

**OGGETTO: Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di igiene ambientale. –
Secondo verbale delle operazioni di gara.**

L'anno duemiladiciotto, il giorno trenta del mese di marzo (30/03/2018) alle ore 11:00 presso i locali del Consiglio di Bacino Priula, in Via Donatori del Sangue n. 1 a Villorba (TV), si tiene la seconda seduta della gara in oggetto, alla presenza dei sotto elencati nominativi, costituenti il seggio di gara:

- Paolo Contò – Amministratore Unico – Presidente;
- Pietro Piva – Testimone e verbalizzante;
- Monica Bettiol – Testimone (in sostituzione del Dott. Marco Purin).

Il Presidente prende e dà atto di quanto riportato dal seggio di gara nel verbale della prima seduta svoltasi in data 30/11/2017, durante la quale aveva dichiarato l'ammissione con riserva di entrambe le offerte stante la necessità di una più approfondita disamina della documentazione presentata onde verificare l'effettivo possesso in capo ad entrambi i concorrenti dei requisiti di partecipazione e della completezza della documentazione amministrativa, anche ricorrendo all'istituto del soccorso istruttorio nel rispetto e nei limiti di cui al c. 9, art. 83, D.Lgs. 50/2016.

Il Presidente ricorda che, alla luce di quanto evidenziato nella prima seduta di gara, era stato poi effettivamente avviato il sub-procedimento di soccorso istruttorio ex c. 8, art. 83, D.Lgs. 50/2016 nei confronti dei due concorrenti, chiedendo loro rispettivamente:

- ✓ con pec prot. 270/AA del 29/12/2017 al costituendo RTI Consorzio Formula Ambiente Soc. Coop. Sociale + 1 di dichiarare, ex artt. 46, 47 e 76, DPR 445/2000, i servizi che in caso di aggiudicazione saranno eseguiti da ciascuna consorziata

esecutrice e gli idonei requisiti professionali posseduti nonché, con riferimento alla consorziata Formula Servizi Soc. Coop., il possesso del requisito necessario per svolgere il servizio di lavaggio loggiati con idropulitrice (come da DM 7/7/1997, n. 274);

- ✓ con pec prot. 271/AA del 29/12/2017 al costituendo RTI Ambiente 2.0 Consorzio Stabile SC a RL + 2 documenti relativi alle penali comminate e alle risoluzioni contrattuali subite da Aimeri Ambiente Srl e/o da Energeticambiente Srl, nonché l'originale dell'impegno del fidejussore a costituire la garanzia definitiva di cui al c. 8, art. 93, D.Lgs. 50/2016.

Successivamente in data 9/01/2018 tale ultimo RTI:

- comunicava le variazioni alle cariche societarie sopravvenute rispetto al termine di presentazione delle offerte e, più precisamente: il rinnovo del consiglio di amministrazione di Ambiente 2.0 in data 14.12.2017, del consiglio di amministrazione di Energeticambiente Srl in data 03.01.2018 e del consiglio di amministrazione di Aimeri Ambiente Srl sempre in data 03.01.2018 (nota acquisita al protocollo n. 35/AA del 09.01.2018);

- richiedeva la proroga del termine per la produzione della documentazione attinente alle penali comminate ed alle risoluzioni contrattuali citate nella dichiarazione allegata all'offerta di gara (nota acquisita al protocollo n. 36/AA del 09.01.2018); tale richiesta veniva accolta (nota protocollo n. 57/AA del 12/01/2018) ed il nuovo termine per la produzione di tale documentazione veniva fissato per il 25.01.2018, mentre veniva confermato il termine del 15.01.2018 per la produzione in originale, dell'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia definitiva di cui all'art. 103, D.Lgs. 50/2016.

Ciò premesso, **il Presidente** prende e dà atto che a riscontro delle suddette richieste:

- il costituendo RTI Consorzio Formula Ambiente Soc. Coop. Sociale + 1 ha presentato in data 12/01/2018 la documentazione richiesta (assunta al protocollo della stazione appaltante n. 64/AA del 15/01/2018);
- il costituendo RTI Ambiente 2.0 Consorzio Stabile SC a RL + 2 ha presentato in data 15/01/2018 una nuova garanzia provvisoria completa dell'impegno di un fideiussore a costituire la garanzia definitiva in caso di aggiudicazione (assunta al protocollo della stazione appaltante n. 79/AA del 15/01/2018) ed in data 25/01/2018 ha consegnato un voluminoso plico (assunto al protocollo n. 140/AA di pari data) contenente la documentazione relativa alla precedenti penali e risoluzioni.

Il Presidente dà quindi atto di aver ri-esaminato, con l'ausilio della struttura aziendale, la documentazione presentata in sede di gara dai due concorrenti in uno con quella consegnata nell'ambito del sub-procedimento di soccorso istruttorio, nonché di aver provveduto ad acquisire uno specifico parere in ordine alle questioni giuridiche emerse in relazione alla posizione del costituendo RTI Ambiente 2.0, ossia *i)* possibilità o meno di sanare l'originaria mancanza dell'impegno del fideiussore e *ii)* la rilevanza delle precedenti penali e risoluzioni dichiarate ai sensi dell'art. 80, c. 5, lettera c), del codice dei contratti pubblici.

Verificata la documentazione presentata dal costituendo RTI Consorzio Formula Ambiente Soc. Coop. Sociale + 1 (costituita da un documento riepilogativo dei servizi che ciascuna consorziata esecutrice andrà a svolgere in caso di aggiudicazione, con la specificazione per ciascuna di esse dei relativi idonei requisiti professionali e dall'autocertificazione circa il possesso dei requisiti prescritti dal DM 7 luglio 1997, n. 274 per le attività di pulizia e

disinfezione da parte di Formula Servizi soc. coop., ossia la ditta esecutrice del servizio di lavaggio loggiati con idropulitrice) si dà atto che essa risulta completa, chiara e corretta per cui il concorrente può essere definitivamente ammesso al proseguo della procedura di gara.

Più complessa, sia per la copiosa documentazione prodotta (sei faldoni) che per le plurime questioni giuridiche sottese, la posizione del costituendo RTI Ambiente 2.0 Consorzio Stabile SC a RL + 2 per la cui disamina – come anticipato – si è provveduto ad acquisire uno specifico parere, completo di una scheda di sintesi dei vari inadempimenti (con indicazione del committente, del periodo di riferimento, della fattispecie costituente inadempimento e dell'importo delle penali). Tale approfondimento ha evidenziato:

A. sulla violazione dell'art. 93, c. 8, D.lgs. n. 50/2016 per mancanza dell'impegno del fideiussore a costituire la garanzia definitiva, circostanza di fatto non in contestazione, che (pur trattandosi di questione oggetto di oscillanti orientamenti giurisprudenziali) il supremo Giudice amministrativo si è recentemente pronunciato (sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n.721/2018) in modo chiaro e ben argomentato per la non sanabilità di tale vizio, peraltro con riferimento ad una fattispecie in fatto sostanzialmente sovrapponibile a quella occorsa nella presente procedura, osservando che:

- *"indipendentemente da come sia stata costituita la garanzia provvisoria occorre sempre l'intervento di un fideiussore che si impegni al rilascio della cauzione definitiva";*
- *"la tesi dell'appellante secondo cui l'impegno del fideiussore a costituire la garanzia definitiva occorrerebbe solo nel caso in cui la garanzia provvisoria sia*

stata rilasciata mediante fideiussione non trova, quindi, riscontro nelle norme di gara e di legge";

- *"il soccorso istruttorio non è utilizzabile per sanare l'inosservanza di adempimenti procedurali o l'omessa produzione di documenti richiesti ai fini della partecipazione alla gara. L'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 limita, infatti, il ricorso all'istituto in questione alle ipotesi di carenze riguardanti "qualsiasi elemento formale della domanda".*

Per tali ragioni, la mancata produzione dell'impegno a costituire la garanzia definitiva in caso di aggiudicazione dell'appalto costituisce un vizio insanabile che determina l'esclusione del concorrente, rimanendo per contro impedita la possibilità di concedere (o ritenere valido) il soccorso istruttorio.

Peraltro, pur ritenendo assolutamente assorbenti le predette considerazioni, appare opportuno evidenziare ulteriori criticità emerse in sede di esame della polizza fideiussoria, corredata dall'impegno del fideiussore a costituire garanzia definitiva, prodotta nell'ambito del soccorso istruttorio originariamente concesso: essa, infatti, è datata 29/11/2017 ma il concorrente – su cui grava l'onere probatorio – non ha provato in alcun modo di esserne in possesso entro il termine di presentazione delle offerte (ore 12 del giorno 29/11/2017) né ha fornito prova certa della sua effettiva emissione entro il medesimo termine.

B. Sul requisito dell'illecito professionale di cui all'art. 80, c. 5, lett. c), D.lgs. 50/2016.

Il Presidente ricorda che Energeticambiente ha prodotto dichiarazioni integrative in ordine al possesso dei requisiti generali ex art. 80, D.lgs. 50/2016 specificando che le penali e le risoluzioni indicate non rilevarebbero perché riferite ad un soggetto diverso (Aimeri Ambiente srl), perché di minima entità e comunque fisiologiche nell'esecuzione del servizio e perché derivanti *"da presunti inadempimenti posti in essere dalla medesima Aimeri*

Ambiente S.r.l. in epoca anteriore al subentro dell'impresa nei rispettivi contratti di appalto e che, pertanto, sono da intendersi irrilevanti ai fini di qualsivoglia odierna valutazione di integrità e/o affidabilità dell'impresa". Analoghe precisazioni sono state fornite anche per le risoluzioni contrattuali.

La verifica in concreto della documentazione prodotta in ordine alle risoluzioni e penali contrattuali ha evidenziato che si sono verificate:

- a) risoluzioni contrattuali nei confronti di Aimeri Ambiente S.r.l. negli anni 2015 (n. 2) e 2014 (n. 1), ma anche nel periodo precedente (n. 9 nel 2013 e n. 1 nel 2012);
- b) penali sia nei confronti di Aimeri Ambiente S.r.l. che di Energeticambiente S.r.l. negli anni 2014-2015-2016, con la precisazione che nel biennio 2014-2015 le penali hanno riguardato solo Aimeri Ambiente S.r.l., mentre nel 2016 le penali hanno interessato anche Energeticambiente S.r.l..

Tale ultima precisazione pone in luce come non possa considerarsi pienamente corrispondente alla documentazione agli atti di questa stazione appaltante l'affermazione di Energeticambiente secondo cui *"tali ultime penali, applicate alla società locatrice, derivano da presunti inadempimenti posti in essere dalla medesima Aimeri Ambiente S.r.l. in epoca anteriore al subentro dell'impresa nei rispettivi contratti di appalto e che, pertanto, sono da intendersi irrilevanti ai fini di qualsivoglia odierna valutazione di integrità e/o affidabilità dell'impresa"*: il contratto di affitto dell'azienda da Aimeri Ambiente S.r.l. in favore di Energeticambiente S.r.l., infatti, è stato sottoscritto in data 19.05.2016 ed era dunque certamente efficace dal mese di giugno 2016. Da tale data dunque le penali risultanti dalla documentazione prodotta sono certamente imputabili ad Energeticambiente S.r.l..

Quanto alle valutazioni di merito in ordine alla rilevanza degli inadempimenti, le Linee Guida n. 6 dell'ANAC specificatamente dedicate all'illecito professionale ex art. 80, c. 5, D.lgs. 50/2016, precisano che ai fini di una valutazione seria e ragionevole della capacità professionale del concorrente possono assumere rilevanza non solo il numero degli inadempimenti contestati (e dunque delle penali applicate) ma anche l'importo complessivo delle penali riportate e/o ulteriori indici rimessi al potere discrezionale della stazione appaltante da valutare in relazione all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto, quali ad esempio le circostanze dei fatti, l'eventuale ripetitività di taluni inadempimenti ecc.. In proposito preme evidenziare che l'appalto oggetto della presente procedura s'inserisce in un contesto particolarmente delicato in considerazione, in particolare, delle seguenti circostanze:

- la stazione appaltante è una società di recente costituzione (Alea Ambiente spa è stata costituita a giugno 2017);
- si tratta della fase di avvio della nuova gestione del servizio rifiuti in capo ad Alea Ambiente: l'affidamento del servizio da parte dell'Autorità regionale affidante Atersir si è perfezionato il 13 settembre 2017, il contratto di servizio è stato sottoscritto in data 12 dicembre 2017 ed il subentro nel servizio al precedente gestore è avvenuto in data 1 gennaio 2018;
- l'ormai prossimo avvio delle attività propedeutiche all'implementazione sull'intero sub-bacino del nuovo sistema di raccolta domiciliare dei rifiuti e applicazione della tariffa puntuale;
- la responsabilità sulla corretta esecuzione del servizio che incombe su Alea Ambiente in quanto gestore di tale servizio: eventuali disservizi, dunque, potranno rilevare non solo nei rapporti tra Alea Ambiente ed il suo fornitore ma assumeranno

rilievo diretto anche nei rapporti tra Alea Ambiente e Atersir, nonché con i cittadini serviti;

- la natura di concessione (non di appalto) del contratto di servizio sottoscritto tra Alea Ambiente ed Atersir: il mancato raggiungimento di pre-determinati risultati ambientali – tra cui percentuali di raccolta differenziata, quantità prodotte di rifiuto secco residuo e qualità delle frazioni/flussi riciclabili – aggrava oggettivamente la rilevanza di eventuali disservizi.

Ciò premesso, pur consapevoli dell'intrinseca complessità del servizio di igiene ambientale e della disomogeneità con cui talora viene esercitata l'attività di controllo da parte delle stazioni appaltanti, occorre dare atto che l'esame delle penali e risoluzioni prodotte ha evidenziato:

- la continuità negli anni dei disservizi e la ripetitività di alcune tipologie di disservizi (sullo spazzamento, sulla mancata pulizia/lavaggio dei contenitori);
- la non occasionalità ma ripetitività di taluni singoli inadempimenti nei diversi cantieri;
- in più casi, l'ammontare rilevante delle penali anche rispetto al singolo contratto;
- la reiterazione – anche in periodi di tempo ridotti – di taluni gravi inadempimenti anche nell'ambito del medesimo contratto;
- la qualità di taluni inadempimenti; a mero titolo esemplificativo: (i) mancata/inadeguata esecuzione del servizio di spazzamento meccanizzato/manuale; (ii) mancato raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata, (iii) utilizzo di mezzi diversi, in taluni casi anche per caratteristiche tecniche rilevanti (es. strumenti per la rilevazione dei conferimenti), rispetto a

quelle previste a contratto.

Né si ritiene condividibile la giustificazione addotta dal concorrente (secondo cui tali inadempimenti sarebbero una conseguenza degli inadempimenti delle Stazioni Appaltanti rispetto ai relativi obblighi di pagamento) in quanto:

- trattasi di una affermazione indimostrata, laddove grava sul concorrente l'onere della prova;
- in ogni caso, l'appaltatore poteva esercitare nei confronti delle singole amministrazioni, anche in sede processuale, la cd. eccezione di inadempimento; ove non l'abbia esercitata, accettando di fatto le penali, non può poi utilizzare tale argomento per escludere proprie responsabilità di tipo gestionale;
- l'appaltatore aveva il diritto di agire giudizialmente nei confronti delle Amministrazioni morose, richiedendo altresì il pagamento degli interessi moratori;
- più in generale, si ritiene che la richiesta di requisiti di capacità economico-finanziaria in sede di gara sia normalmente finalizzata proprio allo scopo di verificare l'affidabilità economico-finanziaria del concorrente anche a far fronte ad eventuali, temporanei, ritardi nei pagamenti da parte dell'Amministrazione senza che ciò incida negativamente sulla qualità e continuità dei servizi erogati.

Infine, sulla riferibilità degli illeciti professionali risultanti dalla documentazione prodotta da Energeticambiente deve considerarsi che:

- le penali derivanti da inadempimenti posti in essere successivamente all'efficacia del contratto di affitto d'azienda di Aimeri Ambiente S.r.l. a favore di Energeticambiente sono direttamente riferibili a quest'ultima;

- Aimeri Ambiente S.r.l. ed Energeticambiente sono soggetti giuridici distinti sul piano squisitamente formale, mentre su quello sostanziale molteplici sono gli elementi di identità:

- (i) la governance: Aimeri Ambiente S.r.l. è, infatti, socio unico di Energeticambiente S.r.l.;
- (ii) la composizione degli organi societari dei due soggetti: numerosi amministratori di Energeticambiente S.r.l. sono o sono stati anche amministratori di Aimeri Ambiente S.r.l.;
- (iii) i ruoli assegnati ad alcune figure apicali e/o di responsabilità nei due soggetti: il direttore tecnico, il responsabile tecnico, il presidente dell'OdV di Energeticambiente S.r.l. ricoprono o hanno ricoperto ruoli analoghi in Aimeri Ambiente S.r.l. o comunque rivestono o hanno rivestito ruoli di responsabilità in quest'ultima.

Né Energeticambiente ha fornito e/o dato prova di elementi concreti in grado di sostanziare un rapporto di effettiva e sostanziale alterità tra i due soggetti giuridici e/o la non riconducibilità dei predetti inadempimenti in capo ad essa.

Per tali ragioni ed in considerazione della ratio di tutela dell'interesse pubblico sottesa alla disposizione di cui all'art. 80, c. 5, lett. c), Dlgs. N. 50/2016, si ritiene che Energeticambiente Srl non possa ritenersi estranea e/o immune rispetto agli illeciti professionali maturati in capo ad Aimeri Ambiente Srl. Diversamente, la norma si presterebbe a facili elusioni.

Alla luce di quanto sopra esaminato ed evidenziato il Presidente, anche nella sua qualità di RUP, dichiara che:

- il costituendo RTI Formula Ambiente + 1 è definitivamente **ammesso** al prosieguo della presente procedura di gara;

- il costituendo RTI Ambiente 2.0 +2 è **escluso** dalla presente procedura di gara:

a) per la violazione dell'art. 93, comma 8, D.Lgs. n.50/2016 in relazione all'omessa presentazione in sede di offerta dell'impegno di un fideiussore a costituire la garanzia definitiva di cui all'art. 103 del D.Lgs. n. 50/2016 in caso di aggiudicazione dell'appalto; nonché

b) per la mancanza del requisito generale di cui all'art. 80, comma 5, lettera c), D.Lgs. n.50/2016 in relazione alle numerose e, in più casi, rilevanti contestazioni di illeciti professionali comunque riferibili (sia direttamente che indirettamente) al concorrente Energeticambiente S.r.l., senza soluzione di continuità, nel periodo 2014-2016.

Null'altro avendo gli astanti da far mettere a verbale, **il seggio** termina quindi i lavori alle ore 13:15 circa, il cui verbale, costituito da n. 11 facciate, sarà trasmesso assieme ai successivi all'organo competente per l'eventuale approvazione.

Verbale letto, approvato e sottoscritto

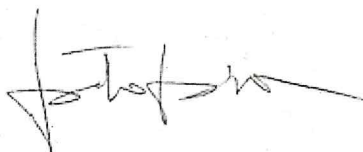
Il Presidente

Paolo Contò



I testimoni:

Pietro Piva



Monica Bettiol

