

Publicato il 03/01/2022

N. 00001/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00044/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 44 del 2021, proposto dalla Icm S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

A.N.A.S. S.p.A. - Ente Nazionale per le Strade, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Emilia Forgione, Maria Stefania Masini, Sergio De Salvo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Palermo, via Alcide De Gasperi, 247 presso Uffici Anas;

nei confronti

Viastrada S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudio De Portu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Fegotto Costruzioni S.r.l., Consorzio Stabile Odos, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 0660962 del 10.12.2020 comunicato in pari data con cui ANAS S.p.A. ha autorizzato la modifica della composizione del RTI titolare dell'“Accordo Quadro quadriennale per l'esecuzione sulla A/19 dei lavori di risanamento strutturale delle opere d'arte, dallo svincolo “Irosa” (km 79+300) allo svincolo “Ponte Cinque Archi” (Km 97+800) compreso il viadotto Cannatello in direzione Catania” mediante estro-missione dell'impresa FIP Industriale S.p.A., assunzione del ruolo di mandataria dell'impresa Viastrada S.r.l. e ingresso del Consorzio Stabile Odos;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Viastrada S.r.l. e di A.N.A.S. s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2021 il dott. Luca Girardi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente proposto, la società ICM s.p.A. ha impugnato il provvedimento n. 660962 del 10 dicembre 2020 con cui ANAS s.p.a. ha autorizzato la modifica della composizione del RTI aggiudicatario dell'accordo quadro quadriennale per l'esecuzione di lavori sulla A/19 mediante estromissione dell'impresa FIP Industriale s.p.a.

In fatto la ricorrente deduce che il Raggruppamento Temporaneo, costituito tra Fip Industriale s.p.a., quale mandataria, nonché Viastrada s.r.l. e Fegotto Costruzioni s.r.l., quali mandanti, partecipava alla procedura ristretta, ai sensi dell'art. 61 del D.Lgs. n. 50/2016, indetta da ANAS s.p.a. per l'affidamento dell'accordo-quadro per l'esecuzione dei lavori di risanamento strutturale delle opere d'arte, dallo svincolo “Irosa” (km 79+300) allo svincolo “Ponte Cinque Archi” (Km 97+800) compreso il viadotto Cannatello in direzione Catania”.

All'esito della procedura, l'appalto era aggiudicato a detto RTI, giusto provvedimento ANAS del 13.7.2017, prot. CDG-0365016-P.

La ICM S.p.A, secondo graduata, impugnava tale aggiudicazione innanzi a questo TAR che, con decreto n. 511 del 12 giugno 2018, dichiarava l'estinzione del giudizio per rinuncia al ricorso.

Nelle more dell'esecuzione contrattuale, l'impresa mandataria Fip Industriale s.p.a. è poi entrata in concordato preventivo e, successivamente, il Tribunale di Padova, Sez. Fallimentare, ha autorizzato la stessa a sciogliersi dai contratti di appalto in corso, ivi compreso l'accordo-quadro di cui trattasi.

In relazione a tale sopravvenienza, le imprese mandanti Viastrada e Fegotto, con nota del 7 novembre 2019, hanno espresso formale *“Manifestazione/conferma di disponibilità, da parte delle mandanti, al subentro/sostituzione della mandataria Fip Industriale S.p.a., ai sensi dell'art. 48, comma 17, d.lgs. 18.4.2016, n. 50”*. Nonostante ciò, con nota del 28 settembre 2020, ANAS ha indicato il percorso da seguire per la sostituzione richiesta, fissando quale riferimento non derogabile l'indicazione che il ruolo di mandataria da proporre dovesse essere assunto da una delle Imprese già presenti nel RTI (dunque Viastrada o Fegotto).

La composizione rinnovata del RTI ha visto quindi poi quale mandataria la società Viastrada (già mandante); il mantenimento del ruolo di mandante di Fegotto; il subentro nel RTI, in qualità di mandante, del Consorzio Stabile ODOS dall'esterno, con l'ulteriore ruolo di ausiliaria della mandataria con riferimento al requisito della cifra d'affari.

In ultimo, con nota del 10 dicembre 2020, n. 660962, la stazione appaltante ha favorevolmente deliberato la sussistenza dei presupposti di legge e così autorizzato la variazione del RTI esecutore dell'accordo-quadro in parola, nei sensi sopra precisati.

Avverso detta nota di autorizzazione ha proposto ricorso la ICM S.p.a.

I motivi di ricorso possono essere così sintetizzati.

I. La ricorrente osserva che in caso di fallimento della mandataria (situazione qui da considerarsi con riguardo a FIP), l'art. 48, comma 17, D.Lgs. n. 50/2016 non ammetterebbe il subentro nel RTI di un nuovo operatore economico, ma esclusivamente la prosecuzione con la residua compagine. Ciò posto, a dire dell'istante non sarebbe ammissibile l'intervento nel RTI del Consorzio Odos quale mandante.

II. La Icm ancora ritiene che sarebbe precluso, nella attuale fase esecutiva, l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, che opererebbe solo nella fase della gara così che non sarebbe ammissibile l'ausilio prestato dal Consorzio Odos alla mandataria Viastrada.

Risultano costituite in giudizio sia l'amministrazione resistente, ANAS s.p.a., sia la società Viastrada s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del Raggruppamento Temporaneo di Imprese citato, che hanno chiesto il rigetto del ricorso previo esame di due eccezioni preliminari, difetto di giurisdizione del giudice adito e carenza di interesse per mancata impugnazione dell'atto di aggiudicazione.

Con ordinanza n. 88 del 30 gennaio 2021 questo Tribunale ha respinto l'istanza di sospensione degli atti impugnati per carenza del richiesto pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione del provvedimento impugnato.

In vista dell'odierna udienza le parti hanno scambiato memorie ai sensi dell'art. 73 c.p.a.

All'udienza pubblica del 14 dicembre 2021, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente, devono essere scrutinate le eccezioni in rito sollevate dalle parti resistenti.

1.1. Viastrada s.p.a. eccepisce l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo in quanto, la vicenda per cui è causa, essendo insorta nella attuale fase di esecuzione dell'accordo-quadro in

questione già stipulato in data 27.3.2018 a seguito della aggiudicazione intervenuta con Determina Anas del 13.7.2017, prot. 0365016-P rientrerebbe nella giurisdizione del giudice ordinario. Eccezione di analogo tenore è formulata dalla difesa di ANAS s.p.a.

L'eccezione è infondata.

Deve innanzitutto rilevarsi che la modificazione soggettiva del RTI, pur essendosi registrata in un momento successivo alla stipula del contratto, potrebbe impattare sull'affidamento della commessa, con eventuale scorrimento in favore della ricorrente. Infatti, l'ICM, classificatasi al secondo posto della graduatoria finale, ha interesse a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto mediante l'interpello ex art. 110, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016 ed è questo il petitum a cui aspira con la proposizione del presente giudizio. Da ciò discende la riconducibilità della controversia nell'ambito di applicazione dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1) del c.p.a. e la sua devoluzione alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo. Si rammenta, in proposito, che resta ferma la giurisdizione del giudice amministrativo nei casi in cui non si verta nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti, ossia allorquando l'amministrazione, sia pure successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti direttamente sulla procedura di affidamento (cfr. da ultimo, Cassazione civile sez. un., 26/10/2020, n.23418).

1.2. La società controinteressata ha, altresì, eccepito l'inammissibilità del ricorso per la mancata impugnazione della determina di aggiudicazione.

Anche questa seconda eccezione non può essere condivisa in quanto oggetto del giudizio odierno è la successiva autorizzazione di ANAS alla modifica soggettiva del RTI aggiudicatario. Pertanto, correttamente non viene all'esame del Collegio l'originaria aggiudicazione, avvenuta su presupposti di fatto diversi da quelli poi sopravvenuti, e sulla cui bontà la ricorrente non dubita in questa sede. L'interesse all'azione dell'ICM nasce invece, come chiarito, da una sopravvenienza e da un provvedimento successivo alla stessa

aggiudicazione che va ad impattare anche sugli esiti della gara la cui aggiudicazione iniziale non è contestata in quanto comunque ritenuta legittima *ab initio*.

2. Venendo al merito del ricorso, questo deve essere accolto.

3. Fondato è il primo motivo di gravame alla luce delle recenti sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, richiamate anche da parte ricorrente, intervenute nel corso del giudizio, sentenze nn. 9 e 10 del 27 maggio 2021. Nella specie, i Giudici di Palazzo Spada, nella loro sede più autorevole, hanno avuto modo di chiarire che *“Il comma 19 contempla, inoltre, le (ulteriori) modifiche soggettive derivanti da esigenze organizzative del raggruppamento, che nella fase dell'esecuzione del rapporto possono giustificare la riduzione del raggruppamento, alla duplice condizione che le imprese rimanenti abbiano i requisiti sufficienti e che la modifica non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara (evidentemente diverso da quello di cui all'art. 80, comma 5, lett. b). Su queste previsioni, dettate per la fase dell'esecuzione e che privilegiano l'interesse alla conservazione del rapporto in funzione della più celere esecuzione dell'opera o del servizio o della consegna della fornitura, si innesta il comma 19-ter dell'art. 48 – comma aggiunto dall'art. 32, comma 1, lett. b) del d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56 – che ha esteso espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19 anche in corso di gara. [...]. 13. Merita ricordare come la regola dell'immodificabilità risponda in via generale ad una duplice esigenza, fortemente avvertita sia a livello nazionale che, come si dirà, a livello europeo, di evitare, da un lato, 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, generali o speciali, di partecipazione, in conseguenza di modifiche della composizione del raggruppamento avvenute nel corso della procedura ad evidenza pubblica o nella fase esecutiva del contratto, e dall'altro all'esigenza di tutelare la par condicio dei partecipanti alla gara con modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento “calibrate” sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale. Di questa regola l'Adunanza plenaria, prima ancora del codice attuale, aveva dato una lettura funzionale, nel senso di non precludere la modifica soggettiva in assoluto, ammettendola*

laddove questa operi in riduzione, anziché in aggiunta o in sostituzione, quindi solo internamente e senza innesti dall'esterno del raggruppamento; e comunque sempre che non sia finalizzata ad eludere i controlli in ordine al possesso dei requisiti (AP n. 8/2012, di recente Cons. St., V, n. 1379/2020 e n. 1031/2018). 13.1. In particolare secondo l'impostazione tradizionale l'aggiunta di soggetti esterni all'originaria composizione del raggruppamento, che ha presentato la propria offerta con una determinata composizione soggettiva, costituisce un vulnus non solo al fondamentale interesse pubblico alla trasparenza e, dunque, al buon andamento della pubblica amministrazione, dovendo l'iter della gara svolgersi secondo determinate e non alterabili – salvo deroghe espressamente consentite – scansioni procedurali che consentano la previa verifica dei requisiti in capo ai concorrenti e, poi, la valutazione delle offerte nell'interesse pubblico all'aggiudicazione al miglior offerente, ma anche un vulnus al principio di parità di trattamento tra le imprese interessate all'aggiudicazione e, dunque, al valore primario della concorrenza nel suo corretto esplicarsi.

13.2. Se questa è l'impostazione di partenza, con la duplice declinazione del principio appena ricordata (nella prospettiva sia della stazione appaltante che degli altri concorrenti), si tratta di interrogarsi ora se per effetto del combinato disposto dei commi 17, 18, 19 e 19 ter dell'art. 48 debba ritenersi ammessa, dal legislatore nazionale, nelle ipotesi ivi contemplate, una modifica soggettiva di tipo anche additivo quindi in aumento, nella fase dell'esecuzione come in quella della gara [...]. 14. Nel diritto europeo dei contratti pubblici il tema della sostituzione è affrontato nella fase dell'esecuzione. La Direttiva n. 24/2014/UE contempla talune ipotesi di sostituzione all'art. 72 in tale fase e nel Considerando n. 110, già ricordato dallo stesso Collegio rimettente, precisa che «in linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro operatore economico, ad esempio in caso di cessazione dell'appalto a motivo di carenze nell'esecuzione, senza riaprire l'appalto alla concorrenza» e «tuttavia, in corso d'esecuzione del contratto, in particolare qualora sia stato aggiudicato a più di un'impresa, l'aggiudicatario dell'appalto dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure insolvenza», sicché «tali modifiche strutturali non dovrebbero

automaticamente richiedere nuove procedure di appalto per tutti gli appalti pubblici eseguiti da tale offerente».

Nel diritto europeo manca invece una disposizione che si occupi della sostituzione dell'operatore economico nello svolgimento della procedura di aggiudicazione. Al di là della sua forza più o meno cogente, per la fase dell'esecuzione il Considerando svolge una funzione ricognitiva di principi che trovano in disposizioni del Trattato provviste di effetto diretto, quelle che a suo tempo scandirono la realizzazione del mercato comune imponendo agli Stati l'abolizione degli ostacoli alla libera circolazione delle merci e delle persone, il loro primo fondamento. Questa Adunanza plenaria, di recente, ha chiarito che anche la fase esecutiva del contratto pubblico non è una "terra di nessuno", indifferente all'interesse pubblico e a quello privato degli altri operatori che hanno preso parte al confronto concorrenziale, e che «l'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono [...] essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione» (Ad. plen. n. 10/2020).

15. Si può quindi fondatamente ritenere che la deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, tale da evitare in fase esecutiva la riapertura dell'appalto alla concorrenza e, dunque, l'indizione di una nuova gara, sia solo quella dovuta, in detta fase, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'aggiunta di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara (o, addirittura, che vi abbiano partecipato e ne siano stati esclusi), ciò che contraddirebbe la stessa ratio della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscano i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente, con una diversa distribuzione di diversi compiti e ruoli (tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l'esecuzione dell'appalto anche prescindendo dall'apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più

esistente nel mondo giuridico (perché, ad esempio, incorporato od estinto) (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 27/05/2021 n. 9).

