
Pubblicato il 04/02/2025

N. 00875/2025REG.PROV.COLL.

N. 05135/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5135 del 2024, proposto da
Consorzio Italiano Costruzioni Manutenzioni e Servizi – Consital Soc.
Coop. e PRO.GE.CO. Soc. Coop. a.r.l., in persona dei legali
rappresentanti *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG
A01EAB95D9, rappresentati e difesi dall'avvocato Roberto Colagrande,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio
eletto presso il suo studio in Roma, viale Liegi n. 35b;

contro

Sapit s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Berloco, Austa e Falcicchio, con
domicilio eletto presso lo studio Rosa Berloco in Roma, via Alessandro III
n. 6;

nei confronti

Invitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Collevecchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) n. 682/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Sapit s.r.l. e della Invitalia s.p.a.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2024 il Cons. Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati Colagrande, Austa, e l'avvocato Fiorucci per delega dell'avvocato Collevecchio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in data 19.12.2023, Invitalia s.p.a., nella qualità di centrale di committenza per conto del Ministero della Cultura – Segretariato Regionale del Ministero della Cultura per la Toscana, indiceva la procedura di “*Affidamento dei lavori di restauro e conservazione della copertura dell’ala juvarriana di Palazzo Ducale – Lucca (LU)*”, di importo stimato a base di gara pari a euro 2.291.951,58, comprensivo dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza, oltre IVA e oneri di legge.

Con il Disciplinare di gara erano stati individuati i requisiti richiesti agli operatori economici e, in particolare: a) i concorrenti dovevano essere qualificati nella categoria OG2, classe IV, trattandosi di lavori di “*Restauro e manutenzione di beni immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali*”; b) all’art. 8.5.3 si specificava che, in caso di partecipazione di consorzi di società cooperative di produzione e lavoro o di consorzi stabili, i requisiti di

capacità economica e finanziaria, nonché tecnica e professionale, dovevano essere posseduti direttamente dalla singola impresa consorziata, eventualmente designata per l'esecuzione; c) l'art. 8.5.3, inoltre, vietava il c.d. 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'*; d) i requisiti sopra richiamati erano richiesti a pena di esclusione dalla procedura.

Entro il termine previsto dalla disciplina di gara, pervenivano n. 8 offerte, tra cui quella della società Sapit s.r.l. e del Consorzio Italiano Costruzioni Manutenzione e Servizi – Consital Soc. Coop. (in seguito anche solo Consorzio Consital o anche solo Consorzio), il quale si qualificava come consorzio fra società cooperative di produzione e lavoro costituito a norma del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947 n. 1577, ai sensi dell'art. 65, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 36/2023.

Il Consorzio Consital designava quale consorziata esecutrice la PRO.GE.CO., società cooperativa a responsabilità limitata (in seguito solo PRO.GE.CO.), dichiarando che la stessa avrebbe eseguito il 100% dei lavori.

L'Amministrazione procedeva con le operazioni di gara e, all'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, con un punteggio pari a 73,99, il Consorzio Consital si collocava al primo posto della graduatoria, mentre la società Sapit s.r.l. si collocava al secondo posto, con un punteggio pari a 70,413.

All'esito dei lavori della Commissione, con provvedimento prot. n. 065436 del 21.2.2024, Invitalia s.p.a. aggiudicava la gara al Consorzio Consital.

2. La società Sapit s.r.l. proponeva ricorso avverso gli atti di gara dinanzi al T.A.R. per la Toscana, censurando l'aggiudicazione del 21.2.2024 e assumendo che il Consorzio Consital avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura 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.

Nel caso di specie, la consorziata PRO.GE.CO., indicata dal Consorzio come consorziata esecutrice al 100% dei lavori, aveva la qualificazione nella categoria OG2, ma in una classifica inferiore a quella richiesta dalla *lex specialis*. In particolare, la ricorrente deduceva che la consorziata PRO.GE.CO aveva una classifica III bis che le consentiva, anche con l'incremento premiale del 20%, di eseguire i lavori sino ad euro 1.800.000,00, laddove la *lex specialis* richiedeva la classifica IV, considerando che l'importo dei lavori posto a base di gara era di euro 2.291.951,58, che, al netto degli oneri di sicurezza, era pari ad euro 1.913.681,05.

Inoltre, ad avviso della ricorrente, la disciplina di settore e il d.lgs. n. 36 del 2023, nel prevedere che i lavori eseguiti da un operatore potessero essere utilizzati, per la qualificazione, unicamente dall'operatore che li avrebbe dovuto effettivamente eseguire, stabiliva un legame imprescindibile tra la reale esecuzione dei lavori e la necessaria qualificazione; pertanto solo l'operatore effettivamente qualificato per lavori di specifica categoria e importo era autorizzato ad eseguirli.

Secondo la società Sapit s.r.l., nel caso di specie, trattandosi di beni culturali, trovava applicazione la disciplina di settore, dettata dagli artt. 132 – 134 e dell'All. II. 18 del d.lgs. n. 36 del 2023.

Tale disciplina era 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 esegueva i lavori relativi a tali beni, in modo da assicurarne la loro effettiva e adeguata tutela. La suddetta disciplina speciale era contemplata espressamente anche dall'art. 8.5.3 del Disciplinare, perciò l'Amministrazione aveva violato l'autovincolo di cui agli atti di gara.

Il Consorzio Consital si difendeva partendo dall'interpretazione dell'art. 8.5.3, assumendo che la disposizione aveva inteso vietare il 'cumulo alla rinfusa' dei requisiti con riferimento ai consorzi stabili, per i quali tale meccanismo normalmente ricorreva e che, invece, non poteva operare nel caso di specie in ragione della specialità dei lavori relativi ai beni culturali.

Quindi, mentre nel caso di consorzio stabile (in ragione del divieto di applicazione del 'cumulo alla rinfusa'), il requisito della classifica IV doveva essere posseduto dalla consorziata esecutrice, nel diverso caso di un consorzio di società cooperative di produzione e lavoro, quale era il Consorzio Consital, valeva il regime della qualificazione 'in proprio', ai sensi dell'art. 67, comma 5, d.lgs. n. 36 del 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"*.

La società Sapit s.r.l. denunciava, altresì, la violazione degli artt. 94, comma 6, 95, comma 2, d.lgs. n. 36 del 2023, in relazione alla sussistenza di gravi violazioni inerenti gli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali per un importo pari a euro 621.191, 28, in capo alla consorziata PRO.GE.CO., che avrebbero dovuto condurre la stazione appaltante ad escludere automaticamente la concorrente e/o quantomeno ad attivare una apposita indagine volta a chiarire la posizione fiscale. Successivamente, con memoria difensiva, la ricorrente manifestava la volontà di rinunciare al secondo motivo di ricorso, tenuto conto della *'documentazione depositata da Invitalia con la quale la stessa aveva comprovato di avere proceduto alla verifica della posizione fiscale della società PRO.GE.CO. e di aver ottenuto la relativa certificazione da parte dell'Agenzia delle Entrate competente'*.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, con sentenza n. 682 del 2024, accoglieva il primo motivo di ricorso annullando l'aggiudicazione, partendo dall'interpretazione dell'art. 8.5.3 della *lex specialis*. La disposizione testualmente richiedeva che il soggetto deputato all'esecuzione dei 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'*. Quindi, secondo il Collegio di prima istanza, alla luce dell'art. 8.5.3 del Disciplinare, il Consorzio Consital avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura perché la consorziata 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.

4. Il Consorzio Italiano Costruzioni Manutenzioni e Servizi – Consital Soc.Coop. e PRO.GE.CO. Soc. Coop. a.r.l. hanno proposto appello avverso la suddetta pronuncia, chiedendone l'integrale riforma, sulla base delle seguenti censure: *"1. Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui assume che Consital avrebbe indicato la consorziata PRO.GE.CO. quale esecutrice dei lavori al 100%. Errata e/o travisata disamina degli elementi di fatto in rilievo nella specie e della stessa documentazione di gara; 2. Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui interpreta l'art. 8.5.3 del Disciplinare di gara nel senso di richiedere, a pena di esclusione, che anche la consorziata esecutrice indicata da un consorzio di cooperative di cui all'art. 65, comma 2, lett. b) d.lgs. n. 36/2023 debba possedere il prescritto requisito di qualificazione. Omessa e/o travisata disamina degli elementi in fatto e in diritto in rilievo nella fattispecie in esame"*.

5. Si è costituita la società Sapit s.r.l. chiedendo il rigetto dell'appello e argomentando che il Disciplinare avrebbe chiaramente stabilito che, sebbene il soggetto che sottoscrive il contratto e assume la responsabilità per l'adempimento dello stesso, è il Consorzio, ciò non fa venire meno l'obbligo di garantire che chi concretamente esegue la prestazione, nella specie la PRO:GE.CO., sia in possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

6. Si è costituita Invitalia s.p.a. che ha concluso per l'accoglimento dell'appello. In particolare, la società argomenta che, nel caso in esame, non assumerebbe particolare rilevanza l'iniziale indicazione della PRO.GE.CO. come esecutrice, considerato che il Consorzio Consital è in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara e la consorziata esecutrice partecipa quale mera articolazione organica di un consorzio di cooperative.

Invitalia s.p.a. sottolinea, inoltre, che, in sede di chiarimenti, il Consorzio Consital ha confermato di possedere i requisiti per lo svolgimento dei lavori (OG2 classifica V), e, alla specifica domanda se intendesse porre in essere un subappalto qualificante, ha risposto negativamente.

7. Le parti, con memorie, hanno precisato le proprie difese.

8. All'udienza del 24.10.2024, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

9. Con il primo mezzo, gli appellanti censurano la sentenza impugnata nella parte in cui si assume, sulla base di un acritico recepimento di quanto asserito dalla società Sapit s.r.l. nel ricorso introduttivo, che il Consorzio Consital avrebbe indicato la consorziata PRO.GE.CO. quale esecutrice dei lavori al 100% e, partendo da tale inesatto presupposto, ha ritenuto l'illegittimità dell'aggiudicazione in ragione della mancanza del possesso da parte della consorziata, ai sensi dell'art. 8.5.3 del Disciplinare, del requisito SOA per la categoria OG2 – classifica IV. Inoltre, in nessuna parte della documentazione di gara emergerebbe il nominativo della PRO.GE.CO. quale consorziata designata quale esecutrice dell'intera prestazione, ovvero del 100%.

Secondo i ricorrenti non vi sarebbero dubbi sul fatto che sarebbe proprio il Consorzio Consital ad eseguire i lavori oggetto dell'appalto in quanto qualificato, sia pure per il tramite anche della propria consorziata 'prudentemente' indicata in sede di gara, la quale potrà svolgere parte delle lavorazioni per le quali risulta, a sua volta, autonomamente qualificata, non essendo ciò vietato da alcuna previsione, né contestato dalla Sapit s.r.l.

Gli esponenti argomentano che l'unico elemento di potenziale confusione potrebbe essere riferito alla compilazione del DGUE nella parte in cui viene barrata la casella SI in corrispondenza del ricorso al 'subappalto qualificante' per il 100% della categoria OG2, ma tale confusione sarebbe stata chiarita a seguito dell'attivazione della procedura del soccorso istruttorio da parte di Invitalia s.p.a.

Nella fattispecie, le lavorazioni appaltate sarebbero state formalmente e sostanzialmente eseguite dal Consorzio di cooperative aggiudicatario, autonomamente qualificato per eseguire l'intera prestazione oggetto dell'appalto.

10. Con il secondo mezzo, in via graduata, gli appellanti deducono che, nell'ipotesi in cui si dovesse ritenere che il Consorzio Consital abbia

inteso indicare la consorziata PRO.GE.CO. quale 'esecutrice' del 100% dei lavori, la sentenza appellata meriterebbe di essere annullata e riformata anche nella parte in cui interpreta la previsione di cui all'art. 8.5.3 del Disciplinare nel senso di richiedere, a pena di esclusione, che la consorziata indicata come esecutrice da un consorzio di società cooperative di produzione e lavoro di cui all'art. 65, comma 2, lett. b) d.lgs. n. 36 del 2023, quale è Consital, debba essere autonomamente qualificata per eseguire i lavori che riguardino beni culturali, non essendo sufficiente il possesso del prescritto requisito di qualificazione da parte del Consorzio concorrente. Secondo i ricorrenti, tale interpretazione non sarebbe condivisibile, tenuto conto che si fonda su una travisata ricostruzione della *lex specialis* e dello stesso contesto normativo di riferimento. Ai sensi dell'art. 67, comma 5, del d.lgs. n. 36 del 2023, i consorzi di cooperative, diversamente da quanto avviene per gli altri tipi di consorzio, come per esempio di consorzi stabili, *'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'*. Pertanto, nel caso di specie, il Consorzio Consital sarebbe pienamente qualificato per l'esecuzione dell'appalto a prescindere dalla indicazione di una consorziata esecutrice, giacchè in possesso di SOA per la categoria OG2 – classifica V. In particolare, dalla lettura dell'art. 8.5.3 del Disciplinare, nella parte in cui si dispone *"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"*, si desumerebbe che il suddetto divieto si riferisca ai soli consorzi stabili cui unicamente si applica l'istituto del c.d. cumulo alla rinfusa, essendo viceversa prevista per le altre tipologie di consorzio proprio la qualificazione *'in proprio'* ai sensi di quanto previsto dall'art. 67, comma 5, del d.lgs. n. 36 del 2023, in virtù del regime di immedesimazione organica tipica del rapporto consortile di cui all'art. 65, comma 2, lett. b) e c) del medesimo decreto legislativo.

I ricorrenti concludono che il T.A.R., in considerazione delle indicazioni contenute nella *lex specialis*, avrebbe dovuto al limite ravvisare una possibile ambiguità nella formulazione del Disciplinare, e ciò in ragione dei riferimenti contenuti nella prima parte della disposizione all'art. 67,

comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 36 del 2023 e al divieto di 'cumulo alla rinfusa', che espressamente si riferiscono ai consorzi stabili.

11. Le doglianze, come sopra sintetizzate, vanno esaminate congiuntamente, in quanto attinenti alla medesima questione.

12. L'appello è infondato e va respinto per i rilievi di seguito enunciati.

12.1. Con il primo mezzo, gli appellanti sostengono che il T.A.R. avrebbe erroneamente ritenuto che Consital aveva inteso affidare l'integrale esecuzione, ossia il 100% dei lavori dell'unica categoria OG2, alla propria consorziata designata, PRO.GE.CO., in possesso di una SOA per una classifica inferiore rispetto a quella richiesta dalla *lex specialis*.

Va, preliminarmente, respinta l'eccezione di inammissibilità del suddetto mezzo, sollevata dalla società Sapit s.r.l., che ha dedotto la novità della questione introdotta per la prima volta in appello, in violazione del principio dei '*nova*' di cui all'art. 104 c.p.a.

Nel gravame, invero, l'appellante censura la sentenza impugnata per una errata interpretazione degli atti di gara, e tale doglianza è ammissibile, non solo perché non amplia il *thema decidendum*, ma anche perché è stata spiegata dalla parte controinteressata del giudizio di primo grado.

Come noto, nel giudizio di appello, il *thema decidendum* è circoscritto dalle censure ritualmente sollevate in primo grado, non potendosi dare ingresso, per la prima volta, a nuove doglianze in violazione dei *nova* sancito dall'art. 345 c.p.c. (Cons. Stato, n. 8291 del 2010), sia in fatto o in diritto (Cons. Stato, n. 76 del 2018; id. n. 549 del 2017; id. n. 1640 del 2012).

Tuttavia, secondo l'indirizzo condiviso sostenuto da questo Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, n. 7052 del 2020), il divieto riguarda il solo ricorrente in primo grado, e non le altre parti del processo, le quali possono pure non essersi costituite nel grado precedente.

Ne consegue che, in linea di principio, questa ultime possono far valere in sede di appello qualunque motivo ritengano utile a criticare le conclusioni loro sfavorevoli cui sia giunta la sentenza impugnata (Cons. Stato, n. 3628 del 2020; id. n. 1892 del 2020; id. n. 1715 del 2020).

Passando all'esame del merito della critica, va osservato che, diversamente da quanto sostenuto dagli appellanti, nei documenti di gara appare evidente che la consorziata PRO.GE.CO. sia stata designata dal Consorzio Consital quale esecutrice dell'intera prestazione (ovvero del 100% dei lavori).

Tale circostanza di fatto, come rilevato dalla Sapit s.r.l. nelle memorie difensive, non è stata specificamente contestata dagli appellanti nel corso del giudizio di primo grado, i quali si sono limitati a controdedurre una errata interpretazione della *lex specialis* in relazione al quadro normativo di riferimento.

Nel D.G.U.E. redatto dal Consorzio Consital si legge che la PRO.GE.CO. viene indicata come operatore economico facente parte di un consorzio di cui all'art. 65, comma 2, lett. b), c) e d), e gli appellanti sostengono che l'indicazione 100% contenuta nel documento è una indicazione presente nel prestampato, mentre quella (100%) apposta alla voce subappalto sarebbe frutto di una svista e, quindi, priva di valore. In particolare deducono, richiamando la memoria di replica depositata nel corso del giudizio di primo grado in data 17.5.2024, che *“la indicazione finale riferita al 100% (n.d.r. riportata nel DGUE), diversamente da quanto vorrebbe lasciare intendere controparte, non sta affatto a significare che l'intera prestazione sarebbe stata eseguita dalla consorziata (il cui nominativo è riportato nel relativo riquadro), ma indica semplicemente il valore percentuale 'totale' della prestazione oggetto d'appalto nella categoria OG2”*. Argomentano che: *‘del resto questa circostanza sarebbe ricollegabile alla dichiarazione, contenuta nel medesimo DGUE, che il 100% del prescritto requisito di qualificazione SOA per la categoria OG2 – classifica IV – fino a euro 2.582.00 è posseduto da Consital, in possesso di SOA per la categoria OG2 – classifica V – fino ad euro 5.165.000,00’*.

Gli esponenti insistono, altresì, nel sostenere, anche nel presente giudizio, che l'indicazione della suindicata consorziata quale 'esecutrice' dei lavori sarebbe stata fatta dal Consorzio Consital in via 'prudenziale' non già *‘in ragione di una pretesa e inesistente esigenza di qualificazione ai fini della partecipazione alla gara...bensì perché il nominativo della*

consorziata cui si si riservava di affidare una parte delle lavorazioni vista la peculiare natura giuridica del Consorzio concorrente, è stato indicato al fine di consentire la verifica dei requisiti di ordine generale in capo alla stessa'.

Il Collegio osserva la distonia delle varie argomentazioni difensive sostenute dal Consorzio Consital, tanto che non può non ribadirsi l'arguta considerazione del Giudice di prime cure il quale afferma: *“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)”*.

12.2. Il D.G.U.E. è un'autodichiarazione dell'operatore economico che fornisce una prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi.

Come stabilito dall'articolo 59 della direttiva 2014/24/UE, il D.G.U.E. consiste in una dichiarazione formale da parte dell'operatore economico di non trovarsi in una delle situazioni nelle quali gli operatori economici devono o possono essere esclusi, di soddisfare i pertinenti criteri di selezione e di rispettare, se del caso, le norme e i criteri oggettivi fissati al fine di limitare il numero di candidati qualificati da invitare a partecipare.

L'interpretazione del D.G.U.E., stante la natura di dichiarazione formale, deve essere effettuata in ragione del criterio letterale (art. 1362 c.c.) e non consente di desumere la volontà dell'operatore secondo criteri presuntivi, come invece sostenuto dagli appellanti.

Invero, nella specie, si legge nel documento è che la consorziata PRO.GE.CO è stata designata ad eseguire il 100% della prestazione oggetto di appalto nella categoria OG2, e tale interpretazione è coerente con le altre dichiarazioni rese dal Consorzio Consital e dalla consorziata nel documento; infatti, diversamente opinando, non si comprenderebbe perché tanto nel D.G.U.E. del Consorzio, quanto in quello della consorziata esecutrice, non sia stata indicata una percentuale differente, in concreto corrispondente alle quote di esecuzione destinate alla PRO.GE.CO. e quelle destinate al Consorzio.

Inoltre, come evidenziato dalla società Sapit s.r.l. in memoria, in nessun

atto dei documenti di gara emerge che solo il Consorzio Consital avrebbe provveduto ad eseguire i lavori. E se il Consorzio Consital avesse voluto, come pervicacemente sostiene nei propri scritti difensivi, eseguire direttamente i lavori per intero, non si comprenderebbe il motivo per il quale ha indicato la PRO.GE.CO come consorziata esecutrice.

La ricostruzione della reale volontà del Consorzio, ossia quella di far eseguire le prestazioni alla PRO.GE.CO. per intero, appare confortata dalle ulteriori dichiarazioni rese con riferimento al subappalto indicato nella misura del 100%, così dimostrando di essersi determinato a delegare alla consorziata l'esecuzione della commessa. Né si può predicare che la suindicata dichiarazione sia una 'mera svista', posto che viene in evidenza il principio di autoresponsabilità dei concorrenti e *'la normale diligenza richiesta agli stessi, in forza del quale ogni operatore economico deve sopportare le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione offerta'* (Cons. Stato, n. 4724 del 2024).

Va, altresì, obiettato che le giustificazioni degli appellanti non convincono, posto che non è chiaro sotto quale profilo l'indicazione 'prudenziale' della PRO.GE.CO, come consorziata esecutrice, avrebbe giovato al Consorzio Consital.

12.3. Ciò premesso, l'analisi delle questioni dedotte dalle parti impone una riflessione sul contenuto dell'art. 8.5.3 del Disciplinare, che gli appellanti interpretano come riferito esclusivamente ai consorzi stabili, in forza della locuzione *'A pena di esclusione, ai sensi del combinato disposto degli art. 67, comma 2, lett. b) 132 e 133, del Codice dei Contratti'*, in questo modo tenendo fuori il Consorzio Consital dalla applicazione della disposizione, in quanto consorzio di cooperative caratterizzato dalla peculiarità del rapporto organico che lega consorziate e consorzio.

I ricorrenti deducono, in sostanza, l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui si interpreta la previsione di cui all'art. 8.5.3 del Disciplinare nel senso di richiedere, a pena di esclusione, che anche la consorziata di un consorzio di società cooperative di produzione e lavoro, di cui all'art. 65, comma 2, lett. b) d.lgs. n. 36 del 2023, indicata come

esecutrice, debba essere autonomamente qualificata per eseguire i lavori che riguardino beni culturali, non essendo viceversa sufficiente il possesso del prescritto requisito di qualificazione da parte del Consorzio concorrente.

Tale interpretazione, ad avviso degli esponenti, si porrebbe in contrasto con il sistema normativo di qualificazione dei consorzi di cooperative di cui all'art. 67, comma 5, d.lgs. n. 36 del 2023, pacificamente riconosciuto dalla disciplina e dalla giurisprudenza di riferimento, che non può logicamente venire meno allorchè di tratti di procedure di appalti afferenti al settore dei beni culturali.

12.4. L'assunto non può essere condiviso.

L'art. 8.5.3 del Disciplinare dispone: "A pena di esclusione, ai sensi del combinato disposto degli articoli 67, co.2, lett. b), 132 e 133 del Codice di 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".

Orbene, il Collegio ritiene che l'art. 8.5.3 del Disciplinare chiaramente specifica che, in caso di partecipazioni 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) del d.lgs. n. 36 del 2023, trattandosi 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*". Pertanto, è corretta l'interpretazione offerta dal Giudice di prima istanza in ordine alla applicazione dell'art. 8.5.3 anche ai consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, come Consital, in quanto esplicitamente previsto dalla suindicata disposizione.

Depone in tal senso il chiaro tenore letterale della norma nella parte in cui richiede che il soggetto esecutore sia 'in proprio' in possesso dei relativi requisiti, che sono stati richiesti a pena di esclusione.

La *regola iuris* del caso concreto considera tre possibili alternative, come si evince dalle congiunzioni e/o, rispetto alle quali si impone la verifica del possesso dei requisiti di qualificazione che devono essere posseduti dall'esecutore, ossia dal consorzio, se esegue in proprio l'intera prestazione, o dal consorzio e dalla consorziata, se eseguono entrambi, quota parte, la prestazione, oppure dalla consorziata designata.

Va rammentato che la giurisprudenza di settore, in più occasioni, ha stabilito che quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è

tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. Stato, n. 7595 del 2019; id. n. 3502 del 2017).

L'autovincolo, com'è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'Amministrazione pone a sé medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e la rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire *in executivis* l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali.

La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fundamentalmente finalizzata alla *par condicio*: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti.

Né il Collegio ritiene di superare l'altro principio, che del primo costituisce il corollario, per il quale la *lex specialis* deve essere interpretata in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'Amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento che di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima (Const. Stato, n. 1148 del 2019; id. n. 5746 del 2020).

Nella specie, tenuto conto della peculiarità dell'appalto, le diffuse argomentazioni difensive finalizzate a evidenziare di essere un consorzio di società cooperative di produzione e lavoro che si differenzia dai consorzi stabili con riferimento ai requisiti di capacità economica e finanziaria, nonché tecnica e professionale, non colgono nel segno, tenuto conto che la *lex specialis* ha specificamente imposto un requisito applicabile anche ai consorzi di società cooperative di produzione e

lavoro.

Tale requisito è legittimo, in quanto la specifica qualificazione dei soggetti esecutori è volta ad 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, trattandosi di un profilo volto alla tutela dei valori costituzionalmente rilevanti di cui al d.lgs. n. 42 del 2004 e che giustifica, sul piano del bilanciamento, una limitazione del principio di concorrenza e del relativo *'favor participationis'*.

Si tratta di un particolare regime per l'esecuzione di lavori da eseguire su beni sottoposti a tutela del d.lgs. n. 42 del 2004, previsto dagli artt. 132 – 133 del d.lgs. n. 36 del 2023, che (in sostanziale continuità con gli artt. 145 – 146 del d.lgs. n. 50 del 2016) impone ai soggetti esecutori il possesso dei requisiti di qualificazione specifici e adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento.

La necessaria qualificazione specialistica di ogni soggetto che esegue i lavori relativi ai beni culturali, a prescindere dal rapporto contrattuale, o lato *sensu* associativo, in base al quale tale intervento è eseguito, è già stato ribadito dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento all'art. 146 del d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Corte cost., 11 aprile 2022, n. 91 ove si evidenzia che *'l'elemento, comunque, decisivo è che (...) soltanto l'operatore dotato di una qualificazione specialistica può eseguire i lavori relativi a tali beni, e questo di per sé assicura loro una effettiva e adeguata tutela'*).

La Corte costituzionale, nella vicenda in esame, analizzando la disciplina sul subappalto, con specifico riferimento al requisito di qualificazione OG2 – oggi previsto nell'Allegato II.18 (art. 4, comma 3) richiamato dall'art. 133 del d.lgs. n. 36 del 2023, conferma l'assoluta necessità che il soggetto esecutore ne sia in possesso, con ciò non impedendo in astratto l'utilizzo 'in radice' di tale istituto nell'ambito degli appalti di cui al Titolo III della Parte VII del d.lgs. n. 36 del 2023, purché l'impresa non sia esecutrice di tali specifici lavori, ma, ad esempio, la sua quota di partecipazione abbia ad oggetto prestazioni (nolo a freddo, mera attività impiantistica senza opere murarie ecc.) non implicanti la diretta manutenzione degli immobili.

In conclusione, ritiene il Collegio che nel caso di contratti concernenti i beni culturali, tutelati ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 42 del 2004, il principio di concorrenza e del conseguente *favor participationis* è in parte attenuato alla luce del bilanciamento con gli interessi di cui all'art. 9 Cost., cosicchè soltanto le imprese appositamente specializzare possono intervenire direttamente su tali beni.

Ne consegue che la previsione di cui all'art. 8.5.3 del Disciplinare secondo cui: *'l'operatore economico che esegue i lavori deve essere dotato in proprio di una qualificazione specialistica, al fine di assicurare una effettiva e adeguata tutela del bene culturale oggetto di intervento'*, appare una limitazione ragionevole e proporzionata, in quanto orientata alla tutela dei beni protetti espressamente dalla Costituzione.

Da siffatti rilievi consegue l'infondatezza delle critiche prospettate con il gravame, posto che la PRO.GE.CO, esecutrice materiale dei lavori, non deteneva i requisiti per poter eseguire la prestazione, e quindi il Consorzio Consital andava escluso.

13. In definitiva, l'appello va respinto, e la sentenza impugnata va confermata.

14. Le spese di lite del grado, tenuto conto della complessità, anche fattuale, delle questioni trattate, vanno interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del grado.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Annamaria Fasano	Diego Sabatino

IL SEGRETARIO