

N. 00682/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00371/2024 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 per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 371 del 2024, proposto da Sapit s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Rosamaria Berloco, Giampaolo Austa e Pietro Falcicchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

- Invitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Collevicchio e Chiara Petrucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

- Ministero della Cultura, Ministero della Cultura - Segretariato Regionale per la Toscana, in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze, domiciliataria *ex lege* in Firenze, via degli Arazzieri, 4;

***nei confronti***

di: Consorzio Italiano Costruzioni Manutenzioni e Servizi – CONSITAL Soc. Coop. – e PRO.GE.CO. Soc. Coop. a r.l., in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'avvocato Roberto Colagrande, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

- del provvedimento prot. n. 65436 del 21 febbraio 2024, in uno alla comunicazione del 22 febbraio 2024, con il quale Invitalia s.p.a. ha aggiudicato al Consorzio Italiano Costruzioni Manutenzioni e Servizi Società Cooperativa – CONSITAL (consorziata designata PRO.GE.CO. società cooperativa), l'appalto avente ad oggetto “lavori di restauro e conservazione della copertura dell'ala juvarriana di Palazzo ducale - Lucca (LU), fonte di finanziamento: programmazione ai sensi dei commi 9 e 10 della l. 23/12/2014, n. 190 annualità 2019-2020 CIG: A01EAB95D9 CUP: F67E20000120001”, di importo pari ad € 2.291.951,58;
  - nei limiti di interesse, di tutti i verbali di gara, ivi compresi il Verbale n. 2 della seduta del 1° febbraio 2023, il Verbale n. 3 della seduta del 12 dicembre 2023 della Commissione di gara, a mezzo dei quali è stata disposta l'ammissione alle successive fasi della procedura di CONSITAL (consorziata designata PRO.GE.CO. società cooperativa);
  - dell'art. 8.5.3 del Disciplinare di gara, nella misura in cui dovesse essere interpretato nel senso di ritenere applicabile il cd. cumulo alla rinfusa negli appalti aventi ad oggetto i lavori sui beni culturali ovvero di ritenere ammissibile l'esecuzione dei lavori da parte di un soggetto privo dei requisiti di qualificazione richiesti;
  - di ogni altro atto presupposto e/o conseguente e/o connesso;
- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto che sia stato medio tempore stipulato, con subentro nell'esecuzione;

con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Invitalia s.p.a., del Ministero della Cultura, del Segretariato Regionale per la Toscana del Ministero della Cultura, del Consorzio Italiano Costruzioni Manutenzioni e Servizi – CONSITAL Soc. Coop. – e di PRO.GE.CO. Soc. Coop. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 maggio 2024 il dott. Andrea Vitucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1) Con bando di gara spedito per la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale in data 19.10.2023, l'Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa s.p.a. – Invitalia (nel prosieguo anche solo “Invitalia”), in qualità di centrale di committenza, ha avviato la procedura di gara per l'affidamento dei lavori “*di restauro e conservazione della copertura dell'ala juvarriana di Palazzo Ducale - Lucca (LU)*” per un importo, posto a base di gara, di € 2.291.951,58 oltre IVA e della durata di 540 giorni (doc. 2 ricorso).

2) La *lex specialis* richiedeva ai concorrenti di essere qualificati nella categoria OG2, class. IV, trattandosi di lavori di restauro di beni sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali.

