

Pubblicato il 09/02/2022

N. 00939/2022REG.PROV.COLL.

N. 03565/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3565 del 2021, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Cordasco, Vincenza Di Martino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Vincenza Di Martino in Roma, via Pompeo Magno n. 7;

contro

Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Scacchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. -OMISSIS-.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A e del -OMISSIS-;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 gennaio 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Di Martino, Scacchi e dello Stato Tortora;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A, ha indetto una procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016, per la sottoscrizione di un accordo quadro con un unico operatore economico per l'affidamento del servizio di facchinaggio e di movimentazione di materiali presso la sede del Poligrafico di Foggia, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
2. Tra gli altri, hanno partecipato alla gara il -OMISSIS- e il -OMISSIS- che si sono classificati rispettivamente al primo e al secondo posto in graduatoria.
3. Riferisce l'appellante che, dopo aver presentato la domanda di partecipazione alla gara, con la dichiarazione integrativa del 17 febbraio 2020, il Presidente del Consiglio di Amministrazione di -OMISSIS- ha reso noto alla Stazione appaltante che la società "è attualmente sottoposta a confisca dalla-OMISSIS-, giusto decreto del -OMISSIS- della Corte di Appello di Roma, e ricade conseguentemente nell'applicazione dell'art.80 comma 11 del D.lgs n. 50/2016". Successivamente, la Commissione giudicatrice ha rilevato che "la domanda di partecipazione e la documentazione di gara sono state sottoscritte dal solo Presidente del CDA" e ha quindi chiesto di produrre "il decreto di sequestro e nomina degli amministratori giudiziari, il provvedimento di confisca e ogni eventuale atto di autorizzazione preventiva che documenti i poteri di firma del presidente del CDA per la partecipazione alla gara".
4. Con nota dell'11 marzo 2020, i coadiutori nominati dall'Agenzia Nazionale Beni Sequestrati e Confiscati alla criminalità organizzata hanno trasmesso una relazione dichiarando che:
 - a) con decreto del Tribunale Penale di Roma -OMISSIS- è stato disposto il sequestro di prevenzione delle quote e del patrimonio aziendale di -OMISSIS- e, con distinto provvedimento del 22 gennaio 2014, sono stati nominati Amministratori Giudiziari i dottori Giovanni Mottura e Stefano Viscogliosi;
 - b) il medesimo Tribunale, con decreto n. -OMISSIS-, ha disposto la confisca della totalità delle quote del capitale sociale e del patrimonio di -OMISSIS-, ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. 159/2011;
 - c) con provvedimento del 18 aprile 2017, l'Agenzia ha nominato i coadiutori di -OMISSIS- nelle persone dei dottori Giovanni Mottura e Stefano Viscogliosi;
 - d) con decreto del 12 luglio 2018, pubblicato il 18 luglio 2018, la Corte di Appello di Roma, IV[^] Sezione penale Misure di Prevenzione, ha disposto la confisca in secondo grado dell'intero capitale sociale e del patrimonio aziendale del -OMISSIS-;
 - e) la Corte di Cassazione, II[^] sez. Penale, con sentenza n. -OMISSIS-, ha disposto la confisca definitiva dell'intero capitale sociale e del patrimonio aziendale di -OMISSIS-.
5. Riferisce ancora l'appellante che i coadiutori hanno allegato alla relazione un verbale di assemblea ordinaria del 30 luglio 2018 (precedente alla confisca definitiva), dal quale risulta che un loro delegato, il Dott. -OMISSIS-,

- rappresentante dell'Erario, ha nominato presidente del CdA di -OMISSIS- -OMISSIS- il quale era Amministratore unico della società al momento del sequestro, con tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione.
6. Gli stessi hanno concluso la relazione dichiarando “*la sussistenza della capacità giuridica dell'attuale -OMISSIS- Soc. Coop., Sig. -OMISSIS-, per la sottoscrizione della documentazione finalizzata alla partecipazione della gara d'appalto e (...) per l'eventuale stipula del relativo accordo quadro*” e ratificando “*l'idoneità da parte della -OMISSIS- Soc. Coop alla partecipazione alla Gara -OMISSIS-”* bandita dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato.
7. Nella successiva seduta del 3 aprile 2020, la Commissione ha rilevato la mancata sottoscrizione dell'offerta e dei documenti allegati da parte dei coadiutori e ha concesso sette giorni per integrare la documentazione.
8. Nella seduta del 14 aprile 2020, la Commissione ha reputato i chiarimenti offerti da -OMISSIS- sufficienti a giustificare la partecipazione alla gara.
9. Conclusa la fase di verifica della documentazione amministrativa si sono svolte le sedute del 16 aprile 2020 e del 18 maggio 2020 in cui la Commissione ha valutato le offerte tecniche ed economiche dei partecipanti e, dopo l'attribuzione dei punteggi, ha redatto la graduatoria.
10. La Commissione ha sottoposto l'offerta di -OMISSIS- ad una verifica ex art. 97 d.lgs. 50/2016 nell'ambito della quale sono emersi elementi di anomalia dell'offerta.
11. La stazione appaltante ha comunque considerato congrua l'offerta del Consorzio -OMISSIS- e, il 1° ottobre 2020, gli ha aggiudicato l'appalto.
12. L'aggiudicazione in favore di -OMISSIS- è stata impugnata dal -OMISSIS-con ricorso al T.a.r. Puglia, Bari che lo ha rigettato con sentenza della Sezione II^a, pubblicata il -OMISSIS-.
13. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, il -OMISSIS-S.c.a r.l. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua dei seguenti motivi, così rubricati “*I. Error in iudicando: erroneità della sentenza per intrinseca illogicità della motivazione; travisamento dei fatti decisivi; violazione ed erronea applicazione degli artt. 41, 44, 45, 46 e 47 del d.lgs. 159/2011 (Codice Antimafia); II. Error in iudicando: illogicità intrinseca della motivazione, erroneo esame dei fatti decisivi, erronea applicazione degli art. 30 e 97 del d.lgs. n. 50/2016.*”
14. Hanno resistito al gravame l'Istituto Poligrafico e Zecca dello stato S.p.A. e il Consorzio -OMISSIS- S.c.a.r.l chiedendone il rigetto.
15. Alla udienza pubblica del 20 gennaio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

16. Con il primo articolato motivo di gravame l'appellante ha dedotto in sintesi quanto segue.
- 16.1. Il signor -OMISSIS- (già Presidente del CdA prima del sequestro) è stato rinominato Presidente del Consiglio di Amministrazione di -OMISSIS- nell'assemblea ordinaria del 30 luglio 2018. L'Assemblea ha deliberato di “*conferire al Presidente del Consiglio di Amministrazione sig. -OMISSIS-, tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, di disposizione dei beni sociali nessuno escluso (...)*”.
- 16.2. Successivamente alla nomina del signor -OMISSIS-, è stata disposta la confisca definitiva dell'intero capitale sociale e del patrimonio aziendale (sentenza della Corte di Cassazione Penale n. -OMISSIS-).
- 16.3. Dopo il trasferimento allo Stato dell'intero capitale sociale, i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione non competevano più al -OMISSIS-, ma all'-OMISSIS-.
- 16.4. Prosegue l'appellante affermando che la confisca definitiva realizza in favore dello Stato un acquisto a titolo originario ex lege, ai sensi dell'art. 823 c.c. Quindi, il precedente Consiglio di Amministrazione di cui il signor -OMISSIS- era presidente, dopo la confisca definitiva non poteva mantenere né i poteri di amministrazione e gestione né quelli di rappresentanza di -OMISSIS-.
- 16.5. La sentenza impugnata è quindi carente dal punto di vista dell'istruttoria. Non vi è un accenno, nella sentenza, alla relazione dei coadiutori resa in sede di gara, ove si fa riferimento all'art. 41 del D.lgs. n. 159 che si riferisce alle aziende sequestrate. I Coadiutori richiamano, altresì, l'art. 5, comma 5, che fa riferimento al procedimento di sequestro ed alle nomine del Tribunale ai fini della conservazione della attività aziendale. Tali nomine vengono meno con la confisca definitiva.
- 16.6. Inoltre, nella relazione i coadiutori “*confermano e ratificano*” l'idoneità di -OMISSIS- a partecipare alla gara e confermano, la sussistenza della capacità giuridica del signor -OMISSIS- a sottoscrivere gli atti di gara e il contratto. Il tentativo di ratificare e confermare prova l'assenza dei poteri in capo al signor -OMISSIS-.
17. Il motivo è infondato.
- 17.1. L'-OMISSIS-, al fine di assicurare la prosecuzione dell'attività del Consorzio, ha provveduto a costituire ai sensi dell'art 2542 c.c., un consiglio di amministrazione nominando il signor -OMISSIS- Presidente.
- 17.2. La sentenza impugnata resiste alle critiche che le sono state mosse poiché, del tutto correttamente, il T.a.r. ha osservato che la questione va esaminata alla luce delle finalità proprie della normativa applicabile (Codice Antimafia).
- 17.3. L'appellante confonde due piani tra loro ben distinti: il passaggio, con la confisca, delle quote sociali alla titolarità dello Stato e la questione della struttura societaria. Quest'ultima, evidentemente, non muta per il fatto che le quote sociali sono trasferite allo Stato.
- 17.4. Nel caso qui esaminato, il potere di rappresentanza del Presidente del CdA era fatto salvo dalle norme che sono state richiamate dal giudice di prime cure, ciò che rende irrilevante il riferimento alla superflua ratifica effettuata dai coadiutori. Le norme dettate negli articoli 41 e ss. del Codice antimafia per gli amministratori giudiziali sono riferibili anche ai coadiutori visto il disposto dell'art. 38 comma 7 che così recita: “*7. Salvo che sia diversamente stabilito, le*

disposizioni del presente decreto relative all'amministratore giudiziario si applicano anche all'Agenzia, nei limiti delle competenze alla stessa attribuite ai sensi del comma 3".

17.5. In definitiva, la questione è molto più semplice di come è stata prospettata dall'appellante. Si è proceduto alla nomina di amministratori che potessero assicurare la continuità aziendale nel pieno rispetto della stessa logica del codice antimafia, che non è quella di azzerare la vitalità imprenditoriale bensì di valorizzarla nonostante la condizione di confisca.

17.6. Le conclusioni cui è giunto il giudice di prime cure sono quindi da condividere.

18. Con il secondo motivo di gravame l'appellante ha dedotto in sintesi quanto segue.

18.1. Con l'acquisizione dell'intero complesso aziendale da parte dello Stato, -OMISSIS- al momento della partecipazione alla gara, aveva perso la caratteristica di mutualità prevalente che, a norma dell'art. 2512 del c.c., presuppone la presenza dei soci - lavoratori. È incontestabile che, se l'unico socio è lo Stato, i lavoratori non possono essere considerati, a loro volta, soci.

18.2. In conseguenza della perdita della caratteristica della mutualità prevalente, -OMISSIS- non poteva versare l'aliquota INPS in misura ridotta. Dunque, ad -OMISSIS-, era applicabile un'aliquota previdenziale complessiva non inferiore a 29,41% a fronte del 27,33%. Dichiarando l'applicazione di un'aliquota inferiore (che non le spetta), -OMISSIS- ha formulato un'offerta economica che le ha consentito di ottenere l'aggiudicazione, con uno scarto minimo di 0,2645 punti rispetto a Ge.Se.Av.

18.3. Inoltre, secondo l'appellante, il T.A.R. non ha colto la doglianza di cui al terzo motivo del ricorso con la quale si è sostenuto che in sede di giustificazioni:

- a) -OMISSIS- ha dichiarato un indice di assenteismo pari a 54 ore annue mentre secondo le tabelle ministeriali non poteva essere inferiore a 88 ore annue;
- b) -OMISSIS- ha inoltre dichiarato che il costo dell'assenteismo non aveva un'incidenza sul costo della manodopera;
- c) di conseguenza il costo orario della manodopera per i servizi di facchinaggio e movimentazione materiali di -OMISSIS- non è pari ad euro 11,847, come dichiarato dall'appellata a pag. 8 degli ultimi giustificativi ma ad euro 12,146.

18.4. In caso di assenza per malattia del lavoratore, gli enti previdenziali svolgono solo interventi integrativi, mentre alla parte rimanente a carico del datore di lavoro deve essere aggiunto il costo conseguente alla sostituzione del lavoratore assente. In ogni caso, -OMISSIS-, ritenendo il costo dell'assenteismo pari a zero non ha considerato neppure il costo del personale da utilizzare in sostituzione nei cui confronti operano tutti gli istituti contrattuali applicati a quello assente.

18.5. Il costo orario della manodopera di -OMISSIS- ammonta non già a € 11,47650 (come dichiarato in sede di verifica di anomalia), ma ad € 12,81707, con una differenza di € 1,34057 idonea ad elidere totalmente l'utile di impresa dichiarato di € 0,180.

18.6. Prosegue l'appellante affermando che la circostanza (della mancata incidenza dell'assenteismo sul costo della manodopera), oltre a confermare l'inattendibilità dell'offerta, dimostra l'effettiva impossibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto senza andare in perdita.

19. Anche questo motivo è infondato.

19.1. Va qui ribadito quanto già osservato in sede di esame del primo motivo. In sostanza, l'intero impianto argomentativo dell'appellante si fonda sulla sovrapposizione di due piani che devono, invece, essere tenuti tra loro ben distinti: il passaggio, con la confisca, delle quote sociali alla titolarità dello Stato, e la questione della struttura societaria.

19.2. La caratteristica di mutualità tra i lavoratori della cooperativa resta immutata.

19.3. E' quindi condivisibile quanto affermato dal giudice di primo grado e cioè che *"il Consorzio in parola non perde il carattere di mutualità (e le connesse agevolazioni giuridiche) solo perché soggetto a confisca, non mutandone la confisca salvo diversa disposizione la natura giuridica."*

19.4. Va poi detto che le critiche alla sentenza non colgono nel segno se si osserva che gli argomenti spesi dall'appellante si appuntano su singole voci di costo senza dimostrare in alcun modo la complessiva inattendibilità dell'offerta.

19.5. Il costo medio orario è stato calcolato dal Consorzio -OMISSIS- sulle ore effettivamente lavorate tenendo conto dello storico aziendale.

19.6. E' poi da condividere quanto affermato sia dalla difesa dell'Istituto Poligrafico (pagina 20 memoria depositata il 20 maggio 2021) sia dalla difesa del Consorzio -OMISSIS- (pagina 17 memoria depositata il 30 aprile 2021) e cioè che l'importo indicato a titolo di *"margine operativo imprevisti annuo"* in € 48.745,12 conferisce all'offerta una particolare solidità.

19.7. Si deve inoltre ricordare che la valutazione di anomalia di un'offerta presentata per l'aggiudicazione di un appalto pubblico costituisce espressione della discrezionalità tecnica, di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge (Consiglio di Stato sez. V, 14 giugno 2021, n. 4620, cfr. Consiglio di Stato sez. V, 1° giugno 2021, n. 4209): detta valutazione è di norma sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti, evenienze tutte che non si ravvisano nel caso di specie.

In altri termini il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza,

nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione.

20. Per tutto quanto sopra detto, il Collegio ritiene che l'appello debba essere respinto, con conseguente conferma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. -OMISSIS-.

21. Stante la natura, e per certi aspetti, la novità e complessità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti spese ed onorari del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.