



REGIONE TOSCANA

DIREZIONE GENERALE POLITICHE MOBILITA', INFRASTRUTTURE E
TRASPORTO PUBBLICO LOCALE
AREA DI COORDINAMENTO TRASPORTO PUBBLICO LOCALE

Il Dirigente Responsabile: MONTELLA SAVERIO

Decreto soggetto a controllo di regolarità amministrativa ai sensi della D.G.R. n. 548/2012

Numero adozione: 1312 - Data adozione: 30/03/2015

Atto pubblicato su Banca Dati (PBD)

Oggetto: Sentenza Consiglio di Stato n. 83/2015 - Determinazioni

Data certificazione: 31/03/2015

Numero interno di proposta: 2015AD001760

CONTROLLO DI REGOLARITÀ AMMINISTRATIVA

Positivo

.

IL DIRIGENTE

Vista la L.R. n° 1/2009 “Testo unico in materia di organizzazione e ordinamento del personale” ed in particolare gli articoli 2 e 9;

Visto il decreto del Direttore Generale n. 1376 del 18/04/2011 e n. 5221 del 24/11/2011, con il quale il sottoscritto Ing. Saverio Montella è stato nominato responsabile dell'Area di Coordinamento Trasporto Pubblico Locale;

Vista la L.R. 42/98 "*Norme per il trasporto pubblico locale* " e successive modifiche ed integrazioni;

Visto il decreto legge 25 settembre 2009, n. 135 convertito nella Legge n. 166 del 20 novembre 2009 recante “Disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari e per l’esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia della Comunità europea” e, in particolare, l’art. 19^{ter} che detta le “disposizioni di adeguamento comunitario in materia di liberalizzazione delle rotte marittime”, il quale, tra l’altro trasferisce a titolo gratuito, e a far data dal 25 novembre 2009, il cento per cento del capitale sociale di Toremar Spa alla Regione Toscana, e conferisce alla stessa Regione, con decorrenza 1 gennaio 2010, le funzioni e i compiti di programmazione e di amministrazione relativi al servizio di cabotaggio marittimo di servizio pubblico che si svolge all’interno della regione stessa;

Richiamato altresì l’Accordo di Programma procedimentale tra il Governo e la Regione Toscana firmato in data 3 novembre 2010 e disciplinante la regolamentazione del servizio pubblico di cabotaggio marittimo regionale;

Preso atto che il settore dei servizi marittimi rientra nell’ambito degli appalti di servizi elencati nell’allegato IIB del D.lgs. 163/2009 - contratti esclusi - e quindi è stato valutato di procedere, per l’individuazione dell’operatore economico a cui affidare il servizio, ai sensi dell’art. 20, comma 1 del citato Decreto Legislativo, dell’art. 3 comma 2 della L.R. 38/2007 e del Regolamento regionale n.30/R del 27/05/2008, ed in particolare di quanto previsto dal Capo II dettante disposizioni in materia di contratti esclusi, con il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa;

PREMESSO che:

- in ottemperanza a quanto stabilito dal sopra richiamato D.L. 135/2009 e dalle normative regionali, in data 28 dicembre 2009 la Regione Toscana ha avviato la procedura per la privatizzazione della società Toremar Spa (Toscana Regionale Marittima) e l’affidamento dei servizi pubblici di cabotaggio marittimo eserciti all’interno della Regione Toscana;
- la gara si è conclusa con l’aggiudicazione definitiva a Moby Spa. con decreto n. 4098 del 29 settembre 2011 e in data 2 gennaio 2012 sono stati stipulati sia il contratto di cessione della partecipazione azionaria, sia il contratto di servizio per l’esercizio dei servizi marittimi;
- gli atti della procedura sono stati impugnati dalla società Toscana di Navigazione Srl, concorrente che era stato escluso dalla procedura in quanto l’offerta economica presentata risultava difforme dall’offerta tecnica e dalle prescrizioni dell’Amministrazione ed il TAR Toscana ha rigettato il ricorso con sentenza n. 414/2012;
- la società Toscana di Navigazione Srl ha proposto appello ed il Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza n. 83/2015, depositata in data 16 gennaio 2015 ha accolto l’impugnativa e, per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, ha annullato, in una con i provvedimenti conseguenti, il provvedimento di esclusione della Toscana di Navigazione Srl e condannato l’amministrazione intimata a disporre l’aggiudicazione della procedura in favore della medesima Toscana di Navigazione

Srl, previo il necessario controllo dei requisiti soggettivi;