- 3) All'art. 8.5.3 del Disciplinare si specificava che, in caso di partecipazione di Consorzi di società cooperative di produzione e lavoro o di Consorzi Stabili (di cui all'art. 65, comma 2, lett. "b", "c" e "d", D. Lgs. n. 36/2023) e trattandosi, appunto, di beni culturali, *"(...) i requisiti di capacità economica e finanziaria, nonché tecnica e professionale, (...), devono essere posseduti direttamente (...) dalla/e singola/e impresa/e consorziata/e, eventualmente designata/e per l'esecuzione"* (pag. 15, doc. 3 ricorso).
- 4) Sempre il medesimo art. 8.5.3 del Disciplinare vietava il cd. cumulo alla rinfusa, prescrivendo che *"l'operatore che esegue i lavori deve essere dotato in proprio di una qualificazione specialistica, al fine di assicurare una effettiva e adeguata tutela al bene culturale oggetto di intervento"* (pag. 15, doc. 3).
- 5) I requisiti sopra richiamati erano richiesti a pena di esclusione dalla procedura di gara.
- 6) Alla procedura partecipavano otto operatori economici, tra cui la ricorrente Sapit s.r.l. (di seguito anche solo "Sapit") e il controinteressato Consorzio Italiano Costruzioni Manutenzioni e Servizi Società Cooperativa (di seguito anche solo "CONSITAL"), che designava quale consorziata esecutrice la PRO.GE.CO. società cooperativa a responsabilità limitata (di seguito anche solo "PRO.GE.CO."), dichiarando che la stessa avrebbe eseguito il 100% dei lavori (doc. 12 ricorso).
- 7) L'Amministrazione procedeva con le operazioni di gara e, all'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, con un punteggio pari a 73,979, CONSITAL si collocava al primo posto della graduatoria, mentre la ricorrente si collocava al secondo posto con un punteggio pari a 70,413.
- 8) Terminati i lavori della commissione, con provvedimento prot. n. 065436 del 21.2.2024, Invitalia aggiudicava la gara a CONSITAL (doc. 1 ricorso).

9) La ricorrente, venuta in possesso della documentazione amministrativa e tecnica presentata in gara dal soggetto aggiudicatario (a seguito di accesso agli atti del 4 marzo 2024), notificava, in data 19 marzo 2024, il gravame in esame, con cui si duole della suddetta aggiudicazione del 21 febbraio 2024.

10) Si sono costituiti in giudizio il Ministero della Cultura e il Segretariato Regionale per la Toscana del Ministero della Cultura, i quali hanno eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva, in quanto la gara e l'aggiudicazione sono state gestite da Invitalia, unico soggetto che ha emesso i provvedimenti impugnati e dunque unico legittimato a resistere.

11) Si sono costituite in giudizio pure Invitalia, CONSITAL e PRO.GE.CO.

12) Con decreto monocratico n. 174 del 21 marzo 2024, la tutela d'urgenza veniva respinta (per le motivazioni ivi contenute) e veniva fissata, per la trattazione collegiale della domanda cautelare, la camera di consiglio del 10 aprile 2024.

13) Con ordinanza cautelare n. 214 del 10 aprile 2024, nel rilievo che le questioni oggetto del giudizio richiedessero l'approfondimento tipico della fase di merito e che le ragioni della parte ricorrente potessero essere adeguatamente tutelate mediante la fissazione di un'udienza di merito a breve, veniva fissata l'udienza pubblica del 29 maggio 2024.

14) Le parti depositavano gli ulteriori scritti difensivi e, all'udienza pubblica del 29 maggio 2024, la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1) Va preliminarmente accolta l'eccezione di difetto di legittimazione passiva, con conseguente estromissione dal giudizio, del Ministero della Cultura e del Segretariato Regionale per la Toscana del Ministero della Cultura, in quanto gli atti impugnati sono stati emessi solo da Invitalia.

2) Ancora in via preliminare, va rilevato che, con riferimento al secondo motivo di ricorso (con cui era stata dedotta l'irregolarità della posizione fiscale di PRO.GE.CO.), parte ricorrente, a seguito delle difese spiegate al riguardo da Invitalia, ha preso atto delle verifiche effettuate da quest'ultima in ordine alla regolare posizione di PRO.GE.CO. e ha quindi dichiarato di rinunciare al secondo motivo di ricorso (v. pag. 2, memoria difensiva di Sapit del 13 maggio 2024). Ai sensi dell'art. 84, comma 4, c.p.a., va quindi dichiarata la parziale improcedibilità del ricorso, per sopravvenuta carenza di interesse allo scrutinio della seconda censura proposta.

