

N. 00639/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01606/2023 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 1606 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da Euroappalti S.r.l. e Avallone Costruzioni S.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 99615188B3, rappresentati e difesi dall'avvocato Antonio La Marca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Commissario Straordinario del Governo della Zes Campania, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Salerno, domiciliataria *ex lege* in Salerno, c.so Vittorio Emanuele, 58;

nei confronti

Fenix Consorzio Stabile s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Ministero per gli Affari Europei di Roma, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Salerno, domiciliataria *ex lege* in Salerno, c.so Vittorio Emanuele, 58;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

dell'aggiudicazione, disposta dal Commissario straordinario del Governo della ZES Campania con determina n. 38 del 27/09/2023 e comunicata il 28/09/2023, all'operatore economico Fenix Consorzio Stabile Scarl dell'appalto integrato del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione dei lavori relativi all'intervento di «*BATTIPAGLIA- Potenziamento area della logistica e riqualificazione della viabilità*» — sub-intervento denominato «*potenziamento delle infrastrutture a servizio dell'area della logistica*» — Articolo 60 comma 3 del d. lgs. 50/2016 - CIG. 99615188B3; importo complessivo a base di gara € 5. 525.454,02.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Euroappalti S.r.l. il 18/1/2024:

1) Annullare l'aggiudicazione disposta dal Commissario straordinario del Governo della ZES Campania con determina n. 38 del 27/09/2023 e comunicata il 28/09/2023, all'operatore economico Fenix Consorzio Stabile Scarl dell'appalto integrato del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione dei lavori relativi all'intervento di «*BATTIPAGLIA- Potenziamento area della logistica e riqualificazione della viabilità*» — sub-intervento denominato «*potenziamento delle infrastrutture a servizio dell'area della logistica*» — Articolo 60 comma 3 del d. lgs. 50/2016 - CIG. 99615188B3, e ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o connesso.

2) Dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto stipulato il 28 dicembre 2023 tra Commissario straordinario del Governo della ZES Campania e il Fenix Consorzio Stabile Scarl e, per l'effetto, disporre il subentro dell'Euroappalti s.r.l. e dell'Avallone Costruzioni s.r.l. nel contratto sopra richiamato o, in via subordinata, la condanna del resistente al pagamento in favore di Euroappalti s.r.l. e di Avallone Costruzioni s.r.l. di € 216.402,92 (duecentosedicimilaquattrocentodue/92 euro), quale risarcimento del danno per il mancato profitto relativo all'esecuzione dei lavori, e di € 108.201,46 (centoottomiladuecentouno/46 euro), quale risarcimento del danno curricolare, nonché € 21.582,46 (ventunomilacinquecentoottantadue/46 euro), quale risarcimento danno per il mancato affidamento della progettazione esecutiva, ed € 10.791,63 (diecimilasettecentonovantuno/23 euro), quale risarcimento del danno curricolare per i progettisti.

3) Con vittoria di spese e competenze legali.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Commissario Straordinario del Governo della Zes Campania, di Fenix Consorzio Stabile s.c. a r.l., del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Ministero per Gli Affari Europei di Roma;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2024 la dott.ssa Rosa Anna Capozzi e uditi per le parti i difensori Melucci Antonio e La Marca Antonio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 25 ottobre 2023 e depositato in data 27 ottobre 2023, la società ricorrente Euroappalti s.r.l., insieme all'Avallone Costruzioni s.r.l., hanno esposto che:

- in data 20 luglio 2023 il Commissario Straordinario del Governo della ZES Campania ha pubblicato il bando di gara afferente procedura aperta telematica ai sensi degli articoli 48 e 58 d.lgs. 50/2016 per l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dell'appalto integrato del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione dei lavori relativi all'intervento di «*Battipaglia-Potenziamento area della logistica e riqualificazione della viabilità*» — subintervento denominato «*potenziamento delle infrastrutture a servizio dell'area della logistica*»;
- l'appalto è finanziato da fondi unionali- Next Generation UE e rientra nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza;
- hanno preso parte alla procedura di gara quale mandante del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese, unitamente all'Avallone Costruzioni s.r.l., quale impresa capogruppo;
- la procedura si è conclusa in data 28 settembre 2023 con l'aggiudicazione in favore dell'operatore economico Fenix Consorzio Stabile s.c.ar.l., che sin dalla domanda di partecipazione ha indicato quali consorziate designate la Chierchia Costruzioni di Chierchia Giuseppe e la Vie sotterranee s.r.l.

1.1. Con l'odierno ricorso, la Euroappalti s.r.l. e l'Avallone Costruzioni s.r.l. hanno, quindi, agito al fine di far dichiarare l'illegittimità dell'aggiudicazione della gara, previa sospensione della sua efficacia, deducendo i seguenti motivi di ricorso:

- 1) Violazione di legge (articoli 80, comma 5, lett. c) e f-*bis*), e 85 d. lgs. 50/2016 e articolo 7 disciplinare di gara), per non aver la Chierchia Costruzioni, consorziata

designata dal Fenix Consorzio Stabile S.c.a r.l., fornito una autodichiarazione aggiornata in relazione ai procedimenti penali in corso;

2) Violazione di legge (articolo 80, comma, lett. f-*bis*) e i), d. lgs. 50/2016), per aver Chierchia Giuseppe, titolare della consorziata designata dal Fenix Consorzio Stabile S.c.a r.l., affermato di non essere tenuto alla presentazione della certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, stante un numero di dipendenti inferiore a 15, in contrasto con quanto risulta dalla visura camerale storica;

3) Violazione di legge (articoli 46, 80, comma 5, lett. f- *bis*), d. lgs. 50/2016, linee guida ANAC n. 1/2016 e articolo 6, punto 3 e 3.3., lettera d), del disciplinare di gara) per l'insussistenza in capo all'aggiudicatario e al suo raggruppamento temporaneo di professionisti (RTP) dei requisiti tecnici professionali;

4) Violazione di legge (articolo 48, comma 4, d.lgs. 50/2016), per non aver il controinteressato Consorzio specificato nella propria offerta le categorie dei lavori che sarebbero dovute essere eseguite dalle singole consorziate designate, ossia Chierchia Costruzioni di Chierchia Giuseppe e Vie sotterranee s.r.l.;

5) Violazione di legge (articolo 47 d.lgs. 50/2016, articoli 6, comma 3.1, e 2, comma 3, del disciplinare di gara), in quanto la Chierchia Costruzioni di Chierchia Giuseppe non sarebbe titolare delle attestazioni SOA richieste dalla Stazione appaltante;

6) Violazione di legge (articoli 80, comma 5, lett. c), c-*ter*) e f-*bis*) d. lgs. 50/2016) e/o eccesso di potere per illogicità o irragionevolezza manifesta per aver l'aggiudicatario Consorzio dichiarato nel proprio DGUE di non essersi reso colpevole di gravi illeciti professionali e di non aver dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento, nonostante sia

stata destinataria di diversi provvedimenti amministrativi per gravi illeciti professionali;

7) Violazione e falsa applicazione dell'articolo 80, comma 5, lett. c), c-*bis*) e c-*ter*) del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, dell'erronea valutazione dei presupposti, della carenza di motivazione; violazione dell'articolo 3 della legge n. 241/1990; violazione dei principi di buon andamento, trasparenza e imparzialità, anche ai sensi dell'articolo 97 Cost., in quanto la stazione appaltante ha ommesso qualsiasi valutazione in ordine alla gravità degli illeciti professionali.

1.2. Si sono costituiti in giudizio, con memoria formale, il Ministero delle Infrastrutture e trasporti e il Ministero per gli Affari Europei, nonché la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Commissario Straordinario del Governo della ZES Campania e il controinteressato Consorzio che hanno resistito al ricorso, depositando documenti attinenti alla procedura di gara oggetto del presente giudizio.

1.3. All'esito dell'udienza in camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare con ordinanza n. 432, pubblicata in data 9 novembre 2023, il Collegio ha *«rilevato che le censure contenute nel ricorso, pur necessitando di un più approfondito esame in fase di merito, sono state oggetto di puntuale replica da parte del controinteressato Consorzio, nonché da parte del resistente Commissario Straordinario del Governo della Zes Campania, non apparendo, quindi, al sommario esame proprio della fase cautelare, idonee ad integrare gli estremi del requisito di fumus boni iuris del gravame»* e ha ritenuto che *« nel contrapposto interesse delle parti, sia allo stato prevalente l'interesse del soggetto aggiudicatore ad iniziare celermente i lavori, di indubbio rilievo pubblico, come da cronoprogramma previsto dall'articolo 1, comma 3, del D.M. di attuazione di quanto previsto dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, misura M5C3-11 – investimento 4, “Interventi infrastrutturali per le Zone Economiche Speciali (ZES)”*, e tenuto

comunque conto del fatto che, in ossequio all'articolo 125, comma 3 cod. proc. amm., anche in caso di eventuale sottoscrizione medio tempore del contratto d'appalto e di ipotetico accoglimento del presente ricorso, la parte ricorrente non sarebbe priva di adeguata tutela, ravvisato il carattere patrimoniale dell'interesse sotteso al ricorso in oggetto», respingendo, così, l'istanza cautelare.

1.4. Con atto notificato e depositato il 18 gennaio 2024, parte ricorrente ha proposto ricorso per motivi aggiunti deducendo la violazione dell'articolo 26 del d.lgs. 50/2016, in quanto la stazione appaltante non avrebbe rispettato l'obbligo di verificare prima dell'inizio dei lavori il progetto definitivo presentato dall'aggiudicatario e chiedendo la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato in data 28 dicembre 2023 e il subentro nell'appalto oggetto di causa.

1.5. All'udienza del 7 febbraio 2024, previo deposito di ulteriori memorie e repliche, la causa è stata rinviata, in mancanza dei termini a difesa sul ricorso per motivi aggiunti.

1.6. Alla pubblica udienza del 6 marzo 2024, la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

DIRITTO

2. In *limine litis*, va dichiarata l'ammissibilità del ricorso, in quanto rispettoso dei requisiti imposti dall'articolo 40 del codice del processo amministrativo, avendo parte ricorrente articolato i motivi specifici di censura avverso il provvedimento di aggiudicazione. Tale provvedimento, nella sequenza procedimentale di un procedimento di gara pubblica, presenta, poi, una sua autonomia decisoria che lo rende l'unico atto della serie procedimentale dotato di specifica portata lesiva con la conseguenza, che, ai fini della sua impugnazione, non rileva la mancata impugnazione dei precedenti atti preparatori ed endoprocedimentali, privi di altrettanto autonoma valenza lesiva e provvedimentoale (cfr. T.A.R. Campania,

Napoli, sez. V, 09 dicembre 2021, n.7912; Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274).

3. Nel merito il ricorso principale è infondato per le ragioni di seguito illustrate.

4. Prima di procedere all'esame dei singoli motivi di ricorso, va premesso che il bando della procedura di gara oggetto di causa risulta pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, 5 Serie Speciale- Contratti Pubblici, in data 24 luglio 2023, con scadenza prevista per il 4 agosto 2023, sicché, sebbene il bando e il disciplinare di gara rimandano al codice del 2016, non ci possono essere dubbi sull'applicazione della nuova disciplina dei contratti pubblici, così come dettata dal D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Ciò lo si ricava dalla lettura coordinata delle *“Disposizioni transitorie, di coordinamento e abrogazioni”* di cui alla Parte III del nuovo Codice dei contratti pubblici.

In particolare, rilevano gli articoli:

- 229 comma 2, secondo cui *«le disposizioni del codice, con i relativi allegati, acquistano efficacia il 1° luglio 2023»;*

- 226 comma 2 lettera a) il quale prevede che: *«a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso. A tal fine, per procedimenti in corso si intendono: a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia»;*

- 226, comma 5, che prevede che: *«Ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso».*

4.1. L'applicazione delle norme del nuovo codice dei contratti pubblici non è, poi, esclusa, dalla circostanza che la procedura di gara, oggetto del presente giudizio, è finanziata da fondi PNRR, in quanto, la normativa contenente “*Disposizioni transitorie e di coordinamento*” di cui all'articolo 225 del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), al comma 8, si limita a stabilire la perdurante vigenza delle sole norme speciali in materia di appalti PNRR (tra cui gli articoli 47 e ss. del d. l. n. 77 del 2021), ma non anche degli istituti del d.lgs. n. 50 del 2016 in esso richiamati e, quindi, tutte le altre norme del d.lgs. 50 del 2016, qualora non rientranti nell'apparato normativo “speciale” per le procedure ad evidenza pubblica finanziate in tutto in parte con le risorse previste dal PNRR, dal PNC o da programmi assimilati, vanno ritenute abrogate dalla data di acquisto di efficacia delle norme del d.lgs. 36 del 2023 (*cf.* T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 28 febbraio 2024, n. 541; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 3 gennaio 2024, n. 134).

5. Definite le coordinate normative di riferimento, in assenza di espressa graduazione dei motivi da parte delle ricorrenti, il Collegio ritiene opportuno esaminare congiuntamente il primo, il sesto e il settimo motivo del ricorso, in considerazione della loro stretta connessione.

5.1. Preliminarmente va escluso che la proposizione dei suindicati motivi di ricorso integri una condotta di “abuso del processo” da parte delle ricorrenti principali. La circostanza dedotta dal controinteressato consorzio relativa all'esistenza di una iscrizione ANAC in danno della Euroappalti s.r.l. per ingiustificata rinuncia alla stipula del contratto, non dichiarata in sede di gara, non rende la proposizione di motivi sulle asserite omissioni/falsità dichiarative del Consorzio Fenix di per sé sola una condotta processuale pretestuosa, e cioè evidentemente sprovvista di alcuna plausibile ragione, in contrasto con il canone di buona fede e correttezza.

5.2. Ed invero, oltre alla evidente diversità della fattispecie dell'annotazione per rinuncia alla stipula di un contratto, rispetto alle vicende risolutive riguardanti il Consorzio Fenix, va anche considerato il dato della pendenza del giudizio avverso tale annotazione, conclusosi solo in data 5 gennaio 2024 con sentenza di rigetto del T.A.R. Lazio, Roma, n. 239, versata in atti dallo stesso consorzio controinteressato. Ne discende che le condotte omissive tenute dalle parti non sono affatto sovrapponibili, non potendo ritenersi, perciò, i motivi di gravame relativi alle omissioni dichiarative della controparte neppure violativi del divieto generale di *venire contra factum proprium*.

5.3. Ad ogni modo, i motivi in questione sono infondati.

5.3.1. Quanto alla nuova disciplina delle cause di esclusione nel d.lgs. 36/2023, la categoria degli illeciti professionali, sulla quale un peso decisivo hanno avuto i chiarimenti forniti dalla sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 16 del 28 agosto 2020, ha formato oggetto di autonomo articolo, l'articolo 98, nel quale sono confluite, tra l'altro, seppur parzialmente modificate, le previsioni di cui alle lettere c-*bis*), c-*ter*), c-*quater*), h), l) del comma 5 dell'articolo 80 del decreto legislativo n. 50/2016. La previsione contenuta nel comma 5, lett. f-*bis*), dell'articolo 80 del decreto legislativo n. 50/2016, è stata, invece soppressa, tenuto conto della circostanza che di essa era già stata affermata la residualità dalla già citata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 28 agosto 2020, e dell'Atto di segnalazione dell'ANAC n. 3 del 27 luglio 2022 (delibera n. 370 del 27 luglio 2022), con la quale era stata aveva segnalato la necessità di un chiarimento su tale delicata questione (al capo 2.1. e 2.2.5. e 2.2.6.). In particolare, l'articolo 98, al comma 5, prevede che «*le dichiarazioni omesse o non veritiere rese nella stessa gara e diverse da quelle di cui alla lettera b) del comma 3 possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità riferita agli elementi*

di cui al comma 3» e al comma 7 prevede che la stazione appaltante deve valutare i provvedimenti sanzionatori o disciplinari relativi ai potenziali episodi di illeciti professionali. Le novità che maggiormente rilevano in questa sede consistono, quindi, nel definitivo riconoscimento della natura “non automatica” delle cause di esclusione relative agli illeciti professionali e alla natura non immediatamente escludente delle omissioni o falsità dichiarative relative agli stessi.

5.3.2. Applicando la nuova disciplina al caso in esame, sia la mancata dichiarazione da parte di Chierchia Giuseppe, titolare della consorziata designata dal Consorzio Fenix, degli aggiornamenti delle udienze relative ai procedimenti penali in corso (primo motivo di ricorso), sia la mancata indicazione da parte del Consorzio nel DGUE dei provvedimenti di risoluzione del Comune di Salerno e del Comune di Ottati (settimo motivo di ricorso) non potrebbero mai integrare una fattispecie per la quale si ha automatismo espulsivo.

5.4. Quanto al difetto di motivazione in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante nel far proseguire la gara al Consorzio, può ritenersi ancora valido l'insegnamento della giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del Codice del 2016 secondo il quale, in caso di ammissione di un operatore economico, a differenza che nell'ipotesi di esclusione, la Stazione appaltante, che consideri quanto dichiarato inidoneo ad incidere sulla sua affidabilità professionale, nell'esercizio dell'ampia discrezionalità di cui dispone, non è tenuta ad una puntuale ed estesa motivazione sul punto, ben potendo la valutazione dell'Amministrazione risultare implicita nell'ammissione dell'impresa alla gara (cfr. da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 03 luglio 2023, n. 3968). La suddetta regola è destinata, però, a subire eccezione nel caso in cui le pregresse vicende professionali addebitate all'impresa concorrente presentino, in termini qualitativi e/o quantitativi, una pregnanza tale che la stazione appaltante

non possa esimersi dal rendere esplicite le ragioni per le quali abbia comunque apprezzato l'impresa come affidabile (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 2021 n. 1500; Consiglio di Stato, Sez. III, 26 ottobre 2020 n. 6530; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 maggio 2020 n. 2850; TAR Lombardia Milano, Sez. I, 8 febbraio 2022 n. 289; TAR Puglia Bari, Sez. III, 17 settembre 2020 n. 1159).

5.5. Nella fattispecie in esame, nel DGUE il Consorzio ha riportato:- il provvedimento di risoluzione del contratto di appalto del Comune di Reggio Calabria (determina del 14 marzo 2019), evidenziando che vi è in corso un contenzioso in sede civile e che, comunque, l'ANAC ha comunicato l'avvenuta archiviazione della segnalazione; - il provvedimento di risoluzione del Comune di Angri (determina del 5 settembre 2019), oggetto di ricorso dinanzi a questo Tribunale amministrativo regionale, conclusosi con sentenza di rigetto, appellata in Consiglio di Stato; - il provvedimento di risoluzione del Comune di Rapallo (determina del 21 marzo 2020), oggetto di contenzioso dinanzi al giudice civile, annotato nel casellario informatico ANAC; - il provvedimento di risoluzione dell'Anas S.p.A., oggetto di contenzioso dinanzi al giudice civile e la cui segnalazione è stata archiviata dall'ANAC; - il provvedimento di risoluzione del Comune di Calabritto, oggetto di un contenzioso dinanzi al giudice civile e non ancora annotato nel Casellario Informatico dell'ANAC, non essendo ancora stato comunicato l'avvio del procedimento in merito.

5.5.1. Il Consorzio ha, poi, diffusamente spiegato in giudizio perché i provvedimenti di risoluzione indicati nel DGUE, oltre a quelli indicati dalla ricorrente, non possano valere a compromettere la sua affidabilità ed integrità agli occhi della stazione appaltante, non da ultimo richiamando i numerosi giudizi pendenti.

5.5.2. La stazione appaltante ha, infine, dimostrato di aver chiesto chiarimenti, con nota del 22 settembre 2023, in merito alle risoluzioni contrattuali dichiarate dall'Operatore Economico Fenix Consorzio stabile s.c.a.r.l., «con particolare riferimento a: a. categorie di lavori oggetto degli appalti; b. consorziate esecutrici dei lavori; c. contestazioni formulate dalle Stazioni Appaltanti; d. pertinenza delle misure di self cleaning adottate rispetto alle suindicate contestazioni; e. ogni altra informazione utile ai fini della valutazione da parte della Stazione Appaltante dell'integrità e affidabilità del Concorrente» (cfr. allegato 5 al deposito della stazione appaltante del 7 novembre 2023) e che, in data 4 ottobre 2023, a seguito del riscontro del 2 ottobre 2023 al soccorso istruttorio da parte del concorrente Consorzio, il RUP (coincidente con il Dirigente dell'Ufficio), ha confermato, con una "nota di comprova dei requisiti", l'affidabilità e l'integrità ex articolo 80, comma 5, D.lgs. 50/2016 nonché l'idoneità dell'offerta presentata dallo stesso Consorzio e, di conseguenza, ha confermato l'aggiudicazione disposta con determina dirigenziale n. 38 del 27 settembre 2023. In particolare, il RUP ha motivato ampiamente sulla non incidenza delle risoluzioni contrattuali dichiarate sul giudizio di affidabilità del Consorzio, evidenziando che «a. si tratta di risoluzioni per le quali risultano incardinati giudizi tuttora pendenti, [...]; b. si tratta di interventi di natura differente rispetto a quello oggetto del presente appalto; c. le consorziate esecutrici indicate per il presente appalto non risultano in alcun modo interessate dai pregressi procedimenti di risoluzione; d. il Consorzio Fenix [...] successivamente alle predette risoluzioni contrattuali, ha posto in essere, peraltro, misure di self cleaning al fine di non incorrere in ulteriori risoluzioni e/o revoche, che sono state valutate positivamente e possono considerarsi tempestive e idonee» e che «solo negli ultimi tre anni ha stipulato oltre n. 50 Contratti di appalto, anche con stazioni appaltanti importanti», concludendo per l'affidabilità ed integrità dell'operatore economico in questione (cfr. allegato 1 al deposito della stazione appaltante del 7 novembre 2023).

5.5.3. Alla luce di tali atti endoprocedimentali, adottati nell'ambito del subprocedimento di soccorso istruttorio attivato dal RUP, *ex* articolo 83, comma 9, d.lgs. 50/2016, alcuna lacuna istruttorio-motivazionale è rinvenibile nel provvedimento finale di aggiudicazione impugnato.

6. Non è parimenti meritevole di accoglimento il secondo motivo di ricorso, sull'asserita ulteriore falsità dichiarativa, imputata a Chierchia Giuseppe, titolare dell'impresa consorziata indicata dal Consorzio Fenix, relativa all'esonero dall'obbligo di presentazione della certificazione di cui all'articolo 17 l. 12 marzo 1999, n. 68, stante un numero di dipendenti inferiore a 15. Nella dichiarazione generale presentata in sede di gara si legge, quanto alla condizione prevista dall'articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016, lettera i): *«di non presentare la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 in quanto ha alle proprie dipendenze un numero inferiore a 15 unità»*.

6.1. Sul punto, va ricordato che il calcolo del contingente del personale dipendente, rilevante per stabilire l'entità della quota di riserva di cui all'articolo 3 della legge 12 marzo 1999, n. 68, è disciplinato dall'articolo 4, comma 1, e il successivo articolo 5 prevede i casi di esclusione dall'osservanza di suddetto obbligo per *«i datori di lavoro del settore edile per quanto concerne il personale di cantiere e gli addetti al trasporto del settore»*.

6.2. Nel caso in esame, il controinteressato Consorzio ha prodotto nel presente giudizio la dichiarazione del consulente del lavoro dell'impresa di Chierchia Giuseppe in ordine all'esonero della stessa dagli obblighi di assunzione di personale disabile e/o categoria protetta *«in quanto il personale in forza così come previsto dall'art 5 della L. 68/99, fatta eccezione per otto impiegati amministrativi e un apprendista impiegato, è esclusivamente composto da operai di cantiere e addetti al trasporto di settore. (personale escluso dal computo)»*, nonché le buste paga degli impiegati e degli operai della consorziata (cfr.

allegati 4, 5 e 6 alla memoria del Consorzio Fenix, come da foliaro). Tali documenti, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, dimostrano effettivamente che l'impresa di Chierchia Giuseppe aveva, al momento della presentazione della domanda, un numero di dipendenti inferiore a 15, in relazione a quelli computabili ai fini dell'applicazione della normativa sopra richiamata. Pertanto, quanto dichiarato dalla ricorrente in sede di domanda di partecipazione alla gara, non risulta contrario al vero e non avrebbe potuto comportare la sua esclusione.

6.3. Ad ogni modo, la suddetta dichiarazione, contrariamente a quanto dedotto da parte ricorrente, è stata resa nelle forme dell'autocertificazione, ai sensi degli articoli 46 e 47 del D.P.R. n. 445 del 28 dicembre 2000 e s.m.i., proprio come nel caso oggetto del precedente del T.A.R. Puglia (Lecce, sez. II, 24 gennaio 2023, n. 116, confermata in appello con sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 07 giugno 2023, n. 5620), sicchè anche in tal caso risulta in sé sufficiente ai fini dell'ammissione alla gara dell'operatore economico, alla stregua del chiaro disposto dell'articolo 94, comma 5, lett. b), che sostanzialmente riproduce l'articolo 80, comma 5, lett. i) del D.Lgs. n. 50/2016, con la specificazione della sufficienza della dichiarazione sostitutiva della sussistenza del requisito della certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68.

6.4. D'altronde, anche l'indirizzo giurisprudenziale, formatosi sotto la vigenza del codice del 2016, tutt'ora valido alla luce della nuova normativa codicistica, aveva chiarito che quanto dichiarato dagli operatori economici concorrenti nella domanda di partecipazione alla gara e nel DGUE costituisce prova documentale sufficiente del possesso dei requisiti dichiarati, dovendo essere basata su tali dichiarazioni la relativa valutazione ai fini dell'ammissione e della partecipazione alla gara. Di norma, infatti, fatte salve diverse previsioni della legge di gara, soltanto all'esito della gara,

dopo l'approvazione della proposta di aggiudicazione ed il provvedimento di aggiudicazione, si procede alla verifica del possesso dei prescritti requisiti, non da parte della commissione di gara, ma da parte della stazione appaltante (v. Consiglio di Stato sez. V, 18 marzo 2019, n. 1730; TAR Napoli, sez. VIII, 5 ottobre 2020 n. 4223). Il mancato svolgimento di apposita istruttoria sui requisiti da parte della stazione appaltante è stato, infine, oggetto di contestazione solo nella memoria *ex* articolo 73 cod. proc. amm. da parte ricorrente, sicchè non è suscettibile di valutazione, ma, ad ogni modo, si tratterebbe di una censura infondata, in quanto l'eventuale istruttoria non avrebbe potuto avere esito negativo per il Consorzio, per le ragioni esposte sopra al § 6.2.

6.5. In conclusione, il primo, secondo, sesto e settimo motivo di ricorso, così come formulati, vanno respinti, perché infondati.

7. Il terzo motivo del ricorso riguarda la sussistenza in capo all'aggiudicatario e al suo RTP dei requisiti tecnici professionali richiesti per la progettazione dell'appalto affidato dal Commissario Straordinario del Governo della ZES Campania e, in particolare, del requisito speciale di cui al punto 3.3., lettera d) dell'articolo 6 del disciplinare che prevede: *«espletamento, negli ultimi dieci anni, di servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'articolo 3, lettera "vvv" del Codice, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle Classi e Categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate in base a quanto chiarito nell'Articolo 2, per un importo globale per ogni Classe e Categoria pari all'importo stimato di ogni Classe e Categoria oggetto del presente appalto. La comprova del requisito è fornita, secondo le disposizioni di cui all'articolo 86 e all'Allegato XVII, parte II, del Codice: - in caso di servizi prestati a favore di pubbliche amministrazioni o enti pubblici, mediante la produzione, in originale oppure copia conforme o autodichiarata conforme ex articoli 46 e 47 del D.P.R. 445/00, dei certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo*

e del periodo di esecuzione; - in caso di servizi prestati a favore di committenti privati, mediante la produzione, in originale oppure copia conforme o autodichiarata conforme ex articoli 46 e 47 del D.P.R. 445/00, dei certificati rilasciati dal committente privato, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione.».

7.1. Nel caso in esame, risulta che il Consorzio Fenix ha indicato quale Progettista il costituendo raggruppamento formato da DS2 progetti S.r.l., quale capogruppo/mandataria e l'Ing. Biagino Giorgetto Tenuta, quale mandante e che la stazione appaltante con nota del 22 settembre 2023 aveva richiesto, in sede di soccorso istruttorio, proprio *«documentazione, conformemente all'articolo 6 del Disciplinare di gara, a comprova dei requisiti dichiarati dai progettisti»*. Tale richiesta è stata riscontrata dal Consorzio (cfr. allegati 5.3 e 5.4, come da foliario, ai documenti depositati dalla stazione appaltante in data 7 novembre 2023), mediante allegazione del certificato dell'Azienda Ospedaliera "San Giovanni di Dio e Ruggi D'Aragona" di Salerno che attesta l'esecuzione di servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria da parte del progettista Tenuta, con allegata tabella indicante le categorie e le classi di prestazione professionale relative alla progettazione, nonché la durata della prestazione e l'importo del servizio.

7.2. In definitiva, il Consorzio, in sede di soccorso istruttorio, ha depositato la documentazione necessaria alla comprova dei requisiti del progettista indicato, non essendo richiesto anche il contratto di conferimento dell'incarico, data la natura pubblica del committente, e, per l'effetto, va dichiarata l'infondatezza del terzo motivo di ricorso.

8. Con il quarto motivo parte ricorrente contesta la violazione dell'articolo 48, comma 4, d.lgs. 50/2016, per non aver il controinteressato consorzio specificato

nell'offerta le categorie dei lavori che sarebbero dovute essere eseguite dalle singole consorziate designate.

8.1. La censura non può essere accolta.

8.2. Sul punto, va richiamato l'orientamento giurisprudenziale formatosi sotto la vigenza del Codice del 2016 secondo cui l'onere di indicazione separata delle prestazioni effettuate dai singoli partecipanti deve intendersi riferito esclusivamente ai raggruppamenti temporanei d'impresa ed ai consorzi ordinari, dal momento che i consorzi stabili rispondono in proprio della prestazione da eseguirsi, la quale è integralmente imputata al consorzio stesso (cfr., Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 22 ottobre 2019 n. 2201). Lo stesso Consiglio di Stato (sez. III, 26 aprile 2021, n. 3358) ha precisato che la natura di consorzio stabile deve essere accertata in virtù di una ricostruzione sostanzialistica dei relativi tratti identificativi della figura, come individuati dall'articolo 45, comma 2, lett. c), d.lgs. 50/2016 (cfr., anche, Cons. Stato, sez. III, n. 2493/2019), tenendo in particolare conto l'elemento c.d. teleologico, costituito dalla sua astratta idoneità a realizzare un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali consorziate, le prestazioni previste nel contratto, ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, per il tramite delle consorziate (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 1984/2017 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 07 giugno 2021, n. 3780).

8.3. I sopra richiamati principi giurisprudenziali mantengono la loro piena validità sotto la vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici, in quanto la normativa prima contenuta nell'articolo 48, comma 4, d.lgs. 50/2016 è stata oggi riportata pedissequamente nell'articolo 68 del d.lgs. 36/2023, che si riferisce esclusivamente

ai raggruppamenti temporanei e ai consorzi ordinari di operatori economici, mentre all'articolo 67 sono disciplinati separatamente i consorzi stabili che *«esegmono 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 nei confronti della stazione appaltante»*, sicchè alcun onere di indicazione preventiva e separata delle prestazioni effettuate dalle singole consorziate può essere imposto a tale tipologia di operatori economici plurisoggettivi.

9. Il quinto motivo non è parimenti meritevole di accoglimento.

9.1. Con tale motivo di censura parte ricorrente contesta sostanzialmente l'assenza in capo alla consorziata Chierchia Costruzioni di Chierchia Giuseppe delle attestazioni SOA (afferenti alle categorie di lavori oggetto dell'appalto) richieste dal disciplinare di gara e l'inammissibilità di ricorrere al cumulo dei suddetti requisiti all'interno del consorzio stabile.

9.2. Orbene, va evidenziato che la giurisprudenza già formatasi sotto la vigenza del suddetto codice del 2016, in più occasioni, ha chiarito che i consorzi stabili sono operatori economici dotati di autonoma personalità giuridica, costituiti in forma collettiva e con causa mutualistica, che operano in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del "cumulo alla rinfusa" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964; Cons. stato, 11 dicembre 2020, n. 7943; Cons. Stato sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1112). Come noto, il criterio del 'cumulo alla rinfusa', costituendo un approdo pacifico della giurisprudenza, viene individuato nella possibilità per i consorzi stabili di qualificarsi nelle gare di affidamento di appalti pubblici utilizzando i requisiti delle proprie consorziate,

dovendosi precisare che, in caso di partecipazione alla gara, è necessaria la verifica della effettiva esistenza in capo ai singoli consorziati, dei requisiti di capacità tecnica e professionale prescritti dalla *lex specialis* (Cons. Stato, Ad. Plen. 18 marzo 2021, n. 5). Di recente, l'indirizzo giurisprudenziale sopra enunciato, a seguito delle modifiche del d.l. n. 32 del 2019, c.d. decreto sblocca – cantieri, è stato ulteriormente chiarito dal Consiglio di Stato, con la sentenza n. 7360 del 2022, secondo cui 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. articolo 47, comma 1). L'indirizzo interpretativo, espresso con la sentenza n. 7360 citata, ha considerato l'operatività del meccanismo del 'cumulo alla rinfusa' solo con riguardo alla disponibilità delle attrezzature e mezzi d'opera nonché all'organico medio annuo. Al di fuori di tali presupposti, dovrebbe applicarsi la regola generale che impone a ciascun concorrente la dimostrazione del possesso dei requisiti e delle capacità di qualificazione (articoli 83 e 84 d.lgs. n. 50/2016). Il Collegio, invero, ritiene di dover aderire all'indirizzo giurisprudenziale (Consiglio di Stato, sez. V, 29 settembre 2023, n. 8592) secondo cui tale approdo argomentativo è ormai superato, stante il tenore letterale dell'articolo 225, comma 13, del Nuovo Codice dei Contratti (d.lgs. n. 36 del 2023), il quale ha chiarito, mediante un intervento di interpretazione autentica, il criterio applicativo degli articoli 47, 83 e 216 del d.lgs. n. 50 del 2016, stabilendo che: *“Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lett. c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 e dagli articoli 81 e 94 del*

regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. L'articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti dal 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, anche se diversi da quelli designati in gara". Tale norma è stata qualificata dalla giurisprudenza come norma di interpretazione autentica (cfr. ordinanza del Consiglio di Stato, sezione V, n. 1424 del 14 aprile 2023; *Id.*, ordinanza 5 maggio 2023, n. 1761). Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha ammesso, in sostanza, in maniera generica e senza limitazioni, il 'cumulo alla rinfusa' anche all'articolo 67, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 36 del 2023, il quale ha espressamente previsto che «*per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate*». Da siffatti rilievi consegue che, nella partecipazione alle gare d'appalto è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole imprese consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi, anche mediante il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto di appalto (così, Consiglio di Stato, sez. V, 29 settembre 2023, n. 8592, *cit.*).

