



CITTÀ DI SESTO SAN GIOVANNI

MEDAGLIA D'ORO AL VALOR MILITARE

SELEZIONE PUBBLICA, PER ESAMI, PER LA COPERTURA A TEMPO PIENO E INDETERMINATO DI N.1 POSTO DI AVVOCATO – AREA DEI FUNZIONARI E DELL'ELEVATA QUALIFICAZIONE

SECONDA PROVA SCRITTA

BUSTA N. 1 - ESTRATTA

Il Comune di Sesto San Giovanni con atto notarile in data 6 marzo 2018 aveva stipulato con la società "ALFA S.r.l." una convenzione urbanistica attuativa di un Programma Integrato di Intervento (P.I.I.).

Con tale Convenzione la società "ALFA S.r.l.", in qualità di Soggetto Attuatore, ha assunto in via esclusiva nei confronti del Comune tutti gli obblighi di realizzazione e manutenzione delle opere di urbanizzazione, primaria e secondaria, dettagliatamente previsti e disciplinati nel contratto, mentre altri soggetti avevano sottoscritto la Convenzione nella mera veste di proprietari di immobili compresi nel perimetro del P.I.I.

Come prescritto dall'art. 25 della Convenzione, a garanzia della corretta esecuzione delle opere di urbanizzazione previste dal "P.I.I." la Società ha consegnato al Comune una polizza fideiussoria di Euro 10.000.000,00 rilasciata dalla "Assicurazioni S.p.A."

Con atto notarile stipulato il 14 maggio 2022 la società "BETA S.r.l." ha acquistato dalla "ALFA S.r.l. in liquidazione" - a seguito di aggiudicazione ad asta fallimentare nell'ambito di procedura di fallimento presso il Tribunale di Milano a cui quest'ultima è stata sottoposta - gli immobili di proprietà della società fallita compresi nel Programma Integrato di Intervento (P.I.I.).

Nell'atto di trasferimento è stato precisato che:

"La Parte Acquirente attesta di essere a conoscenza di tutti i vincoli e gravami esistenti sugli Immobili, (...) ivi incluse, a titolo esemplificativo e non esaustivo, tutte le previsioni derivanti dalla convenzione urbanistica del 6 marzo 2018.

Per effetto del trasferimento degli Immobili, la Parte Acquirente subentra negli obblighi derivanti da tale Convenzione in sostituzione del Soggetto Attuatore originario "ALFA S.r.l." ."

La Convenzione urbanistica prevede all'art. 26:

"In ogni caso di alienazione di immobili compresi nell'ambito della "variante al P.I.I." le garanzie di cui all'Art. 25 non possono venir meno e non possono essere estinte, o ridotte, se non dopo che i successori o aventi causa a qualsiasi titolo abbiano prestato a loro volta idonee ed analoghe garanzie in sostituzione o ad integrazione di quelle in possesso del Comune, le quali prevedano espressamente in ogni caso, quali debitori principali, sia il Soggetto Attuatore, sia i suoi successori o aventi causa, in coerenza con il regime di solidarietà degli obblighi garantiti."

Il Comune di Sesto San Giovanni, ricevuta dalla "BETA S.r.l." comunicazione del predetto atto notarile di trasferimento, ha invitato la società acquirente a "regolarizzare la sua posizione, quale nuovo Soggetto Attuatore, rispetto agli impegni contenuti nella convenzione attuativa del P.I.I.", e quindi ha richiesto alla stessa di depositare entro il termine di 30 giorni idonee garanzie fidejussorie fino alla concorrenza del valore complessivo delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria ancora da realizzare.

Nonostante più solleciti e una diffida, la "BETA S.r.l." non ha mai ottemperato alla richiesta, obiettando che:

- a) essa è un mero avente causa e successore a titolo particolare di "ALFA S.r.l. in liquidazione", avendo acquistato alcuni immobili compresi nel Programma Integrato di Intervento;
- b) è infondata la tesi del Comune secondo cui tale acquisto avrebbe determinato una sua successione in tutti gli obblighi relativi all'intero P.I.I., e non – se mai - ai soli obblighi connessi agli immobili acquistati
- c) qualsiasi eventuale assunzione da parte di "BETA S.r.l." di obblighi del Soggetto Attuatore "ALFA S.r.l." avrebbe valenza meramente interna, costituendo un accollo interno in senso tecnico, e non sarebbe quindi azionabile da terzi, Comune compreso, restando rigorosamente confinata ai rapporti fra la dante causa e l'acquirente.
- d) "BETA S.r.l." ritiene di essere soggetta soltanto agli obblighi che dovessero incomberle dall'essere successore a titolo particolare di "ALFA S.r.l." nella proprietà di alcuni immobili ricadenti nel P.I.I., ma non – invece - agli obblighi di realizzazione e manutenzione delle opere di urbanizzazione, primaria e secondaria.

Alla luce di ciò, la Giunta Comunale, su proposta del Dirigente del Settore Urbanistica, dà mandato all'Avvocatura Comunale di esercitare un'azione giudiziale per ottenere che la società "BETA S.r.l." compia quanto richiesto dal Comune.

Il candidato, assunto le vesti dell'Avvocato Comunale, rediga l'atto giudiziario idoneo alla miglior tutela del Comune.

BUSTA N. 2 - NON ESTRATTA

Il Comune di Sesto San Giovanni all'inizio dell'anno 2024 ha indetto una Procedura ristretta ai sensi dell'art. 72 del D. Lgs. 31 marzo 2023 n. 36 per l'affidamento della concessione del servizio di teleriscaldamento sul territorio comunale.

La durata della concessione - il cui valore è stimato in Euro 400.000.000,00 (quattrocentomilioni) – è stabilita in anni 20 a decorrere dalla stipulazione del contratto di concessione.

Come riportato nei documenti di gara, la rete di teleriscaldamento, di tipo a maglia, si estende per circa 65 km., comprendendo circa l'ottanta per cento del territorio comunale. Tale rete risulta interconnessa con le reti esistenti sul territorio dei comuni confinanti di Cinisello Balsamo e Milano.

La rete sestese risulta alimentata da n. 4 centrali termiche afferenti a diverse proprietà - di cui due dislocate nel territorio comunale e due nel territorio di Milano - il cui calore prodotto e immesso in rete copre il fabbisogno di circa n. 1500 utenze, intese quali punti di allaccio ai singoli immobili, per un equivalente di abitanti serviti pari a circa 60.000, dei circa 80.000 abitanti residenti.

Nel disciplinare di gara i requisiti di capacità tecnico-professionale sono stati indicati al paragrafo 8. come segue:

"8. Requisiti di capacità tecnico-professionale

I concorrenti devono essere, inoltre, in possesso, a pena di esclusione dalla procedura, dei seguenti requisiti tecnico – professionali:

1) possesso di certificazione di qualità aziendale UNI ISO 9001;

2) possesso di certificazione ambientale UNI 14001;

3) avere gestito negli ultimi 5 anni (2019 – 2020 - 2021 – 2022 – 2023) continuativamente reti di teleriscaldamento con potenza installata sulle reti pari ad almeno 100 MW e un numero di utenze servite (intese quali punti di fornitura; per "punto di fornitura" si intende il punto di consegna centralizzato relativo allo stabile nel suo complesso, indipendentemente dal numero delle unità immobiliari servite) pari almeno a 1500 ;

4) avere effettuato negli ultimi 10 anni, in proprio o tramite soggetti terzi qualificati, pur mantenendo la responsabilità diretta dell'esecuzione delle opere, lavori di manutenzione straordinaria e di realizzazione/ampliamento di reti di teleriscaldamento per un valore complessivo pari ad almeno Euro 5.000.000,00."

Entro il termine previsto dal bando di gara sono pervenute due domande di partecipazione da parte di "ALFA S.r.l." e di "BETA S.r.l.", che sono state invitate a presentare offerta.

Nel corso delle operazioni di gara, a seguito della verifica della documentazione presentata dalla società concorrente "BETA S.r.l.", con riferimento ai requisiti-tecnico professionali si è riscontrato che il requisito relativo alle utenze servite e alla potenza impiegata (punto 3 del paragrafo 8 del disciplinare) è stato raggiunto:

– in parte, mediante ricorso ad avvalimento con la società "GAMMA S.r.l.", con la quale è stato concluso idoneo contratto, presentato tra i documenti di ammissione alla gara;

– in parte (per l'annualità 2020), mediante il contributo apportato dalla società "DELTA S.r.l.", totalmente controllata dalla "BETA S.r.l.", senza il cui contributo la "BETA S.r.l." non avrebbe raggiunto il numero minimo di utenze richieste.

