



A.C.E.R.

Agenzia Campana per l'Edilizia Residenziale

DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE N. DEL

APEC – APPALTI E CONTRATTI

OGGETTO: Procedura aperta per l'affidamento di un Accordo Quadro riguardante servizi e lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria impianti ascensori a servizio degli immobili del Dipartimento ACER di Napoli per il quadriennio 2022/2026, da finanziarsi con fondi della Stazione Appaltante, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Lotto 2A (CIG 92180775C8 - CUP F98J22000010005) Provincia di Napoli - Importo a base d'asta: euro 2.040.600,16. Rigetto della proposta di aggiudicazione di cui al verbale del Seggio di gara del 21/02/2023 e rimessione degli atti per il completamento della procedura di gara.

IL DIRIGENTE

VISTA la Determinazione Dirigenziale dell'Area Direzione Generale R.U. n°855 in data 01/06/2022 di conferimento dell'incarico dirigenziale dell'Area Informatica e Servizi Generali ACER Campania alla scrivente avv. Monica Tommaselli;

VISTA la Determinazione Dirigenziale dell'Area Direzione Generale R.U. 1871 in data 01.12.2022 con cui, nelle more di ratifica da parte del Consiglio di Amministrazione, la U.O.C. Appalti e Contratti è stata inquadrata nell'ambito dell'Area Informatica e Servizi Generali;

su proposta del Responsabile P.O. *ad interim* della UOC Appalti e Contratti, ing. Alfredo Rondina, incaricato con Ordine di servizio del Direttore Generale n. 81/2023 prot. n°1012 del 05/01/2023;

PREMESSO CHE

- con Determinazione n°708 del 11/05/2022 fu autorizzato l'espletamento della gara di appalto con procedura aperta di cui all'art. 60, comma 1 del Decreto Legislativo n°50/2016, per l'affidamento di un accordo quadro riguardante i servizi di gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti ascensori a servizio degli immobili ACER del Dipartimento di Napoli, per il quadriennio 2022/2026, suddiviso in quattro lotti funzionali, da finanziarsi con fondi di Bilancio;
- con Determinazione ATEC n°1712 del 09/11/2022 è stato approvato l'esito di gara del Lotto 1 in favore dell'operatore economico aggiudicatario R.T.I. DEL BO SERVIZI SPA;
- con Determinazione ATEC n°1887 del 02/12/2022 è stato approvato l'esito di gara del lotto 1A in favore dell'operatore economico aggiudicatario MARROCCO ELEVATORS SRL;
- il bando di gara prevedeva che i lotti fossero singolarmente aggiudicabili e, pertanto, l'impresa aggiudicataria di ciascun lotto non potesse concorrere per l'aggiudicazione dei lotti successivi, ai sensi dell'art. 51, comma 3 del Decreto Legislativo n°50/2016, secondo l'ordine prefissato;
- entro il termine del 20/06/2022 alle ore 12:00, fissato dal bando di gara per la presentazione delle offerte, per il Lotto 2A sono giunti sulla piattaforma telematica di e-procurement complessivamente n°5 (cinque) plichi digitali da parte dei seguenti concorrenti:
 - R.T.I. DEL BO SERVIZI SPA
 - PARAVIA ELEVATORS SERVICE SRL
 - DEL VECCHIO SRL
 - MARROCCO ELEVATORS SRL
 - FERRARI & C. SRL
- i concorrenti R.T.I. DEL BO SERVIZI SPA e MARROCCO ELEVATORS SRL sono stati esclusi in quanto aggiudicatari dei precedenti Lotti 1

e 1A, nei termini della SEZIONE IX pag. 11 del disciplinare di gara;

- pertanto, per il lotto 2A sono stati ammessi alla procedura di gara i restanti concorrenti:
 - PARAVIA ELEVATORS SERVICE SRL
 - DEL VECCHIO SRL
 - FERRARI & C. SRL
- la Commissione Giudicatrice, nominata con nota del Direttore Generale ACER prot. 101780 in data 21/06/2022, ha effettuato la valutazione delle offerte tecniche presentate dai concorrenti ammessi con le modalità di cui all'art. 77, comma 2 del Decreto Legislativo n°50/2016, sulla scorta della documentazione inoltrata a mezzo della posta elettronica istituzionale in data 02/12/2022, procedendo all'attribuzione dei relativi punteggi nelle sedute di gara tenutesi da remoto in data 25/01/2023 e 16/02/2023, come risulta dal relativo verbale riservato sottoscritto dai componenti in modalità digitale;
- per i concorrenti PARAVIA ELEVATORS SERVICE SRL e FERRARI & C. SRL non si è proceduto all'apertura della busta contenente l'offerta economica, in quanto il punteggio tecnico a loro attribuito non ha superato la soglia di sbarramento di cui all'art. 95, comma 8 del Decreto Legislativo n°50/2016, fissata nella misura del 40% del punteggio tecnico complessivo da assegnare, e quindi pari a punti 32 (trentadue), come previsto alla Sezione XI.3 pag. 24 del disciplinare di gara;
- a seguito delle determinazioni assunte dalla Commissione Giudicatrice, il punteggio complessivo attribuito all'unico concorrente DEL VECCHIO SRL, per il quale è stata aperta l'offerta economica, è risultato pari a 98 punti;
- in conseguenza di quanto sopra, con verbale del 21/02/2023 il Seggio di Gara formulava proposta di aggiudicazione dell'appalto in parola in favore del concorrente DEL VECCHIO SRL con punti 98,000 e con il ribasso del 29,69%, contestualmente escludendolo dall'esame delle offerte del successivo Lotto 2B, come previsto alla Sezione IX pag. 11 del disciplinare di gara;

CONSIDERATO CHE

- con comunicazione pervenuta con prot. 30915 in data 23/02/2023, questa Agenzia ha ricevuto notizia che con sentenza n°2450/2023 del 13/02/2023 il TAR Lazio ha respinto il ricorso proposto dalla società DEL VECCHIO SRL avverso la sanzione ANAC, di cui alla Delibera n° 111 del 10/02/2021, che comminava al suddetto operatore economico, per i fini che qui rilevano, l'interdizione di 60 giorni dalle gare e dalla stipula di contratti di appalto e subappalto, caducando pertanto gli effetti dell'ordinanza cautelare n°1953/2021 del medesimo TAR Lazio che ne aveva sospeso l'efficacia;
- di conseguenza, dalla data del 23/02/2023 l'ANAC ha disposto la riattivazione della sanzione per i 17 giorni ancora rimanenti, con conseguente sospensione fino alla data dell'12/03/2023;
- avverso la sentenza del TAR Lazio la società DEL VECCHIO SRL ha proposto ricorso innanzi al Consiglio di Stato, recante RGN 1340/2023;
- all'esito dell'udienza cautelare dello scorso 03/03/2023, il Consiglio di Stato, con ordinanza n°864/2023, non si è pronunciato sull'istanza di sospensione della sentenza; l'ordinanza ha invece fissato l'udienza per la trattazione del merito della controversia, ai sensi dell'art. 55, comma 10 c.p.c. per la data del prossimo 13/07/2023, ritenendo in tal modo di salvaguardare adeguatamente "le esigenze cautelari prospettate da parte appellante";

ATTESO CHE

- dal predetto verbale di gara in data 21/02/2023, quanto al Lotto 2A, la società DEL VECCHIO SRL risulta, al momento, prima nella graduatoria dei partecipanti; il verbale è successivo alla data della sentenza del TAR Lazio (13/02/2023), ma precedente alla data in cui l'Agenzia ha avuto notizia dell'evoluzione processuale riguardante l'aggiudicataria provvisoria nonché alla data di reiscrizione della sanzione interdittiva da parte dell'ANAC, avvenuta il successivo 23/02/2023 (come risulta dalla ricerca nel Casellario delle Annotazioni ANAC);
- in ragione della previsione di cui all'art. 80, comma 6 del Decreto Legislativo n°50/2016, l'operatore economico colpito da interdizione dell'ANAC perde il requisito di partecipazione, ogni volta in cui la sanzione venga irrogata prima o in pendenza di una procedura di gara;
- in particolare, poi, la lettera f-ter nel prevedere che "*il motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico*" rende doverosa la misura espulsiva, anche successiva all'aggiudicazione, della società destinataria della sanzione;
- da ciò consegue, in ragione di quanto più volte sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa, che la sopravvenienza della misura interdittiva in corso di gara determina la perdita della capacità a contrarre con la pubblica amministrazione e, sostanzialmente, di un requisito generale di partecipazione, circostanza di per sé costituente un'autonoma causa di esclusione dalla procedura; ciò perché la sanzione non produce un mero effetto preclusivo, ma altresì espulsivo (cfr. TAR Campania, Napoli, sezione III, 27/11/2019, n°5593; cfr. anche Consiglio di Stato, sezione V, n°386/2021 e TAR Campania, Napoli, sezione V, n°3545/2022 e n°5354/2021);
- in particolare, secondo i principi rinvenibili anche dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'iscrizione nel casellario informatico ANAC "*ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara*" comporta una "*causa di esclusione*"; la sua mancanza si configura come requisito generale di partecipazione e la sua sopravvenienza, in qualsiasi momento della procedura, comporta l'esclusione dell'operatore economico ai sensi dell'art. 80, comma 6 del Decreto Legislativo n°50/2016, dal momento che questi si viene a trovare "*a causa di atti compiuti o omissi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5*" (tra le quali, appunto, quella del comma 5, lettera f-ter);
- a sua volta l'effetto espulsivo automatico cessa quando l'iscrizione è cancellata o perde efficacia, essendo decorso il periodo di vigenza

