

Pubblicato il 13/07/2022

N. 04731/2022 REG.PROV.COLL.
N. 02239/2022 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2239 del 2022, proposto da:

GANOSIS Consorzio Stabile soc. cons. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria della costituenda ATI con l'Impresa Maturo Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Abbamonte e Barbara Del Duca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso il loro studio in Napoli alla Via Melisurgo n. 15;

contro

Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa - Invitalia S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Martinelli, Antonio Lirosi, Pietro De Corato e Giulia De Paolis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ministero della Cultura, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria *ex lege* in Napoli alla Via A. Diaz n. 11;

Parco Archeologico di Pompei, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

Società Cooperativa Archeologia, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con le Società De Marco S.r.l. e Minerva Restauri S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni La Fauci, Paolo Clarizia e Maria Ida Leonardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia (*RICORRENTE INCIDENTALI*);

De Marco S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

Minerva Restauri S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- (*quanto al ricorso principale*)

1) del provvedimento Invitalia di esclusione del 04.04.2022, comunicato a mezzo pec in data 05.04.2022, con cui l'Agenzia Nazionale citata ha disposto l'esclusione del RTI costituendo tra Consorzio Ganosis Soc. Cons. a r.l. (mandataria) e Maturo Costruzioni S.r.l. (mandante) dalla procedura aperta telematica indetta per "l'Affidamento dei lavori di messa in sicurezza, consolidamento e restauro dell'insula meridionalis, dal tempio di Venere al Foro triangolare di Pompei scavi regio VIII, Insulae 1, 2 e 7";

2) della nota Invitalia prot. 0088907 del 05/04/2022, con la quale l'anzidetto provvedimento di esclusione in pari data è stato comunicato al

raggruppamento ricorrente;

3) della graduatoria stilata dalla Commissione giudicatrice nella parte in cui il RTI ricorrente non risulta collocato al primo posto;

4) del provvedimento di aggiudicazione definitiva prot. 0094554 dell'11.04.2022, con il quale l'Agenzia Invitalia ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'Operatore Economico RTI costituendo Cooperativa Archeologia Società Cooperativa (mandataria), De Marco s.r.l., Minerva Restauri S.r.l. (mandanti);

5) di ogni altro atto presupposto, antecedente, consequenziale o comunque connesso con quelli impugnati ivi inclusi, ove necessario e per quanto di ragione:

6) degli atti, dei provvedimenti e dei comportamenti tutti, anche se non conosciuti, sia della Stazione Appaltante che della Commissione, nella parte in cui hanno ritenuto di disporre l'esclusione dalla procedura di gara del RTI Consorzio Stabile Ganosis mandatario, per violazione del Disciplinare di gara; di tutti i verbali di gara, ivi inclusi quelli successivi alla disposta esclusione; del Bando di Gara, del disciplinare di gara e di tutti i relativi allegati, nonché dei chiarimenti resi dalla Stazione Appaltante;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, e per il subentro nella sua esecuzione da parte della ricorrente che dichiara la disponibilità al predetto subentro;

- (*quanto al ricorso incidentale e ai motivi aggiunti*)

degli atti impugnati da GANOSIS Consorzio Stabile soc. cons. a r.l., nella parte nella quale il RTI capeggiato dal suddetto operatore non è stato escluso dalla gara e la sua offerta è stata sottoposta a valutazione, attribuzione di punteggio ed inserimento in graduatoria, ivi compreso il provvedimento di ammissione Invitalia prot. 2022_0016936 del 25.01.2022.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa - Invitalia S.p.A, del Ministero della Cultura e della Società Cooperativa Archeologia;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2022 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con avviso pubblicato sulla GUUE in data 24/11/2021, Invitalia indiceva per conto del Ministero della Cultura - Parco Archeologico di Pompei la gara telematica aperta per l'affidamento dei lavori di “Messa in sicurezza, consolidamento e restauro dell’insula meridionalis, dal tempio di Venere al Foro triangolare di Pompei scavi regio VIII, insulae 1, 2 e 7”, dall’importo complessivo degli oneri della sicurezza di € 21.587.830,50, da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Entro il termine del 23/12/2021 per la presentazione delle offerte, vi hanno partecipato tra gli altri il Consorzio ricorrente e la Cooperativa controinteressata, entrambi in raggruppamento temporaneo con le imprese indicate in epigrafe.

Il Consorzio designava per l’esecuzione dei lavori le imprese HERA Restauri S.r.l., OMOU S.c. a r.l. e Vincenzo Modugno S.r.l. Costruzioni Restauri.

Amnesso alla successiva fase di valutazione delle offerte, comunicava il 28/1/2022 che, in danno della Modugno Costruzioni Restauri, con determina n. 50 del 21/12/2021 il Parco Archeologico di Ercolano aveva disposto la

risoluzione del contratto di appalto ad oggetto “il restauro conservativo delle strutture e delle superfici decorate delle domus più importanti di Ercolano”.