A fronte di ciò il Comune ha chiesto a "BETA S.p.A." di confermare l'avvenuta sottoscrizione del contratto di avvalimento con la società "DELTA S.r.l." e di produrne copia, corredata dalle necessarie dichiarazioni, dato che esso non risultava tra i documenti presentati.

Entro il termine assegnato la società ha dichiarato di non aver sottoscritto alcun contratto di avvalimento con la società "DELTA S.r.l.", ma di ritenere tale adempimento non necessario per i seguenti motivi:

– con riferimento al periodo temporale interessato dalla dichiarazione (2020) – a cui si riferiscono le utenze computate ai fini del requisito - la "DELTA S.r.l." era una società interamente posseduta dalla "BETA S.p.A."; perciò tale requisito non avrebbe dovuto – né potuto – costituire oggetto di un avvalimento;

– successivamente è stata ceduta a terzi e quindi non ha più avuto rapporti con la società concorrente.

Il Comune, non ritenendo accettabile tali motivazioni, ha disposto l'esclusione della "BETA S.p.A." dalla gara per non avere dimostrato il possesso del requisito sopra descritto, non avendo prodotto il contratto di avvalimento relativo al contributo di utenze necessario per raggiungere il numero minimo richiesto dal bando.

Entro il termine di decadenza, la società ha notificato al Comune di Sesto San Giovanni un ricorso al T.A.R. per la Lombardia – Milano per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- del provvedimento di esclusione dalla gara in ragione della *“carenza del requisito della capacità tecnico professionale consistente nel numero di utenze servite nell'ultimo quinquennio”*;
- della nota di richiesta di integrazione documentale con cui il Comune ha rilevato che la società *“DELTA S.r.l.”* concorresse *“attraverso la propria attività, al raggiungimento dei requisiti relativi alle utenze servite e alla potenza installata sulle reti per l'anno 2020”* richiedendo, per tale ragione, all'odierna ricorrente, di produrre il contratto di avvalimento, comprensivo delle connesse dichiarazioni, sottoscritto con la società *“DELTA S.r.l.”* ; nonché, ove occorrer possa,
- del Disciplinare di gara, nella parte in cui prevede fra i requisiti di capacità tecnico-professionale *l'“avere gestito negli ultimi 5 anni continuativamente reti di teleriscaldamento con potenza installata sulle reti pari ad almeno 100 MW e un numero di utenze servite (intese quali punti di fornitura) pari almeno a 1500”*.

Nel ricorso vengono formulati i seguenti motivi:

I° Motivo

La *“BETA S.p.A.”* ha computato le utenze della *“DELTA S.r.l.”* i fini del requisito non perché volesse ricorrere all'avvalimento, ma perché – poichè quest'ultima nell'anno di riferimento era totalmente controllata dalla prima, che ne consolidava al proprio interno il bilancio di esercizio – i requisiti maturati dalla *“DELTA S.r.l.”* nel corso del 2020 erano interamente e sostanzialmente riconducibili alla società controllante.

II° Motivo

La motivazione del provvedimento di esclusione è carente, perché ha omesso di indicare sia i presupposti fattuali e giuridici posti alla base della decisione, sia l'iter logico-argomentativo necessario a fronte della tesi esposta dalla ricorrente nella risposta alla richiesta di integrazione, limitandosi a citare lo stralcio di una pronuncia giurisdizionale.

III° Motivo

La disposizione di cui al punto 3) del paragrafo 8 del disciplinare di gara è illegittimo, perché esige la dimostrazione del requisito di capacità tecnica e professionale riferita al precedente quinquennio, anziché nel precedente triennio come previsto dal Codice dei Contratti Pubblici, nella quale ultima ipotesi la ricorrente sarebbe stata ammessa.

Per di più, la previsione del più lungo periodo quinquennale è avvenuta senza che nel disciplinare di gara venga fornita alcuna spiegazione dei motivi posti a giustificazione di tale scelta, e contrasta con il principio di massima partecipazione alle gare.

Istanza cautelare

L'istanza cautelare viene motivata, quanto al *fumus boni iuris*, con le argomentazioni esposte nel ricorso; quanto al *periculum in mora*, con la considerazione che la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato rappresenta l'unico strumento atto ad evitare che venga preclusa alla società la possibilità di aggiudicarsi un servizio molto rilevante.

Inoltre, la misura cautelare sarebbe funzionale a garantire gli interessi pubblici sottesi ad un effettivo confronto concorrenziale nella gara in esame.

Il candidato, assunte le vesti dell'Avvocato Comunale, rediga l'atto giudiziario idoneo alla miglior tutela del Comune.

BUSTA N. 3 - NON ESTRATTA

In data 15 settembre 2022 la società "IMMOBILIARE ALFA S.r.l." aveva presentato al Comune di Sesto San Giovanni una richiesta di accesso agli atti per ottenere copia *"dell'intero fascicolo istruttorio e di tutti gli atti del procedimento e documenti e/o provvedimenti amministrativi, compresi i pareri rilasciati dall'Avvocatura Comunale, detenuti dal Comune relativi alle opere di adeguamento dell'accesso alle aree pertinenziali dell'immobile di sua proprietà sito nel territorio comunale in Via delle Vecchie Mura n. 12"*.

A tale richiesta il Comune non ha dato alcun riscontro.

In data 10 gennaio 2023 l'"IMMOBILIARE ALFA S.r.l." ha presentato una nuova richiesta di accesso per ottenere copia degli stessi documenti.

Anche tale richiesta è rimasta priva di risposta.

In data 22 maggio 2024 viene notificato dalla società "IMMOBILIARE ALFA S.r.l." al Comune di Sesto San Giovanni un *"Ricorso contro il silenzio inadempimento"* da esso tenuto rispetto alla richiesta di accesso del 10 gennaio 2023

Nella premessa in Fatto del ricorso, la società riferisce che la motivazione della richiesta era legata al fatto che in data 8 gennaio 2020 la società aveva sottoscritto a favore del Comune di Sesto San Giovanni un atto unilaterale d'obbligo dal quale erano sorti obblighi reciproci, e precisamente:

- a carico del Comune, la realizzazione di opere di adeguamento degli accessi alle aree pertinenziali dell'immobile di proprietà dell'"IMMOBILIARE ALFA S.r.l.", e
- a carico di quest'ultima, la corresponsione al Comune della somma di 100.000,00 Euro.

La ricorrente sostiene che, pur avendo essa versato al Comune la somma dovuta (di cui però non produce alcuna documentazione contabile), il Comune non avrebbe eseguito le opere a suo carico.

Quindi l'accesso agli atti del procedimento era stato richiesto ai sensi dell'art. 24, comma 7, della L. 241/1990.

Nella parte in Diritto, la ricorrente formula i seguenti motivi:

I° Motivo

Il comportamento del Comune, silente, immotivato, non corretto e leale, inadempiente agli obblighi di legge, ha violato il suo diritto di azione e di difesa, disapplicando e violando gli articoli 24, 103 e 113 Cost., nonché l'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (CEDU) e i principi desumibili dall'ordinamento dell'Unione europea.

II° Motivo

Il Comune ha violato i principi di imparzialità e trasparenza, buona fede e correttezza dell'attività amministrativa.

I documenti richiesti dal ricorrente sono obiettivamente rilevanti ed essenziali per la piena ed effettiva esplicazione del diritto di difesa ai sensi dell'art. 24, comma 7, della L. 241/1990.

Pertanto la ricorrente chiede al T.A.R.:

- l'accertamento del proprio diritto a prendere visione ed estrarre copia conforme e integrale della documentazione richiesta con l'istanza di accesso agli atti richiesti con l'istanza del 10 gennaio 2023;
- la condanna del Comune alla ostensione e al rilascio della richiesta copia conforme e integrale degli atti richiesti con la suindicata istanza di accesso agli atti;
- la condanna del Comune al risarcimento dei danni.

Il candidato, assunte le vesti dell'Avvocato Comunale, rediga l'atto giudiziario idoneo alla miglior tutela del Comune.