- l'Amministrazione regionale, in considerazione dell'esecutività della sentenza del Consiglio di Stato, ha attivato i controlli sulla società Toscana di Navigazione Srl e sulle imprese ausiliarie dalla stessa indicate in sede di gara;

- conseguentemente, con note prot. 13729 del 21/01/2015 e prot. 15275 del 22/01/2015, la Regione - pur specificando che ciò non avrebbe comportato acquiescenza stante la volontà dell'Amministrazione di proporre impugnativa avverso la sentenza del Consiglio di Stato - ha comunicato alla Società Toscana di Navigazione Srl di aver attivato, ai sensi del DPR 445/2000, direttamente presso le Amministrazioni competenti i controlli sulle autocertificazioni e dichiarazioni relative ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del D.Lgs 163/2006 presentate in sede di gara e ha altresì chiesto alla stessa Società di aggiornare, con riferimento agli stessi, le dichiarazioni rese alla situazione corrispondente alla data attuale; con le stesse note ha richiesto alla Società di comprovare, ai sensi di quanto previsto dalla lettera di invito, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionali richiesti per la partecipazione alla gara, entro il termine perentorio del 31/01/2015 e mediante la presentazione della seguente documentazione:

- Per la capacità economico-finanziaria (fatturato globale e volume d'affari per servizi di trasporto marittimi passeggeri), copia dei Bilanci d'esercizio 2006/2007/2008;

Qualora dalla copia dei Bilanci di Esercizio non risultasse il volume d'affari per i servizi di trasporto marittimo passeggeri, doveva essere presentata, in aggiunta altra idonea documentazione atta a dimostrare il possesso del suddetto requisito;

- Per la capacità tecnico-professionale, idonea documentazione rilasciata dalle Autorità Marittime e/o Autorità Portuali atta a dimostrare il volume di servizi di trasporto marittimo passeggeri (miglia marine) eseguiti nel periodo dal 30/11/2006 al 30/11/2009;

- In data 30 gennaio 2015, con Prot. Regionale n. 2015/25511-A O.080, registrato in data 2/2/2015, la società Toscana di Navigazione Srl inviava la documentazione richiesta;

- dall'esame della suddetta documentazione sono emersi elementi ostativi all'aggiudicazione e pertanto l'Amministrazione, con nota inviata via PEC Prot. AOOGR 33932 in data 10 febbraio 2015, comunicava alla società Toscana di Navigazione Srl di aver avviato ai sensi della legge n. 241/1990 e successive modificazioni, il procedimento di non aggiudicazione in quanto:

- entro il termine perentorio del 31 gennaio 2015 la società non aveva prodotto la documentazione attestante i requisiti di capacità tecnica e professionale "Volume di servizi di trasporto marittimo passeggeri eseguiti dal 30.11.2006 al 30.11.2009";

- la documentazione prodotta e relativa ai requisiti di capacità economico-finanziaria riguardava oltre alla Ciano Trading & Services C.T. & S. Srl e alla Alilauro Spa. (società indicate negli atti di gara da Toscana di Navigazione Srl quali ausiliarie ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 e per le quali era stato prodotto il contratto di avvalimento) anche altre tre Società, mai citate negli atti di gara;

- sommando i dati della Società Alilauro Spa. e della Ciano Trading & Services C.T. & S. Srl non sono raggiunti né il fatturato globale né quello relativo al trasporto marittimo passeggeri previsti quali requisiti di capacità economico-finanziaria;

- con nota del 17 febbraio 2015 la Società Toscana di Navigazione Srl presentava le proprie controdeduzioni, rispetto alle osservazioni di cui sopra, rilevando precisamente che:

a) il termine previsto dall'art. 48 comma 2 del d.lgs. n. 163/2006 ha natura perentoria, "*fatto salvo il caso di oggettivo impedimento alla produzione della documentazione non in disponibilità*" (come nel caso di specie per la documentazione attestante i requisiti di capacità tecnica e professionale "Volume di servizi di trasporto marittimo passeggeri eseguiti dal 30.11.2006 al 30.11.2009"); inoltre ormai da anni è precluso alle pubbliche amministrazioni di

richiedere ai cittadini attestati o certificazioni provenienti da altri enti pubblici che devono essere acquisite d'ufficio ai sensi dell'art. 43 comma 1 del DPR 445/2000 (e quindi nel caso sarebbe stato onere diretto della Regione acquisire la documentazione comprovante il volume del traffico passeggeri dalla Capitaneria di porto competente);

b) quanto ai requisiti di capacità economico-finanziaria, la Commissione giudicatrice della gara (verbale dell'11 aprile 2011) aveva già verificato il possesso dei requisiti in capo a Toscana di Navigazione; inoltre, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. 163/2006 il relativo controllo avrebbe dovuto procedere all'apertura delle buste e ove il controllo fosse stato effettuato, sarebbe stato possibile fornire chiarimenti e produrre le eventuali regolarizzazioni;

c) sia il volume d'affari globale che quello specifico del trasporto marittimo sono sufficienti rispetto ai requisiti minimi previsti nella lettera d'invito, considerando il volume di affari di altre società partecipate da Alilauro Spa e costituenti con essa un unico gruppo imprenditoriale e ciò anche perché i principi desumibili dalle direttive comunitarie e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea danno rilievo all'elemento sostanziale del soggetto imprenditoriale sul piano economico rispetto a quello formale dell'insieme dei soggetti in cui si fraziona quell'unito soggetto economico;

RITENUTO di non poter accogliere le suddette argomentazioni prospettate da Toscana di Navigazione Srl per i seguenti motivi:

a) l'art. 43 del DPR 445/2000, che prevede l'obbligo di richiesta d'ufficio dei documenti necessari a comprovare le dichiarazioni rese ai sensi degli artt. 46 e 47 del medesimo DPR, non trova applicazione relativamente alla comprova del possesso dei requisiti speciali di capacità tecnica ed economica. L'obbligo di comprova spetta infatti, in base all'art. 48 del D.Lgs 163/2006 all'operatore economico, come peraltro affermato anche dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici nella determinazione n. 4 del 10.10.2012 nella quale si afferma che l'art. 48 è una norma speciale che comporta, rispetto alla disciplina generale del D.P.R. n. 445/2000, oneri aggiuntivi a carico dei concorrenti giustificati in virtù del particolare rapporto di tipo negoziale cui la presentazione della documentazione è preordinata e dall'esigenza di assicurare la serietà dell'offerta, unitamente alla celerità della conclusione del procedimento di verifica e quindi, anche alla luce delle modifiche apportate dall'art. 15 della L. n.183/2011, rimangono in vigore le modalità di comprova del possesso dei requisiti previste dall'art. 48. Modalità che la stessa Autorità applica con la BDNCP di cui all'art. 6 bis del D. Lgs. 163/2006 (AVCPass) richiedendo la comprova dei requisiti direttamente all'operatore economico.

Né può essere accettata la motivazione di oggettivo impedimento alla produzione della documentazione in quanto la stessa non attiene a documentazione particolare che, peraltro, l'operatore doveva avere a disposizione per poter rendere la dichiarazione ai sensi degli articoli 46 e 47 sul "Volume di servizi di trasporto marittimo passeggeri eseguiti nel periodo dal 30/11/2006 al 30/11/2009" richiesta fra la documentazione amministrativa in fase di partecipazione alla procedura di affidamento;

b) Quanto sostenuto che la Commissione avesse già verificato il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica non corrisponde a quanto avvenuto nella procedura di affidamento. La procedura è stata avviata con avviso di manifestazione di interesse a seguito del quale all'operatore economico veniva richiesto di fornire i riferimenti identificativi e l'indirizzo al quale inviare la lettera per la richiesta dell'offerta. Con la lettera di richiesta dell'offerta all'operatore veniva richiesto all'interno del documento "Scheda di Rilevazione" di autocertificare ai sensi degli artt. 46 e 47 il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico finanziaria evidenziando che: *"...in relazione alle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara saranno effettuati i controlli ai sensi di quanto previsto dal D.P.R. n. 445/2000 e dal Regolamento emanato con D.P.G.R. 27.05.2008 n. 30/R. L'attività di controllo sarà espletata mediante richiesta all'aggiudicatario provvisorio di idonea documentazione*

probatoria di quanto dichiarato". Nella stessa lettera di Richiesta di offerta, al Paragrafo 5 "Conclusione dell'aggiudicazione e stipula del contratto" veniva espressamente evidenziato che: *"Secondo quanto previsto dal D.P.R. n. 445/2000 e dal DPGR n. 30/R del 27.05.2008, l'Amministrazione, prima dell'aggiudicazione, effettua i controlli sulle dichiarazioni sostitutive di certificazione o di atto notorio rese durante l'intero procedimento dal soggetto aggiudicatario"*. La Commissione, nella seduta di gara dell'11 aprile 2011, ha accertato il possesso dei requisiti sulla base di quanto dichiarato dall'operatore economico sotto la sua diretta responsabilità senza effettuare, pertanto, nessun controllo dei requisiti, controllo che, come espressamente previsto, sarebbe stato effettuato prima dell'aggiudicazione definitiva e nei confronti del solo aggiudicatario provvisorio. Ne deriva che il richiamo all'art. 48 non è pertinente e, in ogni caso, la commissione non avrebbe potuto chiedere la regolarizzazione in fase di controllo;

c) E' pacifico dagli atti di gara che la Toscana di Navigazione Srl ha dichiarato di avvalersi, per i requisiti tecnici ed economici, di due Società: Ciano Trading & Services C.T. & S. Srl e Alilauro Spa, società ausiliarie ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs n. 163/2006 e mai ha indicato, né dichiarato, di avvalersi anche dei requisiti di altre società, facoltà che, invece, avrebbe potuto essere utilizzata nel rispetto del citato art. 49 del D.lgs. n. 163/2006. Sommando i dati delle due società di cui Toscana di Navigazione Srl ha dichiarato di avvalersi non si raggiunge il fatturato globale di euro 150.000.000,00, né quello di euro 75.000.000,00 di trasporto marittimo passeggeri previsti come requisiti minimi di capacità economico-finanziaria negli atti di gara. I requisiti delle altre società indicate non possono essere considerati perché sono posseduti da soggetti giuridicamente distinti dall'impresa ausiliaria (dichiarata e con cui è stato stipulato il contratto di avvalimento), pur se collegati alla stessa.

La giurisprudenza ha infatti chiarito che non è ammissibile che la società ausiliata si avvalga di un soggetto (con cui stipuli un contratto di avvalimento), il quale, a sua volta, debba ricorrere ai requisiti maturati in capo ad altro soggetto a cui sia collegato: ciò infatti costituisce un avvalimento a cascata, vietato, perché elide il necessario rapporto diretto che deve intercorrere tra ausiliaria ed ausiliata. Infatti la deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara trova un bilanciamento nel suddetto rapporto immediato tra impresa avvalente ed avvalsa, cui consegue una responsabilità solidale delle due imprese in relazione alla prestazione dedotta nel contratto. L'inserimento di un ulteriore passaggio tra l'impresa che partecipa alla gara e quella che possiede i requisiti finirebbe per spezzare questo vincolo di responsabilità ed accentuerebbe la deroga al principio del possesso in proprio dei requisiti di gara (in tal senso anche Autorità Nazionale Anticorruzione determinazione 1/8/2012 n. 2).

Anche la normativa e la giurisprudenza comunitaria citate dalla Società Toscana di Navigazione Srl non smentiscono il suddetto principio, perché richiedono che la effettiva disponibilità delle capacità finanziarie, tecniche ed economiche di altre società sia sempre dimostrata nella partecipazione alla gara.

Valutato pertanto che la società Toscana Navigazione non ha comprovato il possesso dei requisiti di capacità tecnico - professionale ed economico finanziaria necessari per la partecipazione alla gara e dalla stessa autodichiarati alla data di presentazione dell'offerta;

Dato atto altresì che relativamente al controllo sui requisiti di ordine generale sono ancora in corso di acquisizione le certificazioni da parte delle competenti autorità e che relativamente al controllo sulla regolarità contributiva e regolarità fiscale sono pervenute all'Amministrazione certificazioni dalle quali emergono irregolarità;

Dato atto che a seguito di quanto sopra l'Amministrazione ha proceduto, ai sensi della

L.241/90 ad informare Toscana di Navigazione Srl delle irregolarità riscontrate richiedendo eventuali controdeduzioni, irregolarità per le quali sono ancora in corso le verifiche per accertare se le stesse configurino ipotesi di esclusione ai sensi dell'art. 38 del D. LGS 163/2006 e di riservarsi pertanto a seguito della chiusura delle verifiche di procedere con l'adozione dei necessari atti amministrativi;

Dato atto che la mancanza dei requisiti di capacità tecnico- professionale ed economico finanziaria necessari per la partecipazione alla gara risulta comunque assorbente e pertanto non è possibile procedere all'aggiudicazione del servizio alla società Toscana di Navigazione Srl;

Tutto ciò premesso

DECRETA

1. di non poter procedere, in esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato n. 83/2015, all'aggiudicazione della gara per i servizi di cabotaggio marittimo di collegamento con le isole dell'arcipelago toscano a garanzia della continuità territoriale alla Società Toscana di Navigazione Srl per mancanza dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria, richiesti per la partecipazione alla stessa.

Il presente atto è pubblicato integralmente sulla banca dati degli atti amministrativi della Giunta regionale ai sensi dell'art. 18 della L.R. 23/2007;

IL DIRIGENTE
Ing. Saverio Montella