3) La causa si concentra quindi sullo scrutinio del primo motivo.

4) Col primo motivo di ricorso si deduce che:

- a) CONSITAL avrebbe dovuto essere escluso per l'assenza dei requisiti di qualificazione che la disciplina di gara richiedeva, a pena di esclusione, in capo alla consorziata indicata come esecutrice dei lavori (v. art. 8.5.3, pag. 15 del Disciplinare);
- b) nel caso di specie, infatti, la consorziata PRO.GE.CO., indicata da CONSITAL come consorziata esecutrice al 100% dei lavori, possiede sì la qualificazione nella categoria OG2 ma in una classifica inferiore a quella richiesta dalla *lex specialis*;
- c) PRO.GE.CO. ha una classifica III-bis che le consente, anche con l'incremento premiale del 20%, di eseguire lavori sino ad € 1.800.000,00 [€ 1.500.000 (class. III bis) + 300.000,00 (20%)], laddove la *lex specialis* richiede la classifica IV e l'importo dei lavori, posto a base di gara, è di € 2.291.951,58 che, al netto degli oneri di sicurezza, è pari a € 1.913.681,05 (v. art. 3, tabella n.1, pag. 4, Disciplinare);
- d) nel caso di specie, trattandosi di beni culturali, troverebbe applicazione la relativa disciplina di settore, dettata dagli artt. 132-134 e dall'All. II. 18 del D.Lgs. n. 36/2023;

- e) tale disciplina è derogatoria rispetto ai principi generali in ordine alla qualificazione degli operatori economici, in quanto diretta a garantire che soltanto l'operatore dotato di una qualificazione specialistica esegua i lavori relativi a tali beni, in modo da assicurarne la loro effettiva e adeguata tutela;
- f) l'art. 133 D. Lgs. n. 36/2023 demanda all'All. II.18 la disciplina derogatoria concernente *“i requisiti di qualificazione dei soggetti esecutori”* e l'art. 9, comma 4, dell'All. II.18 D. Lgs. n. 36/2023 specifica che, ai fini della qualificazione dell'operatore economico, possono essere utilizzati soltanto i lavori *“effettivamente eseguiti dall'impresa, anche se eseguiti in qualità di impresa subappaltatrice. L'impresa appaltatrice non può utilizzare ai fini della qualificazione i lavori affidati in subappalto”*;
- g) nel prevedere che i lavori eseguiti da un operatore possano essere utilizzati, per la qualificazione, unicamente dall'operatore che li ha effettivamente eseguiti, la norma stabilisce un legame imprescindibile tra la reale esecuzione dei lavori e la necessaria qualificazione, per cui solo l'operatore effettivamente qualificato per lavori di specifica categoria e importo è autorizzato a eseguirli;
- h) tale conclusione non trova eccezione o smentita nel caso in cui l'operatore economico partecipante assuma la veste di un consorzio non necessario e, segnatamente, come nel caso di specie, di un consorzio tra società cooperative *ex art. 65, comma 1, lett. “b”, D.Lgs. n. 36/2023*, in quanto prevale in ogni caso la disciplina speciale per i beni culturali e non può quindi trovare applicazione il meccanismo del *“cumulo alla rinfusa”*;
- i) la suddetta disciplina speciale è contemplata espressamente anche dall'art. 8.5.3 del Disciplinare, perciò l'Amministrazione ha anche violato l'autovincolo di cui agli atti di gara.

