



## ESCLUSIONE DALLA PARTECIPAZIONE ALLE PROCEDURE D'APPALTO

**L'Avv. Enrico Morigi, socio fondatore dello Studio Picozzi & Morigi Avvocati è stato chiamato, in qualità di esperto, ad esprimere il proprio parere in merito ad una particolare e complessa fattispecie, in cui si sovrappongono diversi profili giuridici, da quelli tipici di diritto ambientale ad altri concernenti la gestione delle crisi d'impresa, da valutarsi nell'ottica della disciplina sull'esclusione dalla partecipazione alle procedure d'appalto.**

### IL CASO

I Comuni XXXX e di YYYY hanno comunicato, a mezzo pec del 23/02/2022 a NNNN S.p.A. in liquidazione e ad ΓΤΤΓ S.p.A. l'avvio del procedimento finalizzato alla presa d'atto e dichiarazione di perdita d'efficacia dell'affidamento, intestato alla società mista ΓΤΤΓ, del servizio di gestione del ciclo dei rifiuti all'interno del territorio, rispettivamente del Comune di XXXX e del Comune di YYYY, in conseguenza dell'intervenuta dichiarazione di fallimento di NNNN S.p.A. in liquidazione, socio privato della predetta società mista.

Deducono i Comuni nominati che ΦΦΦΦ S.p.A., cui è subentrata NNNN S.p.A., è risultata aggiudicataria dell'appalto concorso indetto nel 2001 da VVV XXXX S.p.A. (società in house del Comune di XXXX) per l'individuazione del socio privato di minoranza con cui costituire una società (ΓΤΤΓ S.p.A.) avente ad oggetto la gestione del ciclo integrato dei rifiuti, per la durata di 25 anni.

A dire dei Comuni, ma si tratta di affermazioni sfornite di evidenza, che detto partner avrebbe dovuto gestire direttamente il servizio. Il bando della gara citata prescriveva altresì, tra l'altro, che il concorrente non rientrasse in alcuno dei casi di esclusione dalle gare di cui all'art. 11 comma 1 lett. a) d) ed e) del D.Lgs. 358/92 così come richiamato dall'art. 12 del D.Lgs. 157/95 allora in vigore; vale a dire che *“l'impresa non si trova in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione di attività o di concordato preventivo, ovvero di non avere in corso alcun procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”*.

Sulla scorta di tali premesse, i XXXX e di YYYY, a seguito della dichiarazione di fallimento di NNNN, avvenuta con sentenza del Tribunale di Roma n. \_\_\_\_\_, hanno sostenuto che, stante la pretesa esistenza di un rapporto inscindibile tra la procedura di selezione del partner privato e l'affidamento del servizio formalmente alla società mista, ma sostanzialmente al partner privato, i soci pubblici di ΓΤΤΓ S.p.A. dovevano riottenere la titolarità delle azioni di quest'ultima società attualmente detenute dal socio privato fallito.





Quanto sopra allo scopo di individuare, attraverso gara ad evidenza pubblica, un nuovo partner privato in possesso dei requisiti previsti. In difetto sarebbe stata inevitabile la dichiarazione di *“inefficacia delle prestazioni affidate a NNNN”*, dichiarazione preannunciata con la comunicazione del 23/02/2022 avente ad oggetto però non le prestazioni affidate a NNNN, ma, come detto, l’affidamento del servizio intestato alla società mista ΓΓΓΓ S.p.A..

Per completezza di esposizione si ricorda che il Fallimento di NNNN, pur senza condividere le premesse della richiesta dei Comuni, ha posto in essere quanto necessario per venire incontro alla stessa nel rispetto della normativa di settore e, nei tempi necessari alla procedura, sta mettendo in vendita le azioni in suo possesso di ΓΓΓΓ S.p.A.; azioni per il cui acquisto il Comuni interessati potranno liberamente concorrere.

Ciò posto si deve osservare che, a differenza di quanto apparentemente sostenuto dai Comuni di XXXX e YYYY, il socio privato NNNN non ha mai svolto il servizio di gestione del ciclo dei rifiuti all’interno dei medesimi Comuni e non era previsto che lo svolgesse; l’apporto dell’aggiudicatario della gara del 2001 era limitato a costituire, quale socio privato di minoranza, la società per azioni mista cui affidare direttamente la gestione del servizio; servizio da svolgersi con le modalità indicate nel progetto di offerta tecnica ed economica presentato dall’aggiudicatario e fatte proprie da ΓΓΓΓ S.p.A. con delibera del Consiglio di Amministrazione in data 27/06/2002, nonché a fornire un certo numero di mezzi d’opera.

L’attuale configurazione normativa data al partenariato pubblico-privato consente solo alla società mista di svolgere l’attività operativa con la propria struttura aziendale senza intervento del socio privato.

All’epoca, sotto la vigenza dell’art. 113 D.Lgs. 267/2000, prima della modifica del 2008, la situazione era differente, ma accanto alla posizione del socio direttamente operativo vi era la figura del socio privato gestionale, ovvero di quel socio privato di società mista collocato in posizione mediana tra il socio direttamente operativo e il socio solo finanziario.

In queste situazioni il socio privato, sebbene scelto con gara, svolge la propria attività su un piano di direzione gestionale attraverso la nomina dell’amministratore delegato e la redazione del piano industriale, fornendo il proprio know how, ma non è il gestore del servizio, ovvero l’operatore economico che rimane sempre la società mista nei confronti della quale non possono essere estese le contestazioni dirette al socio (cfr. Consiglio di Stato sez. V, sent. 655 del 31/01/2018).

E’ un dato di fatto incontestabile che l’aggiudicatario, nel caso in esame, non abbia mai effettuato direttamente il servizio e che le convenzioni ΓΓΓΓ S.p.A. - VVV XXXX S.p.A. del 24 Luglio 2002 e VVV XXXX S.p.A. - ΓΓΓΓ S.p.A. - Comune di YYYY prevedano l’affidamento solo nei confronti della ΓΓΓΓ S.p.A.. Appare pertanto evidente che NNNN, che ha sempre espresso l’amministratore delegato di ΓΓΓΓ S.p.A., sia configurabile come socio privato gestionale.





La circostanza è rilevante atteso che la norma in materia di esclusione, art. 80 decreto legislativo n. 50/2016, che sostanzialmente riproduce la precedente normativa, al comma 5 stabilisce: “ *le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni.....,qualora: b) l’operatore economico sia stato sottoposto a fallimento (liquidazione giudiziale) o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni....*”.

## CONCLUSIONI

Atteso che per costante giurisprudenza le disposizioni in materia di esclusione devono essere ritenute di stretta interpretazione e pertanto con divieto di interpretazione analogica, appare infondata la pretesa di estendere la definizione di operatore economico fino a ricomprendere, oltre alla persona giuridica che realizza le opere o fornisce prodotti o servizi, anche i soci della medesima come si tenta di sostenere nella fattispecie in esame (cfr. tra le tante TAR Trentino Alto Adige Bolzano, sez. I sent. N. 184 del 20/07/2020). E’ evidente quindi che eventuali rilievi nei confronti del socio non possono essere estesi ad FTFT S.p.A., che è ed è stato l’unico fornitore del servizio e quindi l’unico operatore economico.

Pertanto non appare possibile, allo stato e sulla base della documentazione fornita, dare credito all’intenzione dei Comuni di dichiarare la “perdita d’efficacia” dell’affidamento di cui è titolare FTFT S.p.A., per l’intervenuto fallimento di un socio della stessa.

Chi scrive non può prevedere, stante l’estrema genericità con la quale i Comuni hanno rappresentato le proprie ragioni e la scarsa persuasività delle stesse, attraverso quale procedimento i Comuni, ove intendessero cercare di dar corpo alla minaccia, potrebbero dichiarare la “perdita d’efficacia” dell’affidamento; perdita di efficacia che per produrre qualche effetto deve essere disposta attraverso un provvedimento che allo stato sembra difficilmente giustificabile, almeno con riferimento alle motivazioni rese note.

Si ritiene tuttavia di fare presente che, ai sensi dell’art. 109 D.Lgs. 50/2016, il recesso “ad nutum” è comunque possibile, fermo restando l’integrale pagamento delle prestazioni eseguite e del valore dei materiali esistenti necessari per il servizio, oltre al 10% degli importi per la parte di contratto non eseguita.

Rimane comunque la responsabilità di chi avesse posto in essere atti produttivi di danni prevedibili, nei confronti di soggetti incolpevoli, per il relativo risarcimento, accompagnata ovviamente dalla speculare responsabilità erariale nei confronti dello Stato.

**Avvocato Enrico Morigi**

Picozzi & Morigi Avvocati



[studio@picozzimorigi.it](mailto:studio@picozzimorigi.it)



[www.picozzimorigi.com](http://www.picozzimorigi.com)



+39.06.69941242



[#PicozziMorigi](https://www.linkedin.com/company/picozzi-morigi)