Il 31/1/2022 il RUP formulava la richiesta di trasmettere la documentazione relativa, alla quale il Consorzio forniva riscontro il 9/2/2022.

Il 25/2/2022 la Commissione di gara procedeva alla valutazione delle offerte tecniche e all’apertura delle offerte economiche, redigendo la graduatoria finale, in cui il Consorzio GANOSIS risultava collocato al primo posto con un punteggio totale di 76,188, seguito dal raggruppamento con mandataria la Cooperativa Archeologia con punti 74,240.

Con l’impugnato provvedimento del 4/4/2022 Invitalia ha escluso il RTI Ganosis - Maturo Costruzioni, reputando sussistente l’omissione dichiarativa riguardante la suddetta impresa designata per l’esecuzione dei lavori (a danno della quale – come detto – il Parco Archeologico di Ercolano ha risolto il contratto ad oggetto attività in parte analoghe, su immobili oggetto di tutela), valutando la gravità dell’illecito professionale della consorziata.

L’11/4/2022 la gara è stata aggiudicata al RTI costituendo Cooperativa Archeologia Società Cooperativa (mandataria), De Marco s.r.l. e Minerva Restauri S.r.l. (mandanti).

L’esclusione e l’aggiudicazione sono stati impugnati dal Consorzio ricorrente.

Si sono costituiti in giudizio Invitalia, il Ministero della Cultura e la controinteressata, che ha spiegato ricorso incidentale.

All’udienza in camera di consiglio dell’11/5/2022, per la trattazione dell’istanza cautelare, è stata fissata l’udienza pubblica per la discussione nel merito della causa.

La ricorrente incidentale ha proposto motivi aggiunti.

Le parti hanno esibito documentazione e prodotto scritti difensivi.

All’udienza pubblica del 6 luglio 2022, al termine della discussione orale, la

causa è stata assegnata in decisione.

DIRITTO

1.- Vanno preliminarmente respinte le richieste formulate dalla difesa erariale (rispettivamente con le memorie dell'8/6/2022 e del 15/6/2022), in quanto:

- a) la procedura di gara è stata svolta da Invitalia per conto dell'Amministrazione statale preposta alla tutela del bene culturale, per cui si giustifica l'evocazione in giudizio del Ministero della Cultura e deve essere conseguentemente disattesa l'eccezione di difetto di legittimazione passiva;
- b) si rinviene la necessità della prioritaria definizione del presente giudizio, avente ad oggetto la pretesa all'aggiudicazione del soggetto già collocato nella prima posizione della graduatoria stilata della Commissione, cosicché non vi sono ragioni per posporre l'esame al fine della riunione ad esso del successivo ricorso R.G. 2475/2022 (promosso da altro concorrente avverso il provvedimento di aggiudicazione, per il quale è fissata l'udienza pubblica del 5/10/2022).

2.- Il ricorso principale del Consorzio Ganosis si rivolge alla sua esclusione dalla gara, comminata da Invitalia con il provvedimento del 4/4/2022.

2.1. Nel provvedimento si dà conto che:

- il Consorzio, mandatario, ha partecipato in costituendo raggruppamento di imprese, designando quale esecutrici la Vincenzo Modugno s.r.l. Costruzioni – restauri, la HERA RESTAURI s.r.l. e la OMOU s.c. a r.l.;
- successivamente al termine del 23/12/2021 per la presentazione delle offerte, il 28/1/2022 è stato comunicato alla centrale di committenza che il Parco Archeologico di Ercolano aveva disposto la risoluzione nei confronti della Vincenzo Modugno s.r.l. del contratto di appalto avente ad oggetto “il Restauro conservativo delle strutture e delle superfici decorate delle domus più importanti”.

Ricordata l'interlocuzione tra il R.U.P. e il Consorzio, il provvedimento rileva che:

- l'offerta è stata presentata il 23/12/2021 e la risoluzione contrattuale non è stata menzionata dalla consorziata designata nel proprio DGUE;
- non importa che quest'ultimo sia stato sottoscritto il 17/12/2021, essendo necessario che si provvedesse alla nuova sottoscrizione entro il termine di scadenza per la presentazione delle offerte;
- l'avvio del procedimento da parte del Parco archeologico di Ercolano risale all'1/7/2021 e la possibilità di essere destinatario della risoluzione era conoscibile dall'operatore economico al momento della presentazione dell'offerta.

Viene quindi considerato che:

- l'omessa dichiarazione non ha consentito alla stazione appaltante di esaminare le circostanze potenzialmente incidenti sul possesso dei requisiti generali di partecipazione;
- l'informazione assume carattere rilevante ai fini della valutazione sull'integrità e affidabilità del concorrente, *“in quanto (i) la risoluzione contrattuale è recente; (ii) il contratto di appalto risolto in danno della Vincenzo Modugno s.r.l. Costruzioni aveva ad oggetto attività in parte analoghe a quelle oggetto del presente affidamento; (iii) la risoluzione è stata disposta per grave e perdurante inadempimento contrattuale, per grave negligenza e imperizia e per danno prodotto ai beni immobili oggetto di tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42”*.

Sulla scorta di ciò, è stata comminata l'esclusione, richiamati l'art. 80, co. 5, lett. c-bis, del d.lgs. n. 50/2016 e la previsione del disciplinare in ordine all'obbligo di dichiarazione senza alcun filtro valutativo (punto 18.1).

È ulteriormente precisato nel provvedimento che non è consentita la designazione di un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di

gara, ai sensi dell'art. 48, co. 7-bis, del d.lgs. n. 50/2016, essendo la disposizione inapplicabile qualora la modifica soggettiva sia finalizzata a eludere la mancanza di un requisito di partecipazione in capo alla consorziata, che unitamente al Consorzio deve possedere i requisiti generali di partecipazione (punto 10.5.1 del disciplinare).

2.2. Il Consorzio Ganosis ha altresì impugnato l'aggiudicazione dell'11/4/2022 alla controinteressata.

Quest'ultima ha reagito proponendo ricorso incidentale, con cui sostiene innanzitutto (con il primo motivo) che è viziata l'ammissione alla gara del Consorzio Ganosis, che già al momento dell'esame della documentazione amministrativa avrebbe dovuto essere escluso, per difetto dei requisiti di qualificazione, con conseguente illegittimità per tale parte del provvedimento del 25/1/2022, precedente alla valutazione delle offerte dei concorrenti.

3.- Il ricorso incidentale va prioritariamente esaminato poiché il suo eventuale accoglimento determinerebbe l'esclusione del Consorzio Ganosis per vizi attinenti al primitivo esame della documentazione amministrativa, così privando il Consorzio dell'interesse a far valere l'illegittimità dell'esclusione successivamente comminata.

Al riguardo va disattesa l'eccezione di carenza di interesse del ricorrente incidentale sollevata dalla Invitalia, la quale rileva che l'esclusione del Consorzio Ganosis non renderebbe automaticamente aggiudicataria la Cooperativa Archeologia, se non previa verifica dei requisiti.

Invero, la Cooperativa Archeologia, seconda classificata, intende sottrarre al Consorzio Ganosis (primo classificato) ogni pretesa a rendersi aggiudicatario della gara, collocandosi al suo posto nella posizione utile per l'affidamento dei lavori, ragion per cui il ricorso incidentale è ammissibile, bastando tale aspirazione a qualificare l'interesse della Cooperativa Archeologia

all'impugnazione incidentale.

3.1. Il disciplinare (punto 10.2) ha richiesto la qualificazione per le seguenti categorie e classifiche:

<<A. Categoria OG2 - *Restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela* nella Classifica VI, il cui importo ammonta ad € 6.441.712,24 - categoria prevalente a qualificazione obbligatoria;

B. Categoria OS2A - *superfici decorate di beni immobili del patrimonio culturale e culturali mobili di interesse storico, artistico, archeologico ed etnoantropologico* nella Classifica V, il cui importo ammonta ad € 4.046.503,44 - categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria;

C. Categoria OS25 - *Scavi archeologici* nella Classifica VI, il cui importo ammonta ad € 6.263.919,38 - categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria;

D. Categoria OS21 - *Opere strutturali speciali* nella Classifica IV, il cui importo ammonta ad € 1.656.270,15 - categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria;

E. Categoria OS18A - *Componenti strutturali in acciaio o metallo* nella Classifica III, il cui importo ammonta ad € 920.575,99 - categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria>>.

Con il primo motivo del ricorso incidentale è dedotto che il Consorzio GANOSIS (che ha partecipato in RTI assumendo, oltre a tutte le lavorazioni di cui alla categoria OS2, l'85% della categoria OS25 ed il 60% della categoria prevalente OG2) ha designato per l'esecuzione imprese prive delle qualificazioni richieste dal disciplinare, neppure operando la ripartizione delle quote dei lavori alle stesse assegnate.

Ciò in quanto:

- la Omou è priva della categoria OS25 e, per le categorie OG2 e OS2A,

possiede una classifica III bis, inferiore a quella richiesta dalla lex specialis (rispettivamente, VI e V classifica);

- la Hera Restauri è qualificata nella categoria OS25 per una classifica II, inferiore a quella richiesta (VI) e alla classifica necessaria per eseguire l'85% delle lavorazioni assunte dal Consorzio Stabile (V, pur con l'incremento del quinto);

- anche la Vincenzo Modugno è qualificata nella categoria OS25 per una classifica (IV bis), inferiore alla VI richiesta dalla lex specialis e alla classifica necessaria per eseguire l'85% delle lavorazioni assunte dal Consorzio Stabile.

Deducendo la violazione del punto 10.5.2. del disciplinare (che, per le categorie OG2, OS2A e OS25, riguardanti lavori su beni culturali, ha stabilito a pena di esclusione che la “consorziata esecutrice eventualmente designata per l'esecuzione dei lavori dovrà possedere in proprio la qualificazione”), si sostiene che il Consorzio GANOSIS:

- ha designato imprese non qualificate autonomamente per l'esecuzione delle suddette lavorazioni;

- non poteva giovare della propria qualificazione per far partecipare all'esecuzione soggetti privi della qualificazione necessaria, non operando nel settore dei beni culturali il c.d. “cumulo alla rinfusa”;

- non ha ripartito le quote di esecuzione tra le imprese designate;

- andava escluso dalla gara ai sensi degli art. 59, co. 4 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 23 del disciplinare, stabilenti tale sanzione per le offerte che non hanno la qualificazione necessaria.

Il motivo è infondato.

3.1.1. La ricorrente incidentale postula la sussistenza di un obbligo di qualificazione di ciascuna consorziata per l'intero importo delle lavorazioni previste.

La sussistenza di un tale obbligo non può affermarsi.

La necessità che gli interventi siano eseguiti da imprese qualificate per categoria e classifica non può significare che, in caso di partecipazione di un Consorzio stabile, la qualificazione debba essere posseduta da ogni consorziata designata per l'intero importo delle lavorazioni previste in disciplinare.

Se l'impresa designata è tenuta all'esecuzione di parte dei lavori, è sufficiente che la qualifica e la classifica siano inerenti alla quota parte dei lavori assunti.

In tal senso va letto il punto 10.5.2. del disciplinare circa il possesso "in proprio" della qualificazione (relativo, cioè, alla porzione dei lavori di sua spettanza).

Sarebbe infatti contrastante con la stessa esigenza sottesa alla formazione del Consorzio stabile la previsione di un obbligo di qualificazione per l'intero per ogni consorziata designata, poiché in tal caso il Consorzio e le imprese avrebbero gli stessi requisiti e verrebbe meno la ragione stessa della partecipazione alla gara del Consorzio che, istituendo una comune struttura di impresa, può modulare la propria organizzazione imprenditoriale e l'offerta in modo tale da prefigurare l'apporto di ciascuna consorziata nei limiti della singola qualificazione posseduta, per categoria e classifica.

3.1.2. Quanto all'indicazione delle quote di partecipazione, va innanzitutto detto che tale prescrizione non è stata posta dal disciplinare, il cui art. 9 ha stabilito, per i consorzi stabili, l'obbligo di "*indicare, in sede di offerta, per quali consorziate il consorzio concorre*" (terzo comma), mentre ha previsto, per i raggruppamenti temporanei, i consorzi ordinari, le aggregazioni tra imprese e i G.E.I.E., che essi sono tenuti a specificare "*le categorie dei lavori e la percentuale delle prestazioni che saranno eseguite dai singoli component*" (quinto comma).

Ne discende, in ossequio al principio di tassatività delle clausole di esclusione,

che la sanzione espulsiva non può essere comminata per un obbligo non espressamente posto a carico del concorrente.

Il Consorzio Ganosis ha designato imprese consorziate che, unitamente, coprono con la loro qualificazione l'importo dei lavori affidati, in percentuale affidati in subappalto (30% per la categoria OG2; 33% per la OS25; 50% per la OS21; 50% per la OS18A: pag. 10 del DGUE).

Per le suesposte ragioni il primo motivo del ricorso incidentale va dunque interamente respinto.

3.2. Con l'ulteriore motivo del ricorso incidentale è affermata la ricorrenza di altri motivi di esclusione del Consorzio Ganosis:

a) in base all'art. 59, co. 3, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 23 del disciplinare, che sanzionano il concorrente che non abbia rispettato i documenti di gara (è dedotto che, nella specie, è violata la prescrizione dell'art. 18.1 del disciplinare sugli obblighi dichiarativi);

b) ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. f), del cit. d.lgs., avendo la Modugno dichiarato di non essere incorsa in significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento.

Entrambe le censure vanno disattese.

3.2.1. L'art. 59 del d.lgs. n. 50/2016 e il correlato art. 23 del disciplinare stabiliscono l'irregolarità dell'offerta che non rispetta i documenti di gara, senza che quanto così previsto integri una causa di esclusione per ragioni che non risiedono nella formazione della documentazione ma nel contenuto delle dichiarazioni dovute dal concorrente (presidiata da altre sanzioni di esclusioni, all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016).

3.2.2. Quanto alla causa di esclusione per dichiarazioni non veritiere, va detto che, come affermato dal Consorzio Ganosis nella sua comunicazione a Invitalia del 28/1/2022, l'impresa designata Modugno ha sottoscritto il

DGUE il 17/12/2021, in data antecedente alla risoluzione in suo danno disposta dal Parco Archeologico di Ercolano (21/12/2021).