5) Invitalia, con memoria difensiva dell'8 aprile 2024, ha replicato che:

- a) nella domanda di partecipazione integrata con il DGUE, CONSITAL ha dichiarato di possedere la certificazione SOA in categoria OG2, classifica V, potendo dunque eseguire lavori fino ad euro 2.582.000,00 (pag. 4 e docc. 5 e 6 cit. memoria);
- b) nella seduta dell'1.12.2023, il RUP ha svolto le verifiche delle dichiarazioni e dei documenti contenuti nella documentazione amministrativa degli operatori concorrenti e, in tale sede, veniva rilevato un profilo da chiarire riguardo alle dichiarazioni rese da CONSITAL in merito al possesso del requisito relativo alla qualificazione nella categoria OG2;
- c) in particolare, il RUP ha riscontrato che *“L'operatore dichiara di avvalersi di subappalto qualificante affermando quindi di non essere qualificato e contestualmente si dichiara economicamente e tecnicamente qualificato confermando la SOA e la relativa classifica di cui è regolarmente in possesso (...)”*;
- d) pertanto, ai sensi dell'art. 101, co. 1, lettere “a” e “b”, D. Lgs. n. 36/2023, il RUP ha chiesto a CONSITAL di fornire chiarimenti in merito all'effettivo possesso del requisito di cui all'articolo 8.3 del Disciplinare (cioè il possesso della certificazione SOA attestante la qualifica nella categoria OG2, classifica IV) ed alla necessità o meno di ricorrere per tale requisito al subappalto c.d. qualificante necessario (doc. 7 cit. memoria);
- e) CONSITAL ha tempestivamente trasmesso la documentazione integrativa richiesta e, nel confermare di possedere in proprio la classifica V nella categoria OG2 (classifica superiore rispetto a quella richiesta dal Disciplinare di gara), ha dichiarato di non ricorrere ad un subappalto qualificante, barrando, alla voce *“si tratta di subappalto qualificante”*, la casella “NO” (pag. 4 e doc. 8 cit. memoria);



- f) nel verbale n. 3 del 12.12.2023, il RUP ha dato atto che CONSITAL aveva fornito documentazione integrativa completa e conforme alle disposizioni di gara (doc. 9 cit. memoria);
  - g) nel caso di specie, nella consapevolezza della specialità della disciplina per i lavori concernenti i beni culturali (e, in particolare, del divieto del “cumulo alla rinfusa”), CONSITAL è un consorzio di società cooperative di produzione e lavoro ai sensi dell’art. 65, comma 2, lett. “b”, D. Lgs. n. 36/2023, e, come tale, è un soggetto distinto dalle consorziate che ne fanno parte;
  - h) ai sensi dell’art. 67, comma 5, D. Lgs. n. 36/2023, tali consorzi partecipano alle gare utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono;
  - i) orbene, il Consorzio CONSITAL è l’operatore economico che ha partecipato alla gara e che è in possesso dei requisiti per svolgere in proprio i lavori, con la conseguenza che la consorziata esecutrice (nel caso di specie, PRO.GE.CO.) partecipa quale mera articolazione organica del consorzio di cooperative e potrebbe svolgere una parte dei lavori, cioè quelli che rientrano nella classifica III-bis.
- 6) CONSITAL, con memoria difensiva parimenti depositata l’8 aprile 2024, ha dedotto che:
- a) è un soggetto giuridico che utilizza requisiti propri e le cooperative che lo compongono sono ad esso legate da un rapporto organico, che fa sì che l’attività compiuta dalle consorziate, compresa quella della consorziata incaricata dell’esecuzione dei lavori, sia imputata unicamente al consorzio, quale autonomo centro d’interessi, con la conseguenza che la consorziata incaricata dell’esecuzione dei lavori può, all’occorrenza, sempre essere estromessa o sostituita, senza che ciò si

rifletta sul rapporto esterno tra consorzio concorrente e stazione appaltante (C.d.S. n. 1219 del 6 febbraio 2024);

- b) ne discende che, nel caso di specie, CONSITAL risulta pienamente qualificato per la esecuzione dell'appalto in oggetto, sia pure tramite la consorziata designata PRO.GE.CO., giacché in possesso di SOA per la categoria OG2 – classifica V (pag. 5 cit. memoria).

