

Delibera numero 50 del 17 giugno 2015

Accordo Quadro Triennale - Procedura aperta in modalita telematica per il servizio di manutenzione e assistenza tecnica delle linee per lo smistamento della corrispondenza e delle attrezzature a supporto (SMI)

Oggetto: Fascicolo n. 1797/13 - Accordo Quadro Triennale - Procedura aperta in modalita telematica per il servizio di manutenzione e assistenza tecnica delle linee per lo smistamento della corrispondenza e delle attrezzature a supporto (SMI)

Stazione appaltante: Poste Italiane S.p.A.

Esponente: Stac S.r.l.

Contro interessata: Selex Es S.p.A.

Importo base d'asta: EUR 108.105.045,58

Rif. normativi: artt. 2, 49, 206 e 233 del d.lgs. 163/2006 s.m.i., art. 88 del d.P.R. 207/2010

Il Consiglio

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorita di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorita nazionale anticorruzione; Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni; Vista la relazione dell'Ufficio di vigilanza servizi e forniture.

Premesse

Il mercato dell'automazione postale, a livello nazionale, presenta connotati monopolistici poiche registra la presenza di un solo committente, Poste Italiane, che fin dagli anni '80 ha come fornitore del servizio Selex ES, gia Elsag.

Selex a sua volta aveva subappaltato il servizio di manutenzione predetto, mantenendo il governo degli impianti, a diverse imprese, in particolare negli ultimi anni a Logos S.r.l. e a Stac S.r.l.

Nel corso del 2012 Poste Italiane aveva gia messo a gara il servizio in oggetto registrando la partecipazione di un solo concorrente, RTI Selex ES (mandataria) con le stesse Logos S.r.l. e Stac S.r.l. (mandanti); gara che risulterebbe poi essere stata annullata per un vizio nell'offerta.

In tale contesto, in data 11 gennaio 2013, Poste Italiane ha indetto nuovamente la gara per il servizio in oggetto ai sensi dell'art. 206 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e smi, mediante svolgimento in modalita telematica, con il criterio dell'offerta economicamente piu vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del citato decreto.

L'importo posto a base di gara e stato pari a EUR 108.105.045,58 comprensivo degli oneri di sicurezza e al netto degli oneri fiscali e di eventuali opzioni/rinnovi (merita osservare che l'importo a base d'asta e inferiore rispetto alla gara indetta un anno prima).

La durata dell'appalto e stabilita in 36 mesi con facolta di rinnovo, da parte di Poste, di anno in anno per massimo ulteriori 24 mesi.

Nel termine hanno presentato offerta le seguenti Imprese:

- Costituito RTI Selex ES S.p.A. - PH Facility S.r.l.;
- Costituendo RTI Siemens S.p.A. - STAC Italia S.r.l. - Logos S.r.l.

Le offerte economicamente piu vantaggiose per entrambi i lotti sono risultate quelle formulate dal RTI Selex - PH Facility, ciascuna con un punteggio complessivo pari a 100, a fronte di un punteggio di 88,139 per il lotto 1) e 88,314 per il lotto 2) attribuito al RTI concorrente.

Tali offerte avendo ottenuto entrambe piu dei 4/5 del punteggio massimo previsto, sia per l'offerta tecnica che per quella economica, ai sensi di quanto previsto dall'art. 86 del d.lgs. 163/06 sono risultate anormalmente basse, e quindi sono state assoggettate a verifica dell'anomalia.

All'esito della verifica di congruita Poste Italiane ha affermato che: " *le giustificazioni fomite risultano congrue a quanto richiesto, verosimili e ragionevoli nelle assunzioni economiche e nella valutazione dei costi* " .

Avverso l'aggiudicazione la societa STAC Italia ha proposto ricorso al TAR Lazio - Roma, sezione Terza Ter, per l'annullamento, previa sospensiva, del provvedimento di aggiudicazione dalla procedura di gara . Sia il TAR Lazio in prima istanza che il Consiglio di Stato in appello hanno respinto la richiesta di cautelare avanzata dal ricorrente.

In data 3 ottobre 2013, Poste Italiane ha stipulato con il R.T.I. Selex ES - PH Facility, l'Accordo Quadro ed entrambi i lotti sono in corso di esecuzione dal 1 novembre 2013.

Ad oggi il contenzioso risulta perento per rinuncia del ricorrente.

Fatto

L'istruttoria dell'Autorita prende le mosse da un esposto della STAC S.r.l., la quale denunciava presunte violazioni alle vigenti disposizioni normative in materia di appalti pubblici nel procedimento in oggetto, segnatamente:

- incongruita del costo del lavoro dell'offerta del RTI aggiudicatario;
- contratto di avvalimento tra la PH Facility e la Selex ES privo dei requisiti di legge;
- insussistenza dei requisiti professionali e generali in capo alla stessa PH Facility;
- possesso di Certificazione di qualita inconferente;

- carenza di personale professionalmente preparato in organico peraltro reclutato nelle more della gara con contratti interinali.

Conseguentemente l'Ufficio comunicava ai soggetti interessati l'avvio dell'istruttoria e chiedeva chiarimenti in merito alle doglianze riportate in esposto, a cui hanno corrisposto con memorie Poste Italiane S.p.A. e Selex ES S.p.A.

Il Consiglio si è espresso sul caso nel corso dell'adunanza del 25 febbraio 2015 (relazione istruttoria n. 14679 del 10.2.2015), approvando la comunicazione delle risultanze istruttorie ai soggetti interessati.

Con la comunicazione predetta si sono formulati, in particolare, i seguenti rilievi:

- il contratto d'avvalimento prodotto dalla PH Facility risulta, in violazione dell'art. 49 del d.lgs. 163/06 e art. 88 del d.p.r. 207/2010, affetto da assoluta genericità nell'oggetto poiché l'impegno assunto dall'impresa ausiliaria Selex è limitato alla messa a disposizione del requisito previsto dal bando di abilitazione senza ulteriori specificazioni in termini di risorse e dei mezzi che sono necessari per sopperire alla carenza dei requisiti;
- la *lex specialis*, nel caso di specie, è limitativa della concorrenza, ovvero predestinata a ridurre, di fatto, il ventaglio dei possibili partecipanti al precedente ed attuale gestore del servizio in violazione degli artt. 2 e 68 del d.lgs. 163/06.

Sia Selex ES che Poste Italiane hanno dato riscontro alla comunicazione di risultanze istruttorie predetta evidenziando, in sintesi, quanto segue:

