



CITTÀ DI RAGUSA

www.comune.ragusa.it

SETTORE XII

Appalti, contratti, patrimonio

CORSO ITALIA n° 72 – 97100 Ragusa Tel. 0932 676247– 676243 Fax 0932 676244

pec: protocollo@pec.comune.ragusa.gov.it

Prot. N° /XII/2017

Spett.le **SEA S.P.A.**
via Giambattista Unteveger n° 52
38121 Trento

Pec: gare.sea@pec.it

Spett.le **SEA CONSULENZE E SERVIZI S.R.L.**
via Giambattista Unteveger n° 52
seaconsulenze@pec.it

e p. c. **Preg.mo dott. Luca Gasparini**
Commissario Giudiziale
viale Italia n° 19
46100 Mantova

luca.gasparini@pec.commercialisti.it
cp2.2017trento@peccordati.it

spett.le **STUDIO LEGALE TITA E ASSOCIATI**
via Lunelli n. 48
38121 Trento
avvantoniotita@recapitopec.it

R.U.P. - ing. Giuseppe Piccitto
sede
dirigente settore VI – “Ambiente, energia, servizio idrico integrato” - ing. Giuseppe Giuliano
sede

Oggetto: procedura aperta per l'affidamento dei lavori di “Gestione biennale impianto di depurazione delle acque reflue a Marina di Ragusa. CIG 6829743238. conclusione procedimento - L. n° 241/1990 e s.m.i.

Premesso

la SEA s.p.a, con sede in Trento, ha partecipato alla procedura aperta (criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) relativa all'affidamento dei lavori di “Gestione biennale impianto di depurazione delle acque reflue a Marina di Ragusa (CIG 6829743238), collocandosi al primo posto nella graduatoria di merito stilata dalla Commissione di gara all'uopo preposta ai sensi della L. R. n. 12/2011 e s.m.i. con il punteggio di 61,3209;
successivamente il concorrente che segue in graduatoria, C.P.S. srl, con sede in



Adrano (CT) , con note prot. n° 35069/2017 e prot. n. 59238/2017, ha chiesto sostanzialmente l'annullamento in autotutela della proposta di aggiudicazione in capo alla SEA s.p.a per due motivi:

1) violazione dell'art. 106 del nuovo codice dei contratti in riferimento agli articoli 1418, c. 2 e 1344 del C.C. (affitto di ramo d'azienda con intento asseritamente elusivo di norme imperative);

1) violazione dell'art. 110 del nuovo codice dei contratti (presentazione del piano concordatario ai sensi degli articoli 160 e ss del R. D. 267/42 in contrasto – nella prospettazione dell'istante – con quanto previsto dall'art. 80, c. 5, lett. b) del citato codice).

La S.A. ha instaurato apposito contradditorio procedimentale;

La SEA ha presentato memorie assunte al protocollo generale con i numeri 55252, 63650 e 73106 del 2017;

1) violazione dell'art. 106 del nuovo codice dei contratti in riferimento agli articoli 1418, c. 2 e 1344 del C.C. (affitto di ramo d'azienda con intento asseritamente elusivo di norme imperative);

Il giorno 16 febbraio 2017 a rogito del notaio dr. Reina Guglielmo Giovanni, è stato stipulato il contratto di affitto di ramo d'azienda tra la locatrice SEA sp.a e la SEA CONSULENZE E SERVIZI, avente ad oggetto, per la parte qui di interesse, l'attività di “(...) gestione di impianti, munito di tutte le autorizzazioni...”. Detto contratto è stato notificato alla S.A. dalla SEA Consulenze e servizi srl in uno alla documentazione richiesta alla SEA s.p.a a comprova dei requisiti di carattere economico e tecnico-organizzativo dichiarati in sede di gara al fine di verificarne la corrispondenza per la successiva formalizzazione dell'aggiudicazione.

Al solo fine di evidenziare la collocazione temporale dell'affitto del ramo d'azienda, si evidenzia che la sottoscrizione dell'atto avviene nello stesso giorno in cui si sono svolte, in seduta pubbliche, le operazioni di gara di lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche e di apertura delle offerte economiche con conseguente proposta di aggiudicazione in capo alla prima in graduatoria, in una fase, dunque, antecedente l'aggiudicazione e la stipula del contratto.

Nel regime previgente al D. Lgs. n. 50/2017, la fattispecie in esame trovava puntuale disciplina nell'abrogato art. 51 (“vicende soggettive ...”). La mancata riproposizione della norma, così come certificato anche dalla tabella di concordanza relativa al D. Lgs. n. 50/2016 redatta dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (G.U. Serie Generale n.91 del 19-4-2016 – Suppl. Ordinario n. 11), non deve tuttavia condurre ad interpretazioni sostanzialmente abrogatorie della possibilità di utilizzare detto istituto che trova una compiuta disciplina nel codice civile (cfr., sul punto, ANAC, deliberazione n. 244/2017).

Deve ritenersi, pertanto, che nel caso di affitto o cessione di azienda o ramo di azienda, l'affittuario o cessionario sono ammessi alla gara previo accertamento dei requisiti; l'operatività della norma postula la comunicazione alla stazione appaltante dell'avvenuto contratto di fitto o cessione del ramo di azienda e l'avvenuta comprova dei requisiti. In ordine, poi, al possesso dei requisiti, deve ritenersi, sulla scorta della prevalente giurisprudenza (cfr., ex plurimis, **Consiglio di Stato, sez. III, 17/03/2017, n. 1212**), che “l'affitto d'azienda, alla stessa stregua della cessione, mette l'affittuario/cessionario, per ciò stesso, in condizione di potersi giovare dei requisiti e delle referenze in relazione al compendio aziendale” (così Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2015, n. 3.819), che “l'atto di cessione di azienda abilita la società subentrante, previa verifica dei contenuti effettivamente



traslativi del contratto di cessione, ad utilizzare i requisiti maturati dalla cedente" (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2.306) e che "sono certamente riconducibili al patrimonio di una società o di un imprenditore cessionari prima della partecipazione alla gara di un ramo d'azienda i requisiti posseduti dal soggetto cedente, giacché essi devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività propria del ramo ceduto" (così Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6.550).

Dovendo essere garantito il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche anche nei casi di modifiche soggettive "legittimamente la stazione appaltante può ammettere il nuovo soggetto cessionario, consentendogli di avvalersi dei requisiti (...) in possesso della precedente compagnie societaria" (così, T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 14-05-2015, n. 729).

In termini generali, pertanto, il conduttore ha soddisfatto quanto previsto dall'ordinamento, risultando – si ribadisce, in termini astratti e generali – il contratto di affitto idoneo alla modifica soggettiva ai fini della successiva aggiudicazione.

Peraltro, si dà atto che dagli accertamenti istruttori espletati non risultano sentenze di condanna ostative alla contrattazione con la P.A. né, allo stato, impedimenti derivanti dall'applicazione della normativa c.d. "antimafia".

Si rileva, tuttavia, in punto di fatto, che il contratto di affitto prodotto (repertorio n. 14332, atto n. 9857) stabilisce, all'art. 3, che "*l'affitto ha inizio con il giorno 16 febbraio 2017 ed avrà la durata sino al 30 giugno 2018, prorogabile tacitamente sino al 31 dicembre 2018, salvo disdetta proveniente dalla parte locatrice da inviarsi entro il giorno 31 maggio 2018. Tale facoltà di disdetta deve intendersi a favore del sola parte locatrice*". Il bando di gara stabiliva al punto 6, rubricato *durata del contratto*: "*anni due decorrenti dalla data di consegna*".

La durata del contratto di affitto è oggettivamente inferiore alla dura contrattuale del servizio. Nè vale sostenere, sotto questo aspetto, che la «limitata durata dell'affitto è giustificata dal fatto che tale operazione si inserisce nel processo di risanamento della ditta affittante ed è destinato a durare il tempo strettamente necessario a tal fine». L'accoglimento di una siffatta tesi introduce elementi di aleatorietà incompatibili con le esigenze di certezza e continuità dei requisiti di qualificazione necessari e richiesti.

Sul punto merita di essere evidenziato il recente arresto della giurisprudenza amministrativa laddove afferma che "l'esigenza di consentire alla stazione appaltante di aver sempre certezza dell'identità dei propri contraenti e dei soggetti chiamati ad eseguire il contratto posto in gara è un principio immanente nell'ordinamento a cui, osserva il Collegio, risultano preordinate in particolare le disposizioni relative ai requisiti di partecipazione alle procedure di gara. Coerente corollario di tale principio è l'ulteriore generale principio della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione affermato da costante giurisprudenza e, da ultimo, ribadito nella pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2015. Secondo quanto rilevato dal giudice di seconda istanza il possesso dei requisiti suddetti "si impone" a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e in ogni successiva fase della procedura di evidenza pubblica nonchè per tutta la durata dell'appalto senza soluzione di continuità e ciò per assicurare alla stazione appaltante di contrarre con un soggetto affidabile in quanto provvisto di tutti i requisiti necessari. Nel caso di specie vale considerare che la vigenza limitata a sei mesi (poi prorogata di altri due) del contratto d'affitto di ramo d'azienda risultava incompatibile con la necessità della verifica del possesso dei requisiti non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, ma anche e soprattutto per tutta la durata della



procedura di affidamento **fino all'aggiudicazione e alla stipula del contratto e per tutto il periodo di esecuzione dello stesso** (secondo il bando di durata pari a tre anni eventualmente rinnovabile per altri tre). Da ciò la coerente decisione della stazione appaltante di ritenere la ricorrente non in possesso dei requisiti di capacità tecnico – organizzativa richiesti dal bando di gara. Alla luce di quanto predetto la decisione di esclusione è immune dalle censure lamentate (cfr. **Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, sezione unica, 13/01/2017, n° 8**).

Tanto premesso e considerato

Sentiti il R.U.P. e il dirigente del settore VI - “*Ambiente, energia, servizio idrico integrato*”

Visto il D. Lgs. N° n° 50/2016;

Vista la legge n° 241/90 e s.m.i;

Visto l'art. 107 del D. Lgs. n° 267 del 2000, in ordine alle funzioni e responsabilità della dirigenza e l'art. 53 del vigente *Regolamento di Organizzazione degli Uffici e dei Servizi* ;

DISPONE

per le motivazioni di cui alla parte narrativa, qui integralmente richiamate anche ai fini della c.d. motivazione per relationem:

- di escludere dalla procedura di gara in oggetto, SEA Servizi s.r.l., affittuaria del ramo d'azienda di S.E.A. s.p.a., giusta contratto repertorio n. 14332, atto n. 9857 del 16/02/2017, in quanto i requisiti di idoneità economico/finanziaria e tecnico/organizzativa derivanti dal contratto di affitto sono di durata inferiore alla durata contrattuale, per come previsto dalla *lex specialis* e, come tali, inidonei a garantire la indefettibile esigenza di continuità di detti requisiti sino alla completa esecuzione del servizio.
- dare atto, inoltre, che la presente deve intendersi quale comunicazione di esclusione ai sensi dell'art. 76 del nuovo codice dei contratti.

Ragusa, lì 28 giugno 2017

Il dirigente del settore XII – Appalti, contratti, patrimonio
Dr. Rosario Spata

