

Deliberazione n.9 Adunanza del 14 ottobre 2014

Fascicolo: 1940/2013

Oggetto: Procedura ristretta per la privatizzazione attraverso cessione totale del capitale di CAREMAR e affidamento alla medesima di contratto di servizio pubblico di cabotaggio marittimo della Regione Campania

Stazione Appaltante (S.A.): Regione Campania

Riferimento normativo: artt. 2, 11, 46, 75 decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE); artt. 283, 117, 120 decreto Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione e attuazione del DLgs 12 aprile 2006, n. 163, recante "Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"); art. 97 Costituzione 27 dicembre 1947 (Costituzione della Repubblica italiana); artt. 106 e 107 decreto Legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia); art. 10 decreto legislativo 13 agosto 2010, n.141 (Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi); art. 1, commi 65 e 67 legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)

Il Consiglio

Vista la normativa sopra richiamata

Vista la relazione della Direzione Vigilanza lavori, servizi e forniture

Considerato in fatto

- L'Autorità, in data 12.9.2013, sulla base di segnalazioni e articoli di stampa, ha avviato d'ufficio un'istruttoria nei confronti della Regione Campania, per la verifica di presunte anomalie in ordine alla procedura ristretta per la privatizzazione, attraverso cessione totale del capitale di CAREMAR e affidamento alla medesima di contratto di servizio pubblico di cabotaggio marittimo nell'ambito territoriale della regione Campania, con particolare riguardo alle questioni del versamento del contributo AVCP e delle fidejussioni presentate dai concorrenti.
- La Regione Campania, in relazione alla richiesta di informazioni correlata all'avvio dell'istruttoria, ha fornito riscontro in data 7.10.2013.
- In data 26.11.2013, a seguito dell'acquisizione di ulteriore documentazione presentata dalla società Marworld Ship Management and Service Spanell'ambito dell'istruttoria espletata dall'ufficio di precontenzioso dell'Autorità, sono state richieste alla Regione Campania ulteriori informazioni e documentazione.
- Le integrazioni richieste sono state fornite dalla Regione Campania con nota datata 3.12.2013.
- Con nota datata 18.6.2014, sono state comunicate alla Regione Campania le risultanze istruttorie cui è pervenuta l'Autorità e sono state illustrate le criticità inerenti la procedura in esame, concedendo un termine di 30 gg. per eventuali controdeduzioni e relativa documentazione.
- La stazione appaltante non ha fornito controdeduzioni.
- Dagli elementi informativi e documentali è emerso quanto segue.
 - La Regione Campania, con decreto dirigenziale n. 202 del 12.7.2012, ha indetto la procedura di gara per la cessione, da aggiudicarsi al miglior offerente, dell'intero capitale sociale della CAREMAR - Campania Regionale Marittima Spa- e per affidamento alla società cessionaria del contratto di servizio pubblico di cabotaggio marittimo nella regione Campania, per l'importo di euro 172.553.034,00, pubblicando il bando sulla GURI del 20.7.2012 e sulla GUUE del 25.7.2012, con fissazione del termine di presentazione delle domande di partecipazione alla data del 21.9.2012.
 - Alla stazione appaltante sono pervenute quattordici domande di partecipazione, di cui nove sono state ammesse alla gara e invitate a presentare offerta entro il termine del 27.6.2013; entro il suddetto termine sono pervenute tre offerte: 1) ATI SNAV/RIFIM, 2) società Alilauro Gru.So.N. Spa, 3) ATI TTT Tomazos Transport & Tourism spa/Partenopea marittima srl/ Marworld Ship Management and Services Spa/Davimar Eolia Navigazione s.r.l.
 - In data 28.6.2013, si è tenuta la prima seduta di gara pubblica, in cui si è proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte e alla verifica della documentazione in essi contenuta. Successivamente, si sono tenute cinque sedute di gara, sia pubbliche che riservate, nel corso delle quali la Commissione di gara è pervenuta all'esclusione di un offerente, ATI TTT Tomazos Transport & Tourism spa + 3, e all'aggiudicazione provvisoria in favore dell'ATI SNAV/RIFIM, la cui offerta è risultata congrua e affidabile all'esito del sub procedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta, svoltosi successivamente, in

due sedute riservate e i cui esiti sono stati comunicati in seduta pubblica del 16.10.2013. Ad essa è seguita l'aggiudicazione definitiva da parte della Regione Campania in data 29.10.2013.

- La società Marworld Ship Management and Services S.p.A, mandante dell'ATI esclusa, ha impugnato la propria esclusione e l'aggiudicazione in favore dell'ATI SNAV/RIFIM, con presentazione di ricorso e motivi aggiunti innanzi il TAR Campania, il cui contenzioso si è concluso con sentenza n. 3113/2014 del 5.6.2014, che ha rigettato il ricorso avverso l'esclusione dell'ATI ricorrente, "TTT Tomazos Transport & Tourism spa + 3, ed ha accolto il ricorso avverso l'aggiudicazione in favore dell'ATI SNAV/RIFIM.

Ritenuto in diritto

Sulla mancata presentazione da parte dell'offerente ATI SNAV/RIFIM e dell'offerente società Alilauro Gru.So.N. Spadell'attestazione di pagamento del contributo all'Autorità entro i termini di presentazione dell'offerta.

La S.A. ha rappresentato di avere ritenuto fondate le segnalazioni pervenute dagli operatori economici, per le vie brevi, il giorno anteriore alla scadenza dell'offerta, circa le difficoltà operative incontrate dagli stessi per il pagamento del contributo all'Autorità secondo le modalità prescritte negli atti di gara. La S.A. ha rappresentato, infatti, di avere rilevato nel sistema SIMOG dell'Autorità un errore nell'indicazione della data di scadenza per la presentazione delle offerte che, anziché indicare il 27.6.2013, indicava il 21.9.2012; il sistema, cioè, riportava invece che la data di scadenza delle offerte, quella delle domande di partecipazione (risalente all'anno prima). Ciò, pertanto, a parere della S.A. non avrebbe consentito agli operatori economici di effettuare il pagamento secondo le modalità operative prescritte dalla *lex specialis* di gara. La S.A. ha rappresentato, inoltre, di avere comunicato lo stesso giorno quanto sopra all'Autorità - sia per iscritto (via mail e fax) che telefonicamente (al call center) - al fine di risolvere tempestivamente la problematica segnalata.

L'Amministrazione regionale ha riferito di avere ricevuto dal Call Center dell'Autorità, in data 26.6.2013, conferme circa le difficoltà operative riscontrate dagli operatori economici e la comunicazione circa l'impossibilità di risolvere il problema entro la data di scadenza delle offerte, cioè le h. 12.00 del giorno successivo, il 27.6.2013.

A seguito di ciò, la S.A. ha comunicato a tutti i candidati invitati a presentare offerta, in pari data (a mezzo fax), che «l'eventuale omissione dell'adempimento previsto dal punto 4 della lettera d'invito non sarà valutata ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara», ferma restando la permanenza dell'obbligo di «regolarizzare, anche successivamente alla presentazione dell'offerta, il suddetto versamento all'Autorità».

L'Autorità, ha verificato presso l'ufficio Staff Contact Center, quanto riferito dalla S.A.; risulta, infatti, che gli operatori economici non abbiano potuto pagare, in data 26.6.2013, il contributo dovuto all'Autorità per la gara in esame, tramite il servizio riscossione dell'Autorità, a causa della errata indicazione, nel sistema SIMOG dell'Autorità, della data di scadenza e che non si sia potuto procedere, in pari data, alla rettifica dell'errata data di scadenza (la data è stata poi corretta in data 2.7.2013).

L'Autorità, con la determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, ha già avuto modo di ribadire che l'omesso versamento del contributo dovuto all'Autorità costituisce causa di esclusione, ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005 n. 266, poiché rientra nella fattispecie di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. 163/2006 (che subordina l'esclusione dei concorrenti dalle procedure di gara, al verificarsi del mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice, dal Regolamento attuativo e da altre disposizioni di legge vigenti) ma ha altresì rappresentato che un inadempimento meramente formale, consistente nell'aver effettuato il versamento di detto contributo seguendo modalità diverse da quelle impartite dall'Autorità¹, non può essere sanzionato dalla stazione appaltante con l'esclusione, senza che si proceda ad un previo accertamento dell'effettivo assolvimento dell'obbligo in questione².

Nel caso di specie, non si ravvisano motivi per non concordare con l'orientamento di cui sopra; difatti si ritiene che gli operatori avrebbero potuto procedere, come in effetti hanno fatto, al pagamento del contributo all'Autorità con modalità diverse da quelle impartite dall'Autorità stessa, richiamate nella *lex specialis* di gara - presso i punti vendita Lottomatica Servizi ma con termine di gara scaduto - senza incorrere nell'automatica esclusione dalla gara (purché la S.A. accertasse l'avvenuto pagamento nei termini prescritti nella lettera d'invito).

La S.A., dopo aver verificato che non sarebbe stato possibile rettificare l'errore segnalato e ripristinare il corretto funzionamento del servizio di riscossione sul sito dell'Autorità, ha optato per comunicare a tutti gli operatori economici invitati, nel rispetto della par condicio, la proroga dei termini di pagamento del contributo dovuto all'Autorità e di presentazione della relativa ricevuta (senza modificare quelli della presentazione delle offerte), lasciando alla Commissione la determinazione dell'eventuale termine successivo entro cui adempiere.

In concreto, due operatori, su tre che hanno presentato offerta, hanno proceduto al pagamento del contributo entro il termine iniziale e il terzo ha effettuato il pagamento e consegnato la relativa ricevuta nel termine ad esso assegnato dalla commissione di gara nella seduta del 28.6.2013.

Non si ravvisano, pertanto, nella condotta della S.A. come sopra descritta, criticità tali da inficiare la regolarità della procedura di gara.

Sulla carenza di valida sottoscrizione delle fideiussioni provvisorie rilasciate dall'intermediario

finanziario So.Fi.m Spain favore delle due offerenti, ATI SNAV/RIFIM e società Alilauro Gru.So.N. S.p.A.

Dagli atti prodotti dalla S.A., risulta che la Commissione di gara ha verificato in corso di gara (nella seduta riservata del 18.7.2013)³ che entrambe le fideiussioni rilasciate dalla So.Fi.m Spa, in data 25.6.2013, in favore del concorrente ATI SNAV/RIFIM, e in data 11.6.2013 alla società Alilauro Gru.So.N. Spa, sono state sottoscritte da un soggetto, Dott. Umberto Fiore, risultato essere il legale rappresentante della società So.Fi.m. Difatti, risulta che la descritta verifica è stata effettuata mediante l'esame della visura camerale della società So.Fi.m. Spa, acquisita in corso di gara, rilasciata dalla C.C.I.A.A. di Roma in data 1.7.2013. Dalla stessa è risultato che il sottoscrittore, Umberto Fiore, era stato nominato amministratore unico della società per la durata di tre anni, con atto del 23.4.2013, che la data di presentazione carica era il 6.6.2013 e che la data di iscrizione era l'11.6.2013 (tali dati risultano confermati dalle visure camerali della società acquisite a cura dell'Ufficio in data 19.11.2013).

Da quanto sopra si rileva, dunque, che la Commissione ha verificato che il soggetto suindicato, alla data di emissione di entrambe le citate fideiussioni provvisorie, era titolare della carica di Amministratore unico. Si rileva, altresì, che le descritte verifiche sono state compiute a seguito di quattro segnalazioni pervenute alla Commissione, relative al disconoscimento delle garanzie rilasciate da So.Fi.m Spa, di cui tre oggetto di esame da parte della commissione nel corso della seduta riservata del 18.7.2013⁴. La Commissione, in proposito, aveva ritenuto di mantenere ferme le proprie determinazioni in merito alle garanzie presentate in sede di offerta (cioè di ritenerle non valide per altri profili di cui nel prosieguo e di chiederne la sostituzione con nuove valide fideiussioni), oltre che sussistenti «ragionevoli dubbi (...) in ordine alla veridicità e alla corretta provenienza delle medesime dichiarazioni» (si ritiene che ciò valesse per le due missive inviate su carta intestata delle società Sofim e Delcomar, quest'ultima priva di data e sottoscrizione); oltre che alla luce delle sopra descritte verifiche, rilevava, infatti, che il contenuto delle segnalazioni riguardasse rapporti interni alla società So.Fi.m spa «in ordine alla titolarità di rappresentanza, non opponibili a terzi e quindi alla stazione appaltante» (verbale n. 8 della seduta riservata del 18 luglio 2013).

Per quanto in atti, l'Autorità ritiene, dunque, che nel caso in esame la Commissione di gara abbia effettuato le richieste verifiche e che, pertanto, non sussistano ulteriori margini di intervento.

Sulla carenza dei requisiti prescritti dalla lettera d'invito e dall'art. 75 d.lgs. 163/2006 nelle fideiussioni provvisorie rilasciate da intermediari finanziari in favore delle tre offerenti, ATI costituita SNAV/RIFIM, società Alilauro Gru.So.N. Spa, ATI costituenda Tomaso Transport&Tourism/Partenopea Marittima/Marworld Ship Management and Services/Davimar Eolia Navigazione s.r.l.

Nella procedura di gara in esame si ravvisano criticità riferibili alla condotta della Commissione di gara, che ha consentito ai soli tre concorrenti che hanno presentato offerta - ATI costituita SNAV/RIFIM, società Alilauro Gru.So.N. Spa, ATI costituenda TTT Tomaso Transport&Tourism/Partenopea Marittima/Marworld Ship Management and Services/Davimar Eolia Navigazione s.r.l. - di produrre nuove fideiussioni provvisorie dopo la scadenza del termine perentorio per la presentazione delle offerte e l'apertura delle stesse, ivi incluse quelle economiche⁵.

Dai verbali di gara risulta che la Commissione di gara abbia accertato la denunciata carenza dei requisiti prescritti dalla lettera d'invito nonché dall'art. 75 d.lgs. 163/2006, nelle tre fideiussioni provvisorie prodotte a corredo delle tre offerte presentate nella gara in esame, cioè in capo alla So.fi.m. Spa, società che ha rilasciato la fideiussione in favore della concorrente ATI SNAV/RIFIM e della concorrente Alilauro Gru.So.N. Spa, e in capo alla Fideas s.r.l., società che ha rilasciato la fideiussione in favore dell'ATI Tomaso Transport&Tourism/Partenopea Marittima/Marworld Ship Management and Services/Davimar Eolia Navigazione s.r.l. La Commissione ha ritenuto, infatti, che le suddette società - in qualità di intermediari finanziari - non potessero rilasciare le fideiussioni provvisorie richieste dalla lettera d'invito poiché, per espressa previsione normativa, non erano iscritte all'Elenco speciale degli intermediari finanziari, disciplinato dal vecchio testo dell'art. 107 d.lgs. 385/1993 (Testo Unico Bancario - nel prosieguo T.U.B.); ciò, sino all'istituzione del nuovo Albo degli intermediari finanziari (disciplinato dal nuovo testo dell'art. 106 T.U.B.) tenuto dalla Banca d'Italia.

Ciò appare chiaramente disposto dal d.lgs. 141/2010 che ha introdotto modifiche agli artt. 106 e 107 T.U.B. che disciplinavano, rispettivamente, l'albo generale e l'albo speciale degli intermediari finanziari ma ne ha tuttavia subordinato l'attuazione a future disposizioni non meglio specificate.

Nello specifico, l'art. 10 d.lgs. 141/2010⁶ ha:

- subordinato l'iscrizione nel nuovo Albo degli intermediari finanziari (ex art. 106 nuovo testo TUB, introdotto con l'art. 7 d.lgs. 141/2010), all'emanazione di disposizioni attuative (comma 3);
- previsto che i testi degli artt. 106 e 107 T.U.B., abrogati o sostituiti dal decreto stesso e dalle disposizioni attuative, continuassero ad applicarsi sino all'entrata in vigore delle disposizioni attuative e sino al completamento degli adempimenti relativi a cancellazioni, iscrizioni, autorizzazioni, inerenti gli albi e gli elenchi di cui sopra (comma 8);
- disposto che gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale e speciale ex artt. 106 e art.

107 vecchio testo del T.U.B., alla data del 17.10.2012, continuassero ad operare per un periodo di 12 mesi successivi all'emanazione delle disposizioni attuative (commi 1 e 2) ⁷.

Le citate disposizioni attuative non sono state emanate, motivo per cui il testo degli artt. 106 e 107 TUB, in vigore prima dell'abrogazione e/o sostituzione operata dal d.lgs. 141/2010, è tutt'ora vigente e lo era al momento dell'approvazione dello schema della lettera d'invito e dell'invio della lettera d'invito nonché al termine di scadenza della presentazione delle offerte (come pure alla data di pubblicazione del bando di gara) ⁸.

La Commissione di gara ha rilevato quanto sopra nella seduta riservata del 2 luglio 2013 (verbale n. 2) e conseguentemente ha ritenuto non idonee e non valide le garanzie rilasciate dalle suddette società non iscritte nell'elenco speciale ex art. 107 T.U.B. vecchio testo.

Tanto di evince dal verbale n. 2 del 2 luglio 2013, che testualmente recita: «La Commissione (...) non può che rilevare che le garanzie prestate dalle società FIDEAS e Sofim nell'interesse dei concorrenti non possono ritenersi idonee in quanto rilasciate da società iscritte nel solo elenco generale di cui all'articolo 106 TUB (testo previgente alla modifica) e non anche nell'elenco speciale ex articolo 107, vecchio testo» e che «la Commissione, operando a tutela dell'Amministrazione non può ritenere valide delle garanzie prestate da società che non risultano iscritte nell'elenco speciale ex articolo 107, vecchio testo».

Tuttavia, in contraddizione con quanto sopra, la Commissione non ha poi escluso le suddette offerte e ha concesso «a tutti e tre i concorrenti termine fino al 15 luglio 2013, ore 12,00, per produrre garanzia fideiussoria, a scelta dell'offerente, bancaria o assicurativa o rilasciata da un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del TUB (ancora operativo e visitabile sul sito della Banca d'Italia), che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze» (verbale n. 2 del 2 luglio 2013), cioè una proroga dei termini di gara per la produzione di nuove fideiussioni provvisorie ⁹.

La Commissione ha ritenuto, infatti, che l'invalidità delle fideiussioni fosse ascrivibile a un "errore scusabile" degli offerenti, asseritamente dovuto al fatto che «il complesso nuovo quadro normativo non è ancora pienamente operativo e che tale incertezza può aver indotto i concorrenti a valutare come idonea la garanzia prestata da intermediari finanziari iscritti esclusivamente all'elenco generale di cui all'articolo 106, vecchio testo, TUB» (verbale n. 2 del 2 luglio 2013).

La peculiarità di tale condotta, d'altronde, pare emergere anche dalle considerazioni della Commissione di gara che, nella seduta del 18 luglio 2013, ha evidenziato che «La Commissione, tuttavia, non ha proceduto alla esclusione, ma ha dato la possibilità a tutti e tre i concorrenti di presentare nuova garanzia» ¹⁰.

Dal verbale di gara n. 2 emerge che il quadro normativo cui la Commissione ha fatto riferimento era costituito da due norme:

- a. l'art. 75 del d.lgs. 163/2006 (il cui contenuto era stato riprodotto nell'allegato 7 alla lettera d'invito) che faceva riferimento all'art. 106 T.U.B. nuovo testo (come modificato dall'art. 7 d.lgs. 141/2010), in virtù delle modifiche introdotte dall'art. 28 d.lgs. 169/2012 ¹¹;
- b. l'art. 106 T.U.B., nel testo novellato dal d.lgs. 141/2010, che non era ancora operativo ¹², in virtù di quanto previsto dall'art. 10 d.lgs. 141/2010, sopra illustrato ¹³.

Non si ritiene, tuttavia, che il descritto quadro normativo, per quanto complesso, fosse idoneo a indurre in errore i concorrenti.

Permaneva, infatti, nel 2010 l'inidoneità dei soggetti iscritti all'elenco generale ex art. 106 TUB vecchio testo al rilascio delle predette garanzie fideiussorie, nonostante la novella del 2010, anzi per espressa previsione della stessa. Sicché non è dato ravvisare nella fattispecie de qua l'errore scusabile individuato dalla Commissione di gara nel fatto che gli operatori economici, ivi compresi gli intermediari finanziari, avrebbero potuto ignorare la perdurante vigenza del vecchio testo normativo degli artt. 106 e 107 T.U.B. dopo la novella del 2010. Né pare che il testo novellato dell'art. 75 del Codice dei contratti (riprodotto nonché espressamente citato nell'allegato 7 alla lettera d'invito) abbia potuto trarre in errore gli operatori economici poiché si riferisce chiaramente all'Albo previsto nel nuovo testo dell'art. 106 TUB; ciò in considerazione sia del dato letterale dell'art. 75, comma 3, d.lgs. 163/2006 (novellato dall'art. 28 d.lgs. 169/2012), che riporta il termine "Albo" e non "Elenco", sia per la finalità del citato art. 28, che ha inteso coordinare il testo previgente del comma 3 dell'art. 75 con il nuovo testo degli artt. 106 e 107 T.U.B., costituente la nuova normativa di settore, entrata in vigore benché inattuata.

In disparte le considerazioni di cui sopra, merita di essere esaminato anche un altro profilo.

Al di là delle valutazioni sulla legittimità delle clausole di esclusione ai sensi dell'art. 46, comma 1bis, d.lgs. 163/2006 ¹⁴, contenute nei bandi e/o nelle lettere d'invito relativamente alle offerte corredate da fideiussioni provvisorie sprovviste degli elementi di cui all'art. 75 d.lgs. 163/2006 - che è questione dibattuta tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, ove si registrano orientamenti contrastanti ¹⁵, su cui l'AVCP ha fornito un primo contributo ermeneutico con la Determinazione n. 4/2012 ¹⁶ - si ritiene che la condotta della Commissione di gara, nella fattispecie in esame, non sia stata conforme ai principi del Trattato UE nonché al Codice dei contratti poiché ha consentito ai soli offerenti di produrre nuove fideiussioni provvisorie una volta scaduti i termini di presentazione delle

offerte nonché dopo la lettura delle offerte economiche, in aperta violazione del principio di par condicio e trasparenza nonché del principio di segretezza delle offerte e dell'impermeabilità delle fasi di gara che vincola l'attività amministrativa della Commissione di gara (ai sensi degli 283 e 117 nonché art. 120 d.p.r. 207/2010) ¹⁷.

La giurisprudenza, in tema di soccorso istruttorio, ha avuto modo di stabilire che il principio di cui all'art. 46 D.Lgs. 163/2006, incontra un limite nel principio di par condicio, che va inteso nel senso di non consentire l'integrazione documentale ove «sopravvenga a colmare una iniziale e sostanziale inadeguatezza dell'offerta presentata dalla concorrente». Il soccorso istruttorio deve riferirsi, cioè, a carenze puramente formali od imputabili ad errori solo materiali e non può riguardare produzioni documentali difformi dalle prescrizioni degli atti di gara, sanzionati con l'esclusione. Bisogna distinguere, cioè, tra la mera integrazione e specificazione - ammessa - e l'introduzione di elementi o fatti nuovi, non ammessa in quanto consentirebbe di modificare in corso di gara la propria partecipazione alla gara, a danno delle altre concorrenti ¹⁸.

La richiesta di nuova produzione documentale da parte della Commissione di gara, dunque, non è qualificabile quale integrazione documentale né inquadrabile nella fattispecie del soccorso istruttorio poiché la Commissione non ha rilevato una mera carenza di taluni elementi formali delle fideiussioni presentate bensì l'invalidità delle stesse e così testualmente: «la Commissione, operando a tutela dell'Amministrazione non può ritenere valide delle garanzie prestate da società che non risultano iscritte nell'elenco speciale ex art. 107 vecchio testo». Si tratta, quindi, non di una mera irregolarità formale bensì di una carenza sostanziale, non sanabile ex post, alla luce della quale, tuttavia, la Commissione ha chiesto ed ottenuto (da due offerenti su tre) la produzione di una nuova garanzia, consistente in una fideiussione diversa da quella originariamente presentata. Il 15.7.2013 due offerenti hanno presentato due nuove fideiussioni, consistenti in due polizze assicurative rilasciate da due istituti assicuratori di nazionalità rumena, mentre il terzo ha ripresentato la fideiussione originaria (rilasciata dall'intermediario finanziario privo dei requisiti di cui sopra) ed è stato escluso per essere privo di idonea fideiussione ¹⁹.

In considerazione di quanto sopra, emerge chiaramente che gli unici soggetti che si sono potuti avvalere dei termini più ampi, oltre i termini perentori di cui sopra, concessi dalla Commissione per reperire sul mercato un nuovo soggetto idoneo a rilasciare le fideiussioni provvisorie prescritte dalla legge e dagli atti di gara, siano stati i soli tre concorrenti che hanno presentato le offerte corredate da fideiussioni non valide; di contro, tutti gli altri candidati invitati a presentare offerte (Delcomar s.r.l., Moby Spa, Navigazione libera del Golfo s.r.l., Palumbo Spa, Ustica Lines Spa) sono stati privati di tale possibilità per il solo fatto di avere fatto affidamento sugli atti di gara, quindi sulla loro immutabilità e sulla perentorietà dei termini.

In conclusione, si ritiene che la Commissione avrebbe dovuto procedere all'esclusione delle offerte non conformi alle prescrizioni della lettera d'invito e alla legge, non consentendo a nessun offerente di produrre documentazione nuova dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Violazione dei principi di par condicio, trasparenza, segretezza delle offerte e di impermeabilità delle fasi di gara.

Si ritiene che, nella fattispecie de qua, sia configurabile la violazione dei principi di par condicio, trasparenza, segretezza delle offerte e di impermeabilità delle fasi di gara, anche nel fatto che la Commissione di gara, nel corso della prima seduta pubblica del 28.6.2013, abbia proceduto contestualmente all'apertura e alla lettura tanto della documentazione amministrativa quanto delle offerte, tecnica ed economica ²⁰, e che solo dopo - nel corso di 10 sedute pubbliche e riservate - abbia proceduto alla valutazione della completezza e validità della documentazione prodotta a corredo delle offerte, sia ai fini dell'ammissione degli offerenti alla gara ²¹, che della selezione della migliore offerta ovvero dell'aggiudicazione provvisoria ²². Dai verbali delle operazioni di gara emerge come la Commissione abbia, dapprima, visionato e dato lettura dell'offerta, ivi inclusa quella economica, e che solo dopo abbia espletato le attività necessarie e propedeutiche all'ammissione o esclusione degli offerenti dalla gara ²³. Appare, quindi, che abbia invertito l'ordine delle fasi delle procedure di gara previsto dal legislatore, facendo precedere la selezione delle offerte (che è successiva) alla selezione degli offerenti (che è precedente).

La criticità nella condotta della Commissione di gara, tuttavia, è riconducibile alla lettera d'invito, che ha prescritto la presentazione tanto della documentazione amministrativa quanto dell'offerta tecnica ed economica, in un unico plico, contenente un unico blocco fascicolato in modo permanente, anziché in buste distinte e sigillate (per garantirne la segretezza e l'immutabilità), non prevedendo una valutazione separata e per fasi successive delle stesse (ai sensi dell'art. 11 d.lgs. 163/2006 e degli artt. 283 e 117 nonché 120 d.p.r. 207/2010). La lettera d'invito, infatti, anziché subordinare l'apertura e la lettura dell'offerta economica all'esito della valutazione dell'offerta tecnica (non soggetta, peraltro, all'attribuzione di punteggi ma costituente, in caso di aggiudicazione, allegato al contratto di servizio ²⁴), preceduta dall'esame della documentazione presentata a corredo dell'offerta, ne ha previsto l'apertura e la lettura in sede contestuale.

Tali previsioni configurano, dunque, una condotta che viola il principio ineludibile di segretezza degli atti di gara e delle offerte, che mira a garantire la parità di trattamento tra i partecipanti e assicura il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost., ai quali l'azione amministrativa deve conformarsi, come ribadito in materia dall'art. 2 del Codice dei contratti ²⁵.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

- ritiene che la Regione Campania nella procedura per la privatizzazione di CAREMAR e per l'affidamento del contratto di servizio pubblico di cabotaggio marittimo regionale, abbia operato in contrasto con i principi del Trattato UE nonché del Codice dei contratti. Si ritiene, in particolare, che abbia violato i principi di par condicio, trasparenza, segretezza delle offerte e impermeabilità delle fasi di gara, avendo la Commissione di gara consentito agli offerenti, che avevano prodotto fidejussioni provvisorie prive dei requisiti prescritti dalla lettera d'invito e dalla legge, di produrre nuove fidejussioni provvisorie una volta scaduti i termini di perentori di presentazione delle offerte, omettendo di escluderli dalla gara. Tale contrasto è ravvisabile anche nel fatto che la Commissione di gara, in conformità alla lettera d'invito, abbia aperto e dato lettura contestuale della documentazione amministrativa e delle offerte, tecnica ed economica, procedendo solo successivamente all'ammissione e/o esclusione degli offerenti, configurando una condotta che viola il principio ineludibile di segretezza degli atti di gara e delle offerte, mirante a garantire la parità di trattamento tra i partecipanti e ad assicurare il rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, ex art. 97 Cost., ai quali l'azione amministrativa deve conformarsi anche in materia di contratti pubblici, ex art.2 del Codice dei contratti;
- invita la Regione Campania a rendere note, entro trenta giorni dal ricevimento della presente deliberazione, le eventuali iniziative assunte in autotutela;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Contratti affinché comunichi la presente delibera alla Regione Campania.

Il Presidente f.f. Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 21 ottobre 2014

Il Segretario Maria Esposito

1 Cfr., istruzioni operative in vigore dal 1° gennaio 2011, pubblicate sul sito dell'Autorità.

2 Cfr., anche, AVCP, parere dell'8 febbraio 2012 n. 8; parere del 12 gennaio 2011 n. 4; parere del 14 gennaio 2010 n. 8 e parere del 25 marzo 2010 n. 67. L'Autorità ha dunque precisato che «Ne deriva che, se è corretto riportare nella lex specialis il contenuto delle istruzioni operative concernenti il versamento del contributo all'Autorità e paventare l'esclusione in caso di mancato pagamento, non lo è altrettanto prevedere la medesima sanzione nel caso di una violazione meramente formale delle predette istruzioni».

3 Cfr. verbale n. 8.

4 Le missive sono le seguenti: 1) una dell'avvocato Gitto, inviate alla Commissione in nome e per conto della costituenda ATI Tomastos Transport&Tourism/Partenopea Marittima/Marworld Ship Management and Services/Davimar Eolia Navigazione s.r.l., del 12 luglio 2013, acquisita al protocollo regionale in data 15 luglio al n. 2013.0514869; 2) una della società So.Fi.m del 27/06/2013 acquisita al protocollo regionale in data 9 luglio al n. 2013.0496310; 3) una, priva di data e sottoscrizione, su carta intestata Delcomar, acquisita al protocollo regionale in data 11/07/2013 al n. 2013.0506162 (in atti). Invero, la Commissione nel medesimo verbale n. 8 del 18/07/2013, dà atto di aver ricevuto una quarta missiva dell'avv. Gitto del 2 luglio 2013, acquisita al protocollo regionale del 3 luglio 2013 al n. 2013.0479521, su cui non si è pronunciata in tale sede poiché aveva già formato oggetto di formale esame da parte della commissione (di cui al verbale n. 7 della seduta pubblica del 15 luglio 2013).

5 Ciò risulta nei verbali di gara n. 2 del 2 luglio 2013, n. 7 del 15 luglio 2013, n. 9 del 18 luglio 2013.

6 L'art. 10 d.lgs. n. 141 del 13 agosto 2010, contiene le disposizioni transitorie e finali relativamente agli artt. 7, 8, 9 del medesimo decreto. Con tali norme, sono state introdotte, tra le altre, modifiche al Titolo V del TUB, artt. 106 e ss. d.lgs. 385/1993 e, in particolare, è stato istituito l'Albo degli intermediari finanziari e sono stati aboliti gli elenchi generale e speciale degli intermediari stessi a decorrere dall'adozione delle norme di attuazione delle stesse. Il testo della norma in commento (pubblicata in GURI il 4 settembre 2010 ed entrata in vigore il 19 settembre 2010) è stato modificato, da ultimo, dal d.lgs. 169 del 19 settembre 2012, pubblicato in GURI il 2 ottobre 2012, entrato in vigore il 17 ottobre 2012 (era così vigente, pertanto, alla data di ammissione dei candidati alla gara e alla data di approvazione e invio della lettera d'invito e di scadenza delle offerte).

7 Sino a tale data e comunque sino al completamento degli adempimenti relativi alle cancellazioni, iscrizioni, autorizzazioni, i suddetti elenchi sono tenuti dalla Banca d'Italia.

8 Le ulteriori modifiche introdotte al d.lgs. 141/2010 dal d.lgs. 169/2012, entrato in vigore il 17

ottobre 2012, non paiono aver inciso sulle norme disciplinanti la perdurante vigenza del vecchio testo degli art. 106 e 107 T.U.B.

9 Così, anche testualmente, il verbale di gara n. 7 del 15 luglio 2013: «Il presidente riporta, in sintesi, il quadro normativo che ha determinato la Commissione a chiedere nuove garanzie ai concorrenti».

10 Nel verbale n. 9 del 18 luglio 2013, la Commissione ribadiva, altresì, che l'inidoneità delle polizze esaminate derivasse dal fatto che il passaggio dal vecchio al nuovo regime dell'art. 106 TUB non fosse operativo e che «aveva richiesto a tutti e tre i concorrenti la produzione di nuove garanzie fideiussorie», anche sulla base della ivi richiamata giurisprudenza amministrativa che, tuttavia, dichiarava la legittimità dell'esclusione di offerte corredate da fideiussioni non conformi agli atti di gara.

11 L'art. 75, comma 3, d.lgs. 163/2006, come novellato dall'art. 28 d.lgs. 169/2012, prevede che la fideiussione, a scelta dell'offerente, possa «essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58».

12 La Commissione, nel verbale di gara del 2 luglio 2013, aveva rappresentato di avere verificato sul sito istituzionale della Banca d'Italia che il nuovo Albo degli intermediari finanziari non era stato ancora istituito, in attesa delle disposizioni attuative che, a tale data, non risultavano ancora emanate.

13 Così, anche testualmente, il verbale di gara n. 7 del 15 luglio 2013: «Il presidente riporta, in sintesi, il quadro normativo che ha determinato la Commissione a chiedere nuove garanzie ai concorrenti».

14 Introdotto dal d.l. 70/2011, convertita dalla legge 12/07/2011, n. 106.

15 Cfr., Cons. St., sez. VI, 23 gennaio 2013 n. 387, che prevede che: «Posto che la disciplina della cauzione provvisoria è imposta dal disciplinare di gara a pena di esclusione e che anche a pena di esclusione deve ritenersi imposta dall'art. 75 codice appalti, ne consegue che il (...) avrebbe dovuto essere escluso per vizi della cauzione provvisoria»; in tal senso, Cons. St., Ad. Pl., 4 ottobre 2005 n. 8. Recentemente, Cons. St., sez. IV, 18 dicembre 2013 n. 6088, citando la determinazione 4/2012 dell'AVCP, concorda con essa nel considerare la previsione dell'art. 75 d.lgs. 163/2006 posta a garanzia della futura esatta esecuzione dei rapporti contrattuali; motivo per cui l'insanabilità della cauzione provvisoria può essere causa legittima di esclusione ove ricorrano i casi espressamente richiamati nella deliberazione, tra cui figura, alla lettera e), l'ipotesi di fideiussione prestata da intermediari non iscritti o cancellati dall'albo di cui all'art. 106 TUB o che non svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie. Da ultimo, TAR Puglia, Lecce, sez. I, 9 gennaio 2014 n. 46 che, in accordo con la citata sentenza dell'Adunanza plenaria n. 8/2005, così argomenta: «Deve essere quindi affermato che la cauzione provvisoria è elemento essenziale dell'offerta, insuscettibile di regolarizzazione, la cui mancanza determina l'esclusione del concorrente [...]. Tale conclusione non può essere sovvertita neppure nel caso in cui la polizza sia stata prestata ma non sia più efficace».

Contra, TAR Lazio, Sez. I *ter*, 28 maggio 2013 n. 5361, in cui si rappresenta che «con riguardo alla cauzione provvisoria, che l'art. 75 del D.Lgs. n. 163 del 2006, ai commi da 1 a 7, non prevede alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente nemmeno per l'ipotesi in cui la stessa non venga prestata, a differenza di quanto, invece, esso prevede, al successivo comma 8, in relazione alla cauzione definitiva, espressamente prescritta a pena di esclusione; che, pertanto, nel rispetto del citato art. 46, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 163 del 2006, sussiste l'obbligo, per la stazione appaltante, di disapplicare la prescrizione del bando che impone la presentazione della cauzione provvisoria, "a pena di esclusione"; che, a maggior ragione, anche la non corretta prestazione della cauzione provvisoria, come si registra nella specie, è sanabile e non può comportare l'esclusione del R.T.I. concorrente». In tal senso, Cons. St., sez. III, 1° febbraio 2012 n. 493.

16 **AVCP**, Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 (BANDO - TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici), pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 254 del 30.10.2012. In particolare, l'AVCP ha rappresentato che la «cauzione prestata con modalità non consentite» ai sensi dell'art. 75, comma 3, d.lgs. 163/2006, costituisce causa di esclusione, ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. 163/2006, per carenza di elementi essenziali dell'offerta. Da ultimo, cfr. anche ANAC, determinazione n. 1 del 29/07/2014 (Problematiche in ordine all'uso della cauzione provvisoria e definitiva (artt. 75 e 113 del Codice), pubblicata nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.188 del 14 agosto 2014.

17 Verbale n. 4 del 3 luglio 2013. Da questo emerge che la Commissione di gara, in seduta pubblica,

ha dato lettura dei verbali n. 2 e n. 3 delle sedute riservate del 2 e 3 luglio 2013 e ha concesso, solo ai tre offerenti, un nuovo termine - successivo a quello di presentazione delle offerte e all'apertura delle stesse - per produrre una nuova fideiussione: «per produrre garanzia fideiussoria a scelta dell'offerente, bancaria o assicurativa o rilasciata da un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del TUB».

18 Cfr., per tutte, Cons. St., sez. III, 2 settembre 2013 n. 4370. Cfr., altresì, Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038; Cons. St., sez. V, 2 agosto 2010, n. 5084.

19 Verbale n. 8 e n. 9 del 18 luglio 2013.

20 La commissione ha appreso, sin dalla 1° seduta del 28.6.2013, che: la costituita ATI SNAV/RIFIM offriva la somma di € 6.000.001,00 per l'acquisto della società e quella di € 97.010.073,00 per la compensazione massima dell'obbligo di servizio pubblico; la società Alilauro Gru.So.N. Spa. offriva la somma di € 6.000.060,00 per l'acquisto della società e quella di € 119.8911060,00 per la compensazione massima dell'obbligo di servizio pubblico; la costituenda ATI TTT Tomaso Transport & Tourism/Partenopea Marittima/Marworld Ship Management and Services/Davimar Eolia Navigazione s.r.l. offriva la somma di € 6.100.000,00 per l'acquisto della società e la somma di € 134.983.017,00, per la compensazione massima dell'obbligo di servizio pubblico.

21 La commissione il 18 luglio 2013 ha definitivamente escluso dalla gara il costituendo ATI TTT Tomaso Transport & Tourism/Partenopea Marittima/Marworld Ship Management and Services/Davimar Eolia Navigazione s.r.l. (cfr. verbale n. 8 e n. 9 del 18.7.2013) e il 29 luglio 2013 ha ammesso definitivamente alla gara la società Alilauro Grouson Spa (cfr. verbale n. 10 del 29.7.2013), dopo aver stilato la graduatoria provvisoria il 18 luglio 2013 la (cfr. verbale n. 9 del 18.7.2013).

22 L'ultima seduta del 16.10.2013 è stata indetta per comunicare gli esiti della verifica dell'anomalia dell'offerta (cfr. verbale di gara n. 11 del 16 ottobre 2013).

23 Dagli atti pare che l'offerta tecnica consistesse nel piano economico e finanziario, PEF, da redigersi in conformità alla metodologia della delibera CIPE n. 11/2007 in modo da giustificare il mantenimento, da parte dell'offerente, dell'equilibrio economico-finanziario della gestione del servizio per l'intera durata del contratto, con l'importo massimo di compensazione degli oneri di servizio pubblico offerto a ribasso dell'importo a base di gara. La lettera d'invito specifica che il PEF non sarebbe stato soggetto ad attribuzione di punteggio e dai verbali di gara non si evince la valutazione del PEF ma solamente una dichiarazione di presentazione dello stesso e di redazione in conformità alla lettera d'invito.

24 Art. 2.8 lettera d'invito.

25 Cfr., Cons. St., sez. VI, 27 luglio 2011 n. 4487.