

Deliberazione n. 3 Adunanza del 12 febbraio 2014

Fascicolo n. 1795/2013

Oggetto : gara comunitaria a procedura aperta finalizzata all'acquisizione del servizio di ristorazione occorrente alle Aziende Sanitarie della Regione Lazio.

Stazione Appaltante : Regione Lazio-Area Centrale Acquisti Sanitari

Il Consiglio

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Lavori Servizi e Forniture;

Considerato in fatto

Con esposto acquisito al prot. Avcp n. 79102 del 28/08/2013, la società Innova Spa contesta il provvedimento con cui la Stazione appaltante ha aggiudicato la sopraindicata gara a favore del RTI formato dalla mandataria Vivenda Spa e dalla mandante Cooperativa di lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. Coop., con particolare riferimento al lotto n. 8, in cui la stessa Innova si è classificata seconda nella graduatoria finale.

Si premette che la segnalazione concerne la gara centralizzata per il servizio di ristorazione pari a mesi 60 per le Aziende sanitarie della Regione Lazio, articolata in 10 lotti, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con importo a base d'asta complessivo pari a euro 192.838.755,00, al netto dell'IVA.

Il lotto n. 8 - con base d'asta pari a euro 17.740.675,00 - è stato aggiudicato al raggruppamento sopra indicato per l'importo pari a euro 16.543.782,25, al netto dell'IVA (Asl di riferimento, Roma H). Segnatamente, l'esponente ritiene che la Stazione appaltante non potesse aggiudicare la gara al predetto RTI dal momento che:

1. la mandataria Vivenda Spa sarebbe carente dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. i) del D.Lgs. n. 163/2006 a causa di una accertata elusione/irregolarità contributiva per un ammontare complessivo di oltre 4.000.000 di euro, come risultante dai Verbali di accertamento e notificazione INPS nn. 302804/DDL del 13/11/2012, 310763/DDL del 10/12/2012 e INAIL n. 201200055 del 21/12/2012;
2. la mandataria Vivenda Spa sarebbe inoltre carente del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), o comunque del requisito di cui alla successiva lettera g) del Codice dei Contratti, stante la grave esposizione debitoria derivante dalla sottoscrizione di un accordo di ristrutturazione del debito ex art. 182-bis e di una transazione fiscale ai sensi dell'art. 182-ter della Legge Fallimentare di cui al R.D. n. 267/1942 e s.m. da parte della Cooperativa di Lavoro "La Cascina", che detiene il controllo della medesima Vivenda Spa con il possesso del 70% delle quote azionarie;
3. Vivenda Spa avrebbe dovuto essere esclusa per anomalia dell'offerta, non avendo adeguatamente giustificato le ragioni che consentono l'accesso ai benefici previsti dall'art. 1, comma 266 della Legge n. 296/2006 (Legge Finanziaria 2007).

A seguito dell'avvio del procedimento di vigilanza, la Regione Lazio, con nota prot. Avcp n. 101966 del 22/10/2013, ha fornito riscontro, sostenendo di aver effettuato tutti i controlli sulle società aggiudicatrici e sulle seconde classificate ai sensi di legge e in particolare di aver "verificato la posizione contributiva delle ditte Vivenda Spa e Coop Solidarietà e Lavoro richiedendo gli specifici DURC"; verifica il cui esito "ha confermato la regolarità dei versamenti di premi accessori da parte delle due Ditte".

Sicché - ha aggiunto la Stazione appaltante - "... non ravvisando elementi ostativi alla stipula dei contratti e considerando, invece, il possibile risparmio ottenibile soltanto dai lotti aggiudicati al RTI Vivenda/Cooperativa Solidarietà e Lavoro, ha ritenuto opportuno trasmettere alle Aziende Sanitarie interessate una nota con la quale si invitava a stipulare i contratti nel minor tempo possibile".

Sulla gara in esame (lotto n. 8), è pendente un ricorso di Innova Spa presso il TAR Lazio-Roma (Reg. Ric. n. 2678/2013), con cui si contesta l'aggiudicazione verso l'ATI Vivenda Spa per le motivazioni indicate nei punti 1) e 3) che precedono.

La Sez. Terza Quater del TAR Lazio si è pronunciata con sentenza n. 9536 dell'11/11/2013, con la quale - dopo aver dichiarato l'infondatezza del ricorso incidentale presentato dal RTI Vivenda Spa - ha rilevato l'assoluta genericità e dunque inammissibilità della contestazione circa l'asserito difetto di istruttoria e di motivazione afferente la valutazione di congruità dell'offerta; mentre relativamente alla presunta carenza del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. i) da parte della società Vivenda Spa per le motivazioni indicate nel punto 1) che precede, il TAR ha disposto incumbenti istruttori all'Inps, Inail e Ministero del Lavoro (al fine di fornire "una documentata relazione nella quale si chiarisca se la Vivenda Spa sia incorsa in irregolarità contributiva e previdenziale") e a questa Autorità ("in relazione al procedimento Fascicolo n. 1795/2013 instaurato su segnalazione della Innova Spa").

Considerato in diritto

Alla luce della documentazione acquisita, considerato quanto deciso dal TAR con la sentenza appena menzionata e stante l'attuale pendenza del ricorso di Innova Spa per la parte da discutere successivamente all'acquisizione degli incombeni istruttori ordinati dal TAR medesimo (nell'udienza già fissata per il 26 marzo p.v.), si esprimono le considerazioni che seguono limitatamente al punto 2) sopra illustrato.

L'art. 38, comma 1, lett. a) del Codice dei Contratti stabilisce l'esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici dei soggetti che "si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, concordato preventivo, salvo il caso di cui all'art. 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni"; mentre la successiva lettera g) prevede l'esclusione per i soggetti che "hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento al pagamento di imposte e tasse".

Nel caso di specie, secondo l'esponente, la società Vivenda Spa, mandataria del RTI aggiudicatario di vari lotti della gara in oggetto, tra cui il lotto 8 in contestazione, verserebbe nelle situazioni giuridiche preclusive appena descritte, in quanto partecipata al 70% dalla Soc. Coop. "La Cascina", la quale ha sottoscritto con l'Agenzia delle Entrate (Ufficio di Roma 5) un Atto di transazione/Accordo di ristrutturazione del debito ai sensi degli artt. 182-ter e 182-bis Legge Fallimentare.

La tesi prospettata dall'esponente, tuttavia, non sembra possa essere accolta, ove si osservi che l'esposizione debitoria derivante dalla sottoscrizione dei predetti atti negoziali non riguarda direttamente la sfera giuridico-patrimoniale del concorrente Vivenda Spa, bensì della Cooperativa "La Cascina", la quale non ha partecipato alla gara.

Pertanto, le descritte circostanze rimarrebbero prive di effetti nei confronti della posizione della mandataria Vivenda, nonostante "La Cascina" ne detenga il controllo con il possesso del 70% delle quote azionarie.

Ciò che dunque rileva ai fini della soluzione della questione prospettata, è la duplice circostanza che nel caso in esame - come già osservato - la stipulazione degli accordi di ristrutturazione del debito ha riguardato esclusivamente La Cascina Scpa e non la Vivenda Spa e che la prima non ha partecipato alla gara in discussione.

La Vivenda Spa, in effetti - per quanto risulta dalla documentazione in atti - avrebbe assunto unicamente un obbligo di fideiussione del debito tributario della propria controllante (insieme all'altra controllata La Cascina Global Service Srl).

D'altra parte, appare opportuno rilevare che l'interpretazione estensiva della lettera a) dell'art. 38 prospettata dall'esponente, in base alla quale dovrebbero essere esclusi dalla partecipazione alle gare pubbliche tutti i soggetti che, pur non versando in stato di crisi aziendale, comunque si fanno garanti della soddisfazione dei creditori di un altro soggetto, sembra confliggere proprio con il fine perseguito dal legislatore con l'introduzione degli istituti in parola.

Tali nuovi strumenti di composizione concordata della crisi di impresa sono incentrati sulla valorizzazione degli accordi tra debitori e creditori e finalizzati al superamento della crisi e/o a scongiurare che all'insolvenza debba necessariamente conseguire la cessazione dell'impresa.

Tali obiettivi sarebbero difficilmente conseguibili ove si impedisse, non solo ai soggetti in crisi, ma ai loro fideiussori di accedere alle commesse pubbliche e così, in caso di affidamento, di continuare a garantire la solvibilità del debitore.

Da ultimo, occorre osservare come il principio di tassatività delle cause di esclusione, previsto dall'art. 46 comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006, impone alle Stazioni appaltanti di escludere i concorrenti dalle gare d'appalto soltanto nei casi espressamente contemplati dalle disposizioni di legge e che le regole di gara vanno interpretate in modo da assicurare la massima partecipazione dei concorrenti, secondo il principio di matrice comunitaria.

Alle medesime conclusioni deve pervenirsi relativamente all'ipotesi secondo cui la Vivenda Spa sarebbe comunque mancante del requisito di cui alla lettera g) dell'art. 38, comma 1.

"Le violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse" a cui fa riferimento la norma, non riguardano la società Vivenda, bensì La Cascina, la quale - si ribadisce - non ha partecipato all'appalto oggetto di esame.

Alla luce delle valutazioni che precedono,

Il Consiglio

- ritiene che l'art. 38 comma 1 lett. a) del d.lgs. n. 163/2006 non trovi applicazione alla società Vivenda Spa, secondo la ricostruzione e le considerazioni prima riportate;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Lavori Servizi e Forniture di trasmettere il presente atto alla Stazione appaltante, all'esponente, al Tar Lazio-Roma Sez. Terza Quater.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 marzo 2014

Per il Segretario: Rosetta Greco

