammare di Stabia, ricadevano su aree e spazi sottoposti a vincolo ai sensi del d. lgs. 42/2004, ha proceduto correttamente ad annullare in autotutela l'aggiudicazione disposta in favore del Consorzio Integra, le cui esecutrici erano prive dello specifico requisito di qualificazione.

5.- La complessità delle questioni coinvolte col presente giudizio ed il contrasto giurisprudenziale sopra illustrato, costituiscono giuste ed eccezionali ragioni per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui relativi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Compensa integralmente le spese del giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianmario Palliggiano

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO