



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.55 del 30/9/2014

PREC 132/14/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società Seagull s.p.a. – “*Vendita del complesso aziendale in titolarità di Villa Pini d’Abruzzo s.r.l. in fallimento*” – importo a base di gara euro 16.000.000,00 – S.A.: Curatore fallimentare avv. Giuseppina Ivone.

Società esercente l’attività sanitaria in regime di accreditamento – Gara per la vendita del complesso aziendale – Inapplicabilità del Codice dei contratti pubblici – Inammissibilità dell’istanza di precontenzioso.

La procedura di gara indetta dal curatore fallimentare per la vendita, al migliore offerente, di un complesso aziendale in fallimento conserva natura privatistica ed è soggetta unicamente alle regole della legge fallimentare e non a quelle del codice dei contratti. Né rileva la circostanza che l’azienda posta in vendita operi quale concessionario di servizio pubblico in quanto il procedimento de quo non è volto all’aggiudicazione di una concessione.

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006, prot. 53251, depositata in data 08.05.2014, la società Seagull S.p.A. ha richiesto un parere di precontenzioso relativamente alla verifica di legittimità del procedimento seguito nella gara per la vendita della clinica Villa Pini d’Abruzzo S.r.l., nel corso della quale – ad avviso del richiedente – non si sarebbe proceduto correttamente ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. d) del d.lgs. 163/2006, alla verifica dell’identità dei soggetti che controllavano la società aggiudicataria, in ragione del fatto che quest’ultima fosse una società anonima di diritto lussemburghese e, come tale, ritenuta sottratta all’applicazione della richiamata normativa.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Con nota del 27 maggio 2014, la soppressa AVCP ha trasmesso la comunicazione di avvio del procedimento invitando l'istante Seagull S.p.a. e la controinteressata Casa di cura Santa Camilla S.p.a. a depositare memorie e documenti. In risposta, sia la controinteressata, sia la società istante hanno trasmesso documenti e memorie scritte.

Oggetto della controversia appare il disciplinare di vendita pubblicato in data 6 maggio 2013 dal curatore fallimentare, nell'ambito della relativa procedura concorsuale, finalizzato alla vendita dell'intero complesso aziendale della società Villa Pini d'Abruzzo s.r.l. in fallimento, esercente attività sanitaria in regime di accreditamento con la Regione Abruzzo. Il bando, recante "*Norme che regolano l'invio a presentare proposte migliorative per l'acquisto del complesso aziendale in titolarità di Villa Pini d'Abruzzo S.r.l. in fallimento*", con base d'asta di € 16.000.000,00 corrispondente all'importo già offerto per l'acquisto dalla società Seagull S.p.a., precedente affittuaria della Villa Pini d'Abruzzo, è stato aggiudicato al miglior offerente Casa di cura privata Santa Camilla S.p.a., che ha stipulato il contratto d'acquisto in data 17 settembre 2013.

La Seagull S.p.a., con la sopra indicata istanza, contesta la mancata esclusione dell'aggiudicataria per motivi che possono riassumersi come segue:

- il paragrafo 7 del disciplinare di vendita prevedeva, tra i requisiti di ammissione alla gara, la "*non sussistenza dei motivi di esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche, di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006*", da attestarsi mediante dichiarazione sostitutiva resa dal legale rappresentante dell'impresa concorrente e riguardante tutti i soci;
- la Casa di cura privata Santa Camilla S.p.a. sarebbe partecipata in misura maggioritaria dalla Synergo s.r.l., a sua volta controllata dal socio unico Synergo S.a. (Società anonima con sede in Lussemburgo);
- il curatore fallimentare avrebbe omesso di accertare l'identità dei soggetti fiducianti ovvero partecipanti alla società di diritto lussemburghese, sebbene la Synergo s.r.l. sia l'unica titolare dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività sanitaria (il cui possesso era requisito necessario per la partecipazione alla gara);
- l'aggiudicazione sarebbe illegittima per violazione del paragrafo 7 del disciplinare di vendita, dell'art. 38, primo comma – lett. d), del D.Lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 17 della legge n. 55 del 1990, degli artt. 1 e 4 del D.P.C.M. n. 187 del 1991, in quanto la società acquirente avrebbe avuto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

l'onere di comunicare al curatore, prima della stipula del contratto, la propria composizione e l'identità dei soggetti fiduciari;

- in tal senso, la disciplina in materia di intestazioni fiduciarie ed interposizioni societarie sarebbe espressione di un principio generale di ordine pubblico economico e risulterebbe applicabile, come nella specie, anche alle gare per le concessioni di servizio pubblico e per l'affidamento di contratti "esclusi" dal Codice.

Con memoria di replica, domanda la controinteressata all'Autorità:

- di voler dichiarare la propria incompetenza a pronunciarsi sull'istanza di parere, non vertendosi sulla materia degli appalti pubblici;
- in subordine, di voler dichiarare inammissibile l'istanza di parere dal momento che le condizioni di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del d.lgs 163/2006 non risultano essere soddisfatte, in quanto la questione non sarebbe sorta in fase di gara, ma al termine di essa;
- in via ulteriormente gradata, di voler dichiarare infondata nel merito l'asserita violazione dell'art. 38, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 163/2006.

Ritenuto in diritto

Il quesito oggetto del presente esame riguarda la procedura di gara indetta dal curatore fallimentare della società Villa Pini d'Abruzzo s.r.l. per la cessione dell'intero complesso immobiliare ed aziendale, comprensivo dell'autorizzazione amministrativa all'esercizio dell'attività sanitaria e dei contratti di accreditamento stipulati con la Regione Abruzzo.

In accoglimento delle plurime e fondate repliche formulate dall'aggiudicataria Casa di cura privata Santa Camilla S.p.a., l'istanza deve essere dichiarata inammissibile.

La vicenda qui controversa riguarda l'assegnazione mediante asta pubblica di un'azienda privata (fallita) operante nel settore sanitario e accreditata presso la Regione Abruzzo. La procedura di vendita risulta, sia soggettivamente che oggettivamente, estranea all'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici ed esula dalla competenza dell'Autorità in funzione precontenziosa.

La procedura di gara in contesa è, infatti, evidentemente assoggettata al rito fallimentare ed estranea al Codice dei contratti pubblici. La Villa Pini d'Abruzzo s.r.l. è una società a capitale interamente privato e parrebbe improprio sostenere che la curatela o il giudice delegato al fallimento rivestano il ruolo di stazione appaltante. Tali soggetti sono tenuti all'applicazione della l.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

fallimentare e non certo al rispetto delle norme del Codice dei contratti pubblici. A tal proposito, si fa presente che il soggetto istante, nella diligente compilazione del modulo per l'avvio dell'istanza, avrebbe dovuto più correttamente evidenziare che, sulla procedura di gara in esame, è pendente una procedura giurisdizionale, anzi che la stessa procedura di gara è parte di una procedura giurisdizionale. Una pronuncia dell'Autorità sullo stesso oggetto si porrebbe in conflitto di attribuzione con i poteri e le funzioni del giudice.

Ad ulteriore conferma della inapplicabilità del Codice dei contratti pubblici, non può non osservarsi che sotto il profilo oggettivo la disciplina codicistica è inapplicabile in quanto il Codice *“disciplina i contratti delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori, aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere”* (art. 1, comma 1, Codice): di contro, il contratto in contesa non è un contratto passivo, cioè volto all'acquisizione di un'opera, bensì un contratto attivo, volto alla vendita di bene, nella fattispecie di un complesso aziendale. A prescindere dalla qualificazione soggettiva della curatela fallimentare, cui si è sopra accennato, l'AVCP si è già espressa, in linea di principio, sulla inapplicabilità del Codice ai contratti attivi dello Stato (AG 11 marzo 2010, n. 1).

Per vero, a nulla rileva la circostanza che l'azienda posta in vendita operi quale concessionario di servizio pubblico, in quanto casa di cura accreditata nell'ambito del servizio sanitario nazionale, secondo la disciplina dettata dal D.Lgs. n. 502 del 1992, come sostenuto dal soggetto istante. Infatti, il corretto riconoscimento della natura di concessione di servizio pubblico dell'atto di accreditamento di una struttura sanitaria privata, così come ritenuto anche dalla giurisprudenza (cfr, ex multis, Cons. Stato, III, 25 giugno 2014, n. 3219, Cons. Stato 18 aprile 2012, n. 2269, TAR Sicilia, Palermo, 18 luglio 2005, n. 1237; CGA 2 marzo 2007, n. 89), non è idoneo a mutare l'orientamento delle sopra esposte considerazioni. La natura di concessione di servizio pubblico del rapporto *de quo* non vale a determinare l'applicabilità dei principi di evidenza pubblica in un procedimento che non è, per sua natura, volto all'adozione di un atto di concessione (con il necessario contemperamento delle esigenze di servizio pubblico e il relativo, eventuale, conferimento di poteri e funzioni), bensì – per l'appunto – alla vendita dei beni, nella specie di un complesso aziendale, di un soggetto privato in una procedura di fallimento.

La procedura di gara indetta dal curatore fallimentare per la vendita del complesso aziendale al miglior offerente conserva natura privatistica ed è soggetta alle regole della legge fallimentare, non



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

a quelle del Codice dei contratti pubblici e la mera circostanza che un'impresa sia destinataria di finanziamenti pubblici a titolo di corrispettivo per il servizio reso alla collettività non determina in alcun modo la mutazione del procedimento concorsuale in esame. Si osservi, solo a titolo esemplificativo, il chiaro indice rivelatore del Disciplinare il quale adotta come criterio di aggiudicazione “*l’offerta economica migliorativa di acquisto*” (cfr art. 5 del Disciplinare di vendita), estraneo ai criteri codicistici del prezzo più basso, ex art. 82 e dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 83.

La conclusione non muta per il solo fatto che il disciplinare di vendita contenga un esplicito richiamo dell’art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, in relazione ai requisiti soggettivi prescritti per l’ammissione alla procedura competitiva.

Anche il cosiddetto autovincolo, ossia la decisione di un soggetto che, pur non obbligato da alcuna disposizione nazionale o comunitaria, ricorra all’utilizzo di sistemi di evidenza pubblica per la selezione del contraente, non può spiegare effetti esterni sulla natura della procedura concorsuale e, ancora meno, sull’attribuzione delle relative controversie. Ai fini del riparto di giurisdizione non rileva, infatti, che un’impresa non tenuta all’osservanza di moduli tipici della contrattualistica pubblica decida ugualmente di assoggettare in tutto o in parte la propria attività a dette regole, poiché l’autonoma scelta della procedimentalizzazione non è idonea ad interferire sull’inderogabile regime del riparto: un’opposta soluzione finirebbe per rimettere implicitamente all’autonoma scelta di una delle parti l’individuazione del giudice deputato a decidere una controversia (cfr., in questo senso: Cons. Stato, ad. plen., 1 agosto 2011 n. 16; Id. sez. VI, 24 novembre 2011 n. 6211).

Per gli stessi motivi, la scelta discrezionale di conformare una o più clausole del disciplinare di gara alle prescrizioni dell’art. 38 del Codice dei contratti pubblici, in tema di requisiti morali soggettivi, non può rivelarsi di per sé in alcun modo idonea a radicare la competenza dell’Autorità ad esprimere il parere di precontenzioso.

In conclusione, l’istanza proposta dalla Seagull s.p.a. è inammissibile.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- inammissibile l'istanza di parere proposta dalla Seagull S.p.a., in merito alla procedura di gara indetta dal curatore del fallimento della società Villa Pini d'Abruzzo S.r.l. per la vendita del complesso aziendale al migliore offerente.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 23 ottobre 2014

Il Segretario Maria Esposito