



COMUNE DI SERRARA FONTANA

COMANDO POLIZIA MUNICIPALE

Stazione di Cura, Soggiorno e Turismo Estiva ed Invernale

DETERMINAZIONE DEL RESPONSABILE DEL SERVIZIO DI POLIZIA MUNICIPALE

DETERMINA N. 57

Data 20.03.2017

(X) ORIGINALE

() COPIA



OGGETTO: PROCEDURA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI RACCOLTA E GESTIONE DEI RIFIUTI, DEI SERVIZI DI IGIENE URBANA E SERVIZI CIMITERIALI NEL TERRITORIO DEL COMUNE DI SERRARA FONTANA.

PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE DELLA DITTA SUPER ECO SRL

L'anno DUEMILADICIASSETTE, il giorno 20 del mese di Marzo nel proprio ufficio:

IL RESPONSABILE DEL SERVIZIO DI POLIZIA MUNICIPALE

■ **Premesso che:**

- con Determina del Responsabile di Servizio n. 286 del 09.12.2016, è stata indetta la gara in oggetto, in esecuzione al deliberato di G.C. n. 97 del 03.11.2016, mediante procedura aperta. L'importo dell'affidamento dei servizi sopra citati è di €. 1.384.135,1 (oltre Iva) di cui € 1.362.102,30 soggetti a ribasso (oltre iva) ed €. 22.032,80 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.
 - Con determina n° 50 del 13.03.2017 è stata nominata la commissione di gara;
 - che con nota prot. 1881 del 14.03.2017 sono stati convocati i partecipanti alla seduta pubblica di gara per il giorno 17.03.2017, ai fini dell'apertura della busta "A" contenente la documentazione amministrativa presentata dagli operatori economici;
 - che nel corso dello svolgimento della prima seduta pubblica di gara tenutasi in data 17.03.2017 è stato accertato che la documentazione amministrativa presentata dalla Ditta Super Eco srl è alquanto carente rispetto a tutto quello che è richiesto dalla lex specialis e dal Nuovo Codice degli appalti, elementi essenziali ai fini della partecipazione alla gara, così come di seguito dettagliatamente rappresentato, e riportato nel verbale della seduta di gara del 17.03.2017:
1. Mancano, così come previsto dal bando di gara, le dichiarazioni di insussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 80, comma 2, 4, 5 D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., rese ai sensi ex art. 46, D.P.R. 445/00, e prodotte e sottoscritte da ciascun soggetto sotto indicato:
 - Sig. Ciummo Carlo, nella qualità di legale rappresentante e socio unico della ditta Supereco srl;
 - Sig. Cirillo Luigi in quanto cessato dalla carica;
 - Sig. Sangiovanni Achille in quanto cessato dalla carica;
 2. Inoltre, la ditta Super Eco srl è società conduttrice del ramo di azienda concesso in fitto dalla Ditta Ego Eco srl. Il predetto contratto di affitto di ramo d'azienda essendo intervenuto

nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, alla luce del principio sancito da una consolidata e recente giurisprudenza in materia, (poiché l'influenza dell'impresa locatrice è destinata a restare intatta per tutto lo svolgimento del rapporto contrattuale), mancano le dichiarazioni (ex. art. 38) ai sensi dell'art. 80 (commi 1, 2, 3, 4, 5) del D. Lgs 50/2016, a cura dei legali rappresentanti ed il direttore tecnico della ditta Ditta Ego Eco srl, in quanto vanno considerati a tutti gli effetti come soggetti "cessati dalla carica";

A riguardo ci si riferisce alla sentenza del Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 21 dicembre 2015, n. 5803, che ha precisato che: *"questa Sezione non può non richiamare il principio giurisprudenziale costantemente affermato (Cons. Stato Sez. 5/11/2014 n. 5470) e di recente ribadito da questa Sezione proprio in occasione della definizione del parallelo giudizio instaurato per controversia all'esame (sentenza n. 4100 dell'1/9/2015) secondo il quale: "ai fini della partecipazione alle gare di appalto la fattispecie dell'affitto di azienda rientra tra quelle che soggiacciono all'obbligo di rendere dichiarazioni di cui all'art. 38 comma 1 lettera c del d.lgs. n.163/2006 riguardante anche gli amministratori e direttori tecnici dell'impresa cedente nel caso in cui sia intervenuta un'operazione di cessione di azienda in favore del concorrente nell'anno anteriore alla pubblicazione del bando";.....omissis.....a fronte della obbligatorietà ex lege della dichiarazione relativa alla posizione della impresa cedente, l'inosservanza di un tale onere documentale comporta la esclusione dalla gara del soggetto concorrente, ancorchè la misura espulsiva non sia stata espressamente contemplata dalla lex specialis di gara. Neppure appare configurabile l'esperimento del c.d soccorso istruttorio di cui all'art. 46 dlgs n. 163/2006 ai fini di ottenere una sorta di sanatoria della inadempienza documentale di che trattasi. Invero, come chiarito di recente dall'Adunanza Plenaria con sentenza n. 9 del 24/2/2014, in presenza di un obbligo dichiarativo ex lege non può trovare spazio la regolarizzazione disposta dalla stazione appaltante, non essendo consentita la produzione tardiva della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa.*

Quanto sopra espresso, viene ribadito anche dalla Sentenza Consiglio di Stato, n. 412/2016, così come segue: *tuttavia non è neppure dubitabile che il citato art. 38, comma 1, lett. c), si applica anche ad ipotesi non testuali, ma pur sempre ad essa riconducibili sotto il profilo della sostanziale continuità del soggetto imprenditoriale a cui si riferiscono. Peraltro, l'esigenza di riferire le dichiarazioni anche agli amministratori dell'impresa dalla quale la concorrente ha ottenuto la disponibilità dell'azienda è ancora più evidente nel caso in cui si tratti di affitto e non di cessione dell'azienda, dal momento che l'influenza dell'impresa locatrice è destinata a restare intatta per tutto lo svolgimento del rapporto e ben potrebbe costituire altrimenti un agevole mezzo per aggirare gli obblighi sanciti dal codice degli appalti.*

Come di recente ha rilevato la Sezione (Consiglio di Stato, sez. V, 5 novembre 2014, n. 5470), l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le sentenze n. 10 e n. 21 del 2012, ha sancito il principio di diritto secondo cui nei casi di cessione di azienda, fusione e incorporazione societaria, i legali rappresentanti delle società cedenti, incorporate o fuse con altra società, devono essere considerati come rientranti fra i soggetti «cessati dalla carica» e quindi per essi debba essere resa la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. c), qualora la vicenda societaria sia avvenuta nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara.

La fattispecie di «cessione di azienda», cui si riferiscono le citate pronunce (in particolare, la sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2012, n. 10), è sicuramente rappresentata dal trasferimento dell'azienda, riferibile ad una vicenda traslativa, ma è estensibile, per identità di ratio, anche all'affitto d'azienda.

Sotto il profilo della necessità che anche l'affittuario debba rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163-06, il Collegio, quindi, condivide la statuizione del TAR, poiché si realizza, in sostanza, una situazione assolutamente analoga a quella della cessione di azienda, salvo per il fatto che, nel primo caso, gli effetti del contratto hanno natura temporanea e vi è un obbligo di restituzione del complesso aziendale, mentre nel secondo, invece, gli effetti hanno natura permanente.



In presenza di un obbligo dichiarativo ex lege, non può trovare spazio l'ipotezzata regolarizzazione documentale, altrimenti violandosi la par condicio dei concorrenti, come peraltro chiarito di recente dal Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, non essendo consentita la produzione tardiva della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa.

Né può trovare applicazione nella specie la cd. sanatoria sostanziale in base alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ratione temporis.

3. Per il requisito relativo al fatturato del triennio 2013 – 2015, è stato dichiarato dalla ditta Super Eco srl, di utilizzare il fatturato prodotto dalla Ditta Ego Eco srl negli anni antecedenti l'affitto d'azienda.

Quindi per il suddetto requisito, è stato dichiarato il possesso mediante l'utilizzo del fatturato dell'azienda cedente relativo ad anni precedenti l'affitto. Per quanto emerge, dunque, il requisito avrebbe dovuto essere oggetto di avvalimento, anzichè "tradotto" mediante il fitto d'azienda.

In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2568 del 22/05/2015: *La cessione comporta il trasferimento degli elementi oggettivi che compongono l'azienda stessa, non le caratteristiche soggettive dell'imprenditore. Di conseguenza, con l'affitto d'azienda il cessionario gestisce la medesima e dalla gestione ottiene le qualificazioni professionali che ne derivano. Fra le suddette qualificazioni rientra il fatturato specifico realizzato dall'azienda nel periodo nel quale è stata nella sua disponibilità, e quindi l'affidabilità professionale che ne deriva. Il fatturato maturato negli anni precedenti la cessione costituisce invece titolo professionale di chi ha in precedenza gestito l'azienda, e non viene trasferito al cessionario. Da ciò consegue che, come giustamente affermato dall'appellante principale, il suddetto requisito personale poteva essere trasferito all'aggiudicataria, ma con il contratto tipico di avvalimento. Atteso che l'aggiudicataria ha affermato il possesso del requisito relativo al fatturato specifico sulla base di quello dell'azienda affittata, relativo anche ad anni precedenti la stipula del contratto di affitto, intervenuto solo nel 2013, la censura dedotta deve essere condivisa.*

