



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 710

DEL 23 luglio 2019

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Impresa Co.Rest. S.r.l. – Procedura telematica aperta per l'affidamento di lavori di recupero e valorizzazione del “Complesso Monumentale San Michele” del Comune di Santa Maria del Cedro (CS) – Importo a base di gara: euro 582.291,95 – S.A.: ASMEL CUC tra i Comuni di Papisidero, Santa Maria del Cedro e Tortora

PREC 85/19/L

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con riferimento alla procedura per l'affidamento di lavori di recupero e valorizzazione del Complesso Monumentale di San Michele nel Comune di Santa Maria del Cedro, la Co.Rest. S.r.l., nella qualità di consorziata designata esecutrice dei lavori per il consorzio GPT S.c.a.r.l., ha presentato istanza di parere di precontenzioso all'Autorità acquisita al prot. ANAC n. 33725 del 26 aprile 2019 con la quale contesta la legittimità del provvedimento di esclusione del 17/04/2019 adottato nei confronti del consorzio stabile GPT S.c.a.r.l. con la motivazione che essa, esecutrice individuata dal consorzio, è in possesso della qualifica OG2 classifica I, in contrasto con le previsioni della legge di gara che richiedono attestazione SOA per qualifica OG2 classifica III.

Il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara è stato adottato previa acquisizione del parere n. 27902 del 05/04/2019 reso dall'ANAC nell'esercizio della funzione consultiva (Regolamento ANAC del 7 dicembre 2018).

L'avvio dell'istruttoria è stato comunicato con nota prot. n. 46407 del 10 giugno 2019 alle parti interessate le quali hanno trasmesso nei termini memorie e documenti.

Nella memoria trasmessa in atti, la società istante ribadisce l'illegittimità del provvedimento di esclusione ritenendo che la stazione appaltante abbia erroneamente applicato la *lex specialis* di gara e abbia erroneamente richiamato a fondamento del provvedimento i principi espressi dall'ANAC e dal Consiglio di Stato, rispettivamente nel parere n. 27902 del 05/04/2019 e nella sentenza n. 403/2019. La società eccepisce di essere in possesso dei requisiti di qualificazione tenuto conto del fatto che essa ha concluso con buon esito al 31/12/2018 lavori in categoria OG2 che consentiranno alla stessa, non appena saranno visti dalla Soprintendenza, di ottenere la III classifica; che l'esclusione sarebbe in contrasto con l'art. 11 del bando di gara secondo cui «i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti e dalle altre imprese consorziate»; per i lavori in affidamento sarebbe sufficiente la II classifica (€ 516.000,00 maggiorati di 1/5 - € 619.200,00), Art. 61 del DPR 207/2010, anziché la III richiesta dal Bando; che la decisione assunta dalla stazione appaltante impedirebbe ai consorzi stabili di partecipare alle gare per lavori in categoria OG2 in quanto una ditta qualificata in OG2 con la classifica richiesta dal bando non avrebbe motivo di partecipare con l'ausilio del consorzio.

D'altro canto, nella memoria trasmessa, la stazione appaltante ha considerato di avere proceduto all'esclusione previ approfondimenti istruttori e acquisizione di un parere dell'ANAC, evidenziando l'assenza della qualificazione richiesta in capo alla ditta designata dal consorzio con riferimento alla classifica III e la natura degli immobili oggetto dell'intervento rispetto ai quali, in quanto cespiti di rilevante pregio storico e culturale, secondo pacifica giurisprudenza, non troverebbe applicazione il principio del cumulo alla rinfusa dei requisiti alla luce dell'art. art. 146, comma 2, d.lgs. 50/2016 ai sensi del quale «I lavori di cui al presente capo sono utilizzati per la qualificazione unicamente dall'operatore che li ha effettivamente eseguiti». Tali principi normativi, volti per scelta legislativa a far prevalere l'interesse alla qualificazione delle ditte esecutrici di lavori su beni culturali piuttosto che il *favor participationis*, sarebbero stati confermati dallo stesso Consiglio di Stato nella sentenza richiamata nella motivazione del provvedimento.

Ritenuto in diritto

Con la richiesta di parere pervenuta si domanda all'Autorità di valutare la legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei confronti del consorzio stabile General Public Tender GPT S.c.a.r.l. concorrente che risulti in possesso della qualificazione SOA categoria OG2 Classifica IV, laddove lo stesso abbia designato come esecutrice dell'appalto un'impresa consorziata titolare di attestazione di qualificazione per la categoria OG2 Classifica I laddove il bando di gara prevedeva la qualificazione nella Classifica III.

Risulta dal bando-disciplinare di gara che l'intervento in affidamento si compone delle seguenti lavorazioni: *restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela*, per cui è richiesta la *qualificazione OG2, classifica III, categoria prevalente*; scavi archeologici, per cui è richiesta la *qualificazione OS25, classifica I, scorporabile e sub-appaltabile*; rilievi, per cui è richiesta la *qualificazione OS20-A, classifica I, scorporabile e sub-appaltabile*.

Il progetto prevede interventi di recupero e valorizzazione del complesso monumentale di San Michele consistendo in particolare nella realizzazione dei seguenti interventi: - restauro della Chiesa di San Michele, con il consolidamento delle pareti in elevato e la realizzazione di una nuova copertura; - consolidamento delle pareti del Castello di San Michele per un importo complessivo dell'opera pari a € 753.233,97.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In riscontro all'istanza presentata, in primo luogo non appaiono condivisibili le censure sollevate dall'istante in ordine alla circostanza che la società sarebbe in possesso dei requisiti di qualificazione in ragione di lavori conclusi, ma non ancora visti dalla Soprintendenza, tenuto conto che la partecipazione in gara si giustifica e legittima in base esclusivamente all'attestazione di qualificazione rilasciata dalla SOA al concorrente, valida e in corso di efficacia, né appare giustificato il rilievo in ordine alla mancata partecipazione alle procedure di gara dei consorzi laddove le consorziate indicate come esecutrici abbiano la qualificazione richiesta considerato che la disciplina del consorzio stabile e il principio del cumulo alla rinfusa rispondono all'esigenza di tutelare e garantire la più ampia partecipazione alle procedure delle imprese e non dei consorzi stabili, che sono strutture appositamente costituite al fine di consentire la partecipazione alle gare della singola impresa consorziata.

Non appaiono altresì condivisibili le censure attinenti alla violazione dell'art. 11 del bando di gara, la cui applicazione deve avvenire, con riferimento ai lavori previsti nella categoria prevalente compatibilmente a una corretta applicazione della specifica disciplina prevista per i lavori su beni sottoposti a tutela né appare conferente la censura relativa alla sufficienza della classifica II considerato che l'istante, invero, è attestato per una classifica ancora inferiore (I fino a euro 258.000,00).

Come noto, il decreto legislativo n. 50 del 2016, agli artt. 145-151, dedica un regime particolare agli appalti nel settore dei beni culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 recante Codice dei beni culturali e del paesaggio, derogando alla disciplina generale del Codice dei Contratti pubblici, la quale trova applicazione per quanto non diversamente disposto dalle specifiche norme dedicate a tale settore (art. 145, comma 3, d.lgs. 50/2016).

Con riferimento specifico al tema della qualificazione per l'esecuzione di lavori su beni sottoposti a tutela, l'art. 146 detta la seguente disciplina: «1. In conformità a quanto disposto dagli articoli 9-bis e 29 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, per i lavori di cui al presente capo è richiesto il possesso di requisiti di qualificazione specifici e adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento. 2. I lavori di cui al presente capo sono utilizzati, per la qualificazione, unicamente dall'operatore che li ha effettivamente eseguiti. Il loro utilizzo, quale requisito tecnico, non è condizionato da criteri di validità temporale. 3. Per i contratti di cui al presente capo, considerata la specificità del settore ai sensi dell'articolo 36 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, non trova applicazione l'istituto dell'avvalimento, di cui all'articolo 89 del presente codice. 4. Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono stabiliti i requisiti di qualificazione dei direttori tecnici e degli esecutori dei lavori e le modalità di verifica ai fini dell'attestazione. Il direttore tecnico dell'operatore economico incaricato degli interventi di cui all'articolo 147, comma 2, secondo periodo, deve comunque possedere la qualifica di restauratore di beni culturali



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ai sensi della normativa vigente. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disposizione transitoria ivi prevista.».

La disciplina concernente la qualificazione degli esecutori di lavori su beni sottoposti a tutela, in ragione del particolare interesse pubblico alla tutela e conservazione dei beni interessati, evidenzia una *ratio* tesa a determinare una diretta correlazione tra l'esecutore dei lavori e la titolarità della qualificazione in termini di attestazione per i lavori eseguiti tant'è che, in deroga alla regola generale, l'art. 146, comma 3, esclude l'ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento dei requisiti speciali di partecipazione per i contratti stipulati nel settore dei beni culturali. Tale stretta e diretta correlazione è espressa, prima ancora che dalla norma che esclude l'avvalimento, dalla previsione contenuta all'art. 146, comma 2, ai sensi del quale i lavori eseguiti nel settore dei beni culturali «sono utilizzati, per la qualificazione, unicamente dall'operatore che li ha effettivamente eseguiti».

Da qui l'assunto che la regola del cumulo alla rinfusa dei requisiti di partecipazione, espressa per i consorzi stabili e le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori, non può trovare applicazione per gli appalti di lavori nel settore dei beni culturali entrando altrimenti in contrasto con la disposizione inderogabile di cui all'art. 146, comma 2, d.lgs. 50/2016.

Quindi, la specifica qualificazione richiesta da un bando di gara per l'esecuzione di lavori nel settore dei beni culturali può essere utilizzata soltanto dal soggetto che quei lavori abbia eseguito con la conseguenza che, nel caso di partecipazione di un consorzio stabile a una procedura di gara, a prescindere dalla qualificazione del consorzio, la qualificazione richiesta debba essere comunque posseduta dall'impresa designata per l'esecuzione del contratto.

In tal senso si è espressa l'Autorità nella delibera n. 1239 del 16/12/2017, condivisa nell'orientamento espresso dal Consiglio di Stato (sez. V) nella sentenza 16/01/2019, n. 403.

Nella sentenza n. 403/2019, richiamata nella motivazione del provvedimento che in questa sede si contesta, il Consiglio di Stato ha considerato che «allo stato attuale della normativa in materia, pur rimanendo fermo il principio generale del c.d. "cumulo alla rinfusa", sulla base del quale i consorzi stabili possono scegliere di provare il possesso dei requisiti di ordine speciale richiesti per la partecipazione alle gare con attribuzioni proprie e dirette oppure con quelle dei consorziati, non può trascurarsi la circostanza che le norme sulla qualificazione nell'ambito dei contratti relativi ai beni culturali costituiscono una *species* delle norme sulla qualificazione in generale e che pertanto, sulla base del principio interpretativo secondo cui *lex specialis derogat generali*, in tale specifico settore i consorzi stabili possono indicare quali esecutori delle opere i soli consorziati che siano in possesso (in proprio) delle qualificazioni richieste dalla *lex specialis* per l'esecuzione dei lavori oggetto di affidamento, anche in ragione di quanto stabilito dall'art. 146, comma 2 del Codice, secondo cui "I lavori di cui al presente capo sono utilizzati, per la qualificazione, unicamente dall'operatore che li ha effettivamente eseguiti"». Il Consiglio di Stato ha, altresì, evidenziato la «particolare delicatezza derivante dalla necessità di tutela dei medesimi,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

in quanto beni testimonianza avente valore di civiltà, espressione di un interesse *altior* nella gerarchia dei valori in giuoco (art. 9 Cost.),» concludendo nel senso che «L'esegesi sia letterale, che funzionale, dell'art. 146, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 induce la Sezione ad escludere che nei contratti in materia di beni culturali i consorzi stabili possono qualificarsi con il cumulo alla rinfusa, essendo richiesto dalla norma il possesso dei requisiti di qualificazione specifici ed adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento».

La sentenza conferma l'orientamento espresso nella precedente pronuncia del Consiglio di Stato (sez. V) di cui alla sentenza 26/10/2018, n. 6114. In tale occasione, in ordine all'interpretazione letterale dell'art. 146, comma 2, del Codice, implicante una deroga al principio normativo del cumulo alla rinfusa nei consorzi stabili, il Consiglio di Stato aveva considerato che «L'interpretazione, letterale, ora tratta del comma 2 dell'art. 146 del codice dei contratti pubblici deve essere letta congiuntamente ai commi 1 e 3 dello stesso articolo, poiché il comma 1 dichiara espressamente che tali disposizioni sono dettate in conformità agli artt. 9-*bis* e 29 del codice dei beni culturali – d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 – per i quali coloro che seguono lavori attinenti detti beni necessitano del possesso dei requisiti qualificazione specifici ed adeguati ad assicurare la tutela dei beni oggetto di intervento con il corollario rafforzativo – comma 3 - dell'eccezionale esclusione dell'istituto dell'avvalimento, esclusione ammessa per la specificità del settore dallo stesso art. 36 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Gli artt. 9-*bis* e 29 del codice dei beni culturali richiamano il primo la necessità che gli interventi operativi di tutela, protezione conservazione dei beni culturali siano affidati alla responsabilità ed all'attuazione secondo le rispettive competenze delle figure specializzate nei singoli settori ed il secondo - segnatamente il comma 6 - ribadisce la specificità in materia di progettazione e di esecuzione di opere su beni architettonici e richiede altresì che gli interventi di manutenzione e restauro su beni culturali mobili vengano eseguiti in via esclusiva dai soggetti formalmente individuati come restauratori di beni culturali».

A quanto sopra si aggiunga, con riferimento alla circostanza evidenziata dall'istante relativa al fatto che l'impresa fosse qualificata comunque per la categoria richiesta e non anche per la classifica, che i principi sopra riportati trovano applicazione anche laddove la qualificazione sia – come nel caso di specie – parziale, vale a dire sussistente per la categoria, ma non per la classifica richiesta dal disciplinare di gara.

Infatti, il principio espresso all'art. 146, comma 2, del Codice in ordine alla qualificazione per l'esecuzione dei lavori concerne la qualificazione in gara come richiesta dalla stazione appaltante e che, per la qualificazione SOA, non può ritenersi limitata alla sola categoria e non anche alla classifica. L'attestazione SOA, infatti, ha una valenza certificativa complessivamente riferita alla capacità tecnica ed economico finanziaria dell'operatore economico (l'art. 60, comma 3, d.P.R. n. 207/2010 prevede che «l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente titolo costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici» e l'art. 61, comma 1, d.P.R. n. 207/2010 statuisce che «Le imprese sono qualificate per categorie di opere generali, per categorie di opere specializzate, nonché per prestazioni di sola costruzione, e per prestazioni di progettazione e costruzione, e classificate, nell'ambito delle categorie loro attribuite, secondo gli importi di cui al comma 4»).

Nel caso di specie, tra l'altro, la richiesta classifica III, attestata per l'esecuzione di lavori fino a € 1.033.000,00 presuppone altresì, ai sensi dell'art. 63, d.P.R. n. 207/2010, il possesso di un sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, quindi configura una qualificazione riferita sia al valore dei lavori eseguiti sia ad un elemento di idoneità tecnica specificamente riferito all'organizzazione aziendale (il comma 1 dell'art. 63 prescrive che ai fini della qualificazione SOA le imprese devono possedere il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, ad esclusione delle classifiche I e II).

Quindi, la compiuta verifica da parte della commissione aggiudicatrice concernente l'attestazione di qualificazione certificante la categoria OG2 e la classifica I invece della classifica III come prevista dal bando, appare aver correttamente comportato l'esclusione del concorrente per assenza in capo allo stesso della qualificazione richiesta ai fini dell'esecuzione dei lavori.

Pertanto, vista la documentazione in atti, sulla base delle considerazioni sopra esposte, ritenendosi giustificato il provvedimento di esclusione in ragione del richiamo all'art. 146, d.lgs. 50/2016 e ai principi giurisprudenziali citati, confermandosi l'orientamento già espresso da questa Autorità nell'esercizio della funzione consultiva con il parere n. 27902 del 05/04/2019,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che, l'operato della stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 luglio 2019

Il segretario Rosetta Greco