7) Venendo poi alla specifica previsione di cui all'art. 8.5.3 del Disciplinare, secondo cui *“A pena di esclusione, ai sensi del combinato disposto degli articoli 67, co. 2, lett. b), 132 e 133, del Codice dei Contratti, nonché ai sensi dell'Allegato II.18 del Codice dei Contratti, i requisiti di capacità economica e finanziaria, nonché tecnica e professionale, in caso di consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, di consorzi tra imprese artigiane e di consorzi stabili, di cui all'articolo 65, co. 2, lett. b), c) e d) del Codice dei Contratti, devono essere posseduti direttamente dal consorzio, se esegue in proprio, e/o dalla/ e singola/ e impresa/ e consorziata/ e, eventualmente designata/ e per l'esecuzione”*, CONSITAL, sempre nella citata memoria difensiva dell'8 aprile 2024 (v. pagg. 8-10), evidenzia che:

- a) se è pur vero che tale previsione elenca tutte e tre le tipologie di consorzi, è altrettanto evidente che la stessa richiama in premessa la specifica norma di cui all'art. 67, comma 2, lett. “b”, D. Lgs. n. 36/2023 (che è espressamente riferita ai soli consorzi stabili) e dispone poi in ogni caso che i requisiti debbano essere posseduti direttamente dal consorzio “e/o” dalla consorziata eventualmente designata per l'esecuzione;

- b) in altri termini, è la stessa norma di gara ad operare, coerentemente con la disciplina generale di riferimento, una distinzione tra le tipologie di consorzi considerati, prevedendo, per l'appunto, che il requisito debba essere posseduto cumulativamente ovvero alternativamente - “e/o” - anche dall'impresa designata per

l'esecuzione dei lavori, a seconda della tipologia di consorzio considerato e della relativa sottesa disciplina;

- c) pertanto, mentre per il consorzio stabile sarà necessario il possesso del requisito di qualificazione in capo alla consorziata esecutrice, in virtù del richiamato art. 67, comma 2, lett. "b", (che a sua volta rinvia all'art. 65, comma 2, lett. "d"), nella diversa ipotesi di consorzi di cooperative (qual è CONSITAL) il requisito potrà/dovrà essere posseduto e comprovato dal Consorzio stesso;

- d) d'altra parte, laddove la disciplina di gara ha inteso prevedere, senza differenziazioni tra le relative tipologie, il possesso cumulativo del requisito sia in capo al Consorzio che in capo alla consorziata esecutrice, lo ha fatto espressamente (v. art. 8.5.2, pag. 14, del Disciplinare, ove si prevede che *"i requisiti di idoneità professionale di cui all'articolo 8.2 dovranno essere posseduti: ... ii. in caso di consorzi stabili, di consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, e di consorzi tra imprese artigiane, dal consorzio e dalle consorziate designate quali esecutrici"*);

- e) nel medesimo senso poi deve essere letta anche la precisazione di cui al capoverso successivo dell'art. 8.5.3 del Disciplinare, secondo cui *"si applica per l'appalto di specie il regime speciale dei beni culturali di qualificazione "in proprio" e il c.d. divieto di cumulo alla rinfusa"*, giacché lascia intendere che il divieto in parola si riferisca ai soli consorzi stabili, cui, del resto, unicamente si applica l'istituto del c.d. "cumulo alla rinfusa", essendo viceversa prevista per le altre tipologie di Consorzio proprio la richiamata qualificazione *"in proprio"*, ai sensi di quanto previsto dal citato art. 67, comma 5, D. Lgs. n. 36/2023, in virtù del regime di immedesimazione organica tipica del rapporto consortile di cui all'art. 65, co. 2, lett. "b" e "c", del medesimo decreto legislativo;

- f) quindi, sia in virtù della disciplina generale di riferimento che di quella speciale di gara, CONSITAL non doveva essere escluso;

- g) in ogni caso, nella non creduta ipotesi in cui dovesse rinvenirsi una qualche possibile ambiguità nella formulazione della previsione di cui all'art. 8.5.3 del Disciplinare, dovrebbe sempre optarsi per una interpretazione più favorevole al concorrente, quale è quella proposta da CONSITAL.

8) Così riassunte le tesi contrapposte (da un lato, quella di Sapit, dall'altro, quelle di Invitalia e CONSITAL), osserva il Collegio che l'oggetto del contendere si riduce a come interpretare la *lex specialis* di gara, dettata dall'art. 8.5.3 del Disciplinare, che:

- a) secondo la ricorrente Sapit, imporrebbe il possesso della classifica IV anche alla ditta esecutrice dei lavori al 100% (cioè PRO.GE.CO.);

- b) secondo CONSITAL e Invitalia, imporrebbe il possesso della classifica IV solo a CONSITAL (titolare di classifica superiore) e non anche alla consorziata PRO.GE.CO.

8.1) Al riguardo, giova preliminarmente ripercorrere il testo del cit. art. 8.5.3 del Disciplinare, che recita come segue:

*“A pena di esclusione, ai sensi del combinato disposto degli articoli 67, co. 2, lett. b), 132 e 133, del Codice dei Contratti, nonché ai sensi dell’Allegato II.18 del Codice dei Contratti, i requisiti di capacità economica e finanziaria, nonché tecnica e professionale, in caso di consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, di consorzi tra imprese artigiane e di consorzi stabili, di cui all’articolo 65, co. 2, lett. b), c) e d) del Codice dei Contratti, devono essere posseduti direttamente dal consorzio, se esegue in proprio, e/ o dalla/ e singola/ e impresa/ e consorziata/ e, eventualmente designata/ e per l’esecuzione.*

*Tenuto conto, infatti, della particolare specificità del settore dei 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 gioco (articolo 9 della Costituzione), per i quali l'articolo 36 del TFUE consente esplicitamente una compressione del principio di concorrenzialità allorquando la stessa sia sorretta da "giustificati motivi" - e in aderenza a quanto operativamente previsto dall'articolo 9, co. 4, dell'Allegato II.18 al Codice dei Contratti, si applica per l'appalto di specie il regime speciale dei beni culturali di qualificazione "in proprio" e il c.d. divieto di cumulo alla rinfusa.*

*Pertanto, l'operatore che esegue i lavori deve essere dotato in proprio di una qualificazione specialistica, al fine di assicurare una effettiva e adeguata tutela al bene culturale oggetto di intervento.*

*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".*

8.2) Ebbene, la difesa di CONSITAL ha proposto una lettura del primo periodo del cit. art. 8.5.3 in virtù della quale esso ha inteso vietare il "cumulo alla rinfusa" dei requisiti con riferimento ai consorzi stabili, per i quali tale meccanismo normalmente ricorre e che, invece, non può operare nel caso di specie in ragione della specialità dei lavori relativi ai beni culturali. Tanto sarebbe avvalorato dall'utilizzo della locuzione "e/o", che rinvia alla tipologia di consorzio considerato e alla relativa sottesa disciplina, e dal capoverso successivo dell'art. 8.5.3, secondo cui "*si applica per l'appalto di specie il regime speciale dei beni culturali di qualificazione "in proprio" e il c.d. divieto di cumulo alla rinfusa*". Quindi, mentre nel caso di consorzio stabile (in ragione del divieto di applicazione del "cumulo alla rinfusa") il requisito della classifica IV deve essere posseduto dalla consorziata esecutrice, nel diverso caso di un consorzio

di società cooperative di produzione e lavoro, qual è CONSITAL, vale il regime della qualificazione “*in proprio*”, ai sensi dell’art. 67, comma 5, D. Lgs. n. 36/2023, secondo cui “*I consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane possono partecipare alla procedura di gara, fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95, utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono*”.

8.3) La bontà di una tale interpretazione va verificata alla luce di tutta la seconda parte dell’art. 8.5.3 del Disciplinare, laddove ivi si afferma che:

- a) in ragione delle esigenze di tutela sottese ai lavori da effettuarsi sui beni culturali “*e in aderenza a quanto operativamente previsto dall’articolo 9, co. 4, dell’Allegato II.18 al Codice dei Contratti, si applica per l’appalto di specie il regime speciale dei beni culturali di qualificazione “in proprio” e il c.d. divieto di cumulo alla rinfusa*”;

- b) “*Pertanto, l’operatore che esegue i lavori deve essere dotato in proprio di una qualificazione specialistica, al fine di assicurare una effettiva e adeguata tutela al bene culturale oggetto di intervento*”;

- c) “*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*”.

8.4) È questa seconda parte dell’art. 8.5.3 che esclude la percorribilità dell’interpretazione propugnata da CONSITAL, in quanto dal testo della norma di gara emerge chiaramente che chiunque esegua i lavori “*deve essere dotato in proprio di una qualificazione specialistica, al fine di assicurare una effettiva e adeguata tutela al bene culturale oggetto di intervento*”.

8.5) Non può giovare a CONSITAL l'affermazione di principio secondo cui *“Concorrente è quindi solo il consorzio, mentre non assumono tale veste le sue consorziate, nemmeno quella designata per l'esecuzione della commessa, con la conseguenza che quest'ultima all'occorrenza può sempre essere estromessa o sostituita, senza che ciò si rifletta sul rapporto esterno tra consorzio concorrente e stazione appaltante (Cons. Stato, sez. VI, 29.4.2003, n. 2183; Cons. Stato, 23.11.2018, n. 6632; Cons. Stato, sez. V, 14.4.2020, n. 2387)”* (C.d.S. n. 1219 del 6 febbraio 2024), in quanto, nel caso di specie, l'art. 8.5.3 del Disciplinare afferma chiaramente che la finalità di richiedere la classifica IV *“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”*.

8.6) Quindi, alla luce dell'art. 8.5.3 del Disciplinare di gara, CONSITAL avrebbe dovuto essere escluso dalla gara perché la consorzata PRO.GE.CO., indicata come esecutrice dei lavori al 100%, era in possesso della classifica III-bis, inferiore a quella (IV) richiesta dagli atti di gara. Non può nemmeno giovare a CONSITAL affermare che *“sia proprio Consital ad eseguire i lavori oggetto d'appalto in quanto a ciò ampiamente qualificata, sia pure per il tramite (anche) della propria consorzata prudentemente indicata in sede di gara, la quale potrà svolgere parte delle lavorazioni per le quali risulti, a sua volta, autonomamente qualificata”* (v. pag. 9 replica difensiva del 17 maggio 2024). Tale assunto difensivo:

- a) è smentito dalla documentazione presentata in gara, ove PRO.GE.CO. viene indicata come esecutrice al 100% dei lavori (v. pag. 4 del DGUE di CONSITAL e PRO.GE.CO., docc. 12 e 13 ricorso);
- b) non è chiaro, considerato che CONSITAL non ha spiegato per quale ragione, possedendo una classifica addirittura superiore (V), abbia indicato *“prudentemente”* una ditta esecutrice con classifica inferiore (III-bis).

9) Il primo motivo di ricorso va quindi accolto e, per l'effetto, va annullata l'aggiudicazione impugnata.

10) Considerata la particolarità delle questioni trattate, le spese di lite possono essere compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- a) estromette dal giudizio, per carenza di legittimazione passiva, il Ministero della Cultura e il Segretariato Regionale per la Toscana del Ministero della Cultura;
- b) dichiara improcedibile il secondo motivo di ricorso, per sopravvenuta carenza d'interesse;
- c) accoglie il primo motivo di ricorso e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione impugnata;
- d) compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Cacciari, Presidente

Andrea Vitucci, Primo Referendario, Estensore

Marcello Faviere, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Andrea Vitucci**

**IL PRESIDENTE**  
**Alessandro Cacciari**



IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI