



# DELIBERA N. 276

05 giugno 2024

## Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 presentata da[ OMISSIS ] S.r.l. - Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto per la fornitura di un sistema informativo integrato per la gestione della tariffazione puntuale dei rifiuti e dei relativi servizi per i 15 comuni appartenenti all'eco distretto 1 della SRR Messina Provincia SCpA - CIG: A03BFC360C - Importo: euro: 638.792,38 - S.A.: CUC "Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Srl"/ Società per la Regolazione dei Rifiuti Messina Provincia Scpa

**UPREC/PRE/0127/2024/F/PREC**

## Riferimenti normativi

Art. 101 d.lgs. 36/2023

## Parole chiave

Soccorso istruttorio – requisiti speciali

## Massima

**Appalto pubblico – Servizi – Bando di gara – Requisiti speciali – Servizi analoghi – Incompleta attestazione – Soccorso istruttorio – Ammissibilità**

*L'attestazione dell'avvenuto svolgimento di servizi analoghi a quelli oggetto di gara non idonea a soddisfare in toto il requisito richiesto dalla lex specialis, in quanto concernente servizi svolti in epoche diverse o per importi inferiori rispetto a quelli richiesti dal bando, obbliga la Commissione di gara all'attivazione del soccorso istruttorio. Invero, l'allegazione di ulteriori servizi analoghi da parte del concorrente, purché effettivamente svolti nel periodo temporale richiesto dal bando, costituisce attuazione del principio del favor participationis nonché del risultato, di cui all'art. 1 del Codice, e rispetta, altresì, la par condicio e la concorrenza, non incidendo sull'offerta tecnica o economica.*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



nell'adunanza del 5 giugno 2024

## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 50035 del 24 aprile 2024, con cui la [OMISSIS] ., , ha contestato l'aggiudicazione della procedura di gara in oggetto in favore dell'impresa Sikuel S.r.l.;

VISTE le specifiche censure sollevate nell'istanza di precontenzioso e nella memoria, dirette ad ottenere l'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria, così sintetizzabili:

- 1) mancato possesso del requisito di capacità tecnica richiesto dalla *lex specialis*. Il disciplinare di gara richiedeva l'avvenuta esecuzione, negli ultimi tre anni, di forniture analoghe a quelle oggetto di gara per un importo pari al doppio di quello posto a base d'asta e la produzione delle relative fatture, con indicazione degli importi, date e destinatari. L'aggiudicatario ha dichiarato nel DGUE di aver eseguito in proprio, nel periodo 1.1.2020 – 31.12.2022, il fatturato di euro 1.015.150,00 e di ricorrere all'avvalimento della Maggioli S.p.a. per un importo di euro 354.563,00 Iva esclusa; ha prodotto, inoltre, le fatture relative al fatturato realizzato in proprio nel periodo 2020-2022. Tuttavia, le attività e le fatture emesse in data antecedente al 14.12.2020 – ovvero in un lasso temporale anteriore ai tre anni dalla pubblicazione del bando, avvenuta in data 15.12.2023 – non sono utilizzabili. Valutando esclusivamente il periodo rilevante, l'aggiudicataria Sikuel S.r.l. risulterebbe scoperta, rispetto all'importo richiesto dalla *lex specialis*, di 42.000,00 euro. Il conteggio, secondo quanto afferma l'istante, è in ogni caso, in difetto, in quanto l'ausiliaria Maggioli S.p.A. ha presentato dati aggregati riferiti alle annualità 2020/2021/2022 che non consentono di stabilire se vi siano fatture emesse in data antecedente al 14.12.2020;
- 2) Illegittimità del contratto di avvalimento, in quanto le parti avrebbero limitato la responsabilità solidale prevista ex lege. Il paragrafo 5 del contratto stabilisce, infatti, che "L'Ausiliaria assume con il presente contratto la responsabilità solidale con il concorrente e con la Stazione Appaltante indicata alla lettera A) del presente atto, relativamente alla parte dei servizi che riguardano le attività svolte dalla ditta ausiliaria". Tale limitazione della responsabilità solidale si appaleserebbe del tutto illegittima atteso che l'art. 104, comma 7, del Codice impone all'ausiliaria di assumere responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto d'appalto e non solo per la parte di servizio svolte;
- 3) Carezza di potere di firma del sottoscrittore dell'offerta dell'aggiudicataria Sikuel S.r.l. L'offerta dell'aggiudicataria è stata sottoscritta da soggetto privo dei necessari poteri statutari di impegno della società Sikuel S.r.l. Dall'esame della visura dell'aggiudicataria, infatti, emerge che il CdA della Sikuel Srl, in data il 30 luglio 2021, ha limitato i poteri all'AD Distefano Orazio (sottoscrittore dell'offerta) prevedendo espressamente (pag. 8 della visura) che per la presentazione di offerte superiori ad € 300.000 (come è nel caso di specie) sia necessaria la firma congiunta del Consigliere Raffaele Vernocci, firma che manca del tutto nell'offerta de qua. L'assenza di tale firma determina che il sottoscrittore è da considerarsi alla stregua di un *falsus procuratore*, dunque, che la Sikuel Srl non ha assunto alcun reale impegno negoziale nei confronti della stazione appaltante, ciò dovendone determinare l'automatica esclusione dalla gara;
- 4) Carezza di potere di firma del sottoscrittore dell'ausiliaria Maggioli S.p.A. L'avvalimento della Maggioli è *tamquam non esset* in quanto il procuratore e sottoscrittore del contratto ha anch'esso l'espressa limitazione dei propri poteri ad € 100.000 a firma disgiunta. Per importi superiori è invece necessaria la firma congiunta del Direttore Operativo, che nel caso di specie manca del tutto;



VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 52808 del 6 maggio 2024;

VISTA la memoria, acquisita al prot. n. 54900 del 13 maggio 2024, con cui l'aggiudicataria ha controdedotto alle specifiche contestazioni sollevate dall'istante. In merito al mancato possesso dei requisiti speciali, Sikuel S.r.l. afferma di aver inteso la richiesta di "esecuzione negli ultimi tre anni" di forniture analoghe come riferita agli ultimi tre anni solari antecedenti alla pubblicazione del bando di gara (quindi, 2020, 2021, 2022). Tale interpretazione dovrebbe scriminare l'assenza documentale, in quanto indotta dalla scarsa chiarezza e univocità della *lex specialis*. In ogni caso, quella rilevata dall'istante consisterebbe in una carenza o incompletezza documentale, pacificamente sanabile con il soccorso istruttorio. Sul punto, l'aggiudicataria produce fatture relative all'anno 2023, che dimostrerebbero la possibilità di supplire alla carenza di importi rilevata dall'istante. Per quanto concerne il contratto di avvalimento, Sikuel S.r.l. sostiene che il regime della responsabilità solidale rientra tra le cd. norme imperative, idonee in quanto tali a sostituire eventuali pattuizioni di segno contrario contenute nella convenzione delle parti. Quanto alla carenza di potere di firma del sottoscrittore dell'offerta, l'aggiudicataria rappresenta che si tratta di una mera irregolarità, sanabile attraverso la ratifica dell'operato da parte del soggetto avente il potere di firma (che allega documentalmente). Infondata, invece, sarebbe l'ultima questione, in quanto dalla procura speciale sottoscritta in data 17 maggio 2021 e depositata in data 24 maggio 2021 presso il Registro delle Imprese di Romagna-Forlì-Cesena e Rimini), il dott. Ridolfi risulta abilitato ad impegnare la Società Maggioli S.p.a. mediante sottoscrizione di tutti i contratti comunque afferenti alla partecipazione e aggiudicazione delle gare d'appalto, per un valore sino a ad € 20.000.000,00 (venti milioni). Viene, invece, richiesta la firma congiunta con il Direttore Operativo solo per la stipulazione di tutti i negozi necessari a prendere parte alle gare di importo superiore e fino ad €40.000.000,00 (quaranta milioni);

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 55062 del 13 maggio 2024, con cui la CUC Tirreno ecosviluppo ha contestato la ricostruzione dell'istante in quanto basata unicamente sulle data di emissione delle fatture e non sul diverso – e rilevante – periodo di avvenuto svolgimento di servizi/forniture analoghe. Quanto al contratto di avvalimento, secondo la CUC, era chiaramente evincibile la volontà delle parti di prevedere una responsabilità solidale nei confronti della Stazione appaltante. In merito alle ultime due contestazioni, la CUC si limita ad osservare che i presunti difetti di potere di firma dei sottoscrittori dell'offerta economica e del contratto di avvalimento non potevano essere conosciuti dalla Commissione di gara;

VISTA la memoria di replica trasmessa dall'istante e acquisita al prot. n. 54852 del 13 maggio 2024. [ OMISSIS ] S.r.l. contesta la ricostruzione dell'aggiudicatario in merito alla scarsa chiarezza del bando di gara e, in particolare, del periodo rilevante per la dimostrazione del requisito di capacità tecnica e afferma che proprio le memorie prodotte dimostrano che il requisito non è stato comprovato in fase di gara. Secondo l'istante, inoltre, non sarebbe ammissibile il soccorso istruttorio, per il semplice fatto che la documentazione non è stata prodotta in fase di Gara e la sua integrazione si risolverebbe in una grave violazione del Disciplinare (che impone a pena di esclusione al concorrente di "fornire l'elenco delle prestazioni effettuate con indicazione delle fatture emesse") e, ancor di più, del principio generale di *par condicio competitorum*. Infine, la Sikuel afferma che le fatture prodotte (per circa € 92.000 nell'anno 2023) non sarebbero idonee a provare alcunché, avendo l'istante dedotto di aver riscontrato una scopertura di "almeno" € 42.000; inoltre, l'ausiliaria Maggioli nel proprio DGUE (doc. 11) in violazione del par. 17 del Disciplinare, non ha indicato analiticamente il periodo temporale (2020, 2021, 2022 o 2023) di maturazione del fatturato, ma si è limitato a rendere una dichiarazione complessiva di possesso del



requisito. Pertanto, nella denegata ipotesi di "utilizzo" del fatturato 2023 dell'aggiudicatario, non vi sarebbe alcuna certezza che il medesimo o.e. possieda ed abbia dimostrato il requisito in questione;

VISTA la memoria di replica dell'aggiudicatario, acquisita al prot. n. 57930 del 21 maggio 2024. Sikuel s.r.l. rileva, preliminarmente, l'inammissibilità e/o improcedibilità dell'istanza di precontenzioso in quanto, trattandosi di gara finanziata con fondi PNRR, si applicherebbe l'art. 12 bis, comma 4, del D.L. 68/22 che prevede l'obbligo di notificare il ricorso giurisdizionale anche all'amministrazione titolare del potere di spesa (i.e. Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica). Contesta, inoltre, la stessa ammissibilità della memoria integrativa dell'istante in ragione del fatto che, per un verso, il Regolamento di precontenzioso non prevede la possibilità di depositare memorie di replica, dall'altro, la memoria contiene contestazioni nuove, in particolare quella relativa alla mancata specificazione, da parte dell'ausiliaria, del periodo di maturazione del fatturato, che in ogni caso sarebbe infondata;

VISTA la documentazione prodotta dalle parti e gli atti di gara;

RITENUTO, preliminarmente, di dover rigettare l'eccezione di inammissibilità dell'istanza di precontenzioso per mancata notifica dell'istanza al Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza energetica, quale amministrazione centrale titolare del potere di spesa. L'art. 12 bis, comma 4, del d.l. 68/2022 è, infatti, disposizione applicabile esclusivamente ai processi amministrativi. L'istituto del precontenzioso costituisce, invece, un metodo di risoluzione delle controversie alternativo al rimedio giurisdizionale, in alcun modo qualificabile come processo, retto e disciplinato dall'art. 220 del d.lgs. 36/2023 e dal Regolamento adottato dal Consiglio con delibera n. 267 del 20 giugno 2023, che non prevedono una disposizione di tenore analogo al citato art. 12 bis del d.l. 68/2022 né rinviano, in via generale, alle norme applicabili al processo amministrativo, con la conseguenza che non può ritenersi operante alcun obbligo di comunicazione della presentazione dell'istanza di precontenzioso al Ministero dell'ambiente e della Sicurezza energetica;

RITENUTO, sempre in via preliminare, che la questione della presentazione di dati aggregati da parte dell'ausiliaria Maggioli S.p.A. è stata rappresentata già nell'istanza di precontenzioso; tanto non già per denunciare il mancato possesso dei requisiti da parte dell'ausiliaria quanto che la scopertura del fatturato del concorrente, quantificata in euro 42.000,00 alla luce delle date delle fatture emesse, poteva risultare ancora maggiore, non avendo la stessa ausiliaria indicato precisamente le date di emissione delle fatture (e quindi la data di avvenuto svolgimento dei servizi, oggetto del contratto di avvalimento e necessari per la qualificazione in gara della Sikuel s.r.l.). La questione non si presenta, quindi, in termini di "contestazione nuova", quanto di effettiva controdeduzione ai documenti prodotti dall'aggiudicatario in tale sede (fatture dell'anno 2023) tese a dimostrare il possesso del requisito richiesto della *lex specialis*;

CONSIDERATO, nel merito, che la soluzione della prima questione sollevata dall'istante richiede di svolgere un approfondimento in merito a due aspetti: la univocità e chiarezza degli atti di gara sul periodo rilevante per la comprova del requisito di capacità tecnica e l'ammissibilità o meno del soccorso istruttorio integrativo;

RILEVATO, sul primo aspetto, che l'art. 17 del disciplinare di gara richiedeva, accanto al fatturato globale e specifico "*maturato nel triennio precedente*", il requisito di capacità tecnico-professionale della "*Esecuzione negli ultimi tre anni di prestazioni per 1) servizi/forniture analoghi a quello oggetto di gara per un importo complessivo pari al doppio di quello posto a base d'asta. Il concorrente dovrà fornire l'elenco delle prestazioni effettuate con indicazione delle fatture emesse con relativo numero, importo, data, committente e comune beneficiario (indicare il comune beneficiario solo se non coincidente con il*



*committente*)". La disposizione riproduce pedissequamente il contenuto del bando tipo n. 1/2023, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 309 del 27 giugno 2023;

CONSIDERATO che secondo il granitico orientamento giurisprudenziale e dell'Autorità, formatosi già nella vigenza del d.lgs. 163/2006, solo per la dimostrazione della capacità economica e finanziaria il triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza del requisito è quello solare decorrente dal 1° gennaio e ricomprende i tre anni solari antecedenti la data del bando, in quanto occorre fare riferimento alla nozione di esercizio inteso come anno solare, mentre per la capacità tecnica e professionale il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente la data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincide necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economica e finanziaria" (Cfr. ex multis, T.A.R. Puglia (Bari) II, n. 1036/2018; Cons. St., III, n. 3285/2015, Cons. St., VI, n. 2306/2014). Il legislatore del 2023 ha cristallizzato tale insegnamento nel comma 11 dell'art. 100 del nuovo codice dei contratti, laddove ha previsto che, nelle more dell'adozione del nuovo sistema di qualificazione per gli appalti di servizi e forniture, la stazione appaltante può richiedere, come requisito di capacità economica e finanziaria, un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto "maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura" e, come requisito di capacità tecnica e professionale, l'esecuzione di contratti analoghi "nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara", distinguendo chiaramente il triennio di riferimento per le due tipologie di requisiti (Delibera Anac n. 227 del 24 maggio 2023);

CONSIDERATO che, sebbene l'art. 17 del disciplinare non precisasse che il computo a ritroso del triennio avrebbe avuto come *dies a quo* quello della pubblicazione del bando di gara (14 dicembre 2023), nondimeno la diversa terminologia utilizzata per delimitare il periodo rilevante per i requisiti economico-finanziario e per quello tecnico-professionale, la documentazione da utilizzare a comprova dei requisiti (in particolare, i bilanci approvati per quello economico, i certificati di esecuzione/contratti per quello tecnico), il chiaro tenore dell'art. 100, comma 11, del Codice sopra richiamato e la granitica giurisprudenza formatasi in tema di periodo rilevante per i requisiti tecnico professionali, depongono per l'assoluta chiarezza ed univocità della *lex specialis* e per l'impossibilità di riconoscere l'esistenza di un errore scusabile;

CONSIDERATO, in merito alla possibilità di esperire il soccorso istruttorio, che l'art. 101 del d.lgs. 36/2023 stabilisce che "Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per: a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte; b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente";

CONSIDERATO, in merito all'esatta interpretazione dell'art. 101 del Codice, che il Consiglio di Stato ha di recente puntualizzato che "*Importa osservare, in premessa ed in termini generali, che l'istituto del*



*soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6 l. n. 241/1990), ad una fondamentale direttiva antiformalistica che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati. Con riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano – laddove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti – in disutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa. In tale prospettiva, la regola – che traduce operativamente un canone di leale cooperazione e di reciproco affidamento tra le stazioni appaltanti o gli enti concedenti e gli operatori economici (cfr. art. 1, comma 2 bis legge n. 241/1990) – ha visto riconosciuta (ed accresciuta) la sua centralità nel nuovo Codice dei contratti pubblici: il quale...ne amplifica l'ambito, la portata e le funzioni, superando, altresì, talune incertezze diffusamente maturate nella prassi operativa. Quand'anche si intenda dilatarne al massimo la portata, si dovrà, in ogni caso, puntualizzare, sotto un profilo funzionale, la necessaria distinzione tra: a) soccorso integrativo o completo (comma 1, lettera a) dell'art. 101 d. lgs. n. 36 cit., non difforme dall'art. 83, comma 9), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico); b) soccorso sanante (comma 1 lettera b), anche qui non difforme dall'art. 83, comma 9 del d. lgs. n. 50), che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili); c) soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3), che – recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale – abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica...; d) soccorso correttivo (comma 4)...In definitiva, appare evidente – con valutazione non estranea all'esatta parametrizzazione della vicenda in esame, sotto il profilo della prefigurazione di una direttiva esegetica tendenzialmente non restrittiva – il programmatico ampliamento dell'ambito del soccorso, fino al segno, si può nondimeno osservare, di marcare un possibile conflitto con il canone di autoresponsabilità (che in generale sollecita gli operatori economici, in virtù della postulata qualificazione professionale e del correlativo dovere di diligenza, al pieno e puntuale rispetto delle formalità procedurali, evitando gli aggravati imposti dalla rimessione in termini: per i quali ben potrebbe prospettarsi, anche alla luce del criterio di buona fede, un forma di immeritevole abuso).”(Cons. Stato, 21 agosto 2023, n. 7870);*

CONSIDERATO, inoltre, che l'istituto del soccorso istruttorio, per come disciplinato dal menzionato art. 101, non prevede alcuno sbarramento temporale alla sua attivazione, con la conseguenza che, laddove l'omissione, la carenza o l'incompletezza venisse rilevata dalla Stazione appaltante per la prima volta dopo l'aggiudicazione della gara, in ogni caso deve essere consentito al concorrente di porre rimedio alla lacune o irregolarità afferenti le dichiarazioni o i documenti prodotti in fase di gara, con l'unico limite- si ripete -del necessario possesso del requisito in data antecedente alla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte. In tale solco, si colloca anche la giurisprudenza richiamata dalla Sikuel s.r.l. che ammette un soccorso istruttorio processuale per consentire la rettifica delle dichiarazioni rese in gara dal soggetto aggiudicatario, con possibilità di integrazione postuma, nei casi in cui l'Amministrazione si sia avveduta di eventuali carenze documentali non a monte (nella fase di controllo delle dichiarazioni) ma all'esito dell'aggiudicazione” (T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 15 marzo 2017, n. 3541; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. III, 29 aprile 2016, n. 712; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 24 giugno 2016, n. 1276; di recente si v. Cons. Stato, sez. V, 11 ottobre 2022, n. 8685);