Ne discende che non è nella specie rinvenibile la violazione dell'art. 80, co. 5, lett. f-bis), del d.lgs. n. 50/2016, per l'ipotesi di dichiarazione non veritiera circa l'inadempimento che ha condotto alla risoluzione, che non era stata ancora comminata.

3.3. Con i motivi aggiunti al ricorso incidentale si rinviene un ulteriore motivo di esclusione del Consorzio Ganosis nell'indicazione della dott.ssa Cattazzo quale consulente per le prestazioni di diagnostica.

È affermato che la stessa è consulente della Cooperativa Archeologia e non di altri operatori economici partecipanti alla gara e, d'altro lato, non lavora più per la CSG Palladio, come indicato dalla Ganosis.

La ricorrente incidentale ritiene che il Consorzio andava escluso, ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c-bis) ed f), del d.lgs. n. 50/2016, per il tentativo di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante o per la falsità della dichiarazione.

I motivi aggiunti vanno respinti, dal momento che il principio di tassatività delle cause di esclusione impone di dar rilievo a fattori che rendano incerta e non valutabile l'offerta, ovvero costituiscano violazione di precise norme di legge o delle regole di gara, mentre non assumono carattere escludente le indicazioni del concorrente che, seppure erronee, non risulta abbiano inciso sul processo valutativo della stazione appaltante e si risolvano nell'illustrazione e presentazione della propria offerta (nella specie, Invitalia ha rilevato che il Consorzio ha indicato i consulenti senza che ciò fosse richiesto e senza che tale indicazione abbia formato oggetto di valutazione da parte della Commissione).

3.4. Conclusivamente, per le motivazioni che precedono il ricorso incidentale

e i motivi aggiunti ad esso connessi vanno respinti.

4.- Si deve passare quindi all'esame del ricorso principale.

Con il primo motivo è contestato che nella specie ricorra un'ipotesi di omessa dichiarazione, avendo il Consorzio fornito le informazioni in data 28/1/2022 (appena ricevuta la comunicazione della consorziata in ordine alla risoluzione subita), in corso di gara e prima della valutazione delle offerte tecniche, così consentendo alla stazione appaltante la pertinente valutazione.

Con il secondo motivo, richiamato il percorso argomentativo dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020, è affermato che solo la falsità informativa ha attitudine espulsiva automatica, occorrendo altrimenti l'apprezzamento della stazione appaltante e la formulazione della prognosi negativa sull'affidabilità del concorrente. Si osserva che nella specie si è dato rilievo alla sola omissione dichiarativa, ancorché le informazioni utili al corretto svolgimento della procedura siano state fornite in sede di gara (aggiungendosi che non poteva ritenersi sussistente un obbligo di dichiarare l'avvio del procedimento di risoluzione, che non contiene un giudizio definitivo sull'imputabilità del fatto al concorrente che ne sia destinatario).

Il terzo motivo imputa alla stazione appaltante di non aver compiuto l'adeguata valutazione sulla sussistenza di un grave illecito professionale, dovendo Invitalia procedere all'autonomo apprezzamento dei fatti oggetto della risoluzione comminata dal Parco archeologico di Ercolano, anziché limitarsi a rilevare che erano state taciute le circostanze ad essa relative.

Con il quarto e quinto motivo di ricorso si sostiene che Invitalia avrebbe dovuto verificare che il Consorzio manteneva i requisiti di affidabilità (possedendo in proprio la qualificazione e potendo designare altre consorziate in possesso dei requisiti), ammettendosi la modifica della composizione soggettiva del Consorzio, qualora la causa potenzialmente determinante la sua

esclusione non è preesistente alla gara ma si è verificata nel corso della stessa.

4.1. I primi tre motivi possono essere trattati congiuntamente.

Essi sono accomunati dalla prospettazione secondo cui, nella specie, non è automaticamente rinvenibile la causa di esclusione determinata dalla risoluzione del contratto, disposta dal Parco archeologico di Ercolano, in danno della designata Modugno Costruzioni – restauri.

Viene affermato, come detto, che Invitalia ha dato esclusivo rilievo all'omissione dichiarativa, benché le informazioni fossero state fornite in corso di gara, senza inoltre procedere all'autonomo apprezzamento dei fatti che avevano causato la risoluzione, per valutarne la gravità e l'incidenza sull'affidabilità dell'impresa consorziata.

La tesi non può essere condivisa.

Risulta dal complessivo tenore del provvedimento che Invitalia ha proceduto ad una compiuta disamina della vicenda, valutandone l'incidenza sotto i concorrenti profili:

- a) della “attualità” della risoluzione, disposta in epoca recente (di fatto, due giorni prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte);
- b) della analogia delle prestazioni oggetto del contratto di appalto risolto, riguardanti un ambito pressoché coincidente con l'attività richiesta;
- c) della natura dei presupposti che hanno condotto alla risoluzione, disposta in ragione di un grave e perdurante inadempimento contrattuale, per grave negligenza e imperizia e per il danno prodotto ai beni immobili oggetto di tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.

A fronte di queste circostanze, la valutazione di Invitalia si mostra esente dalle censure, poiché il rilievo accordato all'omissione dichiarativa non esaurisce lo spettro della disamina compiuta, la quale si è accentrata in modo appropriato sulla ricorrenza di un grave illecito professionale, idonea a determinare la

sanzione espulsiva.

Deve a tal proposito rimarcarsi che il Giudice non può ritenersi vincolato né alla qualificazione giuridica dell'atto né al richiamo in esso operato alle norme di legge, qualora emerga con chiarezza la natura del potere esercitato e i presupposti che lo hanno determinato, così privilegiando la sostanza della determinazione amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20/6/2022 n. 5064, che ha ribadito che *“spetta al giudice amministrativo qualificare gli atti amministrativi oggetto di giudizio; si tratta di un potere ufficioso, il cui esercizio non è vincolato né dall'intitolazione dell'atto, né tanto meno dalle deduzioni delle parti in causa; l'esatta qualificazione di un provvedimento va infatti effettuata tenendo conto del suo effettivo contenuto e della sua causa reale, anche a prescindere dal nomen iuris formalmente attribuito dall'amministrazione, con la conseguenza che l'apparenza derivante da una terminologia eventualmente imprecisa o impropria, utilizzata nella formulazione testuale dell'atto stesso, non è vincolante né può prevalere sulla sostanza e neppure determina di per sé un vizio di legittimità dell'atto, purché ovviamente sussistano i presupposti formali e sostanziali corrispondenti al potere effettivamente esercitato”* (Consiglio di Stato, sez. V, 2/11/2021, n. 7320)⁹).

In tale contesto, va rilevato che l'art. 80, co. 5, lett. c-ter), del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che vada escluso *“l'operatore economico [che] abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”*.

Come chiarito dalla giurisprudenza, in tal caso la stazione appaltante può disporre l'esclusione del concorrente, *“a condizione che dia conto di un pregresso episodio di inadempimento che abbia comportato le conseguenze indicate dalla disposizione normativa (ovvero l'adozione di un provvedimento di risoluzione per inadempimento di un*

contratto d'appalto, anche da parte della medesima stazione appaltante, cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 2020, n. 8506), che essa reputi grave e sufficientemente ravvicinato nel tempo e dal quale tragga ragioni sintomatiche di inaffidabilità dell'impresa (cfr.; Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8236)” (Cons. Stato, sez. V, 9/6/2022 n. 4712).

Nella fattispecie all'esame, Invitalia ha dato adeguatamente conto della ricorrenza dei presupposti per l'esclusione, non potendo porsi in dubbio la gravità e rilevanza dell'illecito professionale compiuto dalla consorziata Modugno, che ha condotto alla risoluzione per fatti ravvicinati nel tempo e correlati a inadempimenti relativi a prestazioni aventi analoga natura.

Per le suesposte considerazioni, i primi tre motivi del ricorso principale vanno respinti.

4.2. Con le restanti censure si sostiene che andava verificata l'ammissibilità della sostituzione della consorziata esecutrice, affermando in tale ottica che il Consorzio possiede i requisiti di qualificazione che verrebbero a mancare, ovvero può designare altra consorziata che ne sia in possesso.

La disamina dei motivi esige l'analisi delle norme applicabili.

Vengono in rilievo le seguenti disposizioni dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016:

a) comma 7-bis: *“E' consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata”;*

b) comma 17: *“Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di*

liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto”;

c) comma 18: *“Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”;*

d) comma 19-bis: *“Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e)”;*

e) comma 19-ter: *“Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara”.*

Il comma 7-bis ha formato oggetto della valutazione di Invitalia, escludendo che la designata possa essere sostituita, per il venir meno del requisito di partecipazione in capo ad essa, tenuta al pari del Consorzio a possederlo in base all'art. 10.5.1 del disciplinare; è valutato nel provvedimento che, per la giurisprudenza prevalente, “la carenza dei requisiti generali in capo ad una delle consorziate comporta l'esclusione del consorzio intero dall'intera

procedura di gara” (Cons. St. n. 964 del 2021).

4.2.1. Tanto chiarito, sono applicabili ai consorzi stabili le previsioni di cui ai commi 17 e 18 dell’art. 48 del d.lgs. n. 50/2016 (comma 19-bis) sicché, in caso di perdita dei requisiti ex art. 80, il rapporto può proseguire con altro operatore economico che sia costituito mandatario (comma 17), oppure quest’ultimo è tenuto a eseguire le prestazioni direttamente o a mezzo degli altri mandanti (comma 18).

In ogni caso di sostituzione (con un nuovo mandatario o attraverso gli altri mandanti), occorre che il soggetto subentrante abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

Le disposizioni dei commi 17 e 18 sono testualmente dettate per le modifiche che intervengono *“in corso di esecuzione”*, ma tuttavia il comma 19-ter (a sua volta aggiunto dall’art. 32, co. 1, lett. h), del d.lgs. n. 56/2017) ha stabilito che esse *“trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara”*.

4.2.2. La sentenza dell’Adunanza Plenaria del 25/1/2022 n. 2 ha rimarcato l’*“antinomia normativa”* risultante dall’introduzione a mezzo della stessa fonte di norme tra loro incompatibili, *“frutto di una tecnica legislativa non particolarmente sorvegliata”* (p. 11.1).

Sulla scorta del percorso interpretativo delineato, esclusi gli altri rimedi per il caso di contrasto tra norme e applicando i principi costituzionali ed eurounitari, sul tema oggetto della pronuncia (perdita dei requisiti ex art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, in sede di gara) l’Adunanza Plenaria è pervenuta alla conclusione di ritenere necessaria, tra le norme antinomiche, *“la applicazione di una sola di esse (quella, appunto, compatibile con le fonti sovraordinate della Costituzione e del diritto dell’Unione Europea) e la non applicazione dell’altra, recessiva perché contraria ai più volte richiamati principi”*.

Si è quindi ritenuto (cfr. punto 12 della sentenza) che:

- *“una interpretazione che escluda la sopravvenienza della perdita dei requisiti ex art. 80 in fase di gara, per un verso introdurrebbe una disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze non ragionevolmente supportata”;*
- *“si verificherebbe un caso di concreta incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione da parte di imprese in sé “incolpevoli”, riguardando il fatto impeditivo sopravvenuto una sola di esse, così finendo per costituire una fattispecie di “responsabilità oggettiva”, ovvero una inedita, discutibile (e sicuramente non voluta) speciale fattispecie di culpa in eligendo”.*

Si aggiunge che: *“Se uno dei principi fondamentali in tema di disciplina dei contratti con la pubblica amministrazione - tale da giustificare la previsione stessa del raggruppamento temporaneo di imprese - è quello di consentire la più ampia partecipazione delle imprese, in condizione di parità, ai procedimenti di scelta del contraente (e dunque favorirne la potenzialità di accedere al contratto, al contempo tutelando l'interesse pubblico ad una maggiore ampiezza di scelta conseguente alla pluralità di offerte), una interpretazione restrittiva della sopravvenuta perdita dei requisiti ex art. 80, a maggior ragione perché non sorretta da alcuna giustificazione non solo ragionevole, ma nemmeno percepibile, finisce per porsi in contrasto sia con il principio di eguaglianza, sia con il principio di libertà economica e di par condicio delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni (come concretamente declinati anche dall'art. 1 della l. n. 241/1990 e dall'art. 4 del codice dei contratti pubblici). Ed infatti, come condivisibilmente affermato dall'ordinanza di rimessione, “nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immodificabilità della composizione del raggruppamento varrebbero a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 in sede di gara: non la necessità che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto verificare i requisiti, in quanto, una volta esclusa dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione,*

tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento; né la tutela della par condicio dei partecipanti alla procedura di gara, che è violata solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato””.

È stato così formulato il seguente principio di diritto: *“la modifica del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice”*.

Conclusivamente, purché i requisiti di qualificazione del soggetto subentrante siano adeguati ai lavori o servizi o forniture, è ammessa la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, per l'ipotesi in cui essa attenga alla fase di gara (comma 19-ter).

Come detto, le disposizioni sono applicabili anche ai consorzi stabili (comma 19-bis).

4.2.3. Quanto appena detto comporta quale conseguenza (in ipotesi astratta, non pertinente al caso di specie) che, in caso di perdita dei requisiti ex art. 80 in sede di gara, il RTI Ganosis-Maturo avrebbe potuto essere ammesso a sostituire il mandatario, che altrimenti avrebbe potuto eseguire le prestazioni in proprio o mediante la mandante (in applicazione dei commi 17 o 18).

Va stabilito quale disciplina valga per l'ipotesi di perdita dei requisiti in questione, in sede di gara, da parte della consorziata designata.

Relativamente ai Consorzi stabili, il comma 7-bis dell'art. 48, per essi specialmente dettato (a sua volta inserito con l'art. 32 del d.lgs. n. 56/2017) consente per le stesse ragioni di cui ai menzionati commi 17 e 18 (ergo, anche la perdita dei requisiti ex art. 80), di *“designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei*

servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata”.

Ove esclusivamente applicabile tale norma, qualora ad essere incorsa in fase di gara nella perdita dei requisiti sia la consorziata designata per l'esecuzione (come nella specie), ne discenderebbe che la sua sostituzione è possibile soltanto in fase di esecuzione.

Questa considerazione è svolta dalla difesa della controinteressata, la quale pone l'accento sulla formulazione del comma 7-bis, che non richiama il comma 19-ter (modifiche soggettive in fase di gara).

Senonché, tale conclusione condurrebbe ad una contraddizione tra situazioni suscettibili di ricevere la stessa disciplina, nel senso che (per i consorzi stabili) verrebbe ammessa la sostituzione in fase di gara della mandataria o della mandante e non dell'impresa designata, ancorché tale ultima evenienza possa ritenersi un effetto “minore” nella modifica soggettiva dei componenti dell'operatore economico partecipante.

Deve quindi ritenersi che la norma sia anche in tal caso frutto di una non perspicua formulazione dell'art. 48 nel suo complesso, inducendo quindi ad una interpretazione che conduce a ritenere che anche la sostituzione dell'impresa designata per l'esecuzione dei lavori sia possibile in fase di gara.

Ciò in base ai riportati enunciati dell'Adunanza Plenaria n. 2/2022, ponendo in particolare l'accento sulla “*disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze non ragionevolmente supportata*” (Ad. Plen., cit.).

Quanto alla previsione contenuta nel comma 7-bis (a norma del quale la sostituzione della consorziata designata è ammissibile “*a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata*”), va detto che tale disposizione

non si presta, al di là della diversa formulazione letterale, a una diversa interpretazione rispetto alle precisazioni dettate dai commi 17 e 18, secondo cui la sostituzione è ammessa purché il soggetto subentrante “*abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture*”.

Pertanto, è necessario in ogni caso che (evidentemente) la modifica soggettiva comporti il subentro di un soggetto non privo dei requisiti di partecipazione e di qualificazione.

4.2.4. Traendo le conclusioni dalle argomentazioni sin qui sviluppate, deve quindi ritenersi che nel caso di specie fosse possibile in sede di gara la sostituzione della consorziata designata (Modugno Costruzioni - Restauri), una volta perduti i requisiti ex art. 80, con altro soggetto in possesso dei requisiti di partecipazione e di quelli di qualificazione per l'esecuzione dei lavori.

Per tali ragioni è illegittimo il provvedimento Invitalia di esclusione del Consorzio Ganosis del 4/4//2022, laddove ha ritenuto inammissibile la sostituzione della consorziata designata Modugno Costruzioni – Restauri, discendendone l'illegittimità dell'aggiudicazione prot. 0094554 dell'11/4/2022 alla seconda graduata, che dall'esclusione è discesa.

La pronuncia di illegittimità dell'esclusione comporta che, come ravvisato dalla menzionata Adunanza Plenaria, “la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intende effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, provvede ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione”.

In tali termini va disposto l'annullamento dell'esclusione del 4/4/2022 e del provvedimento di aggiudicazione prot. 0094554 dell'11/4/2022, agli effetti conformativi che discendono dalla presente pronuncia, fatti salvi cioè i

successivi provvedimenti di Invitalia, che dovrà verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni della sostituzione della consorziata designata o di altra riorganizzazione del raggruppamento, valutando la permanenza dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e, altresì, l'incidenza della modifica soggettiva sul piano dell'offerta formulata.

5.- Conclusivamente, per le considerazioni che precedono vanno respinti il ricorso incidentale e i motivi aggiunti ad esso connessi e va accolto il ricorso principale, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, fatti salvi i successivi provvedimenti di Invitalia e la verifica ad essa spettante, secondo quanto esposto.

Per la connotazione della vicenda e la novità della questione trattata sussistono giustificati motivi per compensare per l'intero tra tutte le parti le spese di giudizio, ponendo a carico di Invitalia il rimborso in favore della ricorrente principale del contributo unificato, nonché dichiarando irripetibili le spese di giudizio della ricorrente principale nei confronti delle parti non costituite in giudizio e non essendovi luogo a provvedere sulle spese di giudizio della ricorrente incidentale nei confronti delle parti non costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso principale, sul ricorso incidentale e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- a) respinge il ricorso incidentale e i motivi aggiunti ad esso connessi;
- b) accoglie il ricorso principale e annulla il provvedimento di esclusione del 4/4/2022 e l'aggiudicazione prot. 0094554 dell'11/4/2022, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e agli effetti che ne conseguono sulla successiva attività di Invitalia, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti.

Compensa interamente le spese di giudizio tra le parti costituite, ponendo a

carico di Invitalia il rimborso in favore della ricorrente principale del contributo unificato; dichiara irripetibili le spese di giudizio della ricorrente principale nei confronti delle parti non costituite in giudizio; nulla sulle spese di giudizio della ricorrente incidentale nei confronti delle parti non costituite.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppe Esposito

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO