

Deliberazione n. 92 Adunanza del 7 novembre 2012

Fascicolo VICO n. 230/2012

Oggetto: gara per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dei rifiuti e dei residui del carico prodotti a bordo delle navi che fanno scalo nel porto di [omissis]

Stazione Appaltante: Autorità portuale di [omissis]

Importo a base di gara: € 240.000,00, successivamente ridotto a € 24.000,00

Segnalazione: [omissis]

Normativa di riferimento: artt. 2, 29, 30, 38, 41, 42, 66 del d.lgs 163/2006 e DM 22/2001 del Ministero della Sanità

Il Consiglio

Vista la normativa sopra richiamata

Vista la relazione della Direzione Vigilanza Contratti

Considerato in fatto

La società [omissis], concorrente estromessa dalla gara in oggetto, nell'esposto acquisito al protocollo di questa Autorità al n. [omissis], ha contestato alcune presunte irregolarità nella esplicazione delle procedura di gara.

In particolare ha eccepito:

- la sospensione immotivata della procedura per 18 mesi nella fase precedente l'apertura delle offerte, con la conseguenza di rendere obsolete le richieste del bando per la sopravvenienza di nuova normativa in materia di gestione dei rifiuti (D.M. Ministero dell'Ambiente 17.12.2009);
- la "rettifica" del bando di gara già pubblicato, che ha ridotto l'importo a base d'asta da euro 240.000,00 a euro 24.000,00, senza tuttavia adeguare i requisiti di capacità economico finanziaria richiesti ai concorrenti - con la conseguenza che la richiesta di un fatturato annuo di 500.000,00 euro è risultata sproporzionata rispetto al valore dell'appalto;
- la propria esclusione dalle procedure di gara per aver dichiarato di voler procedere all'incenerimento dei rifiuti alimentari, coerentemente con quanto richiesto dal DM 22 maggio 2001 del Ministero della Sanità, invece che alla sterilizzazione e conferimento in discarica, come previsto dal bando;
- l'aggiudicazione della gara alla ditta [omissis] che aveva dichiarato di possedere in comodato d'uso gratuito la disponibilità di un'autoclave sterilizzatrice, di proprietà di un'altra impresa, malgrado il bando richiedesse esplicitamente il possesso del macchinario a titolo di proprietà, leasing o locazione per almeno 3 anni.

Ha segnalato, infine, la circostanza che il capitale sociale e patrimoniale dell'impresa aggiudicataria è stato sottoposto a sequestro giudiziario da parte della Direzione Investigativa Antimafia di [omissis].

L'Autorità ha, quindi, invitato la stazione appaltante a fornire chiarimenti in merito a quanto segnalato dall'esponente ed a ulteriori aspetti della procedura di gara emersi come poco chiari dall'analisi della relativa documentazione, quali:

- le modalità con le quali è stato calcolato il corrispettivo dell'appalto per la fissazione della base d'asta;
- le motivazioni per cui la succitata modifica dell'importo a base di gara, costituente un elemento essenziale del bando di gara, non aveva dato luogo a ri-pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e alla conseguente riapertura dei termini per la presentazione delle offerte.

La stazione appaltante ha fornito riscontro con nota acquisita agli atti di questa Autorità con prot. n. [omissis]; dalle informazioni e dai documenti acquisiti si ricava la seguente ricostruzione dei fatti.

In data [omissis], la stazione appaltante, Autorità portuale di [omissis], pubblica il bando relativo alla gara in oggetto sulla Gazzetta dell'Unione Europea, sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana - [omissis] e sul sito Internet della stazione appaltante, nonché per estratto su due quotidiani a diffusione nazionale e due quotidiani a diffusione regionale. Il valore dell'appalto è quantificato in € 240.000,00, per un periodo di tre anni, pari a € 80.000,00 annui. Il termine indicato per la presentazione delle offerte è il [omissis] mentre quello per l'apertura dei plichi è il [omissis].

In data [omissis], "a seguito di accertati errori materiali nella redazione del succitato bando di gara

e del discendente capitolato speciale d'appalto", l'ente pubblica un avviso di rettifica del bando sul proprio sito Internet, su due quotidiani a diffusione nazionale e due quotidiani a diffusione regionale. Le modifiche apportate riguardano:

1. l'importo a base d'asta, che da € 240.000,00 passa a € 24.000,00 (per un periodo di tre anni, pari a € 8.000,00 annui);
2. il requisito relativo all'iscrizione nell'Albo Nazionale dei Gestori dei rifiuti, in quanto delle cinque categorie inizialmente previste, alle quali devono risultare iscritti gli operatori di settore, due sono abolite e due sono modificate in merito alle classi richieste - relative alla quantità annua di rifiuti trattati;
3. il requisito relativo alla capacità tecnica dei partecipanti, con riguardo alla dotazione di attrezzature, poiché passa da dieci a sei il numero di cassonetti da possedere per la raccolta dei rifiuti indifferenziati e non è più obbligatorio disporre di alcune delle attrezzature inizialmente previste (una imbarcazione dotata di cassone e di cisterna per la raccolta dei rifiuti; un carrello elevatore; materiale di sicurezza anticontaminante).

In data [omissis] si riunisce, in prima seduta, la Commissione di gara (nominata il [omissis]). La seduta è sospesa poiché le sole due ditte candidate - la [omissis] e l'ATI costituita da [omissis] e da [omissis] hanno diversamente individuato il triennio di riferimento per l'attestazione del requisito della capacità economica finanziaria, avendo una considerato il triennio 2007-2009, l'altra il triennio 2006-2008. In merito, la Commissione decide di chiedere il parere dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di [omissis], espresso con nota n. [omissis] del [omissis]. Alla luce di tale parere, la Commissione ha ritenuto di valutare il requisito di capacità economica e finanziaria per il quadriennio 2006-2009, in ossequio al principio del *favor participationis*.

Con verbale del [omissis], la Commissione esclude l'ATI per mancanza del requisito tecnico, dacché non possiede l'autoclave sterilizzatore per rifiuti solidi urbani - (dichiara, infatti, di voler procedere all'incenerimento dei rifiuti alimentari ai sensi del DM 22 maggio 2001 del Ministero della Sanità) e del requisito economico finanziario, considerato che per l'esercizio finanziario 2006 l'[omissis] ha presentato un fatturato annuo di € 44.983,00 a fronte dei € 500.000,00 richiesti.

In assenza di altre offerte valide, l'appalto è aggiudicato all'impresa [omissis], che ha offerto un ribasso del 36,99% sulle singole voci tariffarie poste a base di gara ed un rialzo del 50% sul canone annuo da pagare alla stazione appaltante.

Avverso tale aggiudicazione, l'ATI esclusa propone ricorso al TAR [omissis] e, a seguito del rigetto da parte del giudice di prima istanza, ricorso in appello al Consiglio di Stato (udienza fissata per il [omissis]).

Con Decreto n. [omissis] del [omissis], dietro richiesta della Procura Generale della Repubblica di [omissis], la Corte d'Appello di [omissis] dispone il sequestro preventivo finalizzato alla confisca, ai sensi dell'art. 321 del Codice di procedura penale, del capitale sociale e patrimoniale della [omissis]. Con il medesimo provvedimento l'Autorità giudiziaria procede alla nomina di un Custode ed Amministratore giudiziario, a cui è affidata la gestione e amministrazione dell'azienda "anche al fine di incrementarne la redditività".

Appreso della notizia tramite la stampa, l'Autorità portuale di [omissis] ha, quindi, chiesto il parere dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di [omissis] - reso con nota prot. [omissis] del [omissis] - in ordine alla eventuale sopravvenuta perdita della idoneità soggettiva della ditta aggiudicataria all'esercizio dell'attività di impresa portuale per effetto del prefato provvedimento di sequestro; si è poi rivolta alla Prefettura - Ufficio Territoriale di Governo di [omissis], per ricevere nuove informazioni antimafia, ai sensi del DPR 252/1998, sulla [omissis] in amministrazione giudiziale.

Tenuto conto del nulla-osta comunicato, sotto il profilo strettamente giuridico, dall'Avvocatura di Stato e delle informazioni liberatorie fornite dalla Prefettura di [omissis], l'Autorità portuale ha provveduto alla pubblicazione degli esiti di gara e ha rilasciato la concessione del servizio alla [omissis].

Ritenuto in diritto

Dall'attività istruttoria svolta emergono le seguenti criticità nel comportamento della stazione appaltante e della Commissione di gara.

Ritardo del procedimento e conseguente obsolescenza del bando

Per quanto attiene il primo motivo di doglianza dell'esponente, in disparte le valutazioni circa eventuale normativa di settore subentrata nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando e l'aggiudicazione, si rileva il prolungamento del procedimento oltre i limiti della ragionevole durata.

Difatti, sono intercorsi circa 22 mesi tra la pubblicazione del bando ([omissis]) e l'aggiudicazione

provvisoria ([omissis]).

In particolare, risulta trascorso oltre un anno tra il termine per la ricezione delle offerte ([omissis]) e l'inizio effettivo della gara ([omissis]). Tuttavia, né gli atti di gara né la memoria trasmessa dalla SA danno conto dei motivi di tale ritardo.

Il periodo relativo alle operazioni di gara, dalla prima seduta all'aggiudicazione, è durato ulteriori cinque mesi. La prolungata sospensione tra le due sedute della Commissione è imputabile solo in minima parte (1/4) all'acquisizione del parere dell'Avvocatura di stato sul triennio a cui riferire la comparsa dei requisiti economici.

Occorre ricordare che il bando richiedeva ai concorrenti di vincolarsi alla propria offerta per un periodo minimo di 180 giorni. Nonostante la *ratio* di una clausola siffatta sia evidentemente quella di mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della gara e non quella di limitare nel tempo la validità (o meglio l'efficacia) dell'offerta (CdS sent. n. 9 del 7/01/2009) - non v'è dubbio che il termine indicato rappresenta il tempo entro il quale è ragionevole ritenere che la procedura sia portata a conclusione.

Tenuto conto dell'assenza di idonee motivazioni per il prolungamento della procedura di affidamento, si ritiene che la condotta della stazione appaltante sia in contrasto con il principio di efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa, da cui discende tra l'altro il principio di continuità della gara affermato dalla giurisprudenza amministrativa.

Qualificazione giuridica del contratto e stima del valore a base di gara

Dall'esame degli atti di gara e dalla corrispondenza intercorsa con la stazione appaltante si evince che i ricavi attesi dalla gestione del servizio per il privato derivano unicamente dai corrispettivi pagati dagli utenti, non essendo previsto alcun prezzo a carico dell'amministrazione aggiudicatrice (alla quale, anzi, il privato è tenuto a corrispondere un canone).

Si intende, quindi, realizzare quella triangolazione tra pubblica amministrazione, utenti e operatore economico che, trasferendo il rischio di gestione sull'operatore, costituisce elemento distintivo della concessione, nel caso specifico di servizi. Secondo la definizione del codice degli appalti, infatti, la concessione di servizi è il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, qualora ciò sia necessario al perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare ovvero ove sia imposta l'applicazione di tariffe concordate per l'utenza.

Perciò, malgrado nel bando di gara il contratto da affidare sia nominalmente individuato come appalto, la connotazione di fatto come concessione di servizi avrebbe richiesto che l'importo a base d'asta fosse determinato tenendo conto dei ricavi da utenza, sulla base di una puntuale piano economico finanziario ai sensi dell'art. 143, comma 7, del Codice (applicabile anche alle concessioni di servizio per effetto del rinvio contenuto nell'art. 30, comma 7).

Difatti, ai sensi dell'articolo 29, "il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto".

In particolare, per quanto riguarda le concessioni l'Autorità si è già espressa in merito, con deliberazione n. 9 del 25 febbraio 2010, precisando che nella nozione di " *importo totale pagabile* " è sicuramente da ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione. Infatti, così come nella stessa nozione è ricompreso il corrispettivo pagato dalla stazione appaltante nel caso di appalto, qualora si tratti di una concessione, non essendovi un prezzo pagato dalla stazione appaltante, ma solo quello versato dagli utenti, sarà quest'ultimo a costituire parte integrante dell'"importo totale pagabile" di cui è fatta menzione nella norma sopra citata; il canone a carico del concessionario potrà, altresì, essere computato ove previsto, ma certamente non può considerarsi l'unica voce indicativa del valore della concessione.

E' quindi in contrasto con quanto previsto dalla normativa la scelta della stazione appaltante di far coincidere il valore del contratto con il canone annuale, pari a *8.000,00* euro, da corrispondere per il periodo triennale di vigenza del rapporto concessorio, per un totale di Euro *24.000,00*.

Sebbene - come rileva la stessa stazione appaltante - la corretta stima del valore di un servizio affidato in concessione e, di conseguenza, l'ammontare del relativo contratto, sia un'operazione complessa che implica una previsione economica, l'esatta determinazione del valore dell'affidamento assume un particolare rilievo sotto molteplici aspetti. Innanzitutto serve a fornire una corretta informazione agli operatori economici potenzialmente interessati a prestare il servizio; inoltre serve ad individuare con esattezza la forma di pubblicità idonea; infine molti istituti previsti nel Codice e nelle disposizioni successive sono direttamente legati al valore dell'appalto (AVCP, deliberazione n.

61 del 20/06/2012). Non da ultimo, la corretta valutazione del valore complessivo dell'appalto costituisce, insieme alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara, il presupposto essenziale per individuare i requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi da richiedere ai concorrenti.

Nel caso di specie, quindi, la non corretta individuazione dell'importo a base d'appalto, oltre ad incidere complessivamente sui canoni di trasparenza e proporzionalità della procedura di gara, si riflette sull'incongrua quantificazione delle cauzioni in garanzia e del contributo all'Autorità, nonché sulla circostanza, sollevata nell'esposto, che i requisiti richiesti risultano sproporzionati rispetto al valore dichiarato del servizio.

Requisiti di capacità economica previsti dal bando

Relativamente alla sproporzione, lamentata dall'esponente, tra il requisito economico finanziario e l'importo a base d'asta aggiornato, premesso che qualsiasi considerazione appare, nel caso specifico, viziata dalla mancanza di un corretto termine di riferimento costituito dall'esatto valore del contratto, per le ragioni sopra chiarite, si precisa quanto segue.

Nelle proprie controdeduzioni, la stazione appaltante ha rivendicato la congruità di una richiesta di fatturato annuo di € 500.000,00, in rapporto ad un valore contrattuale annuo di € 8.000,00, quale garanzia della serietà, affidabilità e competenza dell'impresa aggiudicataria, anche nell'auspicabile ipotesi di un incremento dei traffici marittimi presso il porto di *[omissis]*.

Il codice dei contratti pubblici, nel caso di servizi e forniture (artt. 41 e 42 del d.lgs. 163/2006), lascia ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti circa la possibilità di prevedere requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali prescrizioni rispettino i principi di proporzionalità e ragionevolezza, in modo tale da non restringere oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio (AVCP, parere n. 83 del 29/04/2010 e n. 110 del 27/05/2010, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 8914 del 29 dicembre 2009, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 2304 del 3 aprile 2007, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 6534 del 23 dicembre 2008).

La ragionevolezza dei requisiti non deve essere valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto ed alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara. L'Autorità, al pari della giurisprudenza, ha più volte affermato che la richiesta di fatturato relativa al triennio pregresso, qualora superi il doppio dell'importo a base della gara, debba ritenersi incongrua o non proporzionata e lesiva della concorrenza (cfr. *ex multis*, Parere n.59 del 7/05/2009).

Infine, quanto alla opportunità, sostenuta dalla Stazione appaltante, di richiedere un fatturato annuo così elevato per garantirsi un'impresa affidataria che sia in grado di far fronte anche ad un eventuale e auspicabile aumento degli scali marittimi nel porto di *[omissis]*, si osserva che la determinazione dell'importo a base di gara deve essere fondata su un'adeguata programmazione che, partendo dai dati storici, tenga conto di tutte le attese, o probabili, variazioni quantitative e qualitative della domanda.

Procedure per la modifica del bando di gara

Dall'esame degli atti di gara emerge, inoltre, l'irregolarità della procedura seguita per la rettifica del bando e l'inosservanza della normativa in materia di pubblicità.

L'Autorità si è già pronunciata su questioni inerenti la necessità di ripubblicazione dei bandi e la conseguente riapertura dei termini per la presentazione delle offerte. La pubblicazione di ogni bando di gara ha come finalità precipua quella di garantire, ai soggetti interessati ed in possesso di idonei requisiti, di partecipare alle procedure di selezione poste in essere dall'amministrazione, realizzando da un lato l'interesse degli operatori stessi alla *par condicio* e nel contempo l'interesse pubblico alla massimizzazione delle domande presentate. In tale ottica una qualunque modifica del bando di gara, che sia idonea ad incidere sulla soddisfazione degli interessi richiamati, non può ritenersi sottratta all'obbligo di un'ulteriore pubblicazione con decorrenza *ex novo* dei termini previsti dalla normativa di riferimento (AVCP, deliberazioni n. 361 del 17/12/2002 e n. 84 del 15/11/2006).

Quanto al caso specifico, atteso che le modifiche apportate riguardano elementi essenziali del bando di gara - importo complessivo dell'appalto e i requisiti di partecipazione (inerenti categorie e classi d'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori dei rifiuti e capacità tecnica) - la stazione appaltante avrebbe dovuto pubblicare tali rettifiche ricorrendo alle stesse forme e modalità di pubblicizzazione richieste per l'indizione della procedura concorsuale. La pubblicazione sul proprio sito Internet e su due quotidiani a diffusione nazionali e due a diffusione locale non soddisfa, pertanto, i requisiti di un'adeguata forma di pubblicazione (TAR Sardegna 4 maggio 2004 n. 569; AVCP, parere n. 68 dell'11/06/2009).

Non è inoltre conforme ai principi di trasparenza e tutela della parità di trattamento la mancata riapertura dei termini per la ricezione delle offerte nei confronti di tutti i potenziali concorrenti (AVCP, deliberazione n. 16 del 24/01/2007).

Esclusione dell'esponente per carenza del requisito attinente le attrezzature tecniche

Dal verbale di gara si evince che l'esponente, in ATI con [omissis] (capogruppo), è stato escluso dalla procedura poiché non ha dimostrato di possedere la tecnologia richiesta dal bando (autoclave sterilizzatore per RSU) avendo invece manifestato, peraltro sulla base di una mera dichiarazione di intenti, l'intenzione di smaltire i rifiuti in conformità alle norme vigenti in materia presso impianti idonei.

Preso atto della discordanza tra la dichiarazione resa dall'ATI e la *lex specialis* della procedura, che ha indotto la Commissione di gara a comminare l'esclusione, non si può tuttavia non rilevare che la clausola del bando non appare conforme alla normativa di settore (DM 22 maggio 2001 del Ministero della Sanità), la quale prevede prioritariamente la necessità di incenerire i rifiuti costituiti da prodotti alimentari per l'approvvigionamento dell'equipaggio e dei passeggeri ed i loro residui provenienti da paesi extra Ue, e solo in subordine, nel caso in cui questo non sia possibile, sterilizzare e conferire in discarica.

Mancata esclusione della ditta [omissis] per carenza del requisito attinente le attrezzature tecniche

L'esponente contesta altresì che la commissione di gara non abbia escluso la ditta [omissis] dalla procedura di gara nonostante la stessa abbia dichiarato di avere la disponibilità in comodato d'uso gratuito di determinate attrezzature tecniche (il medesimo autoclave sterilizzatore), mentre il bando ne chiedeva il "possesso, in forza di proprietà, locazione almeno triennale, o leasing".

