Pubblicato il 27/04/2020

N. 04218/2020 REG.PROV.COLL.
N. 11979/2019 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 il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11979 del 2019, proposto da (omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Clemente Manzo, con domicilio digitale come da P E C d a R e g i s t r i d i G i u s t i z i a e domicilio eletto presso il suo studio in Caserta, via Ricciardi 15;

contro

Anas S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

(omissis) di (omissis) non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della determina di approvazione dell'aggiudicazione del 07/08/2019 prot. n. 0462084 trasmessa a mezzo pec in pari data mediante la

quale la stazione appaltante affidava i lavori avente ad oggetto "Accordo Quadro quadriennale per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria della pavimentazione – Area Compartimentale Autostrada del Mediterraneo – Centro manutentorio – A" alla società (omissis) con sede legale che in (omissis) con il ribasso offerto del 31,041% sull'importo complessivo a base di gara pari ad euro 5.000.000,00. Della comunicazione di aggiudicazione ai sensi dell'art. 76 del d.lgs n. 50/16 prot. n. 0463312 del 07/08/2019 in favore della (omissis) trasmessa in pari data al ricorrente. Della comunicazione di aggiudicazione ai sensi dell'art. 76 comma 2 bis del d.lgs n. 50/16 prot. n. 0465967 del 08/08/2019 trasmessa in pari data al ricorrente con la quale è stato reso edotto che il provvedimento di ammissione/esclusione relativo alal procedura di

gara era disponibile sul link "www.stradeanas…....".
Della determina di aggiudicazione efficace, se esistente, di cui risulta ignoto numero e contenuto e mai comunicata, ad oggi, all'odierno ricorrente.
Del verbale del 05/08/2019 n. 11367 di seduta pubblica di proposta di aggiudicazione in favore della (omissis) richiamato nella determina di approvazione dell'aggiudicazione prot. n. 0462084 del 07/08/2019.
Del verbale n. 11394 del 06/08/2019 di seduta riservata, richiamato nella determina di approvazione dell'aggiudicazione prot. n. 0462084 del 07/08/2019 con il quale il seggio di gara ha rilevato che il costo del personale offerto dall'aggiudicatario non risultava inferiore ai

minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle i cui all'art. 23 comma 16 del d.lgs n. 50/16.

Del verbale di gara n. 1 (I seduta pubblica) di pagine n. 5 del rispettivo allegato 6 del giorno 11 luglio 2019 con il quale la Commissione ha proceduto alla verifica dei plichi e allo scrutinio della documentazione amministrativa.

Del verbale di gara n. 2 (seduta riservata) del 30.07.2019 composto da n. 18 pagine con il quale la Commissione a pagina 1 ha richiamato il verbale n. 11039 del giorno 11 luglio 2019 e continuato la fase di verifica a carico dei concorrenti afferente la documentazione nonché all'esame delle annotazioni eventualmente presenti nel casellario informatico ANAC a carico dei concorrenti.

Del verbale dei gara n. 3 (seduta riservata) del 05 agosto 2019 composto da n. 20 pagine sono state effettuate le verifiche relative al possesso dei requisiti di ordine generale e i requisiti di qualificazione dei concorrenti ed in esso è altresì richiamato il verbale di seduta riservata del 22.07.19, non rilasciato dall'Ente appaltante all'odierno ricorrente, mediante il quale il Seggio di gara ha dato atto delle attività di verifiche svolte ammettendo al prosieguo della procedura n. 26 concorrenti mentre n. 9 di essi al soccorso istruttorio.

Del verbale di seduta riservata del 22.07.2019, mai rilasciato al ricorrente e conosciuto solamente in quanto richiamato nel verbale n. 3 del 05.08.2019 e di cui risulta ignoto il numero e parte del contenuto se ampliativo rispetto a quanto illustrato nelle premesse del verbale n. 3 del 05/08/2019.

Del verbale di gara n. 4 (II seduta pubblica) del 05 agosto 2019 ore 16:10 e di tutti gli atti allegati, composto da n. 39 pagine, mediante il quale il Seggio di gara ha elencato gli ammessi alla gara ed ha

proceduto all'apertura delle offerte economiche individuando la proposta di aggiudicazione con il concorrente alla società (omissis) con sede legale (omissis) con il ribasso offerto del 31,041% sull'importo complessivo a base di gara pari ad euro 5.000.000,00. Del verbale di gara n. 5 (seduta riservata) del 06 agosto 2019 composto da n. 4 pagine mediante il quale il Seggio di gara verifica i costi della manodopera offerti dal concorrente - aggiudicatario.

Dell'allegato n. 8 rubricato elenco ammessi/esclusi.

