



COMUNE DI PALERMO

**AREA TECNICA DELLA RIGENERAZIONE URBANA E DELLE
OO.PP.
SETTORE OO.PP.
STAFF DIRIGENTE DI SETTORE / RESPONSABILE CITTA'
STORICA**

Determinazione Dirigenziale n.3752 del 8 aprile 2021

Oggetto: Procedura aperta ex art. 60 del D.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii. per l'affidamento dei lavori relativi all'Accordo quadro per il Restauro del Palazzo di Città – Interventi di manutenzione straordinaria, riorganizzazione degli ambienti ed adeguamento alla normativa sulla sicurezza dei luoghi di lavoro e sugli impianti tecnologici (CUP D74B12000070001, CIG 69264428C0).
Annullamento dell'aggiudicazione disposta con D.D. n. 70 del 20/06/2018 in favore dell'ATI Consorzio Stabile Agoraa srl - Cospin srl unip.

Responsabile del procedimento:
NICOLO' ASARO

Firmato digitalmente da
MAURIZIO PEDICONE
Data: 08/04/2021 14:47



COMUNE DI PALERMO

Premesso che:

con Deliberazione di G.M. n. 281 del 16/12/2016 è stato approvato il progetto definitivo "Accordo quadro per il Restauro del palazzo di Città – Interventi di manutenzione straordinaria, riorganizzazione degli ambienti ed adeguamento alla normativa sulla sicurezza dei luoghi di lavoro e sugli impianti tecnologici", per un importo complessivo di € 8.150.000,00;

con Determinazioni Dirigenziali n. 252 del 27/12/2016 e 139 del 20/12/2016 quest'Ufficio ha determinato di procedere all'affidamento dei lavori mediante procedura aperta ex art. 60 del D.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii. (Codice dei Contratti), individuando gli elementi essenziali del contratto e contestualmente approvando la documentazione di gara (bando, disciplinare e modulistica);

con Determinazione Dirigenziale n. 49 del 3/05/2018 quest'Ufficio ha approvato l'elenco degli operatori ammessi ed esclusi alla procedura in questione;

con Determinazione Dirigenziale n. 70 del 20/06/2018 sono stati approvati i Verbali (da n. 1 a n. 15), le tabelle di attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica, redatti dalla Commissione di Gara e l'appalto è stato aggiudicato, ai sensi del combinato disposto degli artt. 32 c. 5 e 33 c. 1 del Codice, alla citata ATI Consorzio Stabile Agoraa srl - Cospin srl unip.;

con Determinazione Dirigenziale n. 424 dell'1/08/2018 dell'Ufficio Gare – Affidamento Lavori Pubblici è stata dichiarata, ai sensi dell'art. 32 c. 7 del Codice, l'efficacia dell'aggiudicazione;

nelle more della stipulazione del contratto, con Atto Stragiudiziale del 4/03/2019, assunto l'8/03/2019 al prot. n. 190654, lo studio Legale Mangano Miceli Stallone e Partners, per conto della Coop. Archeologia s.c a r.l. e Celi Energia, riunite nell'ATI seconda classificata nella procedura di gara, ha avanzato istanza di riesame dell'affidamento, invocando l'annullamento in autotutela della citata Determinazione Dirigenziale n. 70/2018, assumendo che l'impresa esecutrice Global Technology System s.r.l., indicata dal Consorzio stabile Agoraa s.r.l., fosse priva dei requisiti di qualificazione, in particolare OG2 e OS2-A specifici dell'esecuzione di lavori sui beni culturali, e previsti, a pena di esclusione al punto 3.2 del disciplinare di gara, ciò in violazione dall'art. 146 c. 2 del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii;

verificato il mancato possesso del requisito di qualificazione in capo all'impresa indicata come esecutrice, con nota prot. n. 215825 del 15/03/2019, quest'Ufficio ha comunicato all'aggiudicataria l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione di che trattasi, ai sensi dell'art. 7 della L. 241/90 e ss.mm.ii., ed ha assegnato contestualmente un termine di dieci giorni per la proposizione di eventuali controdeduzioni;

con nota assunta al prot. n. 498581 del 26/03/2019, il Consorzio Agoraa, n.q. di mandataria dell'A.T.I., ha eccepito che anche per i beni sottoposti a tutela operi il c.d. cumulo alla rinfusa, argomentando che le *"regole comuni dettate dal legislatore, in tema di qualificazione dei consorzi stabili per l'affidamento di appalti di lavori pubblici, non sono derogate nel Capo III del Titolo VI (artt. 145 ss) del D.lgs. n.50/2016, per gli appalti nel settore dei beni culturali"*, sostenendo, tra l'altro, di essere in possesso dei requisiti previsti per l'esecuzione dei lavori in quanto Consorzio Stabile autonomamente qualificato nelle categorie OG2 e OS2-A;

il suddetto Consorzio ha altresì sostenuto che, nella fattispecie in questione, la Stazione Appaltante avrebbe dovuto dar luogo al soccorso istruttorio, al fine di consentire la sostituzione della consorziata designata, con altra dotata delle necessarie qualifiche, ovvero consentire al Consorzio stesso di eseguire in proprio le lavorazioni.

nella nota citata il Consorzio ha inoltre rappresentato che l'ATI Coop. Archeologia s.c a r.l. - Celi Energia avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara per *"avere reso una falsa dichiarazione in merito alla ricorrenza di una condanna penale senz'altro incidente"*.

Considerato che:

con nota prot. n. 550472 del 3/04/2019 questa Stazione Appaltante, avuto riguardo alla natura delle eccezioni sollevate dal Consorzio Agoraa srl, ha comunicato a quest'ultimo l'intendimento di formulare istanza di precontenzioso all'ANAC, ai sensi dell'art. 211 c. 1 del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., al quale si sarebbe autovincolata;

con nota prot. n. 550457 del 3/04/2019, la Stazione Appaltante ha comunicato il citato intendimento anche all'ATI Coop. Archeologia s.c a r.l. - Celi Energia;

lo stesso 3/04/2019 è stata inoltrata istanza di parere all'ANAC;

con nota dell'11/04/2019, il Consorzio Stabile Agoraa srl, ha comunicato di non voler attenersi al parere dell'ANAC ed ha nel contempo invitato questa Stazione Appaltante ad archiviare il procedimento di annullamento dell'aggiudicazione per insussistenza dei vizi contestati, ritenuti non idonei a motivarlo;

con e-mail del 28/05/2019, il RUP ha chiesto all'Ufficio Contratti di provvedere, a seguito di quanto eccepito dall'ATI Consorzio Stabile Agoraa srl - Cospin srl unip, alla verifica del possesso dei requisiti ex art. 80 del Codice in capo all'ATI Coop. Archeologia s.c a r.l. - Celi Energia;

con nota prot. n. 0049204 del 18/06/2019, l'ANAC ha informato questa Amministrazione che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 29/05/2019, aveva deliberato *"l'inammissibilità dell'istanza di cui in oggetto in quanto non presentata da soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà dell'Ente, tenuto conto che l'istanza risulta essere stata sottoscritta dal Dirigente dell'Ufficio Città Storica - Area Tecnica della Riqualificazione Urbana e della Pianificazione"*,

con nota prot. n. 812387 del 21/06/2019, questa Amministrazione ha contestato le suddette eccezioni ed ha reiterato la richiesta di parere del 3/04/2019;

successivamente, al fine di addivenire celermente all'acquisizione del citato parere quest'Ufficio, con nota prot. n. 845279 del 4/07/2019 ha comunicato all'ATI Consorzio Stabile Agoraa srl - Cospin srl unip. che avrebbe riformulato all'ANAC istanza di parere, ex art. 211 del Codice, a firma del Segretario Generale. Analoga comunicazione è stata effettuata all'ATI Coop. Archeologia s.c a r.l. - Celi Energia (nota prot. n. 845295 del 4/07/2019);

in data 4/07/2019 è stata nuovamente inoltrata istanza di parere ex art. 211 del Codice all'ANAC;

con pec del 30/09/2019, l'ANAC ha trasmesso la delibera n. 826 del 18/09/2019 con la quale il Consiglio dell'Autorità, accertata l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'ATI Consorzio Stabile Agoraa srl - Cospin srl unip., per carenza dei requisiti di qualificazione della medesima A.T.I., ha ritenuto *"inammissibile l'eventuale sostituzione della Consorziata esecutrice indicata dal Consorzio Stabile Agoraa s.r.l., in sede di offerta, perché ciò costituirebbe una illegittima sanatoria ex post del difetto di un requisito di partecipazione direttamente in capo all'operatore economico che esegue le opere oggetto dell'appalto"* ed ha rimesso, infine, alla Stazione Appaltante la verifica della sussistenza delle condizioni richieste dall'art. 21-nonies della L. n. 241/1990.

nel citato parere, l'ANAC ha escluso che la norma possa essere interpretata in termini ampli fino a ricomprendere lo stesso Consorzio tra i soggetti diversi dall'impresa inizialmente designata cui è possibile affidare l'esecuzione dell'appalto, dal momento che lo stesso Consiglio di Stato nella sentenza n. 403/2019, per analoga fattispecie, ha indicato come legittima l'esclusione di un consorzio per carenza in capo alla consorziata designata dei

requisiti di qualificazione richiesti, a nulla rilevando il possesso dei medesimi da parte del consorzio. Nella stessa circostanza, il Consiglio di Stato ha negato la possibilità per il consorzio di svolgere in proprio i lavori, avendone la qualificazione, esprimendo il principio che *“in caso di designazione di consorziata per l'esecuzione del contratto, a questa occorre far riferimento per la valutazione dei requisiti, mentre su un piano diverso si pone la considerazione per cui il consorzio stabile è caratterizzato dal c.d. elemento teleologico, che gli consente di operare con un autonoma struttura di impresa, capace di eseguire anche in proprio senza l'ausilio delle consorziate, le prestazioni previste dal contratto”*.

Atteso che:

con nota prot. n. 1392451 del 2/10/2019, questa Stazione Appaltante ha comunicato all'ATI Consorzio Stabile Agoraa srl - Cospin srl unip. l'esito del citato parere e l'intendimento di procedere all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta con D.D. n. 70/2018; con D.D. n. 12778 del 5/11/2019 questa Stazione Appaltante ha annullato la Determinazione Dirigenziale n. 70 del 20/06/2018 con la quale era stata disposta l'aggiudicazione della procedura di gara per l'affidamento dei lavori di che trattasi, in favore dell'ATI Consorzio Stabile Agoraa srl - Cospin srl unip., per violazione dell'art. 146 c. 2 del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii, dal momento che la Consorziate esecutrice Global Technology System s.r.l., indicata dal Consorzio stabile Agoraa s.r.l. non è in possesso dei requisiti di qualificazione, in particolare OG2 e OS2-A specifici per l'esecuzione di lavori sui beni culturali, previsti, a pena di esclusione, dal punto 3.2 del disciplinare di gara;

con il citato provvedimento si è proposto al Servizio Contratti di annullare la D.D. n. 424 dell'1/08/2018;

con D.D. n. 13397 del 18/11/2019 il Servizio Contratti ha annullato, la Determinazione Dirigenziale n. 424 dell'1/08/2018 dell'Ufficio Gare – Affidamento Lavori Pubblici con la quale è stata dichiarata, ai sensi dell'art. 32 c. 7 del Codice, l'efficacia dell'aggiudicazione;

con Determinazione Dirigenziale n. 2266 del 25/02/2020, questa Stazione Appaltante, previa esclusione del RTI Coop. Archeologica s.c.a.r.l - Celi Energia, per difetto dei requisiti di cui all'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., ha disposto di *“subordinare, dato il lasso di tempo intercorso, l'aggiudicazione al successivo operatore economico in graduatoria A.T.I. CO.SAN s.r.l. - D.P. Restauro di Pigozzi Fabio & C., alla preventiva acquisizione della conferma della volontà di accettazione dell'appalto in questione e quindi dell'offerta presentata”*;

acquisita la disponibilità di cui al punto precedente, con D.D. n. 2583 del 3/03/2020, è stata disposta, ai sensi del combinato disposto degli artt. 32 c. 5 e 33 c.1 del Codice, l'aggiudicazione dei lavori in argomento, in favore dell'ATI CO.SAN s.r.l. - D.P. Restauro s.n.c. di Pigozzi Fabio & C., con sede in Via Croce Rossa 407 – 90146 Palermo, che ha offerto il ribasso del 27,8186%;

il Consorzio Stabile Agoraa srl, con due distinti ricorsi ha impugnato innanzi al TAR Sicilia Palermo, sia la nota prot. n. 1392451 del 2/10/2019 che la D.D. n.12778/2019 e che, il TAR Sicilia, riuniti i citati giudizi, con la sentenza n. 1091 del 26/05/2020 ha parzialmente respinto i ricorsi proposti riconoscendo la legittimità del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione disposto dall'Amministrazione (D.D. n.12778/2019);

il Consorzio Stabile Agoraa srl, ha proposto appello innanzi al C.G.A, avverso la suindicata statuizione e che il giudizio in questione è stato definito con sentenza n. 49 del 22/01/2021;

il C.G.A. accogliendo l'appello, ha annullato la sentenza n. 1091/2020 ed in accoglimento *“parziale”* dei ricorsi introduttivi, ha annullato i provvedimenti impugnati, censurando il provvedimento gravato poiché *“non risulta, però, indagato, in un'ottica motivazionale propria dell'atto di autotutela (con il correlato obbligo di esternare in maniera specifica l'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla rimozione dell'atto, ulteriore rispetto al mero ripristino della*

legalità violata, nella comparazione degli interessi pubblico-privato) il profilo specifico e peculiare della natura del consorzio stabile, al quale è imputabile l'esecuzione delle prestazioni contrattuali dedotte nell'appalto, poiché è esso che stipula il contratto in nome proprio, sebbene per conto delle consorziate".

pertanto, ha ritenuto *"fondata la censura relativa alla violazione dell'art. 21 novies L. 241/90, avendo l'Ente appellato omissis di indagare ed esternare l'interesse ulteriore all'annullamento dell'aggiudicazione in connessione al dedotto possesso in capo al Consorzio della specifica qualificazione e della conseguente possibilità di eseguire le opere in proprio"*;

con nota dell'1/02/2021, lo Studio Legale Maggi Mollica Zaccone, in nome e per conto dell'ATI Consorzio Stabile Agoraa srl - Cospin srl unip. ha invitato e diffidato questa Amministrazione a prendere atto della suindicata sentenza e a non dar corso *"in alcun modo all'esecuzione del contratto d'appalto rep. n. 19/2020"*;

questa Stazione Appaltante ha riscontrato la suindicata nota, in data 2/02/2021, comunicando l'intendimento di volersi uniformare ai principi affermati nella suindicata statuizione (G.G.A. n. 49/2021);

con successiva nota del 9/02/2021 il citato Studio Legale ha invitato la Stazione Appaltante a garantire il contraddittorio *"in ordine alle verifiche e valutazioni da compiere in esecuzione della sentenza del C.G.A. n. 49/2021"*, contraddittorio che è stato garantito con nota prot. n. 147829 del 25/02/2021 con la quale l'ATI è stata invitata, per il tramite dello Studio Legale, a trasmettere eventuali deduzioni/osservazioni, altre, rispetto a quelle già proposte negli scritti difensivi di entrambi i gradi del giudizio;

con nota del 5/03/2021, lo Studio Legale Maggi Mollica Zaccone, in nome e per conto dell'ATI Consorzio Stabile Agoraa srl - Cospin srl, ha fornito argomenti finalizzati a dimostrare la piena disponibilità/capacità del Consorzio Stabile Agoraa srl a far fronte direttamente all'esecuzione delle particolari opere oggetto dell'appalto; argomentazioni sinteticamente riconducibili: a) alla natura del Consorzio Stabile; b) al possesso in capo al Consorzio di autonoma attestazione SOA; c) alla documentazione attestante la capacità tecnica del Consorzio di eseguire in proprio i lavori; d) ad elementi desunti dai contenuti dell'offerta tecnica; argomentazioni completate con considerazioni finali sull'interesse pubblico a confermare l'aggiudicazione in favore dell'ATI Consorzio Stabile Agoraa srl - Cospin srl;

con nota prot. n. 208827 del 17/03/2021 quest'Amministrazione non ha accolto le sopra indicate argomentazioni dal momento che, in parte erano riconducibili a quanto già dedotto negli scritti difensivi e nella precorsa corrispondenza (cfr. a), in parte erano state valutate dalla Commissione di gara (cfr. b - d), in parte dagli organismi di attestazione della SOA (cfr. c);

le considerazioni offerte dal Consorzio non hanno dimostrato che il modello riparatorio offerto (di natura sostanzialistica) potesse neutralizzare l'effetto ostativo conseguente all'assenza, sin dal momento della partecipazione alla procedura di gara, dei medesimi requisiti di qualificazione in capo alla consorziata indicata quale esecutrice, vista l'assenza di un qualsivoglia addentellato normativo, senza al contempo violare i principi di immodificabilità della proposta negoziale, della par condicio e della trasparenza (l Considerando ed art. 18 della direttiva 2014/24/UE per i settori ordinari) di cui il principio di imparzialità della P.A. ex art. 97 della Cost. è diretto precipitato.

Ritenuto che:

ai sensi di quanto previsto dall'art. 32 c. 8 del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., la Stazione Appaltante *"divenuta efficace l'aggiudicazione, può esercitare fino alla stipulazione del contratto il potere di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti"*;

l'art. 21-nonies c. 1 della L. n. 241/1990, a tal fine, dispone che: *"Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo*

articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge”;

il quadro normativo e interpretativo di riferimento, richiamando espressamente l'art. 146 del Codice stabilisce *“per i lavori di cui al presente capo (ndr Beni Culturali) è richiesto il possesso di requisiti di qualificazione specifici e adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento (...). I lavori di cui al presente capo sono utilizzati, per la qualificazione, unicamente dall'operatore che li ha effettivamente eseguiti”;* statuizione che evidenzia il carattere, strettamente inerente all'esecutore dei lavori, del possesso dei requisiti di qualificazione specifici ed adeguati ad assicurare la tutela dei beni oggetto di intervento, come dimostra anche il rinvio, seppure di portata parziale e prevalentemente esemplificativa, agli artt. 9-bis e 29 del D.lgs. n. 42/2004, articoli che richiamano la necessità che gli interventi operativi di tutela, protezione, conservazione dei beni culturali siano affidati alla responsabilità ed attuazione secondo le rispettive competenze delle figure specializzate nei singoli settori (cfr. Consiglio di Stato n. 6114/2018);

la finalità della norma è quella di evitare che l'intervento su un bene culturale sia affidato ad un soggetto privo di qualificazione che potrebbe arrecare un danno irreversibile al patrimonio culturale e ciò a prescindere da chi si assume la responsabilità nei confronti dell'Amministrazione (ndr Consorzio e consorziata esecutrice);

la tutela del patrimonio storico ed artistico assurge a principio di rango costituzionale dal momento che l'art. 9 della Carta prevede che *“la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura nonché tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”;*

la violazione di tali obblighi giuridici, di rango costituzionale, da parte dell'ente proprietario e responsabile del monumento configura altresì, a carico del medesimo, la responsabilità penale per danneggiamento del patrimonio artistico, espressamente prevista dall'art. 733 c.p.;

dalla giurisprudenza costante della Corte di Giustizia Europea che la possibilità di far valere il principio della tutela del legittimo affidamento, in relazione al tempo decorso dall'adozione dell'atto ampliativo della sfera giuridica dell'interessato, non può essere invocato qualora l'operatore economico prudente ed accorto, quale deve essere considerato il concorrente che partecipa ad una procedura di gara, sia in grado di prevedere l'esercizio del potere discrezionale della P.A., escludendo pertanto la possibilità di invocare la propria buona fede a fronte di una violazione del diritto eurounitario;

in materia di appalti la Corte di giustizia europea ha statuito che *“il comportamento di un'autorità nazionale incaricata di applicare il diritto comunitario, che sia in contrasto con quest'ultimo, non può giustificare l'esistenza, in capo ad un operatore economico, di un legittimo affidamento sul fatto di poter beneficiare di un trattamento in contrasto con il diritto comunitario”* (Corte di Giustizia causa C-217/06 del 2007);

la funzione di tutela del patrimonio storico-artistico giustifica sul piano della comparazione dei valori anche una limitazione della regola della concorrenzialità;

lo stesso art. 36 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, nel far riferimento (in un contesto relativo al divieto di restrizioni quantitative tra gli Stati membri) alla *“protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale”*, per l'affidamento di lavori su beni culturali esclude, eccezionalmente, l'istituto dell'avvalimento.

Rilevato che:

occorre indagare ed esternare l'interesse ulteriore all'annullamento dell'atto in connessione alla

prospettazione del Consorzio di eseguire in proprio le lavorazioni, poiché in possesso della specifica qualificazione (cfr. CGA n. 49/2021) *-al quale è imputabile l'esecuzione delle prestazioni contrattuali dedotte nell'appalto* avuto riguardo all'elemento teleologico;

ai fini della suddetta attività, si richiamano integralmente le deduzioni offerte dal Consorzio Stabile Agoraa nelle note sopra citate nonché nel ricorso introduttivo del giudizio innanzi al TAR Sicilia e nella memoria depositata dal Consorzio Stabile Agoraa srl nel corso del suindicato giudizio;

il consorzio stabile è caratterizzato dal c.d. elemento teleologico, che gli consente di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire anche in proprio, e cioè senza l'ausilio necessario delle imprese consorziate, le prestazioni previste nel contratto (in termini Cons. Stato, V, n. 403/2019; n. 278/2018; parere ANAC n. 826/2019) ovvero può indicare nell'offerta la consorziata designata per l'esecuzione dei lavori;

l'essenzialità della precisa individuazione dell'impresa designata per l'esecuzione dei lavori si coglie nell'esame del combinato disposto degli artt. 47 c. 1 e dell'art. 48 c. 7, dello stesso Codice, a mente del quale *“(...) I consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre”,* del quale costituisce un corollario la regola dello stesso art. 48, comma 7 bis, per la quale *“È 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.”;*

si tratta di disposizione, introdotta dall'art. 32 del D.L. n. 56/2017, unitamente a quelle dei commi 19 bis e 19 ter dello stesso art. 48, a definitiva codificazione degli approdi giurisprudenziali in tema di divieto di modificazione soggettiva operante per i raggruppamenti di imprese e per i consorzi ordinari. In ragione di tale divieto si è infatti affermato in giurisprudenza, rispetto sia al consorzio stabile che al consorzio di cooperative, che *“pur trattandosi di soggetto con struttura ed identità autonoma rispetto a quella delle cooperative consorziate, il possesso dei requisiti generali e morali ex art. 38 codice appalti deve essere verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle consorziate, dovendosi ritenere cumulabili in capo al consorzio i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria ai sensi dell'art. 35 codice appalti”* (così Cons. Stato Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8, già nel vigore del D.lgs. n. 163/2006);

l'obbligo di indicare già nell'offerta - i.e. proposta negoziale – la consorziata esecutrice risponde non soltanto al fine di consentire alla Stazione Appaltante il controllo del divieto di partecipazione dei consorziati alla medesima gara cui concorre il consorzio del quale fanno parte ma, altresì, al generale principio di immodificabilità dei partecipanti, se non nelle citate ipotesi tassativamente individuate dal Codice e comunque non per finalità elusive degli obblighi imposti dalla legge;

nella procedura di gara in esame non sussistendo alcuna dichiarazione, da parte del Consorzio, di riserva di esecuzione in proprio di quota parte delle lavorazioni, la Global Technology System S.r.l. è da considerare esecutrice di tutte le lavorazioni rientranti nella quota di esecuzione di competenza del Consorzio, che resta dunque operante esclusivamente sul diverso piano dell'imputazione ad esso dei lavori eseguiti dalle consorziate, ai soli fini delle responsabilità delle presentazioni previste nel contratto;

una volta accertata, pertanto, in capo all'impresa consorziata esecutrice l'assenza, sin dal momento della partecipazione, del requisito di qualificazione previsto dal bando di gara per l'esecuzione dei lavori in questione, viene meno la possibilità di sanare questa causa ostativa, sostituendo (la consorziata esecutrice) con lo stesso Consorzio qualificato in proprio, a meno

che di non volere ritenere - in assenza di addentellati normativi - che l'indicazione in sede di gara della consorziata esecutrice ex art. 48 c.7 del D.lgs. n. 50/2016, non costituisca una designazione con facoltà alternativa;

il possesso in proprio delle necessarie qualificazioni da parte del Consorzio non può compensare la carenza riscontrata in capo alla consorziata esecutrice, poiché in tal modo si finirebbe per utilizzare l'autonomia sul piano giuridico e amministrativo del consorzio come "schermo" rispetto all'esistenza di cause ostative in capo alla consorziata esecutrice alla partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici.

Tenuto conto che:

se si consentisse la sostituzione del Consorzio alla consorziata esecutrice, attribuendo decisiva rilevanza ad esigenze di tipo sostanziale (autonoma qualificazione del Consorzio e responsabilità del medesimo per le prestazioni contrattuali) piuttosto che alla forma (proposta negoziale), si configurerebbe un'ipotesi di soccorso istruttorio, in una fattispecie del tutto estranea a quanto tassativamente previsto all'art. 48 commi 17, 18 e 19 del Codice ed in elusione di quanto stabilito al comma 7-bis del medesimo - poiché si consentirebbe una modifica per sanare la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata - in aperta violazione della *par condicio*;

la citata sostituzione, consistendo nella correzione o modificazione di una specifica dichiarazione del concorrente/ Consorzio (designazione nella domanda di partecipazione della consorziata esecutrice) di fatto: a) surrogerebbe radicalmente novandola la domanda di partecipazione, in violazione della perentorietà del termine di presentazione delle offerte; b) determinerebbe anche la violazione del principio di *par condicio*, assicurando al concorrente una posizione di privilegio esclusivo; c) violerebbe il principio di autoresponsabilità dell'imprenditore/concorrente che imporrebbe, preventivamente, di verificare oggettivamente le dichiarazioni necessarie per la partecipazione;

l'azione procedimentale di gara ad evidenza pubblica e l'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione deve ispirarsi e conformarsi ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e di trasparenza;

non è un caso che la direttiva 2014/24/UE per i settori ordinari, al I Considerando richiama il dovuto rispetto che l'aggiudicazione degli appalti pubblici, da o per conto di autorità di Stati membri, deve garantire ai principi del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), in particolare al principio della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come il principio di parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità e trasparenza;

l'art. 18 della citata direttiva, dedicato ai "*principi per l'aggiudicazione degli appalti*", richiama l'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di trattare gli operatori economici "*su un piano di parità e in modo non discriminatorio, agendo in maniera trasparente e proporzionata*";

Il principio della "*par condicio*", inteso sia come manifestazione del più generale principio di imparzialità della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.), sia come eguaglianza sostanziale degli operatori, impone che nessun concorrente possa avere un trattamento differenziato nei confronti delle regole della gara, che devono essere preventivamente disposte in modo chiaro per tutti e devono essere applicate allo stesso modo nei confronti di tutti, cosicché le regole che governano la gara devono essere osservate rigorosamente e non possono essere derogate in favore di qualsivoglia concorrente;

i presidi introdotti dall'ordinamento in funzione dell'imparzialità dell'Amministrazione, anticipano, infatti, la tutela dell'interesse pubblico, non richiedendo, per la relativa applicazione, che

quest'ultimo sia lesa (non potendosi quindi attribuire rilevanza, *a contrariis*, al riscontro della mancata lesione), in considerazione della particolare posizione ordinamentale dell'Amministrazione che, connotata fisiologicamente per essere preposta a una pluralità di interessi da perseguire e bilanciare, non può sopportare, neppure potenzialmente, l'inserimento di interessi "alieni" che si aggiungano a quelli cui è finalizzato l'esercizio della funzione pubblica i.e. imparzialità, parità di trattamento e trasparenza;

nella procedura di gara in esame, l'interesse privato, rappresentato dalla possibilità offerta dal Consorzio di eseguire le opere in proprio poiché autonomamente qualificato, e quindi l'aspetto sostanziale - retroagisce a fronte della tutela di preminenti valori pubblici di carattere – per così dire – 'autoevidente' - i.e. art. 97 Cost. ed i principi di *par condicio* non discriminazione e trasparenza – I Considerando ed art. 18 Direttiva 2014/24/UE ed art. 30 del Codice.

Ritenuto, pertanto, che:

alla luce delle suindicate coordinate ermeneutiche, del parere ex art. 211 c. 1 del Codice espresso dall'ANAC con la delibera n. 826 del 18/09/2019 e del rilievo del bene Palazzo delle Aquile, che costituisce indubbiamente una testimonianza di civiltà, ed espressione di un interesse *altior* nella gerarchia dei valori in gioco (art. 9 Cost.), ricorrono i presupposti previsti dall'art. 21-nonies della L. n. 241/1990 e ss.mm.ii. nel testo recepito dalla L.R. n. 10/1991 e ss.mm.ii. per procedere all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione dei lavori in oggetto, disposta in favore dell'ATI Consorzio Stabile Agoraa srl - Cospin srl unip.

Occorre:

- 1) annullare la Determinazione Dirigenziale n. 70 del 20/06/2018 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione della procedura di gara per l'affidamento dei lavori relativi all'Accordo quadro per il Restauro del Palazzo di Città – Interventi di manutenzione straordinaria, riorganizzazione degli ambienti ed adeguamento alla normativa sulla sicurezza dei luoghi di lavoro e sugli impianti tecnologici (CUP D74B12000070001, CIG 69264428C0) in favore dell'ATI Consorzio Stabile Agoraa srl - Cospin srl unip., per violazione dell'art. 146 c. 2 del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii, dal momento che la Consorzata esecutrice Global Technology System s.r.l., indicata dal Consorzio stabile Agoraa s.r.l. non è in possesso dei requisiti di qualificazione, in particolare OG2 e OS2-A specifici per l'esecuzione di lavori sui beni culturali, previsti, a pena di esclusione, dal punto 3.2 del disciplinare di gara;
- 2) proporre al Servizio Contratti il conseguente annullamento della Determinazione Dirigenziale n. 424 dell'1/08/2018, con la quale è stata dichiarata, ai sensi dell'art. 32 c. 7 del Codice, l'efficacia dell'aggiudicazione;
- 3) conferire mandato al Servizio Contratti di intraprendere tutti gli adempimenti previsti dal Codice, conseguenti al presente atto;
- 4) provvedere, con successivo atto ad aggiudicare la procedura di gara in questione all'ATI CO.SAN s.r.l. - D.P. Restauro s.n.c. di Pigozzi Fabio & C., con sede in Via Croce Rossa 407 – 90146 Palermo, che ha offerto il ribasso del 27,8186%;
- 5) inviare copia del presente provvedimento all'ANAC, così come richiesto da quest'ultima con la nota prot. n. 0075928 del 27/09/2019.

Il Responsabile Unico del Procedimento

Ing. Nicolò Asaro

IL DIRIGENTE

- condivisi contenuti e finalità della superiore relazione;
- visto il vigente Regolamento sull'Ordinamento degli Uffici e Servizi;
- vista la delibera n. 826 del 18/09/2019 del Consiglio dell'ANAC;
- visto il Codice dei Contratti di cui al D.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.;
- vista la sentenza del C.G.A. n. 49 del 22/01/2021,

RITENUTA la propria competenza,

DETERMINA

- 1) di annullare la Determinazione Dirigenziale n. 70 del 20/06/2018 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione della procedura di gara per l'affidamento dei lavori relativi all'Accordo quadro per il Restauro del Palazzo di Città – Interventi di manutenzione straordinaria, riorganizzazione degli ambienti ed adeguamento alla normativa sulla sicurezza dei luoghi di lavoro e sugli impianti tecnologici (CUP D74B12000070001, CIG 69264428C0) in favore dell'ATI Consorzio Stabile Agoraa srl - Cospin srl unip., per violazione dell'art. 146 c. 2 del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii, dal momento che la Consorziata esecutrice Global Technology System s.r.l., indicata dal Consorzio stabile Ago-raa s.r.l. non è in possesso dei requisiti di qualificazione, in particolare OG2 e OS2-A specifici per l'esecuzione di lavori sui beni culturali, previsti, a pena di esclusione, dal punto 3.2 del disciplinare di gara;
- 2) di proporre al Servizio Contratti il conseguente annullamento della Determinazione Dirigenziale n. 424 dell'1/08/2018, con la quale è stata dichiarata, ai sensi dell'art. 32 c. 7 del Codice, l'efficacia dell'aggiudicazione;
- 3) di conferire mandato al Servizio Contratti di intraprendere tutti gli adempimenti previsti dal Codice, conseguenti al presente atto;
- 4) di provvedere, con successivo atto ad aggiudicare la procedura di gara in questione all'ATI CO.SAN s.r.l. - D.P. Restauro s.n.c. di Pigozzi Fabio & C., con sede in Via Croce Rossa 407 – 90146 Palermo, che ha offerto il ribasso del 27,8186%;
- 5) di inviare copia del presente provvedimento all'ANAC, così come richiesto da quest'ultima con la nota prot. n. 0075928 del 27/09/2019.

Il Capo Settore

Dott. Maurizio Pedicone