



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 97 DEL 7 febbraio 2018

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata dal Comune di S. Cataldo – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati, compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene pubblica all'interno dell'A.R.O. di San Cataldo con realizzazione e gestione del C.C.R. comunale – Importo a base di gara: euro 20.065.404,26 - S.A.: Comune di San Cataldo

PREC 326/17/S

Considerato in fatto

Con nota sottoscritta dal segretario generale e RTPC dott. Andrea Varveri acquisita al prot. n. 50724 del 6 aprile 2017, il Comune di San Cataldo ha sottoposto all'Autorità alcuni quesiti riguardanti i requisiti di partecipazione dei primi due classificati (Tech Servizi S.r.l. e RTI IGM Rifiuti Industriali S.r.l.) nella graduatoria finale della gara in epigrafe (espletata dall'U.R.E.G.A. della Provincia di Caltanissetta).

In particolare, con riferimento alla prima graduata Tech Servizi S.r.l., il Comune ha rappresentato che l'impresa ausiliaria Aimeri Ambiente S.r.l., di cui l'operatore economico si è avvalso per la dimostrazione dei requisiti di capacità economica e tecnica, nelle more dello svolgimento della gara ha concesso in affitto fino al 31 dicembre 2021 l'intera azienda alla propria controllata Energeticambiente S.r.l., determinando il trasferimento del contratto di avvalimento in capo alla cessionaria.

A fronte di ciò, il Comune chiede: *a)* se la circostanza che il contratto di affitto di azienda stipulato dall'ausiliaria abbia una durata inferiore alla durata del contratto del servizio oggetto di affidamento (7 anni prorogabili per ulteriori 3) possa non assicurare, per tutta la durata dell'appalto, i necessari requisiti in capo all'ausiliaria; *b)* se l'eventuale ammissione di Aimeri Ambiente S.r.l. al concordato preventivo con continuità aziendale (essendo risultato pendente il Tribunale di Milano il relativo procedimento) possa avere riflessi sulla controllata Energeticambiente S.r.l. o possa incidere sul possesso dei requisiti di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 in capo all'ausiliaria potendo sfociare nella dichiarazione di fallimento; *c)* se l'eventuale valutazione da parte della stazione appaltante della sussistenza di gravi errori professionali a carico dell'ausiliaria (che ha dichiarato l'intervenuta risoluzione in danno di numerosi precedenti appalti), in ragione del principio generale di successione nei rapporti giuridici nell'azienda ceduta ai sensi dell'art. 2558 c.c., possa riflettersi sulla subentrante Energeticambiente S.r.l..



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Con riferimento al secondo graduato RTI IGM Rifiuti Industriali S.r.l., il Comune istante ha rappresentato alcune criticità riguardanti il professionista designato, ai sensi del punto 4), del bando per la redazione della progettazione definitiva ed esecutiva del CCR. In particolare, l'istante ha segnalato una discordanza tra il nominativo indicato dalla mandataria IGM nella dichiarazione resa ai fini della partecipazione e il soggetto che ha reso le dichiarazioni di possesso dei requisiti e di impegno a costituire RTP, nel senso che l'ing. Guido Monteforte Specchi, indicato da IGM come professionista singolo, ha sottoscritto la dichiarazione di possesso dei requisiti e l'impegno a costituire RTP in qualità di socio di maggioranza, amministratore unico e direttore tecnico della IFB Progetti S.r.l.. Inoltre, in sede di dimostrazione dei requisiti ai sensi dell'art. 48 d.lgs. n. 163/2006, l'ing. Guido Monteforte Specchi non ha prodotto entro il termine assegnato dalla stazione appaltante la documentazione a comprova, limitandosi a depositare una dichiarazione sostitutiva, e ha beneficiato di una proroga di ulteriori dieci giorni entro la quale ha prodotto documentazione che non sarebbe conforme all'art. 263, comma 2, d.P.R. 207/2010, trattandosi di servizi svolti per committenti privati. Infine, secondo quanto segnalato da altri operatori partecipanti alla gara, uno dei progettisti incaricati dall'Amministrazione della redazione del Piano di intervento posto a base di gara, avrebbe rappresentato CICLAT S.r.l., mandante del RTI IGM Rifiuti Industriali S.r.l., nell'ambito di altre procedure, in presunta violazione dell'art. 90, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006.

A seguito dell'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 16 novembre 2017 (nota prot. 127488), Tech Servizi ha replicato con memoria acquisita al prot. n. 129015 del 22 novembre 2017 precisando che: *a)* la durata del contratto di affitto di azienda è stato prorogata fino al 31 dicembre 2028 con "Addendum a contratto di affitto di azienda scrittura privata autenticata nelle firme" stipulato in data 10 agosto 2017; *b)* l'ammissione di Aimeri Ambiente S.r.l. al concordato preventivo con continuità aziendale non osta alla partecipazione alle gare come espressamente previsto dall'art. 38, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 163/2006; *c)* la valutazione della sussistenza del grave errore professionale è discrezionale e compete alla stazione appaltante sulla base di un giudizio che deve essere atualizzato e commisurato alle specifiche esigenze della commessa appaltata. In ogni caso è una valutazione che riguarda la posizione di Aimeri in relazione a fatti antecedenti al subentro di Energeticambiente S.r.l. e che non può pertanto rilevare nei confronti dell'affittuaria.

Ritenuto in diritto

Con riferimento ai quesiti riguardanti la posizione della prima graduata Tech Servizi S.r.l., appare prioritaria la trattazione dell'ultima questione posta, inerente l'eventuale sussistenza a carico dell'ausiliaria di gravi errori professionali (art. 38, comma 1, lett. f, d.lgs. n. 163/2006), giacché l'insussistenza in capo ad Aimeri Ambiente S.r.l. di uno dei requisiti generali di cui



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 determinerebbe l'esclusione dalla gara di Tech Servizi S.r.l. e la conseguente irrilevanza del successivo affitto dell'azienda da parte di Aimeri Ambiente S.r.l. alla propria controllata Energeticambiente S.r.l.

Appare infatti «pacifica la necessità che anche l'impresa ausiliaria documenti il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice, per effetto di quanto previsto dal secondo comma dell'art. 49 del Codice (cfr. A.V.C.P., parere 6 ottobre 2011 n. 173)» (Parere di precontenzioso n.115 del 17 luglio 2013). Tale conclusione è conforme al consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono a pubblici appalti, quindi anche l'impresa ausiliaria, devono essere in possesso dei requisiti di ordine generale richiesti dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 (oggi art. 80 del d.lgs. n. 50/2016). A tal proposito è stato sottolineato che l'art. 49, comma 2, sancisce una totale equiparazione tra operatore economico offerente e operatore economico in rapporto di avvalimento, in omaggio ad elementari ragioni di trasparenza e di tutela effettiva degli interessi sottesi alle cause di esclusione di cui all'art. 38 (Consiglio di Stato, sez. V, 15 novembre 2012, n. 5780).

Altrettanto pacifico è che i requisiti di partecipazione, generali e speciali, devono essere posseduti al momento della presentazione dell'offerta e devono persistere per tutta la durata della procedura, fino alla stipula contrattuale (Determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010, con riferimento ai requisiti generali). Pertanto, qualora in fase di comprova, risulti che un concorrente non possedeva un requisito di partecipazione al momento della partecipazione, ma che lo stesso sia stato ottenuto in un momento successivo, il concorrente deve essere escluso (Parere di precontenzioso n. 52 del 22 aprile 2015).

Assume dunque fondamentale importanza la verifica del possesso dei requisiti generali da parte di Aimeri Ambiente S.r.l. al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, giocandosi in quel momento, e con riferimento all'ausiliaria indicata in sede di offerta (Aimeri Ambiente S.r.l.), la valutazione del possesso in capo a Tech Servizi S.r.l. dei necessari requisiti di partecipazione, con conseguente irrilevanza delle vicende successive riguardanti il contratto di avvalimento.

Nel caso in esame, l'ausiliaria Aimeri Ambiente S.r.l., a latere della stipula del contratto di avvalimento, ha dichiarato il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006, attestando, con riferimento al requisito di cui alla lettera f), «che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, non ha commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; di non avere commesso un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante», salvo allegare una nota integrativa in cui rappresenta di essere incorsa, negli anni tra il 2012 e il 2014, in 11 risoluzioni contrattuali, nessuna delle quali, a



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

suo avviso, può essere considerata un grave errore professionale ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f).

Come pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza, il vaglio preventivo di gravità dell'errore professionale non può essere affidato all'operatore economico interessato ma deve essere svolto dalla stazione appaltante la quale, a sua volta, deve essere messa in condizione di conoscere gli elementi essenziali per effettuare l'analisi della professionalità pregressa dell'operatore (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, 11 aprile 2016, n. 1412; Consiglio di Stato, 16 febbraio 2017 n. 712).

Pertanto, a prescindere dai giudizi espressi dall'ausiliaria riguardo la valenza delle risoluzioni contrattuali subite negli anni precedenti, l'Amministrazione precedente avrebbe dovuto valutarle, per verificare se potessero integrare la causa di esclusione di cui alla lettera f) dell'art. 38 e fornire adeguata motivazione dell'esito di tale valutazione (cfr. parere n. 19/2012 con cui si è ritenuto che: «... il legislatore, ha riservato alla S.A. la potestà di valutare la gravità degli inadempimenti commessi dai concorrenti nello svolgimento di precedenti rapporti contrattuali, per stabilire ex ante se il comportamento tenuto da questi ultimi sia tale da far venir meno il requisito di affidabilità dell'impresa ad assumere le obbligazioni conseguenti all'eventuale aggiudicazione della gara»).

Ciò posto, dai verbali delle operazioni di gara acquisiti agli atti del presente procedimento emerge che, dopo avere aperto la busta di Tech Servizi S.r.l. contenente la documentazione amministrativa e avere formulato alcune richieste di integrazione non rilevanti ai fini della questione in esame (verbale n. 1 del 31 marzo 2016), la commissione, esaminata la documentazione integrativa pervenuta dalla ditta Tech Servizi s.r.l., si è invece limitata a sciogliere la riserva e ad ammettere l'impresa Tech Servizi s.r.l. (verbale n. 2 del 7 aprile 2016), omettendo qualsiasi valutazione in ordine alle pregresse "vicende" contrattuali dichiarate dall'ausiliaria Aimeri Ambiente S.r.l..

Al riguardo, non ci si può esimere dal rilevare che le risoluzioni contrattuali in cui è incorsa Aimeri Ambiente S.r.l. sono state oggetto di valutazione da parte del Consiglio di Stato nella pronuncia n. 712 del 16 febbraio 2017, laddove ha evidenziato che «il numero e la tipologia di risoluzioni cui è incorsa l'attuale appellante in tempi recenti rendono evidente e lampante la sua inaffidabilità e, per conseguenza, manifestamente irragionevole il giudizio di ammissione effettuato dall'amministrazione». Nella specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto irragionevole e illogica la motivazione della stazione appaltante (Comune di Alghero) che aveva ritenuto non gravi i pregressi errori professionali di Aimeri Ambiente S.r.l. («E' evidente che tali stringate ragioni, che esauriscono la motivazione, sono del tutto generiche, fondate su elementi meramente eventuali e possibili e prive di un minimo di riscontro probatorio. Detta motivazione è, pertanto, illegittima (...)»).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Alla luce di quanto considerato, la mancata valutazione delle risoluzioni contrattuali di Aimeri Ambiente S.r.l. ai fini della verifica dell'eventuale integrazione della causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. f, d.lgs. n. 163/2006 determina l'illegittimità della decisione di ammettere Tech Servizi S.r.l. alle successive fasi di gara.

Per ciò che concerne la posizione del secondo graduato RTI IGM Rifiuti Industriali S.r.l., si evidenzia che, come emerge dalla dichiarazione resa in ossequio al punto 4) del bando di gara, la capogruppo IGM ha designato l'ing. Guido Monteforte Specchi, e non la JFB Progetti S.r.l., quale soggetto incaricato della redazione del progetto esecutivo e definitivo e quindi il professionista in proprio avrebbe dovuto prima dichiarare e poi dimostrare il possesso dei requisiti richiesti per la progettazione. Sia la dichiarazione di impegno alla costituzione di RTP che la dichiarazione del possesso dei requisiti sono invece state rese dal professionista nella sua qualità di legale rappresentante della JFB Progetti S.r.l.. Anche la dichiarazione sostitutiva prodotta al fine della dimostrazione dei requisiti risulta resa a nome della società JFB Progetti S.r.l..

Ma se l'evidente disallineamento delle dichiarazioni prodotte in sede di offerta avrebbe potuto essere emendato tramite il soccorso istruttorio di cui all'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163/2006, che consente anche la produzione di dichiarazioni mancanti purché attestino il possesso di requisiti esistenti già al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, non altrettanto può dirsi per l'autodichiarazione prodotta in sede di comprova dei requisiti ex art. 48 d.lgs. n. 163/2006, poiché «laddove si ammettesse (...) la possibilità di comprovare i requisiti anche oltre il termine perentorio di cui al più volte richiamato articolo 48, si perverrebbe a una sorta di *interpretatio abrogans* della stessa disposizione per la parte in cui stabilisce con adeguato grado di certezza che il termine in questione presenta, appunto, carattere perentorio» (Consiglio di Stato sez. V 10 gennaio 2017 n. 40).

Dalla perentorietà del termine assegnato all'operatore economico sorteggiato, ribadita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2014 anche con riferimento all'aggiudicatario, secondo la giurisprudenza, e secondo conforme avviso dell'Autorità (Parere di precontenzioso n. 602 del 31 maggio 2017), discende infatti che «tale fase, in quanto connotata da particolare rapidità al fine di consentire una sollecita conclusione del procedimento, non potrebbe tollerare una ulteriore interlocuzione con la stazione appaltante in ordine alla sufficienza dei documenti prodotti per comprovare la presenza dei requisiti, costituendo, invece, un obbligo (*rectius*: un onere) per il concorrente produrre, nel termine perentorio di dieci giorni, i documenti sufficienti alla comprova attraverso le modalità specificate nella *lex specialis*», con la conseguenza che il «il c.d. soccorso istruttorio riguarda la sola fase della verifica delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti per l'ammissione alla gara, ma non anche la fase del



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

controllo dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa il cui possesso sia stato dichiarato nel segmento procedimentale anzidetto. In altri termini, una cosa è verificare le dichiarazioni relative ai requisiti necessari per l'ammissione alla gara, altra cosa è verificare che i requisiti dichiarati sussistono. Il c.d. soccorso istruttorio, ivi compreso il soccorso rinforzato, attiene alla fase della verifica delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti generali e speciali, non anche alla fase della comprova della loro sussistenza» (TAR Lazio di Roma - 22 marzo 2016, n.3580; in termini Consiglio di Stato 13 settembre 2016, n. 3859 ; Consiglio di Stato sez. V 10 gennaio 2017 n. 40).

Nel caso in esame, la carenza di quanto prodotto in sede di comprova dei requisiti del progettista riguarda non solo il riferimento a soggetto diverso da quello designato ma anche la circostanza che è stata prodotta una dichiarazione sostitutiva in luogo della documentazione comprovante le dichiarazioni sostitutive già rese in sede di offerta. Va infatti rammentato che la giurisprudenza (vd. TAR Lazio- Roma sez. III, 21 gennaio 2015 n. 993) ha sancito il principio di diritto secondo cui, mentre nella fase di presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte è consentito il ricorso alle autocertificazioni, giustificato da ragioni di speditezza, invece, nella fase di verifica del possesso dei requisiti è necessaria la documentazione probatoria vera e propria, non essendo più sufficiente la semplice autocertificazione (Parere di precontenzioso n. 220 del 1 marzo 2017); dunque nella fase di verifica ex art. 48 del possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale, i fornitori e i prestatori di servizi devono fornire alla stazione appaltante la documentazione probatoria, non essendo più consentita l'autocertificazione ammessa ad inizio gara (TAR, Lazio-Roma, cit.; TAR Bologna, Sezione I – 27 maggio 2011 n. 497). Diversamente argomentando verrebbe vanificata la *ratio* che giustifica il ricorso alla verifica a campione, divenendo essa un inutile duplicato della fase iniziale di presentazione dell'offerta.

Inoltre, nel caso in esame, nel quale sono stati indicati contratti pregressi affidati da committenti privati, tenuto conto che, secondo la più recente interpretazione dell'art. 263, comma 2, d.p.r. 207/2010, i servizi resi in favore di committenti privati sono valutabili solo se l'opera progettata è stata in concreto realizzata (Parere di precontenzioso n. 179 del 21 ottobre 2015; Consiglio di Stato, sez. V, 25 maggio 2015 n. 2567), la documentazione prodotta entro il termine perentorio di cui all'art. 48 avrebbe anche dovuto recare la dimostrazione dell'avvenuta esecuzione dei lavori progettati.

Sulla scorta di quanto considerato, l'inidoneità sotto i descritti profili – dichiarazione sostitutiva riferita a soggetto diverso e non recante la dimostrazione dell'avvenuta esecuzione della opere – di quanto prodotto ai fini della comprova dei requisiti del progettista designato, non emendabile tramite soccorso istruttorio, non può che riverberarsi sulla sfera giuridica del concorrente nel suo complesso (RTI IGM Rifiuti Industriali S.r.l.) e determinare l'illegittimità della sua ammissione alle successive fasi di gara.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

E' da considerarsi assorbita l'ulteriore questione della supposta violazione dell'art. 90, comma 8, d.lgs. n. 163/2006.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che

- l'ammissione di Tech Servizi S.r.l. alle successive fasi gara non è conforme alla vigente normativa perché la stazione appaltante non ha valutato se le pregresse risoluzioni contrattuali dichiarate dall'ausiliaria Aimeri Ambiente S.r.l. potessero integrare la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett.f), d.lgs. n. 163/2006;
- l'ammissione del RTI IGM Rifiuti Industriali S.r.l. alle successive fasi gara non è conforme alla vigente normativa perché il progettista designato non ha prodotto entro il termine di cui all'art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 documentazione idonea alla comprova dei requisiti richiesti per la progettazione.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 febbraio 2018
Il Segretario Maria Esposito



Autoritatea Națională Anticorupție

Președinte