



Decreto n° ____ /21

del 03 / 03 / 2021

Direzione competente: GARE/OPE

Oggetto: Affidamento diretto, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett.a) del D.L. 76/2020 (conv. in L. 120/2020), del "SERVIZIO DI REDAZIONE DEI DOCUMENTI AFFERENTI LOWP2 "PORT ENVIRONMENTAL FRAMEWORK" DEL PROGETTO ECOWAVES FINANZIATO NELL'AMBITO DEL PROGRAMMA INTERREG V-B Adriatic-Ionian ADRION 2014-2020." MEDIANTE TD SUL MEPA. CUP (D52B19000110006) - CIG 8614047874.

Esclusione dell'Operatore economico CIRCLE SPA dalla procedura di affidamento.

IL PRESIDENTE

Premesso che:

- con il modello gara in data 21.01.2021, l'Amministrazione manifestava la volontà di procedere all'affidamento diretto del servizio in oggetto previa consultazione di n. 5 operatori economici;
- con i fogli prot nn. 779-83, in data 22.01.2021 l'Amministrazione invitava n. 5 Società a produrre preventivo economico per l'espletamento del servizio in oggetto, a mezzo di posta elettronica certificata, entro le ore 13:00 del 27.01.2021:
- entro il termine pervenivano a mezzo PEC n. due preventivi:
 1. Circle SpA (acquisito al prot. 967 in data 26/01/2021) che offriva un importo pari ad € 35.450,00;
 2. ECOPAN SRL (acquisito al prot. 10143 in data 27/01/2021) che offriva un importo pari ad € 38.800,00;
- con foglio prot. 1692 in data 11.02.2021 veniva chiesto a Circle SpA – che aveva offerto il prezzo più conveniente – di confermare l'offerta mediante TD sul Mepa entro le ore 18.00 del 18.02.2021;
- entro il termine assegnato perveniva sul MEPA l'offerta richiesta, con annessa la documentazione amministrativa;
- in data 19.02.2021 l'Amministrazione ha scaricato l'offerta telematica prodotta dalla Circle SpA;

Dato atto che:

- dall'esame della documentazione amministrativa è emerso come la Circle SpA, per partecipare alla procedura di che trattasi, abbia dovuto ricorrere all'istituto dell'avvalimento, ex art. 89 de codice dei contratti, in quanto carente dei seguenti requisiti di ordine speciale previsti dal foglio prot. 783 cit al par "D Condizioni di partecipazione", lett. b) e c):
 - aver svolto, negli ultimi cinque anni, almeno tre servizi di redazione di elaborati (quali booklet informativi, brochure, redazione di linee guida e manuali, report e analisi swot) afferenti la tematica ambientale e/o di economia circolare per Committenti pubblici e/o privati anche nell'ambito di progetti Europei;
 - disponibilità di un gruppo di lavoro composto almeno da: un responsabile che seguirà effettivamente il servizio, un esperto in materia di gestione ambientale con particolare riferimento ai rifiuti prodotti dalle navi, un esperto in materia di management con particolare riferimento alle analisi swot;
- Circle SpA ha prodotto la documentazione chiesta dall'art. 89 cit. in caso di avvalimento (cfr. art. 1 del foglio prot. 1692 cit.);
- il contratto di avvalimento tra la TICASS srl (ausiliaria) e la Circle SpA (ausiliata) contiene la seguente condizione potestativa: *"In considerazione della responsabilità solidale che il Legislatore nazionale addossa all'impresa ausiliaria, ferma restando l'irripetibilità dei corrispettivi previsti nel presente contratto, le obbligazioni assunte dalla stessa sono subordinate alle seguenti condizioni: ... • il rappresentante legale dell'impresa ausiliaria, o un suo delegato tecnico, potrà preventivamente verificare il contratto di affidamento prima di consentire l'avvalimento e potrà negarlo, a suo insindacabile giudizio. In caso di effettiva aggiudicazione dell'affidamento, l'impresa ausiliaria potrà verificare e monitorare costantemente l'avanzamento dei lavori, la regolarità dell'esecuzione degli stessi ed avrà diritto a visionare tutti gli atti tecnici ed amministrativi relativi come, a titolo esemplificativo ma non esaustivo: comunicazioni di stipula contratti ed atti di sottomissione, verbali di consegna sospensione e ripresa..."*;

Considerato che:

- detta clausola rende illegittimo il contratto di avvalimento in quanto potestativamente condizionato dall'ausiliaria che si è riservata la facoltà di negare la disponibilità dei requisiti di qualificazione, a suo insindacabile giudizio, nonché di verificare e monitorare l'esecuzione del servizio medesimo;
- *“Ai sensi dell'art. 1355 c.c. è nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata ad una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore. Pertanto nel caso di un contratto di avvalimento sottoposto ad una condizione meramente potestativa, ciò che viene a mancare è il presupposto stesso per l'assolvimento all'onere di cui all'art. 49, co. 2, lett. f), d.lgs. 163/06, vale a dire un contratto valido ed efficace in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto”*(Consiglio di Stato, V, 27.1.2014, sent. n. 413)
- sul punto la giurisprudenza è costante nel ritenere che un contratto di avvalimento sottoposto a condizione potestativa è da ritenersi nullo e inaccettabile in quanto la stazione appaltante, in questo caso, non può ritenersi garantita circa la stessa esistenza del requisito “prestato” dall'impresa ausiliaria anche perché non può escludere in modo assoluto che questa revochi il proprio assenso all'efficacia del contratto di avvalimento. Le condizioni apposte, evidentemente, risultano tali da privare il contratto stesso di ogni vincolo (cfr. TAR Roma, n. 14558/2015 e TAR Napoli, n. 452/2016);
- in proposito, è stato di recente ulteriormente ribadito che, con l'inserimento di detta clausola potestativa, l'impegno assunto dall'ausiliaria fosse *“condizionato e meramente eventuale, pertanto equivoco e non attuale, rendendo l'avvalimento inidoneo a determinare il prestito del requisito mancante dell'impresa concorrente con conseguente sua doverosa esclusione dalla procedura di gara (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 4630/2016; Tar Puglia, Lecce, sent. n. 907/2016; Tar Reggio Calabria, sent. n. 1/2014)”* (così TAR Piemonte n. 798 del 4.12.2020);
- è stato, altresì, chiarito che *“Poiché funzione dell'avvalimento non è solo consentire al concorrente di partecipare ad una gara per la quale risulta privo dei requisiti di qualificazione, ma anche di garantire alla stazione appaltante la corretta esecuzione del contratto aggiudicato, la decisione dell'ausiliaria di concedere l'avvalimento non può essere sottoposta ad alcuna condizione. Non si può poi ritenere che questa sarebbe una clausola pattizia di natura privatistica nell'ambito del rapporto fra ausiliaria ed ausiliata poiché il contratto di avvalimento non esaurisce i propri effetti tra le parti, ma ha, altresì, la funzione di consentire all'ausiliata la partecipazione e anche, e soprattutto, la corretta esecuzione del contratto in caso di aggiudicazione. Tale funzione sarebbe inevitabilmente compromessa laddove l'impresa ausiliaria potesse sottrarsi ad nutum all'esecuzione delle prestazioni nei confronti dell'ausiliata, come previsto nel caso di specie. Esiste infatti un interesse pubblico, consistente nella garanzia di esecuzione a regola d'arte del contratto aggiudicato, a che l'impegno della prima nei confronti della seconda sia serio e certo nella sua realizzazione (cfr. Tar Firenze, sez. I, 11 luglio 2013, n. 1161)”* (TAR Lecce n. 907 /2016).

Valutato pertanto, che il contratto di avvalimento è inidoneo a determinare il prestito dei requisiti mancanti per le motivazioni precedentemente esposte;

Accertata, per quanto sopra, la carenza, in capo alla Circle SpA, dei requisiti di cui all'art. 83, co. 1, lett. c) del D.lgs. 50/2016, rendendo conseguentemente doverosa l'esclusione dalla procedura di affidamento della stessa;

Considerato il pubblico interesse, costituito, nel caso in ispecie:

- dalla necessità di selezionare un Soggetto *“idoneo”* (in possesso dei requisiti di partecipazione *ex lege*, sia di ordine generale che speciale) in ragione dell'interesse di portata generale a che nel settore degli appalti operino esclusivamente Soggetti, per l'appunto, *“idonei”* sotto tali profili;
- dalla garanzia di esecuzione a regola d'arte del contratto da aggiudicare;
- dalla tutela del corretto svolgimento della procedura di affidamento.

Sentito il Segretario Generale che ha espresso il proprio parere favorevole nel merito ex art. 10 della L. 84/1994 e smi.

Letti ed applicati:

- il D.lgs. 50/2016;
- il D.L. 76 conv. in L. 120/2020;
- la L. 84/1994 e smi;
- la L. 241/1990 e smi;
- il *Regolamento per l'acquisizione di beni, servizi e lavori* dell'Ente, approvato con decreto n.70/2018 in data 15.06.2018;

visti

- il decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 14, in data 14.01.2021, di nomina del Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio;
- la Delibera n. 4/17, in data 18.4.2017, di nomina del Segretario Generale dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio.

DECRETA

1. di considerare la narrativa di cui in premessa parte integrante e sostanziale del presente provvedimento;
2. di escludere l'operatore economico Circle Spa dalla procedura di affidamento in oggetto per le motivazioni illustrate nel presente atto;
3. di procedere alla comunicazione dell'esclusione all'Operatore economico interessato, in ossequio a quanto stabilito dall'art. 76, co. 5, lett. b) del D.lgs. 50/2016, mediante trasmissione via PEC del presente Decreto;
4. di pubblicare il presente provvedimento, a cura della Sezione Gare e Contratti sul profilo del committente alle sezioni amministrazione trasparente ed albo pretorio, nonché sulla piattaforma digitale istituita sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;
5. di dare mandato alle competenti Direzioni/Sezioni per la predisposizione e/o adozione degli atti ed adempimenti conseguenti.

visto:
il Segretario Generale
dott. Fulvio Lino DI BLASIO (*)

Il Presidente
prof. avv. Sergio Prete (*)

a.i./MA

(*) Originale firmato e custodito agli atti di quest'Amministrazione, ai sensi del D.P.R. 28 dicembre 2000, n.445
"Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa"

Data iniziale di pubblicazione sul profilo del committente: 04.03.2021