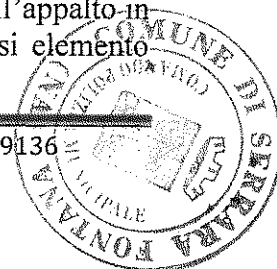
La ditta Supereco srl risulta essere priva dei requisiti richiesti dal disciplinare di gara di cui al punto 7.3 lett. a, in quanto non sono posseduti direttamente, nè si è avvalsa dell'istituto dell'avvalimento, e né potevano essere "tradotti" in virtù del contratto di fitto di ramo d'azienda.

Inoltre, relativamente ai requisiti di bilancio richiesti al punti 7.3 lett. b, dalla dichiarazione resa dal Sig. Lardone Vittorio, si evince che la Ditta Super Eco srl, per il triennio 2013, 2014, 2015 ha dei bilanci i cui importi sono di gran lunga inferiori all'importo dell'appalto in questione, e pertanto, non è garantita la capacità imprenditoriale di effettuazione del servizio e né tantomeno la stessa può essere dedotta anche considerando il bilancio 2016 (dichiarato ma non richiesto dal disciplinare di gara) in quanto non sufficiente. Né la ditta Super Eco srl ha dichiarato di avvalersi dei bilanci, per il triennio richiesto dal bando di gara, della Ditta Ego Eco srl.

Inoltre non ha dimostrato adeguatamente il possesso dei requisiti di cui al punto 7.4) lett. a requisiti minimi di ordine speciale - capacità tecnica, per gli stessi motivi sopra esposti, ed inoltre non vi è alcun riferimento di merito per i servizi svolti.

Pertanto la Ditta Super Eco srl, non possiede i requisiti di cui ai punti 7.3 lett. a. 7.3 lett. b e 7.4 lett. a. del disciplinare di gara.

4. Ai motivi su innanzi esposti, si aggiunge che il contratto di fitto di ramo d'azienda rep. n. 79650 – rac. N. 27106 del 05.09.2016 al rogito notaio dott. G. Iadecola in Cassino, intervenuto tra la ditta Super Eco srl e la ditta Ego Eco srl, non è stato inserito nel plico della documentazione amministrativa di gara. Ciò ha impedito al RUP di valutare i rapporti - obblighi intercorrenti tra le due società che potrebbero incidere nella conduzione dell'appalto in caso di eventuale aggiudicazione. L'assenza del predetto documento è da ritenersi elemento

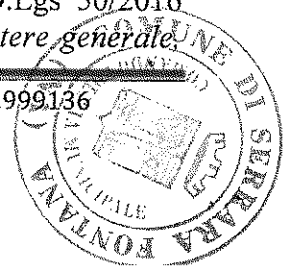


essenziale ai fini della disamina della intera documentazione amministrativa, al pari del contratto di avvalimento.

5. Per di più non è stata prodotta la dichiarazione relativa all'antimafia della ditta Ego Eco srl, ovverossia delle insussistenze delle cause di esclusione di cui all'art. 80 comma 2 del D.lgs 50/2016 da parte della ditta Ego Eco srl, così come previsto dall'art. 89 comma 5 del D.lgs 50/2016 prevede: *"il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.*
6. Il Passoe è stato generato dalla ditta Super Eco srl, in modalità di operatore singolo e ciò non consente di verificare attraverso il portale AVCPASS dell'Anac la comprova dei requisiti della Ditta Ego Eco srl da cui sono stati "tradotti" i requisiti economico – finanziari.
7. In conclusione, da un attento esame della documentazione amministrativa prodotta, risultano mancanti: sia le su richiamate dichiarazioni art. 80 del D. lgs 50/2016 del titolare e del direttore tecnico della ditta Ego Eco srl, sia il contratto di fitto di ramo d'azienda (rep. n. 79650 – rac. N. 27106 del 05.09.2016 al rogito notaio dott. G. Iadecola in Cassino) intercorso tra le ditte Supereco srl ed Ego Eco srl e la documentazione necessaria per l'avvalimento dei requisiti dichiarati, (es. contratto di avvalimento e relative dichiarazioni). Inoltre, l'art. 89 comma 1 del D.lgs 50/2016 prevede che: *Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.* Nella documentazione amministrativa prodotta non risulta allegato il suddetto contratto.
8. Alcune delle predette carenze potrebbero essere oggetto di soccorso, tuttavia però prevalgono nel complesso le irregolarità essenziali incidenti sul possesso dei requisiti che la giurisprudenza ha etichettato non sanabili mediante il ricorso del soccorso istruttorio di cui all'art. 83 comma 9 del D. Lgs 50/2016. In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato, con sentenza n. 5488 del 28/12/2016: *Un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, dal quale il Collegio non intende discostarsi, afferma che, nell'ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica finalizzati all'affidamento di un contratto, il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali ai fini della partecipazione) radicalmente mancanti – pena la violazione della par condicio fra concorrenti – ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara (Cons. Stato, A. P., 25/2/2014, n. 9; Sez. V, 12/10/2016, n. 4219; 15/7/2016, n. 3153; 21/7/2015, n. 3605; 25/2/2015, n. 927; Sez. III, 24/11/2016, n. 4930; 17/11/2015, n. 5249; Sez. IV, 15/9/2015, n. 4315).*

■ Rilevato inoltre

- Che al punto 7 della visura di iscrizione alla camera di commercio (inserita nel plico) risulta che in data 16.05.2016 la ditta Super Eco srl ha acquistato un ramo d'azienda della Ditta Co.metall srl di Turriziani C. Antonio. La predetta compravendita è intervenuta nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara. Pertanto mancano le dichiarazioni ai sensi dell'art. 80 del D. Lgs 50/2016, a cura dei legali rappresentanti ed il direttore tecnico della ditta Ditta Co.metall srl di Turriziani C. Antonio, in quanto vanno considerati a tutti gli effetti come soggetti "cessati dalla carica";
- Che dalla documentazione amministrativa presentata dalla Ditta Super Eco srl, tra l'altro, emerge che **si è impossibilitati a conoscere la durata del contratto del fitto del ramo d'azienda** intercorso tra la Ditta Super Eco srl e la ditta Ego Eco srl, elemento essenziale non dichiarato, che potrebbe essere di durata inferiore rispetto alla durata dell'appalto (anni due), e ciò costituisce l'ulteriore elemento di incertezza sull'affidabilità dell'offerente;
- Che il contratto di fitto del ramo d'azienda, non inserito nel Plico, neppure potrà essere acquisito dal rup in fase di comprova dei requisiti in quanto l'Art. 81 del D.Lgs 50/2016 prescrive che *"la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale*



tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure disciplinate dal presente codice è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, denominata Banca dati nazionale degli operatori economici.” Il sistema AVCPASS dell’ANAC non consente di acquisire il contratto in questione.

■ **Evidenziato**

che i vari elementi di criticità su rappresentati che caratterizzano e legittimano l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 83, co 9, ultimo periodo d.lgs. 50/2016, non consentendo di individuare compiutamente il contenuto della domanda di partecipazione, e ciò costituisce una irregolarità non sanabile con l'attivazione del soccorso istruttorio previsto dallo stesso art. 83, co 9, primo periodo;

■ **Visti**

- l'art. 83, co. 9, ultimo periodo,, d. lgs. 50/2016;
- l'art. 76, comma 5, lettera b) del d. lgs. 50/2016;
- l'art. 29, comma 1, secondo periodo;
- l'art. 204 del d. lgs. 50/2016.
- le leggi n. 267/00, e 7 agosto 1990, n. 241;
- Visto lo Statuto Comunale ed il vigente regolamento comunale di contabilità;

Tutto ciò premesso e considerato con la presente, all’esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico - finanziari e tecnico – professionali,

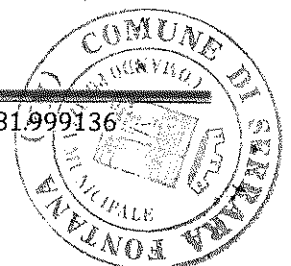
D E T E R M I N A

La premessa è parte integrante della presente determinazione e ne costituisce parte integrante e sostanziale,

1. **la definitiva esclusione del concorrente operatore economico Super Ego srl, con sede in Piazza Labriola, n. 32, 03043 Casino (FR), P.IVA 10753871002, dalla procedura di gara in oggetto specificata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 83, co. 9, ultimo periodo, del D. lgs. 50/2016, e dell'art. 76, commi 3 e 5 lettera b) del d. lgs. 50/2016, per tutte le motivazioni sopra rappresentate, in particolare per la mancanza di elementi essenziali della domanda non sanabili, in quanto l'eventuale integrazione degli atti incidenti sui requisiti di partecipazione costituirebbe una grave violazione alla par condicio della gara;**
2. L’invio del presente provvedimento di esclusione al settore Amministrativo del Comune di Serrara Fontana per la pubblicazione sul sito dell’Ente nella sezione "Amministrazione trasparente", ai sensi e per gli effetti dell'art. 29, comma 1, secondo periodo e dell'art. 204 del d. lgs. 50/2016;
3. Dare atto che il presente provvedimento non comporta impegno di spesa;

Dare atto che avverso il presente provvedimento amministrativo di esclusione definitiva dalla procedura di gara è ammesso ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo (artt. 29 50/2016) innanzi al TAR Campania da parte della Ditta in indirizzo a decorrere dalla pubblicazione del presente provvedimento espulsivo sul profilo di questa committenza, nella sezione "Amministrazione trasparente", ai sensi dell'art. 29, comma 1, secondo periodo e dell'art. 204 del d. Lgs. 50/2016.

L’informativa non sospende i termini per proporre ricorso.



Può essere esercitato il diritto di accesso agli atti così come previsto dalla legge.

Per opportuna conoscenza si comunicano i seguenti dati:

Ufficio Competente: Comando di Polizia Municipale

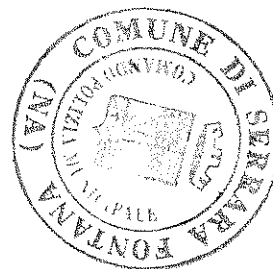
Giorni ed ore di accesso: Lunedì e Mercoledì, dalle ore 10.00 alle ore 12.00;

Il Comandante della Polizia Municipale, nonché Rup, Ten. Giuseppe Mattera.

Sede: Via Roma, n. 79 80070 Serrara Fontana;

Recapito Telefonico: 0819048832, Fax: 081999136.

Indirizzo Pec: servizio-polizamunicipale.serrarafontana@asmepec.it



La presente determinazione:

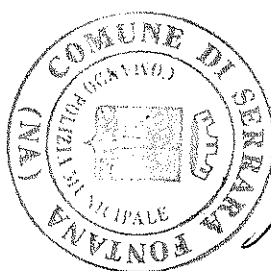
(X) anche ai fini della pubblicità degli atti e della trasparenza amministrativa, sarà pubblicata all'albo pretorio comunale da oggi per 15 giorni consecutivi;

() esecutiva di precedente atto, non è soggetta a pubblicazione all'albo pretorio ed avrà esecuzione dopo il suo inserimento nella raccolta di cui all'art. 183, comma 9, del D.Lgs. 18.08.2000, n. 267;

☒ non comportando impegno di spesa, non sarà sottoposta al visto del responsabile del servizio finanziario e diverrà esecutiva dopo il suo inserimento nella raccolta di cui all'art. 183, comma 9, del D.Lgs. 18.08.2000, n. 267;

() comportando impegno di spesa, è stato acquisito il parere del responsabile del servizio finanziario per la prescritta attestazione di regolarità contabile e copertura di cui all'art. 183, comma 9, del D.Lgs. 18.08.2000, n. 267.

A norma dell'articolo 8 della legge n. 241/1990, si rende noto che il responsabile del procedimento è il Sig. Mattera Giuseppe e che potranno essere richiesti chiarimenti anche a mezzo telefono 081/90.48832 Ufficio Polizia Municipale.



IL COMANDANTE
RESP. DEL SERVIZIO D.P.M.
Ten. Mattera Giuseppe

Nella residenza comunale lì 20.03.2017

Copia della presente determinazione viene trasmessa:

- (X) Sindaco
- (X) Responsabile Servizio Finanziario
- (X) Messo comunale
- (X) Segretario Comunale

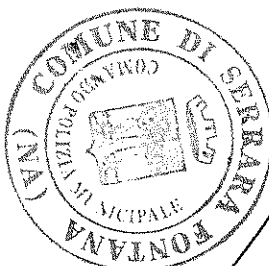


IL COMANDANTE
RESP. DEL SERVIZIO DI P.M.
Ten. Mattera Giuseppe

N. /2017 DEL REGISTRO DELLE
PUBBLICAZIONI ALL'ALBO PRETORIO ON- LINE

La presente determinazione, ai fini della pubblicità degli atti e della trasparenza dell'azione amministrativa, è stata pubblicata all'Albo Pretorio on line dell'Ente per quindici giorni consecutivi dal

Data,



IL COMANDANTE
RESP. DEL SERVIZIO DI P.M.
Ten. Mattera Giuseppe

Copia conforme all'originale in carta libera ad uso amministrativo.

Serrara Fontana, lì

IL COMANDANTE
RESP. DEL SERVIZIO DI P.M.
Ten. Mattera Giuseppe