fissato dall'ANAC ai sensi dell'art. 80, comma 12 del Decreto Legislativo n°50/2016, dopo di che è dato all'operatore economico partecipare alle pubbliche gare; tale temporanea incapacità integra uno dei presupposti anche della norma di cui all'art. 80, comma 5, lettera f) del Decreto Legislativo n°50/2016, a mente del quale *“le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: [...] l'operatore economico sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lettera c) del Decreto Legislativo n°231 del 08/06/2001 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 14 del Decreto Legislativo n°81/2008 (così testualmente Consiglio di Stato, n°8514/2019 citata)”* (da ultimo cfr. Consiglio di Stato n°386/2021);

- dalla disamina della giurisprudenza appare quindi incontrovertito il principio per cui, da un lato la sanzione in discussione incide sulla sussistenza dei requisiti e dall'altro che i predetti requisiti devono sussistere senza soluzione di continuità per tutta la durata della procedura; tanto, in ragione dell'insegnamento dell'Adunanza Plenaria secondo cui la sopravvenienza di una sanzione sospensiva comporta *“la perdita della continuità dei requisiti di partecipazione in corso di gara, circostanza di per sé costituente un'autonoma causa di esclusione dalla procedura”* (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plenaria n°08/2015); questo in ragione del fatto che *“nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto [...]”*.

PRESO ATTO CHE

- di conseguenza, applicando i suesposti principi alla vicenda qui in esame, attesa la reiscrizione della sanzione a carico dell'operatore economico DEL VECCHIO SRL nel corso della fase pubblicitica della selezione dell'affidatario di un contratto pubblico, non resta alcun margine di discrezionalità alla stazione appaltante che esercita i poteri di verifica previsti dall'art. 33 del Decreto Legislativo n°50/2016;
- in particolare, l'art. 80, comma 6 del Decreto Legislativo n°50/2016 dispone che l'esclusione degli operatori economici privi dei requisiti di partecipazione possa intervenire *“in qualunque momento della procedura”*, a causa di atti compiuti o omessi *“prima o nel corso della procedura”*;

RILEVATO CHE

- ai sensi dell'art. 33 del Decreto Legislativo n°50/2016, la proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente; in mancanza, il termine è pari a trenta giorni; decorsi tali termini, la proposta di aggiudicazione si intende approvata;
- i suddetti trenta giorni non sono trascorsi, essendo il verbale conclusivo del Seggio di Gara datato 21/02/2023;
- secondo la giurisprudenza, la proposta di aggiudicazione è un atto provvisorio ad effetti non stabilizzanti, e quindi inidoneo a determinare un affidamento qualificato in capo all'aggiudicatario provvisorio, con la conseguenza che la revoca dell'aggiudicazione provvisoria è legittima pur se non preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento (cfr. da ultimo Consiglio di Stato sez. V 11/01/2022 n. 2022; id. 11/03/2020 n°1744), in quanto le garanzie procedurali non trovano applicazione per gli atti meramente procedurali, tra cui deve annoverarsi l'aggiudicazione provvisoria, che fa nascere in capo all'interessato solo una mera aspettativa alla definizione positiva del procedimento stesso, ma non costituisce il provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, avendo, per sua natura, un'efficacia destinata ad essere superata (all'esito dell'aggiudicazione definitiva): a conferma di tale ricostruzione deve aggiungersi che con l'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti (Decreto Legislativo n°50/2016) l'aggiudicazione provvisoria è stata sostituita dalla *“proposta di aggiudicazione”* (art. 33) che a fortiori postula la non definitività dell'atto. Pertanto, ai fini del suo ritiro, non vi è obbligo di avviso di avvio del procedimento ovvero di preavviso di rigetto ex art. 10-bis Legge n°241/1990. (cfr. Cons. di Stato, V, 14 dicembre 2018, n° 7056; id. 25 settembre 2019, n°6432);
- il combinato disposto dell'art. 32, comma 5 e dell'art. 33, comma 1 del Decreto Legislativo n°50/2016 fa sì che una mera *“proposta di aggiudicazione”* divenga efficace laddove nel termine previsto per legge l'Amministrazione non abbia fatto uso dei poteri di verifica che il Codice le attribuisce, e questo a prescindere dall'esistenza di un provvedimento espresso emesso dalla stazione appaltante, la cui pretesa obbligatorietà contrasterebbe con la ratio stessa dell'art. 33 e con il meccanismo di controllo in capo alla stazione appaltante, che poi tende a coincidere sia con l'obbligo dell'aggiudicatario di tenere ferma l'offerta, sia con un elementare principio di certezza giuridica nel campo delle procedure di contrattualistica pubblica (cfr. TAR Campania, Sez. III n°5734 del 19/01/2022);

DATO ATTO CHE il mancato perfezionamento dell'aggiudicazione nei confronti della DEL VECCHIO SRL determina la ripresa della fase di selezione dell'aggiudicatario per il Lotto 2A della procedura di appalto in oggetto, secondo la procedura descritta alla Sezione IX pag. 11 del disciplinare di gara, laddove si specifica che i concorrenti che si sono aggiudicati un lotto possono comunque partecipare ad un lotto successivo se tutti i concorrenti ammessi siano già risultati aggiudicatari di un lotto;

VISTO

- il parere legale reso sulla vicenda dall'Avvocatura ACER con nota prot. 37447 09/03/2023, sottratto a diritto di accesso ai sensi della vigente normativa;
- il Decreto Legislativo n°50/2016, in particolare l'art. 80 e l'art. 33;
- la lex specialis regolante la procedura in oggetto, approvata con determinazione n°708 del 11/05/2022;

VERIFICATA l'assenza di conflitto di interesse anche potenziale ai sensi dell'art. 6 bis della Legge n°241/1990 e degli artt. 6 e 7 del D.P.R. 62/2013 in capo al Responsabile del presente procedimento ed al Dirigente

DETERMINA

per le motivazioni di cui in premessa che qui si intendono integralmente trascritte e riportate

- rigettare, nell'ambito dei poteri e delle verifiche di cui all'art. 32, comma 5 e art. 33, comma 1 del Decreto Legislativo n°50/2016, la proposta di aggiudicazione di cui al verbale conclusivo del Seggio di Gara in data 21/02/2023 per il lotto 2A in favore del concorrente DEL VECCHIO SRL, in ragione della previsione di cui all'art. 80, comma 6 del Decreto Legislativo n°50/2016, in quanto l'operatore risulta privo dei requisiti di partecipazione per il periodo dal 23/02/2023 al 12/03/2023 in virtù del provvedimento di interdizione dell'ANAC di cui alla Delibera n°111 del 10/02/2021 e non può, pertanto, essere individuato quale aggiudicatario del contratto;
- trasmettere la presente al Responsabile Unico del Procedimento, e alla UOC APEC per i conseguenti adempimenti, nonché per conoscenza alla Direzione Generale;
- demandare al Seggio di gara costituito e alla Commissione valutatrice nominata, ciascuno secondo le proprie funzioni, le ulteriori operazioni di gara, secondo la procedura descritta alla Sezione IX pag. 11 del disciplinare di gara, laddove si specifica che i concorrenti che si sono aggiudicati un lotto possono comunque partecipare ad un lotto successivo se tutti i concorrenti ammessi siano già risultati aggiudicatari di un lotto;
- disporre la tempestiva pubblicazione del presente provvedimento ai sensi dell'art. 29 del Decreto Legislativo n°50/2016 sul profilo del committente e nella sezione Amministrazione Trasparente del sito istituzionale dell'Ente, anche ai fini della decorrenza dei termini per l'impugnativa previsti dall'art. 120, comma 2-bis del codice del processo amministrativo.

IL DIRIGENTE

Avv. Monica Tommaselli

Napoli, 22/03/2023