Dello schema di calcolo della soglia di anomalia del 05.08.2019 ore 17:22 composto da n. 2 pagine

Del silenzio serbato dalla stazione appaltante in relazione al preavviso di ricorso trasmesso a mezzo pec in data 09.09.2019 e di cui alcun riscontro, ad oggi, si è ottenuto.

del bando-disciplinare di gara e dei relativi allegati A-B-C-D-E-F nonché allegati 1-2- 8 in parte qua e nei limiti dell'interesse qui fatto valere in giudizio se ed in quanto lesivi dell'interesse del ricorrente. Di ogni altro atto ad esso preordinato, connesso, consequenziale e conseguente.

NONCHE' PER LA DECLARATORIA

Di inefficacia del relativo contratto, ove stipulato, nelle more della decisione della presente controversia tra l'Anas S.p.A. e la controinteressata e, comunque, soggetto diverso dalla odierna ricorrente.

NONCHE' PER LA DECLARATORIA

del diritto della ricorrente a subentrare nel medesimo contratto, ove concluso prima della decisione della causa di merito, anche per la parte residua.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas S.p.A.;

Vista l'ordinanza cautelare n. 7225/2019;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 aprile 2020 la dott.ssa Lucia Maria Brancatelli in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente (omissis) ha partecipato, classificandosi al secondo posto, alla gara tramite procedura aperta accelerata ex art. 36, comma 2, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016, indetta dall'Anas e avente ad *"Accordo Quadro quadriennale per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria della pavimentazione – Area Compartimentale Autostrada del Mediterraneo – Centro Manutentorio"*, aggiudicata dalla stazione appaltante alla società (omissis) (in avanti, "(omissis)").

2. Impugna l'aggiudicazione della gara, unitamente ad ogni atto connesso e conseguente, chiedendone l'annullamento, nonché la declaratoria di inefficacia del relativo contratto, ove stipulato, e del diritto della ricorrente a subentrare nel medesimo, lamentando, con un'unica articolata censura, la mancanza in capo all'aggiudicataria dei requisiti di partecipazione.

3. Osserva che il contratto di avvalimento sottoscritto tra l'aggiudicataria e l'impresa ausiliaria (omissis) (in poi, "(omissis)") non poteva considerarsi valido, in quanto sottoscritto da un soggetto

dell'impresa ausiliaria privo di potere firma. Ciò in quanto l'impresa (omissis) risultava posta sotto sequestro da parte dell'Autorità giudiziaria penale e l'amministratore giudiziario non aveva autorizzato il legale rappresentante dell'impresa alla sottoscrizione del contratto, né lo aveva firmato.

4. L'Anas, nel costituirsi in giudizio, ne ha chiesto la reiezione siccome infondato.

5. La controinteressata (omissis), regolarmente intimata, non si è costituita in giudizio.

6. Alla camera di consiglio del 6 novembre 2019, l'esigenza cautelare prospettata dalla parte ricorrente è stata tutelata attraverso la fissazione della data di trattazione del merito della controversia, ai sensi dell'art. 119, comma 3, c.p.a..

In via istruttoria, l'Anas è stata onerata al deposito in giudizio del decreto di sequestro preventivo, emesso in data 03/04/2019 dal Tribunale, Ufficio GIP di Reggio Calabria, nei confronti dell'impresa ausiliaria (omissis).

7. L'Anas, in adempimento all'ordine impartito, ha versato agli atti il menzionato decreto, presentando altresì ulteriore memoria difensiva, cui ha replicato l'impresa ricorrente.

8. All'udienza del 22 aprile 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Il ricorso è fondato, alla stregua delle seguenti considerazioni.

10. All'esito dell'istruttoria, è emerso che l'ausiliaria Morfù, al momento della stipulazione del contratto di avvalimento con l'aggiudicataria, era stata posta in sequestro preventivo. La misura cautelare riguardava tutte le quote di partecipazione e tutti gli elementi presenti nel patrimonio aziendale "*inclusi gli immobili, i crediti,*

i fondi consortili, gli articoli risultanti dall'inventario, i beni strumentali, la denominazione aziendale, l'avviamento, le autorizzazioni all'esercizio dell'attività commerciale, le autovetture, etc.". Era conseguentemente nominato un custode - amministratore, con il compito di "*provvedere alla custodia, conservazione ed all'amministrazione dei beni oggetto di sequestro*".

11. Risulta anche, quanto al contratto di avvalimento stipulato il 3 luglio 2019 tra l'aggiudicataria e l'impresa ausiliaria, che esso era volto a consentire all'ausiliata di utilizzare, ai fini della partecipazione della gara indetta dall'Anas, il requisito relativo a Categoria SOA OG3 posseduto dalla (omissis). Erano, conseguentemente, analiticamente individuati i mezzi, le attrezzature e le maestranze che erano messe a disposizione dell'impresa.

12. Occorre rammentare che l'istituto dell'avvalimento è finalizzato all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, consentendo che una impresa possa comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari, tecnici e organizzativi per la partecipazione a una gara facendo riferimento alla capacità di altro soggetto che assume contrattualmente con la stessa una responsabilità solidale, impegnandosi nei confronti della stazione appaltante. Nel caso di avvalimento tecnico od operativo, quale è quello che viene in considerazione nella presente fattispecie, l'impegno dell'ausiliaria consiste nel mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico-organizzative indispensabili per assicurare i requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti per l'esecuzione dell'appalto.

Come ribadito in plurime occasioni dalla giurisprudenza, la messa a disposizione del requisito mancante in favore dell'impresa concorrente-ausiliata deve essere concreta ed effettiva, non potendo

risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto. Inoltre, le lacune dei contratti di avvalimento non possono essere colmate mediante il soccorso istruttorio, giacché quest'ultimo è volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque idonei e non può essere invocato qualora, in sede di gara, sia accertata la sostanziale inutilizzabilità di un requisito essenziale per la partecipazione. Si è, altresì, affermato che è onere della stazione appaltante verificare la idoneità formale e sostanziale del relativo contratto.

13. E' necessaria anche qualche precisazione relativa all'istituto del sequestro preventivo, che è disposto quanto vi è il pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati (art. 321 e ss. cpp.). La misura cautelare reale ha ad oggetto beni collegati al reato ipotizzato, creando sugli stessi una indisponibilità fisica e giuridica funzionale ad impedire l'aggravamento o la protrazione delle conseguenze di esso ovvero la commissione di altri reati. Essa, quindi, risponde a una funzione preventiva che si proietta su cose che, postulando un vincolo di pertinenzialità con il reato, vengono sottratte alla libera disponibilità del proprietario e affidate in custodia a un amministratore giudiziario.

Si è anche osservato, quanto ai compiti dell'amministratore giudiziario, che "*il delineato sistema si incentra sulla figura dell'amministrazione giudiziaria, ufficio di diritto pubblico, che si sostanzia in poteri di rappresentanza ed amministrazione ordinaria del bene e che fonda sulla necessaria sostituzione nelle prerogative del proprietario, escluso per effetto della misura ablatoria dall'esercizio delle corrispondenti facoltà. Siffatti poteri*

incontrano un limite naturale conformato alla natura del bene sottoposto a vincolo giudiziale, di guisa che - ove l'oggetto del sequestro sia costituito dai beni aziendali e dal capitale sociale di una persona giuridica - l'amministrazione giudiziale si affianca e non si sostituisce all'organo amministrativo, previsto dalla legge o dallo statuto, per preservare la funzionalità della persona giuridica. Di guisa che alla custodia statica riconosciuta all'amministratore giudiziario, in funzione di controllo e garanzia di legalità, viene a giustapporsi la gestione dinamica dell'impresa al fine della sua conservazione nel mercato, che il sistema delle misure di prevenzione patrimoniale garantisce ed in funzione della quale è orientato a potenziarne la redditività" (Cass. Penale, sez. V, 31 maggio 2018, n.24663).

Dunque, benché l'amministratore giudiziario non si sostituisca al legale rappresentante della società, egli, in quanto custode dei beni sequestrati, ha il dovere di affiancarsi agli amministratori nella amministrazione dei beni sequestrati al fine di preservarne e, se possibile, aumentarne il valore.

14. Nel caso in esame, risulta che al momento della sottoscrizione del contratto di avvalimento (il 3 luglio 2019) l'impresa ausiliaria era destinataria del decreto di sequestro preventivo, che le era stato notificato il 15 aprile 2019. L'amministratore giudiziario, quindi, aveva già assunto il compito di gestire tutti i beni aziendali, compresi quelli oggetto del contratto di avvalimento. Tuttavia, il contratto in questione non risulta essere sottoscritto anche dall'amministratore giudiziario, nonostante tramite tale negozio taluni beni aziendali fossero messi a disposizione di una diversa impresa, con la conseguente assunzione di impegni contrattuali potenzialmente confliggenti con il corretto esercizio delle funzioni di custodia spettanti all'amministratore giudiziario stesso.

Ne consegue che, non potendo il rappresentante legale della (omissis) compiere autonomamente atti produttivi di effetti giuridici in ordine a beni dei quali la società risultava spossessata in conseguenza del sequestro preventivo, il relativo contratto di avvalimento deve considerarsi non validamente perfezionatosi.

15. Donde l'illegittimità della partecipazione e della successiva aggiudicazione della gara da parte della ausiliata (omissis), che impone l'annullamento degli atti impugnati con il presente ricorso e la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con obbligo dell'Anas, salve le ulteriori verifiche, di procedere all'aggiudicazione della gara e alla stipula del relativo contratto con la società ricorrente.

16. La novità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio tramite videoconferenza del giorno 22 aprile 2020 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Ivo Correale, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lucia Maria Brancatelli

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO