

Verifica del possesso dei requisiti in caso di affitto di ramo di azienda inferiore alla durata del contratto

di Gianluca Taddeo

Data di pubblicazione: 27-3-2017

1. Il principio generale della continuità del possesso dei requisiti “*si impone*” a partire dall’atto di presentazione della domanda di partecipazione ed in ogni successiva fase della procedura di evidenza pubblica nonché 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. Ne deriva che la vigenza limitata a sei mesi del contratto d’affitto di ramo d’azienda (poi prorogata di altri due) risulta 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 ed 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). (1).

(1) *Conforme*: Consiglio di Stato, Ad. Plen., 20.7.2015, n. 8; Consiglio di Stato, sez. III, 13.4.2016, n. 1471; T.A.R. Roma, sez. II, 14.11.2016, n. 11286; T.A.R. Aosta, sez. I, 4.11.2016, n. 48.

Guida alla lettura

Il TRGA Trento, sez. I, con la sentenza n. 8 del 13 gennaio 2017, ha affermato la legittimità dell’esclusione dalla procedura di una società affittuaria di ramo d’azienda in forza di un contratto con vigenza inferiore alla durata del contratto oggetto di gara.

Il Collegio facendo propria la recente pronuncia dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 20 luglio 2015, n. 8 ha infatti ritenuto che il principio della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione si imponesse, senza soluzione di continuità, in ogni fase della procedura di evidenza pubblica nonché per tutta la durata dell’appalto, e ciò al fine di consentire all’Amministrazione appaltante di conoscere l’identità e l’affidabilità dell’eventuale contraente fin dall’atto di presentazione delle offerte e per tutta la vigenza del contratto.

Publicato il 13/01/2017

N. 00008/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00323/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Nel giudizio introdotto con il ricorso numero di registro generale 323 del 2016, proposto da:
E-SED Società cooperativa a responsabilità limitata, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Piergiuseppe Venturella e Giorgio Smerilli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Roberta de Pretis, in Trento, via Ss. Trinità, n. 14;

contro

la Provincia autonoma di Trento – Agenzia provinciale per gli appalti e contratti, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicolò Pedrazzoli, Giuliana Fozzer e Sabrina Azzolini ed elettivamente domiciliata presso l'Avvocatura della Provincia in Trento, Piazza Dante, n. 15;

Società Trentino Riscossioni S.p.a, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Cristina Osele ed elettivamente domiciliata presso lo studio della stessa in Trento, via Calepina, n. 75;

per l'annullamento, previa sospensione cautelare,

- della nota dell'Agenzia per gli appalti ed i contratti della Provincia autonoma di Trento prot.S171/16/609345/3.5/565-2016 del 14 novembre 2016, trasmesso a mezzo pec in pari data, nonché per quanto occorrer possa:

- del verbale della seduta pubblica in data 7 giugno 2016;

- della nota dell'Agenzia per gli appalti ed i contratti della Provincia autonoma di Trento prot.

S171/16/429936/3.5/565-2016 del 14 novembre 2016, trasmessa a mezzo pec in pari data;

- del verbale della seduta pubblica della commissione di gara in data 7 novembre 2016;

- del parere reso dall'Avvocatura della Provincia autonoma di Trento, di cui alla nota in data 17 ottobre 2016 prot. 554233, non conosciuta integralmente ed al quale è stato negato l'accesso, con nota prot. S171/16/627289/3.5/565-2016 del 22 novembre 2016, ma richiamato nel detto verbale in data 7 novembre 2016;

- del bando di gara pubblicato in GUEE del 20.4.2016;

- di ogni atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché non noto;

- della nota prot. S171/16/627289/3.5/565-2016 del 22 novembre 2016, con il quale è stato negato l'accesso al parere reso dall'Avvocatura della Provincia autonoma di Trento;

nonché per l'accertamento

del diritto della E-SED Scarl ad accedere al parere del parere reso dall'Avvocatura della Provincia autonoma di Trento, di cui alla nota in data 17 ottobre 2016 prot. 554233;

e per la conseguente condanna

dell'APAC a consentire l'accesso al parere reso dall'Avvocatura della provincia autonoma di Trento, di cui alla nota in data 17 ottobre 2016 prot. 554233.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e contestuali memorie difensive della Provincia autonoma di Trento e di Trentino Riscossioni S.p.a.;

Vista la domanda di misura cautelare sospensiva presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 60 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2017 il cons. Antonia Tassinari e uditi per la società ricorrente l'Avv. Piergiuseppe Venturella, per la Provincia autonoma di Trento l'avv. Giuliana Fozzer e per Trentino Riscossioni S.p.a. l'avv. Maria Cristina Osele ;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La E-SED S.c.a.r.l in data 11 aprile 2016 ha stipulato con SEDA S.p.a un contratto per l'affitto di un ramo d'azienda della stessa società per azioni con scadenza al 10 ottobre 2016, successivamente prorogata al 10 dicembre 2016. Il contratto, che trova origine nella procedura di concordato preventivo che ha interessato SEDA S.p.a., ha per oggetto l'attività relativa a servizi di natura informatica e riguarda altresì i beni materiali e immateriali compresi i requisiti di capacità maturati dall'affittante e la successione dell'affittuaria nei contratti.

E-SED S.c.a.r.l. ha presentato, nel prescritto termine del 6 giugno 2016, offerta di partecipazione alla procedura aperta sopra soglia comunitaria, indetta dalla Provincia autonoma di Trento – APAC il 20 aprile 2016, per l'affidamento di una fornitura di una soluzione applicativa e del servizio correlato alla gestione delle riscossioni di entrate pubbliche; il 16 giugno 2016 veniva dichiarato il fallimento di SEDA S.p.a..

Ai fini della partecipazione alla predetta gara E-SED S.c.a.r.l. utilizzava i requisiti di capacità economica-finanziaria e tecnica-organizzativa del ramo d'azienda in affitto. A seguito dell'esame della documentazione amministrativa presentata (e prima dell'esame dell'offerta tecnica e di quella economica) la stazione appaltante, in un primo momento, chiedeva chiarimenti (peraltro rubricati "Comunicazione ai sensi dell'art. 25 della l.p. n. 23/1992, dell'avvio del procedimento volto all'esclusione dalla procedura per l'affidamento di una fornitura di una soluzione applicativa e del servizio correlato alla gestione della riscossione di entrate pubbliche"), tempestivamente riscontrati dalla ricorrente, in merito al contratto d'affitto di ramo d'azienda e ai requisiti di capacità tecnica-organizzativa in relazione alla durata di tre anni, rinnovabile, dell'affidamento del servizio rispetto al contratto di affitto avente scadenza il 10 ottobre 2016, per poi disporre, infine, con nota del 14 novembre 2016, l'esclusione dalla procedura della ricorrente. Tale nota motiva l'esclusione in relazione alla mancanza dei requisiti di capacità tecnica-organizzativa richiesti dal bando, richiamandosi alle valutazioni della commissione di gara (cfr. verbale seconda seduta di gara del 7 novembre 2016), che, affermata la necessità che i requisiti di capacità tecnica-organizzativa sussistano dalla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta alla data di conclusione del contratto di appalto, richiamano a loro volta un parere reso al riguardo dall'Avvocatura della Provincia, di cui è stato negato alla ricorrente l'accesso, ma che, a detta della ricorrente, pare ricostruire la vicenda considerando quale impresa originariamente concorrente SEDA S.p.a. escludendo poi l'applicazione dell'art. 51 del d.lgs. n. 163/2006. Il diniego di accesso al parere dell'Avvocatura della Provincia risulta motivato in relazione al disposto dell'art. 13 del d.lgs. n. 163/2006 così come riformulato dall'art. 53, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016.

Infine, il 6 dicembre 2016 il ramo d'azienda in affitto alla ricorrente E-SED S.c.a.r.l. fino al 10 dicembre 2016, veniva dalla stessa acquisito in proprietà.

Ne sono conseguite le azioni esperite da parte di E-SED S.c.a.r.l. con il ricorso in esame

relativamente ai provvedimenti indicati in epigrafe in base ai seguenti motivi di censura:

1. “Violazione e falsa applicazione dell’art. 13, comma 5, lett. c), D.Lgs. 163/2006, dell’art. 53, comma 5, lett. b), D.Lgs. 50/2016”

La ricorrente ritiene illegittimo il diniego di accesso della stazione appaltante al parere dell’Avvocatura della Provincia, a cui fa espresso riferimento l’impugnato verbale della commissione di gara del 7 novembre 2016 (verbale richiamato a sua volta dalla comunicazione di esclusione dalla gara del 14 novembre 2016), in quanto tale parere si inserisce in un procedimento amministrativo condizionando il provvedimento finale.

2. “Illegittimità degli atti impugnati per violazione e falsa applicazione dell’art. 38, comma 1, lett. a), dell’art. 42 e dell’art. 51, D. Lgs. 163/2006, dell’art.8 L. 241/1990, nonché dell’art. 2.2. del bando di gara, nonché per eccesso di potere sotto il profilo di difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, difetto di motivazione, sviamento di potere, violazione dei principi generali in materia di procedimento amministrativo quanto alla non corrispondenza tra contestazione e decisione e perplessità”

L’esclusione dalla procedura di gara risulta illegittima considerato che: a) se alla scadenza del contratto di affitto il ramo di azienda fosse stato, come poi avvenuto, acquisito dalla E-SED S.c.a.r.l. si sarebbe consolidato il possesso in capo alla stessa dei requisiti di capacità tecnica-organizzativa; viceversa, se il ramo d’azienda fosse stato acquisito da un terzo, tutti i beni, materiali ed immateriali, compresi i requisiti di capacità tecnica-organizzativa, la posizione di partecipante alla gara ovvero l’eventuale esecuzione del servizio, sarebbero stati trasferiti all’acquirente; b) il parere dell’Avvocatura della Provincia, presupposto dell’esclusione, risulta viziato muovendo dall’errato assunto che E-SED S.c.a.r.l. sia subentrata a SEDA S.p.a nella procedura di gara (circostanza da escludere considerato che il contratto di affitto è del 11 aprile 2016 e la gara è stata indetta il successivo 20 aprile) con conseguente inconferente richiamo all’art. 38, comma 1, lett. a), all’art. 42 e all’art. 51 del d.lgs. n. 163/2006, dato che non si verte nell’ambito di successione tra SEDA S.p.a. e E-SED S.c.a.r.l.; c) le ragioni dell’esclusione risultano diverse negli atti di avvio del procedimento, nella comunicazione della stessa e nel parere dell’Avvocatura, con conseguente impossibilità della ricorrente di contraddire e violazione dell’art. 8 della legge n. 241/1990; d) la prospettazione di ragioni diverse dell’esclusione evidenzia sviamento di potere.

La Provincia autonoma di Trento, costituitasi in giudizio in prossimità dell’udienza camerale, ha ricostruito la vicenda sostanzialmente evidenziando che le ragioni dell’esclusione della ricorrente dalla procedura di gara trovano riscontro puntuale nella nota del 14 novembre 2016 di comunicazione di tale esclusione per mancanza del possesso dei requisiti di capacità tecnica ed organizzativa, a nulla rilevando il parere, non obbligatorio, reso dall’Avvocatura della Provincia o l’integrazione dello stesso di cui sono stati estrapolati e riportati nel verbale della seconda seduta pubblica di gara alcuni passaggi. L’amministrazione resistente conclude quindi per il rigetto dell’istanza cautelare e la reiezione del ricorso nel merito data l’infondatezza.

Trentino Riscossioni S.p.a. ha eccepito in via preliminare la tardività del ricorso, data la lesività

già del verbale della seduta pubblica 7 novembre 2016 i cui contenuti risultavano conosciuti dalla ricorrente presente con un proprio rappresentante, e il proprio difetto di legittimazione passiva, aderendo per il resto alle difese della Provincia autonoma di Trento e chiedendo il rigetto per infondatezza del ricorso.

In sede di decisione della domanda cautelare nell'udienza del 12 gennaio 2017, sentite sul punto le parti costituite, il Collegio ha stabilito di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata.

DIRITTO

1. Può prescindersi dalle questioni preliminari eccepite dalle parti in quanto il ricorso è infondato nel merito. Con riferimento al secondo motivo di ricorso, attinente al merito del ricorso, le censure svolte non sono condivisibili.

Occorre in primo luogo considerare, quanto all'impugnata esclusione della ricorrente dalla procedura di gara, i contenuti della comunicazione di cui alla nota del 14 novembre 2016 inviata dall'amministrazione resistente. La non ammissione alla fase successiva della procedura risulta motivata dal mancato possesso dei requisiti di capacità tecnico – organizzativa richiesti dal bando di gara. Orbene, 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 nonché 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, non assumendo, inoltre, particolare rilievo alcuna pretesa discordanza con l'allegato verbale della commissione di gara e con il parere dell'Avvocatura della Provincia, di cui alcuni passaggi risultano riportati nello stesso verbale. Le ragioni di esclusione dalla procedura di gara della ricorrente contenute (e derivanti dal loro combinato disposto) nella nota, nel verbale e nel parere, appaiono coincidenti. E, d'altra parte, risulta che lo stesso ed unico motivo di mancanza dei requisiti è quello da sempre contestato dalla stazione appaltante fin dalla prima comunicazione, così come nelle successive e nei

verbali di gara. Invero anche l'acquisizione, poi avvenuta, da parte della ricorrente del ramo di azienda affittato, pur consolidando i requisiti di capacità tecnico – organizzativa, non risulta circostanza sufficiente ad integrarli ai fini di partecipare alle successive fasi della procedura, dato che tali requisiti non solo devono essere posseduti con continuità fin dal momento di presentazione dell'offerta, ma di essi deve, fin da detto momento, essere possibile la verifica. Gli atti impugnati risultano quindi legittimi e non viziati sotto i profili dedotti con il ricorso.

2. Consegue da quanto sopra l'assorbimento di ogni altra domanda relativa al diritto di accesso per l'ininfluenza ai fini della fondatezza del ricorso.

In definitiva il gravame deve essere respinto, in quanto infondato.

Le spese seguono la soccombenza e sono quantificate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa per la Regione autonoma del Trentino – Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio a favore della Provincia autonoma di Trento nella misura di € 2.000,00 oltre ad accessori, e a favore di Trentino Riscossioni S.p.a. nella misura di € 1.000,00 oltre ad accessori.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberta Vigotti, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere

Antonia Tassinari, Consigliere, Estensore