Nel caso che si occupa è incontestato che l'aggregazione del Consorzio Stabile Odos alla compagine associativa iniziale ha avuto lo scopo di colmare il deficit di qualificazione venutosi a creare nel RTI aggiudicatario a seguito della fuoriuscita della originaria mandataria FIP.

Appare, alla luce del richiamato arresto giurisprudenziale, pertanto che la sopravvenuta carenza di requisiti in capo al RTI affidatario non poteva essere sopperita attraverso una sostituzione "additiva", in violazione dell'art. 48, commi 17 e 19, D.Lgs. n. 50/2016 e soprattutto del principio di immodificabilità soggettiva, per via del subentro *ab esterno* di una nuova impresa nella compagine associativa.

Deve, pertanto, ritenersi fondata la doglianza con conseguente accoglimento del ricorso.

4. Con un secondo motivo, poi, la ricorrente ritiene illegittimo il provvedimento impugnato anche nella parte in cui consente, al fine di colmare il sopravvenuto difetto del requisito della cifra di affari inizialmente coperto dalla FIP, il ricorso all'istituto dell'avvalimento in corso di esecuzione del contratto. Nella specie, il Consorzio Odos, subentrato nelle vesti di mandante nella compagine associativa, avrebbe assunto al contempo anche il ruolo di ausiliario della nuova mandataria Viastrada con riferimento al requisito della cifra d'affari inizialmente coperto dalla FIP. A dire dell'istante, l'avvalimento sarebbe strumento previsto dal nostro ordinamento al solo fine di dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione, facendo affidamento su risorse e mezzi di soggetti terzi (ausiliari), in sede di partecipazione alla gara e non anche nella fase di esecuzione del contratto.

La censura non convince.

Da un lato, il dato testuale dell'art. 89 del d.lgs n. 50/2016, che prevede il ricorso all'avvalimento in via generale da parte delle imprese che negoziano con la pubblica amministrazione, prevede quali uniche eccezioni alla regola le

ipotesi contemplate nei commi 4, 10 e 11, non applicabili al caso di specie. Dall'altro, la giurisprudenza sembra ormai orientata nel senso di ritenere l'avvalimento un istituto a carattere ampio e ad applicazione generale, volto a favorire le imprese che negoziano con la pubblica amministrazione, i cui limiti all'utilizzo devono essere tassativamente previsti dalla legge (si veda di recente in proposito, Cons. Stato, Ad. Plen., 16 ottobre 2020, n. 22). Peraltro, nel caso che ci occupa si tratterebbe di avvalimento c.d. interno, cioè tra imprese presenti nello stesso R.T.I., il che rende ancor di più praticabile l'utilizzo di tale modulo contrattuale anche nella fase esecutiva. Pertinente, a tal proposito, appare il richiamo fatto dall'ANAS nei propri scritti alla sentenza 18 febbraio 2019, n. 147, del CGA che ha avuto modo di confermare come vada favorito l'utilizzo dell'avvalimento *“ad amplissimo spettro, permettendo che il prestito dei requisiti avvenga anche tra partecipanti al medesimo raggruppamento”*, salvo però conservare in capo alla mandataria un ruolo predominante nell'attività del gruppo, cosa peraltro dimostrata nel caso di specie dove la mandataria Viastrada mantiene la quota maggioritaria.

5. Concludendo, il ricorso deve essere accolto, essendo fondato il primo motivo, con conseguente annullamento del provvedimento n. 660962 del 10 dicembre 2020 con cui ANAS s.p.a. ha autorizzato la modifica “per aggiunta” della composizione originaria del RTI titolare dell'accordo Quadro quadriennale per l'esecuzione sulla A/19 di lavori di risanamento strutturale.

Non può essere invece disposta la richiesta inefficacia del contratto, non ricorrendo le ipotesi indicate dall'art. 122 c.p.a., in particolare in ordine all'annullamento dell'aggiudicazione, per vero nemmeno impugnata, per quanto già chiarito in motivazione. Inoltre, non può nemmeno escludersi che le ditte già presenti nell'originario R.T.I. aggiudicatario possano *motu proprio* proseguire nell'esecuzione del contratto, ove in possesso dei requisiti per il subentro in luogo della mandataria decaduta.

Le spese di lite possono essere compensate alla luce delle novità giurisprudenziali intervenute nel corso della causa che ne hanno determinato

gli esiti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Aurora Lento, Consigliere

Luca Girardi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Luca Girardi

IL PRESIDENTE

Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO