



PROVINCIA DI ORISTANO

PROVÌNTZIA DE ARISTANIS

SETTORE AFFARI GENERALI
SERVIZIO AMMINISTRATIVO, APPALTI E CONTRATTI

DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE

N. 2137 del 24/11/2016

Oggetto: ASTA PUBBLICA PER CESSIONE DA PARTE DELLA PROVINCIA DI ORISTANO, DEL COMUNE DI ORISTANO, DEL C.I.P.OR, DELLA R.A.S. E DELLA S.FI.R.S. SPA DELLE QUOTE AZIONARIE DELLA "SO.GE.A.OR. SPA" IN LIQUIDAZIONE. REVOCA AGGIUDICAZIONE.

IL DIRIGENTE

Premesso che con determinazione n. 1874 del 13 ottobre 2016, del Dirigente del Settore Affari Generali della Provincia di Oristano si è proceduto ad approvare i verbali di gara dell'asta relativa alla cessione da parte della Provincia, del Comune di Oristano, del C.I.P.O.R., della R.A.S. E della S.FI.R.S. Spa delle quote azionarie della SO.GE:A.OR. Spa in liquidazione, e nel contempo si è proceduto all'aggiudicazione definitiva della stessa asta a favore del costituendo RTI tra Ekologia della Marmilla srl (Mandataria) e Sardinian Sky Service (Mandante) per il prezzo complessivo di € 148.767,00;

Che con propria determinazione n. 1954 del 31.10.2016 si è provveduto a sospendere in via di autotutela amministrativa ed in via cautelare, l'efficacia della determinazione 1874 del 13.10.2016 al fine di effettuare gli approfondimenti in merito agli elementi di incertezza palesatisi in seguito alla conoscenza della modifica dell'assetto societario e in attesa di acquisire le risultanze del Durc;

Dato atto che la sospensione dell'efficacia della determinazione n. 1874/2016 veniva regolarmente comunicata a tutte le imprese concorrenti;

Evidenziato che:

•a seguito dell'incontro, richiesto dalla Sig.ra Cilloco, tenutosi in data 14.10.2016 e nel corso del quale

la stessa informava l'Ente della cessione con patto di riservato dominio delle quote della Società Ekologia della Marmilla srl , con nota prot. n. 22241 del 27 ottobre 2016, inviata via Pec all'indirizzo: ekologiadellamarmilla@pec.it, si chiedeva di presentare entro il 31 ottobre 2016 copia dell'atto di cessione delle quote societarie e le dichiarazioni, richieste dal bando di gara, relative al possesso dei requisiti del nuovo socio, al fine di procedere con le dovute verifiche di cui all'art. 80 del d.lgs. n.50/2016;

- in data 27.10.2016, dall'indirizzo Pec: ekologiadellamarmilla@pec.it e a firma della Sig.ra Cilloco perveniva una nota, acquisita al prot. n. 22255, con la quale si comunicava il nome del notaio De Magistris di Cagliari per la stipula del contratto;

- In data 27.10.2016 e in data 28.10.2016, pervenivano messaggi via pec dall'indirizzo: ekologiadellamarmilla@pecimprese.it a firma del sig. Massa Antonello, acquisti al protocollo dell'ente, rispettivamente , al n. 22303 e al n. 22391, con i quali comunicava il cambio dell'amministratore della Ekologia della Marmilla srl e disconoscendo il ruolo della Sig.ra Cilloco, oltre a indicare il notaio Alessandro Dessy per la stipula del contratto di cessione;

- in considerazione del fatto che le due note sopraindicate , del 27 e del 28 ottobre, pervenute all'Ente fossero contrastanti nel loro contenuto, si è provveduto, con nota prot. n. 22450 del 28 ottobre 2016, a richiedere di presentare idonea documentazione per comprovare l'effettiva titolarità della carica di amministratore della Ekologia della Marmilla srl, reiterando, peraltro, la richiesta della presentazione della documentazione di cui alla nota prot. 22241 del 27 ottobre 2016.

- in data 31.10.2016, acquisito al prot. dell'Ente al n. 22524, perveniva dall'indirizzo pec: driveinssrl@legalmail.it la nota a firma del Sig. Gianluca Becchere che, in qualità di amministratore unico della società Drive In srl, proprietaria del 100% di Ekologia della Marmilla srl, comunicava di aver in data 10.10.2016 proceduto alla destituzione dell'amministratore unico della Ekologia della Marmilla sig.ra Cilloco e nominato il nuovo amministratore Sig. Massa Alessandro ed indicando come pec dell'Ekologia della Marmilla la pec: ekologiadellamarmilla@pecimprese.it.

- con nota a firma dell'avv. Valerio Pirisi, in nome e per conto della sig.ra Jasmin Cilloco, acquisito al protocollo dell'ente al n. 22614 del 2.11.2016, in risposta alle note dell'ente prot. n.22241 del 27 ottobre e prot. n. 22450 del 28 ottobre veniva trasmesso il contratto di vendita con patto di riservato dominio delle quote sociali, lo statuto della ekologia della Marmilla e i patti parasociali, oltre alla visura camerale al 28.10.2016.

- in data 3 novembre si procedeva ad acquisire presso la Camera di Commercio di Oristano una visura storica camerale della Società Ekologica della Marmilla, dalla quale risultava annotata la vendita delle quote societarie sottoposta a riserva di proprietà a favore della Drive in srl, il nominativo Sig.ra Jasmin Cilloco quale Amministratore unico della società e l'indirizzo Pec della società ekologia della marmilla: ekologiadellamarmilla@pec.it;

- il 4.11.2016 si comunicavano al sig. Gianluca Becchere all'indirizzo Pec: driveinssrl@legalmail.it, in risposta alla sua nota del 28.10.2016 acquisita al protocollo dell'ente al n. 22524 del 31.10.2016, le risultanze della visura camerale, precisando che si sarebbe proceduto ad inviare le comunicazioni alla pec indicata nel certificato camerale.

Accertato, in base a quanto precede, che la cessione totale delle quote societarie della Ekologia della Marmilla, da parte della Sig.ra Cilloco, titolare del 95% delle quote, e della Sig.ra Simonetta Murrone, titolare delle quote per il 5%, è avvenuta dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte e a favore di una società di capitali, la Drive in srl, pertanto , sulla base dell'art. 80,

comma 3, del d.lgs. n.50/2016, non è richiesta la dichiarazione del socio unico persona giuridica in ordine alla mancanza dei motivi di esclusione di cui al comma 1 del medesimo articolo 80;

Evidenziato altresì che:

- in data 3.11.2016, l'INPS, prot. 4503144, comunicava, mediante pec, la disponibilità sul servizio online dell'esito della verifica della regolarità contributiva per il codice fiscale 03123280921 (Ekologia della Marmilla srl) richiesto da questo ente in data 5/10/2016. Verificata in data 4/11/2016, da parte degli uffici, l'impossibilità di visionare il DURC online, con nota prot. n. 22935 si informava l'Istituto previdenziale, attraverso pec all'indirizzo: direzione.provinciale.cagliari@postacert.inps.gov.it della rilevata impossibilità.
- Con invio pec del 4.11.2016, l'Inps trasmette il DURC n. 4503144. Con tale documento l'INPS dichiarava che, in base alla richiesta di verifica del 5.10.2016, la Società Ekologia della Marmilla – codice fiscale n. 03123280921, con sede legale in via Umberto n.35, Villanovaforru, NON RISULTA REGOLARE nei confronti dell'INPS per irregolarità nel versamento di contributi e accessori per l'importo di € 59.763,85.
- In seguito a tale esito, con nota prot. 23197 del 7 novembre 2016 si è proceduto ad inviare alla ditta Ekologia della Marmilla, quale mandataria del R.T.I. partecipante all'asta in oggetto, la comunicazione, ai sensi dell'art. 7 della Legge n.241/90, di avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione della gara in quanto l'esito negativo della verifica della regolarità contributiva contrastava con quanto previsto dal bando di gara, relativamente al possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n.80/2016 e dichiarati al punto 5 dell'istanza di partecipazione all'asta.
- Con la medesima nota si concedeva, inoltre 10 gg di tempo (entro il 17.11) per la produzione di memorie ed osservazioni.
- Con Pec del 17.11.2016 la Ekologia della Marmilla, acquisita al protocollo dell'Ente al n. 24162 in data 18.11.2016, comunicava in riscontro alla ns.nota prot. n. 23197/2016 di essere stata ammessa al pagamento rateale dei debiti contributivi, allegando il piano di ammortamento concordato con Inps e Equitalia. Inoltre specificava che alla data di presentazione dell'istanza di partecipazione alla gara la Ekologia della Marmilla non presentava alcuna situazione debitoria con gli Enti previdenziali e a dimostrazione di ciò allegava un DURC On Line acquisito in data 11.05.2016 con scadenza validità 08.09.2016.

Richiamato

il bando del 08 giugno 2016 relativo all'asta in oggetto e precisamente:

- l'art.3 -lett. A) che così stabilisce: "..... Oltre ai requisiti generali sopra riportati, i soggetti che intendono partecipare alla gara dovranno possedere i requisiti e/o le condizioni per contrarre con la Pubblica Amministrazione, previsti dalle vigenti disposizioni di legge, ai sensi dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016." Lo stesso art. 3 lett. A) stabilisce, altresì, che : "La non veridicità delle dichiarazioni rese comporterà la decadenza dall'aggiudicazione e la mancata stipulazione del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario, salve comunque le responsabilità penali".
- L'art.4—lett. A), punto 1 e), relativamente alle dichiarazioni che devono essere contenute nella domanda di partecipazione, così recita: "attestazione di non aver commesso violazioni gravi definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse o dei contributi previdenziali secondo la legislazione italiana o dello stato in cui sono stabiliti".

•L'art. 4 – lett A), punto 3) conclude stabilendo : " I requisiti di partecipazione devono essere posseduti alla data di presentazione dell'offerta e dovranno essere mantenuti in capo ai soggetti partecipanti per tutte le fasi successive della procedura".

Richiamato, altresì, l'art. 80, comma 4, del d.lgs. n.50/2016 che, relativamente al punto che qui interessa, così prescrive : "*Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti.....Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purchè il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande*".

Esaminata inoltre la più recente giurisprudenza amministrativa in ordine all'emissione di un DURC negativo nei confronti di un operatore economico nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, la quale, ormai in modo costante porta ad escludere il concorrente che presenti una situazione debitoria nei confronti degli enti previdenziali, sia al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara che nel caso in cui questa irregolarità sia sopravvenuta, con l'irrilevanza della regolarizzazione postuma.

Infatti l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n.5 e n. 6 del 29 febbraio 2016, pur con riferimento al previgente art. 38, comma 1 lett. i) del d.lgs. n. 163/2006, oggi però integralmente trasfuso nell'art. 80, comma 4 del d.lgs. n.50/2016, ha enunciato il seguente principio di diritto: "*non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva*". Dello stesso tenore la sentenza sempre del Consiglio di Stato n. 2442 /2016 la quale conferma : " inoltre, non giova al ricorrente argomentare circa la sopravvenienza della condizione di irregolarità, infatti secondo quanto chiarito dalla sentenza della adunanza plenaria 5 del 2016 non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva". La stessa Adunanza Plenaria con sentenza n 10 del 25 maggio 2016 si pone in perfetta continuità con le due sentenze precedenti. Sul punto la stessa Anac si è espresso in linea con i principi affermati dalla suindicata giurisprudenza. Infatti recentemente con delibera del Consiglio n. 915 del 31/08/2016, relativamente a un contenzioso in ordine a un Durc non regolare, dopo aver richiamato le decisioni del consiglio di Stato nn 5,6 e 10 del 2016 ha così deliberato " *A fronte del riscontro di un DURC negativo, le ditte si trovavano prive di un requisito di carattere generale che avrebbero dovuto, come specificato dal Consiglio di Stato, conservare per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante*".

Dato atto che l'Ekologia della Marmilla ha presentato all'INP tre richieste di rateizzazione del debito:

- richiesta 7/11/2016 accoglimento INPS Cagliari 16/11/2016 , per un importo di € 9.810,73 relativa a debiti previdenziali periodo Marzo /Settembre 2016 ;
- richiesta del 7/11/2016 accoglimento INPS Cagliari 16/11/2016 per un importo di € 2.775,00 relativa a debiti previdenziali Agosto/Settembre;
- richiesta 16/11/2016 accoglimento 17/11/2016 INPS Oristano per un importo di € 17.543,00 relativa a debiti previdenziali periodo Luglio/Settembre 2016.

Considerato

- che in base all'esame della suddetta documentazione risulta che la situazione di irregolarità contributiva della Ekologia della Marmilla è relativa al periodo di svolgimento della procedura di gara , con regolarizzazione concomitante per le prime due richieste e successiva per l'ultima di esse alla comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca avvenuta in data 7/11/2016 tramite pec.;
- Che non rileva la presentazione del DURC regolare acquisito dall'Ekologia della Marmilla in data 11/5/2016, antecedente all'avvio della procedura di gara, con scadenza validità 8/9/2016, sia perché comunque non copre l'intero periodo di svolgimento della procedura pubblica e sia in ossequio al principio di auto responsabilità dell'impresa ben evidenziato nelle sentenze 5 e 6 del Consiglio di Stato dell'anno 2016 che specificano *"... In base al già richiamato principio di auto responsabilità non si può pretendere di superare l'inadempimento storicamente verificatosi in nome dell'apparenza ingenerata dal precedente rilascio di un documento unico di regolarità contributiva che va a fotografare una situazione di regolarità non più attuale a causa di errori imputabili alla stessa impresa"*;
- Che risulta in modo palese, dall'esame della documentazione prodotta, che la regolarizzazione è avvenuta successivamente all'emissione del DURC irregolare da parte dell'INPS sulla base della richiesta presentata dalla Provincia in data 5/10/2016. Regolarizzazione postuma non consentita come chiaramente enunciato nelle succitate sentenze del Consiglio di Stato e non prevista nella normativa richiamata nel bando di Gara.
- Che le risultanze della verifica delle autodichiarazioni dei concorrenti alla gara è sottratta a qualsiasi autonomia di giudizio di valutazione dell'ente appaltante ma deve attenersi alle risultanze della certificazione emessa dagli istituti previdenziali ;

Considerata l'irrelevanza dell'adempimento tardivo dei debiti previdenziali, come da giurisprudenza dianzi richiamata;

Ritenuto pertanto alla luce di quanto innanzi evidenziato che sussiste fondato motivo per la revoca dell'aggiudicazione dell'asta pubblica disposta con determinazione n.1874 del 13.10.2016;

Visto il bando di gara;

Visto il decreto legislativo n. 50/2016;

Vista la Legge n.241/1990;

DETERMINA

Per quanto in premessa esposto e che qui s'intende integralmente richiamato:

- Di revocare l'aggiudicazione disposta con propria determinazione n. 1874 del 13.10.2016 a favore del costituendo RTI tra Ekologia della Marmilla srl (Mandataria) e Sardinian Sky Service (Mandante);
- Di incamerare la cauzione versata in contanti dalla Ekologia della Marmilla per la partecipazione alla gara e versata al Tesoriere dell'Ente in data 8.07.2016;
- Di aggiudicare conseguentemente l'asta in oggetto al secondo classificato, il Costituendo RTI Aeronike srl – Sestu (Capogruppo) -Distretto Aerospaziale della Sardegna – Cagliari (Mandante) - Nurjana Technologies srl - Elmas (Mandante), per l' importo complessivo offerto di € 74.001,76;
- Di dare atto che la presente aggiudicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 7, del d.lgs. n.50/2016, diventerà efficace dopo il completamento della verifica del possesso dei prescritti requisiti, di cui si darà atto con successiva determinazione.

Oristano li, 24/11/2016

Sottoscritto dal Dirigente
IACUZZI ANNALISA
con firma digitale