- l'avvalimento, con riferimento ai Centri di Manutenzione, non era necessario perché la *lex specialis* attribuiva il possesso del requisito al RTI e la mandataria (Selex) possedeva il predetto requisito in proprio;
- sempre sotto il profilo del possesso di Centri di Manutenzione, il contratto di avvalimento conteneva l'esatta individuazione delle sedi, e, comunque, sarebbe stato sufficiente produrre un mero accordo commerciale (privo, quindi, delle caratteristiche proprie del contratto di avvalimento) per comprovarne il possesso del requisito;
- con riferimento ai requisiti inerenti il fatturato, trattandosi di un evidente caso di avvalimento di garanzia, non si richiedeva (né, a ben vedere, sarebbe stato possibile di indicare) una specifica indicazione di risorse e mezzi prestati;
- l'avvalimento instaurato tra Selex ES e PH Facility riguarda unicamente alcuni requisiti di capacità economica-finanziaria (punto III.2.2., del bando) e tecnica (punto III.2.3. del bando);
- il Consiglio di Stato, con sentenza 2/3/2015, n. 1020, ha affrontato un caso analogo a quello in questione riconoscendo che: *"vero e ... che l'avvalimento non deve rimanere astratto e, cioè, svincolato da qualsivoglia collegamento con le risorse materiali o immateriali messe a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria, ma [..] [come] questa Sezione ha osservato, soprattutto nei settori dei servizi e delle forniture, ove non esiste un sistema di qualificazione a carattere unico ed obbligatorio, come per i lavori, il contratto di avvalimento si sostanzia in relazione alla natura ed alle caratteristiche del singolo requisito richiesto, come fissato di volta in volta dal bando di gara. [...] le regole dettate dal d.lgs. 163/2006 e dal D.P.R. 207/2010 in materia di avvalimento, pur finalizzate a garantire la serietà, la concretezza e la determinatezza di questo, non devono essere interpretate meccanicamente secondo aprioristici schematismi concettuali, che non tengano conto del singolo appalto e, soprattutto, frustrando la sostanziale disciplina dettata dalla lex specialis (Consiglio di Stato, sez. III, 04/12/2014, n.5978)"*;
- i requisiti di cui ai paragrafi 3.3 e 3.5 della scheda di valutazione tecnica (allegata al Capitolato speciale di gara) in nessun modo possono "preconstituire nei confronti di alcuni concorrenti illegittime posizioni di vantaggio". In particolare, sia il paragrafo 3.3 che il 3.5 della scheda di valutazione tecnica, non introducevano, criteri "escludenti", limitandosi a prevedere meccanismi premiali (peraltro di lievissima entità) in favore dei concorrenti che avessero dimostrato il possesso di una determinata esperienza nel ramo della manutenzione postale su sistemi Elsag;
- anche il possesso di questo requisito era niente affatto escludente od anche solo potenzialmente limitativo della concorrenza. Bastava, infatti, disporre di certificati rilasciati dal costruttore o di attestazione di frequenza di un corso di formazione tecnico del costruttore od anche di curricula con almeno 3 anni come manutentore linee Elsag. Del resto, il possesso di tali esperienze curriculari (acquisibili, si ripete, anche attraverso corsi di formazione non particolarmente onerosi od impegnativi) era perfettamente logico dal momento che si tratta di operare su macchinari complessi e delicati la cui non corretta manutenzione potrebbe inficiare l'efficienza dello smistamento e quindi il rispetto dei tempi di consegna di decine di migliaia di invii postali;
- per un nuovo soggetto subentrante, un'eventuale perdita di punteggio su detti requisiti tecnici avrebbe potuto essere agevolmente recuperata, come previsto al paragrafo 3.9 (max 7 punti su 100), andando a proporre l'assunzione di un maggior numero di risorse provenienti dai precedenti fornitori, già in possesso dei requisiti di cui ai punti 3.3 e 3.5 della stessa scheda di valutazione tecnica.

Considerazioni

Alla luce di quanto sopra evidenziato e dedotto si confermano, seppur parzialmente, le conclusioni rassegnate nella comunicazione di risultanze istruttorie in base alle considerazioni che seguono. In merito alla carenza dell'avvalimento intercorso tra Selex (mandataria) e PH Facility (mandante)

occorre preliminarmente chiarire il distinguo, di origine pretoria, tra avvalimento di garanzia ed avvalimento operativo; il primo, ossia l'avvalimento di garanzia, sarebbe "figura nella quale l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto" (Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014 n. 594) e, per tale ragione, il relativo contratto non richiederebbe la specificazione delle risorse materiali, immateriali e gestionali concretamente messe a disposizione. Nell'avvalimento operativo, invece, il contratto dovrebbe indicare specificamente tutte le risorse, ex art. 42 Codice Contratti, dell'impresa ausiliaria che vengono messe a disposizione dell'ausiliata. Tale distinguo, tuttavia, non trova fondamento nell'attuale quadro normativo di riferimento (art. 49, comma 2, del d.lgs. 163/06 e art. 88, comma 1, del d.P.R. 207/2010) poiché, come correttamente evidenziato dallo stesso Consiglio di Stato in altra pronuncia: "*Se sotto un profilo squisitamente descrittivo e certamente possibile rintracciare una diversità tra l'avvalersi dei requisiti di cui all'art. 41 Cod. e l'avvalersi dei requisiti tecnico-professionali di cui all'art. 42 Codice Contratti, non v'è dubbio che, almeno allo stato, tutto ciò non può tradursi in un differente regime giuridico mancando disposizioni che differenziano la specificità dell'oggetto a seconda dell'una o dell'altra categoria*" (...) "*In secondo luogo, 'allentando' il requisito della specificità e determinatezza dell'oggetto nel caso di avvalimento dei requisiti economico-finanziari, oltre che compiere un'interpretazione non prevista dalla legge, si rischia di compromettere quei requisiti di serietà ed effettività che sono stati certamente considerati dal legislatore nel momento in cui ha recepito le direttive comunitarie*" (cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana del 21.1.2015, n. 35). Da tale orientamento non vi è ragione di discostarsi se solo si pone mente al fatto che lo stesso art. 49, comma 2, lett. f) del codice nella sua formulazione non pone differenze tra requisiti economici e/o tecnici.

Seppur condivisibile è la tesi sostenuta dallo stesso Consiglio di Stato con la succitata decisione n. 1020/2015, ove per l'appunto si ribadiva che "*Le regole dettate dal d.lgs. 163/2006 e dal d.P.R. 207/2010 in materia di avvalimento, pur finalizzate a garantire la serietà, la concretezza e la determinatezza di questo, non devono essere interpretate meccanicamente secondo aprioristici schematismi concettuali, [...] l'avvalimento mira (va) a garantire una specifica risorsa immateriale - il fatturato - frutto di una specifica esperienza maturata in un settore eguale o analogo [...], viceversa, non si condivide l'assunto della citata pronuncia sulla determinabilità dell'oggetto del contratto: "Indipendentemente dalla sua natura operativa o di garanzia, l'oggetto del contratto di avvalimento [...] deve ritenersi, dunque, determinato e, comunque, ragionevolmente determinabile, ai sensi dell'art. 1346 c.c.", in quanto, come ben rappresentato nella decisione della CGA Siciliana predetta: "Dal confronto tra l'articolo 1346 c.c. e l'articolo 88 d.P.R. 207/2010 emerge che il regolamento al Codice dei Contratti, a differenza del codice civile, ha richiesto che l'oggetto del contratto di avvalimento sia determinato, e non anche solo determinabile, e individuato potendosi al riguardo trarre convincimento dall'aggettivo "specifico" utilizzato dall'articolo 88 d.P.R. cit. Tale diversità di disciplina tra il codice civile e la normativa in materia di appalti si giustifica in ragione della necessità di evitare l'elusione dei requisiti prescritti dalla legge di gara ricorrendo a dichiarazioni e contratti di avvalimento generici non rispondenti a quelle esigenze di serietà ed effettività prima indicate".*

Inoltre, in disparte dalle elaborazioni di dottrina e giurisprudenza sulla qualificazione del negozio di avvalimento di garanzia e/o avvalimento operativo, a sostegno delle considerazioni riportate nella comunicazione delle risultanze istruttorie milita anche il fatto che i requisiti "economico-finanziari" di cui si avvalsa l'impresa ausiliata (PH) non sono meramente economici, ma anche tecnico-professionali, stante l'avvalimento da parte della stessa dei requisiti di cui alle lettere j) e k), punto III.2.3. (*capacità tecnica*) del bando (cfr. art. 2 del contratto di avvalimento).

Invero, nel caso di specie il bando, dopo aver indicato un certo fatturato specifico alla lettera g) del punto III.2.2 (rubricato: *capacità economica e finanziaria*), richiede al punto III.2.3., lett. j) il requisito di un fatturato "*specialistico*", relativamente al fatturato di cui al punto g), ossia un fatturato "*affidente ai servizi di manutenzione su linee di smistamento lettere e cartoline secondo la standard UPU*".

È chiaro che nel caso di specie si versa in un requisito tecnico-professionale, sia per la qualificazione operata dal bando, sia in virtù del fatto che tale requisito, ai sensi dell'art. 42 del codice degli appalti, è volto a comprovare la pregressa esperienza e capacità di eseguire la prestazione richiesta, e non certo la solidità economica a garanzia dell'esecuzione del contratto come potrebbe essere per i requisiti di cui al punto III.2.2 del bando e art. 41 del codice.

Inoltre, sempre al punto III.2.3), lett. k) il bando richiedeva un ulteriore fatturato cd. "*specialistico*", ossia l'"*avere eseguito, negli ultimi 36 mesi antecedenti alla data di scadenza della presentazione delle istanze/offerte, prestazioni relative ai servizi indicati al punto (rectius: punto) g) e nell'elenco di cui al punto h) per un periodo continuativo di almeno 12 mesi*", anche in questo caso, al di là della non chiara lettera del bando, il riferimento al fatturato era volto a comprovare la capacità tecnico-professionale di eseguire la prestazione oggetto d'appalto.

In particolare quest'ultimo requisito (lett. k), era richiesto, diversamente dal requisito di cui al punto precedente j) e dal requisito (centri di assistenza tecnica) di cui al punto l) del bando, all'impresa singola e non all'intero RTI (cfr. punto VI.3 - informazioni complementari).

Pertanto, l'oggetto del negozio di avvalimento ex art. 49 del codice intercorso tra Selex ES e PH Facility risulta non sufficientemente determinato poiché l'impegno assunto dall'impresa ausiliaria Selex è limitato alla messa a disposizione dei requisiti, sia economici che tecnici, previsti dal bando, senza ulteriori indicazioni in termini di risorse e dei mezzi che sono necessari per sopperire alla

carenza dei predetti requisiti.

Nel merito delle criticità emerse in merito alla richiesta dei requisiti funzionali di cui ai punti 3.3 e 3.5 della "Scheda di Valutazione Tecnica", allegato C, del Capitolato Speciale d'Oneri, ovvero un numero minimo di persone con comprovata esperienza come manutentore linee smistamento postale "Elsag", la cui professionalità poteva essere dimostrata, alternativamente, attraverso <>, si rileva, che permangono le perplessità evidenziate nella CRI, posto che all'atto pratico, come affermato dai soggetti coinvolti nell'istruttoria, la "complessa e delicata" prestazione d'appalto viene paradossalmente assolta da operatori la cui esperienza professionale è data e comprovata da un corso di formazione della durata di 20 giorni espletato in costanza di gara.

Non mitiga la suddetta perplessità il fatto che nel bando fosse contemplato un ulteriore punteggio premiale per l'operatore che si impegnava, in sede di offerta, all'assunzione di personale già impiegato dal precedente appaltatore, poiché condizione che attiene alla fase esecutiva dell'appalto e non requisito/elemento della selezione del miglior concorrente.

Infine, la stima del presente appalto non ha tenuto conto del valore dell'opzione di "estensione" della prestazione contrattuale e del valore dell'eventuale rinnovo per ulteriori 24 mesi (cfr. art. 29, commi 1 e 13, del Codice degli appalti); il valore economico dell'appalto è infatti un elemento essenziale e indispensabile per informare il mercato di riferimento dell'appalto posto in gara, così da consentire eventualmente la partecipazione di altri operatori economici, nel caso di specie operatori verosimilmente di livello transfrontaliero, per la formulazione di offerte adeguate e sostenibili.

Tale osservazione, tuttavia, ha una valenza in termini generali, stante il consistente valore economico del presente appalto, ben oltre la soglia comunitaria, e il criterio ispiratore della norma citata di cui al comma 11 dello stesso art. 29, ove è stabilito che " *la scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dal campo di applicazione delle norme dettate per gli appalti di rilevanza comunitaria* ".

Tutto ciò considerato e ritenuto il Consiglio, nell'adunanza del 17 giugno 2015:

delibera

- il contratto d'avvalimento prodotto dalla PH Facility risulta, in violazione dell'art. 49 del d.lgs. 163/06 e art. 88 del d.p.r. 207/2010, affetto da assoluta genericità nell'oggetto poiché l'impegno assunto dall'impresa ausiliaria Selex è limitato alla messa a disposizione del requisito fatturato, senza ulteriori specificazioni in termini di risorse e dei mezzi che sono necessari per sopperire alla carenza dei requisiti sia tecnici che economici;
- per le future gare, la stazione appaltante, nel computo del valore economico a base d'asta, si deve attenere al dettato dell'art. 29 del d.lgs. 163/06, tenendo conto anche del valore delle opzioni e dei rinnovi contrattuali.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 23 giugno 2015
Il Segretario Maria Esposito