Nelle proprie controdeduzioni l'Autorità portuale osserva che l'utilizzo del termine "possesso" negli atti di gara deve essere inteso nell'accezione atecnica come mera disponibilità: in questo senso, il contratto di comodato dichiarato dal concorrente fornirebbe ampia garanzia al momento della presentazione dell'offerta della disponibilità dei mezzi per tutta la durata del contratto. Secondo la stazione appaltante, peraltro, sarebbe irragionevole pretendere che il partecipante alla gara si vincoli a pagare un canone di locazione quando è ancora aleatorio che egli resterà aggiudicatario del servizio, essendo più coerente con i principi di economicità e ragionevolezza chiedere che tali mezzi risultino disponibili in caso di aggiudicazione, con riserva dell'amministrazione di verificarne il possesso prima della stipula del contratto.

In passato, l'Autorità ha affrontato ripetutamente la problematica dei requisiti relativi al possesso di particolari attrezzature tecniche. E' stato più volte ribadito (deliberazioni n. 60/2007 e n. 103/2007) che il possesso di specifiche attrezzature è requisito di esecuzione e pertanto la stazione appaltante in sede di gara può chiedere unicamente che i concorrenti dichiarino di impegnarsi a dotarsi delle necessarie attrezzature in caso di aggiudicazione.

Ciò detto, occorre anche evidenziare che nel caso in questione, da un lato, non emergeva chiaramente dal bando che la disponibilità di dotarsi delle attrezzature fosse legata al momento dell'esecuzione del contratto; d'altro lato, per quanto in atti, non risulta che l'impresa [omissis] abbia presentato una dichiarazione d'impegno nel senso sopra indicato, né che abbia prodotto alcuna documentazione alternativa volta ad assicurare la futura soddisfazione del requisito in parola (per esempio, attraverso la dimostrazione della proprietà dei mezzi, ovvero mediante contratti di opzione per l'acquisizione dei mezzi, ovvero preliminari di acquisto o di leasing o di locazione ovvero mediante avvalimento). (Parere PREC 125/2011).

Sotto questo profilo, rileva soprattutto che, ai fini della dimostrazione dei requisiti tecnici, il comodato d'uso gratuito non è equiparabile alla locazione o al leasing, attesa la natura precaria del possesso da esso derivante, come configurato dagli art. 1809, comma 2, e 1810 c.c. (cfr. Comunicato AVCP n. 73 del 16/5/2012); specialmente ove si consideri che, nel caso in esame, il bando prescriveva per la locazione la durata minima di tre anni.

In altri termini, anche volendo interpretare la clausola del bando nel senso meno restrittivo, ossia come riferita ad una condizione da garantire per la fase esecutiva del contratto, la dichiarazione prodotta dal concorrente in sede di gara, riguardando esclusivamente la disponibilità in comodato del mezzo, non sembra aderire alle richieste del bando che prescriveva il possesso delle attrezzature in proprietà, leasing o locazione per la durata minima di tre anni.

Pertanto, in base al principio secondo il quale la Commissione di gara è tenuta all'applicazione incondizionata della *lex specialis*, la scelta di ammettere alla procedura di gara l'impresa [omissis] in virtù del solo contratto di comodato appare lesiva della *par condicio* dei concorrenti, soprattutto alla luce della contemporanea esclusione dell'esponente per mancanza del medesimo requisito.

Triennio di riferimento per l'attestazione della capacità economico finanziaria

Dall'esame degli atti di gara è emersa, inoltre, l'incertezza della Commissione in ordine al triennio da assumere a riferimento per la dimostrazione del requisito di capacità economico finanziaria, che ha determinato la sospensione delle operazioni di gara al fine di acquisire un parere dell'Avvocatura di Stato.

A tal riguardo si ricorda che, in base al comma 4 dell'art. 41 del codice, i mezzi di prova per dimostrare il possesso di detto requisito sono i bilanci o i documenti tributari e fiscali relativi ai tre esercizi annuali, antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara, che, alla stessa data, risultano depositati presso l'Agenzia delle Entrate o la Camera di Commercio territorialmente competenti.

Secondo l'interpretazione fornita dalla determinazione AVCP n. 5 del 2009, nel bando occorre sempre individuare il triennio di riferimento, eventualmente prevedendo, a discrezione del concorrente, la scelta dell'ultimo anno del triennio oggetto di dichiarazione, in relazione al periodo in cui cade la pubblicazione del bando di gara. Infatti, tenuto conto che i mezzi di prova utilizzabili sono i bilanci o i documenti tributari e fiscali depositati alla data di pubblicazione del bando di gara, se tale data cade in un periodo in cui non è ancora scaduto il termine per la presentazione degli stessi (ad esempio, nel caso di bando pubblicato nel periodo 1° giugno / 31 ottobre 2009, laddove l'operatore economico faccia ricorso alla modalità telematica per la presentazione delle dichiarazioni dei redditi), è corretto che lo stesso concorrente possa dichiarare e poi documentare il possesso del requisito in argomento mediante presentazione, con riferimento all'esempio prima indicato, delle dichiarazioni I.V.A. riferite al fatturato conseguito nel triennio 2005-2007, ovvero nel caso che abbia già presentato le dichiarazioni dei redditi, al fatturato conseguito nel triennio 2006-2008.

Nel caso di specie, considerato che il bando è stato pubblicato a novembre 2009, quando ancora non poteva essere stato chiuso il bilancio 2009, il triennio da considerare è il 2006/2007/2008.

Non appare conforme, quindi, la scelta della S.A. di estendere il periodo di riferimento all'anno 2009, al fine di consentire la partecipazione ad entrambi i soggetti candidati.

Sequestro giudiziario dell'impresa aggiudicataria

In merito alla questione, sollevata dall'esponente, attinente l'avvenuto sequestro di tutto il capitale sociale e patrimoniale ad opera della DIA di [omissis] e degli eventuali effetti inibitori alla stipula del contratto, la stazione appaltante ha comunicato di aver acquisito il parere dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di [omissis].

Nell'argomentato parere reso a richiesta della stazione appaltante, l'Avvocatura di stato osserva che, l'amministratore giudiziario nominato dal giudice delegato ha il potere di gestire l'amministrazione ordinaria funzionale all'attività economica dell'azienda, il provvedimento di sequestro non comporta la perdita di idoneità soggettiva alla prosecuzione dell'attività di impresa, e non è *ex se* idoneo a determinare la decadenza automatica della società dai rapporti giuridici in essere *inter partes*.

Conclude quindi che nulla osta al mantenimento dei rapporti giuridici in essere tra le parti in epigrafe, pur precisando che si tratta di valutazione attinente prettamente al merito dell'azione amministrativa e che in quanto tale esula dall'ambito dell'attività consultiva dell'Avvocatura di stato.

Alla luce del pronunciamento dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di [omissis] e dell'informativa antimafia inviata dalla Prefettura di [omissis], si ritiene che su tale questione non sussistano ulteriori margini di intervento dell'Autorità.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

- ritiene che l'Autorità Portuale di [omissis] nell'affidamento del servizio in questione, abbia operato in contrasto con le disposizioni e i principi della normativa in materia, con particolare riferimento:
 - agli artt. 29 e 143 del d.lgs 163/2006 per quanto attiene l'errata stima del valore contrattuale e la mancata predisposizione di un piano economico finanziario relativo al servizio offerto in concessione;
 - ai principi generali di trasparenza, pubblicità, libera concorrenza e parità di trattamento del Codice dei contratti pubblici e del Trattato, per l'irregolarità della procedura di rettifica di elementi sostanziali del bando, la marcata sproporzione tra i requisiti economico finanziari richiesti e l'importo del contratto dichiarato, l'errata individuazione del triennio di riferimento per la dimostrazione del requisito di capacità economico finanziaria, la mancata esclusione del concorrente carente del requisito attinente il possesso di attrezzature tecniche;
 - nonché, ai principi di efficienza e tempestività dell'azione amministrativa per aver immotivatamente prolungato il procedimento oltre i limiti della ragionevole durata;
- invita la Stazione appaltante a riscontrare la presente deliberazione, entro trenta giorni dal ricevimento della presente, e a rendere noti eventuali provvedimenti e iniziative assunte in autotutela;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Contratti affinché comunichi la presente delibera all'Autorità portuale di [omissis], nonché all'esponente;

Il Consigliere Relatore: Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 4 dicembre 2012

Il Segretario: Maria Esposito