9.3. In definitiva, si registra una continuità tra le discipline, in ragione delle caratteristiche proprie dei consorzi stabili che non lascia dubbi sulla sussistenza dei requisiti di qualificazione in capo al Consorzio concorrente.

10. Va ora esaminato anche il ricorso per motivi aggiunti, con il quale parte ricorrente contesta la violazione dell'articolo 26 del d.lgs. 50/2016, ovverossia la mancata verifica del progetto esecutivo prima dell'inizio dei lavori.

10.1. Il controinteressato Consorzio ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di circostanza attinente alla fase esecutiva dell'appalto.

10.2. La stazione appaltante ha depositato il “*rapporto di verifica, riesame e validazione del progetto esecutivo*”, datato 9 novembre 2023, con esito positivo e conseguenziale validazione del progetto esecutivo.

10.3. In punto di diritto, va evidenziato che il nuovo articolo 42 del d.lgs. 36/2023 specifica le modalità di espletamento e individua i profili oggetto della verifica della progettazione, prevedendo esplicitamente che la verifica del progetto esecutivo redatto dall'aggiudicatario è effettuata prima dell'inizio dei lavori, a differenza della verifica del progetto di fattibilità tecnico-economica che deve essere completata prima dell'avvio della procedura di affidamento. Ne discende che, anche alla luce della nuova normativa, non vi possono essere dubbi sulla circostanza che la verifica della progettazione esecutiva attiene alla fase propriamente esecutiva del contratto di appalto, successiva, quindi alla sua stipula.

10.3.1. Orbene, secondo il pacifico orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo ogni controversia relativa all'impugnazione dell'aggiudicazione della gara e degli atti del relativo procedimento antecedenti alla stipula del contratto di appalto, mentre, nella giurisdizione del giudice ordinario, i giudizi relativi alla successiva fase contrattuale, concernente l'esecuzione del rapporto (*ex multis*, Cass. SS.UU. 3 maggio 2017, n. 10705; Cass. 21 maggio 2019 n. 13660). Se in linea generale la stipula del contratto segna il punto di confine ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e

giudice amministrativo, vi sono fattispecie connotate da peculiarità tali da costituire delle deroghe a tale principio, in cui il criterio di riparto della giurisdizione si fonda sulla situazione giuridica fatta valere. Ogni volta che l'agire della stazione appaltante attiene ad un segmento procedimentale pubblicistico, ed è collegata all'esercizio di un potere da parte dell'Amministrazione, sussisterà la giurisdizione del giudice amministrativo (Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 171).

10.3.2. Applicando le suesposte coordinate ermeneutiche al caso in esame, deve ritenersi che la verifica e approvazione del progetto esecutivo, strettamente connessi alla corretta esecuzione del contratto, non sono configurabili come esercizio di un potere autoritativo che consenta all'Amministrazione d'incidere unilateralmente sul contenuto dei diritti e degli obblighi previsti dal contratto, sicché, attenendo alla fase propriamente esecutiva del rapporto, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario.

10.4. Il ricorso per motivi aggiunti è, quindi, inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, spettando la cognizione della controversia al Giudice Ordinario, innanzi alla quale la causa potrà essere riproposta, ai sensi e per gli effetti e nel termine di cui all'articolo 11, secondo comma, del codice del processo amministrativo.

11. In definitiva, il ricorso principale è infondato e il ricorso per motivi aggiunti è inammissibile.

12. La regolazione delle spese processuali segue il criterio della soccombenza nella misura indicata in dispositivo, tranne che nei confronti delle amministrazioni centrali costituite in giudizio, sussistendo giuste ragioni per disporre la compensazione, tenuto conto della loro costituzione formale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso principale e dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti per difetto di giurisdizione.

Condanna parte ricorrente al pagamento in favore del Commissario Straordinario del Governo della Zes Campania delle spese del presente giudizio che liquida in € 2.000,00 (duemila/00), oltre rimborso spese forfettario al 15%, oltre IVA e CPA, come per legge.

Condanna parte ricorrente al pagamento in favore di Fenix Consorzio Stabile s.c. a r.l. delle spese del presente giudizio che liquida in € 2.000,00 (duemila/00), oltre rimborso spese forfettario al 15%, oltre IVA e CPA, come per legge.

Compensa le spese nei confronti del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Ministero per gli Affari Europei di Roma.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Fabio Di Lorenzo, Referendario

Rosa Anna Capozzi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Rosa Anna Capozzi

IL PRESIDENTE
Salvatore Mezzacapo

IL SEGRETARIO