RILEVATO che, nel caso di specie, la Sikuel s.r.l. ha dichiarato nel DGUE i servizi analoghi espletati, indicando, per ciascuno di essi, la data di emissione della fattura e i singoli importi. Talune fatture recano una data antecedente al 14.12.2020 e, quindi, non sono sicuramente utilizzabili per la comprova del requisito tecnico (in quanto certamente riferibili a servizi svolti prima del triennio di riferimento). In tale contesto, si ritiene che la Commissione di gara, esaminata la documentazione prodotta e rilevata l'incompleta attestazione dei requisiti, avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio, chiedendo alla Sikuel chiarimenti sulle fatture indicate – e questi avrebbe spiegato di aver prodotto fatture relative a tutto l'anno 2020 in ragione della lettura e interpretazione offerta dell'art. 17 del disciplinare –, invitandola ad integrare la documentazione prodotta con altra idonea a attestare il possesso del requisito di capacità tecnica, maturato nel periodo di riferimento previsto dal bando di gara, in coerenza con il principio del *favor participationis*, senza violare la parità di trattamento dei concorrenti, nonché con quello del risultato di cui all'art. 1 del Codice, sempre nel rispetto del principio di concorrenza. Nelle condizioni date, il soccorso istruttorio non verrebbe utilizzato strumentalmente al fine di consentire al concorrente l'acquisizione in gara di un requisito di partecipazione mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta né per consentire allo stesso un'inammissibile integrazione o modificazione postuma dell'offerta formulata ma al solo ed esclusivo fine di provvedere ad un'integrazione documentale inerente l'indicazione dei servizi comprovanti il possesso del requisito. Tale integrazione rientra nel perimetro applicativo dell'art. 101 del Codice e non viola il principio della *par condicio*, in quanto non è diretta al recupero di requisiti non posseduti alla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte bensì alla sola allegazione a comprova del loro possesso;

RITENUTO, in conclusione, che l'incompleta attestazione del requisito tecnico-professionale da parte della SIKUEL S.r.l. avrebbe dovuto condurre all'attivazione del soccorso istruttorio. Analogamente, tenuto conto che anche l'ausiliaria Maggioli S.p.A. si è limitata ad indicare le annualità di maturazione del fatturato, la Stazione appaltante avrebbe dovuto chiedere spiegazioni e chiarimenti sul periodo di effettiva maturazione del requisito di cui si è avvalsa l'aggiudicataria. Quanto alle controdeduzioni della Stazione appaltante, occorre rilevare che esse colgono solo parzialmente nel segno: è chiaro, infatti, che altro è il periodo di svolgimento di un servizio altra è la data di fatturazione; tuttavia, occorre rilevare che, per un verso, era lo stesso disciplinare a richiedere la presentazione delle fatture e, dall'altro, che appare indiscutibile che una fattura non può che avere ad oggetto servizi svolti in data antecedente alla sua emissione, con la conseguenza che, nel caso di specie, le fatture della Sikuel S.r.l., risalenti a prima del 14 dicembre 2020, concernevano, con tutta evidenza, servizi svolti antecedentemente a quella data e quindi non spendibili in gara a comprova del possesso del requisito tecnico. Resta ferma la necessità che la Stazione appaltante, in sede di comprova del requisito ai fini dell'aggiudicazione, acquisisca i certificati/contratti dai quali risulti la data di effettivo inizio del servizio, importi e destinatari (come previsto dall'art. 17 del disciplinare) e che analoga attività istruttoria sia compiuta in relazione ai requisiti della Maggioli S.p.A. su cui la Sikuel S.r.l. ha fatto affidamento, al fine di accertare il possesso da parte del concorrente dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*;

CONSIDERATO, in merito alla seconda questione posta, che l'art. 104, comma 7, del Codice, laddove stabilisce che "L'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto" non può essere interpretato nel senso che la responsabilità dell'ausiliaria si estende a tutte le prestazioni dedotte nel contratto di appalto. Tale interpretazione comporterebbe un'assunzione di responsabilità dell'ausiliaria anche per le prestazioni demandate – per volontà del concorrente – ad eventuali subappaltatori o eseguite in proprio dall'impresa concorrente attraverso la propria struttura d'impresa. A ben vedere, nel caso di specie, l'avvalimento della Maggioli S.p.A. è un avvalimento parziale, in quanto Sikuel S.r.l. dispone in proprio





della maggior parte dei requisiti – e correlativamente delle risorse materiali ed umane – necessarie alla partecipazione e all'esecuzione dell'appalto, di talché appare del tutto corretta la responsabilità solidale assunta dall'ausiliaria nei confronti della Stazione appaltante nei limiti delle obbligazioni assunte con il contratto di avvalimento;

CONSIDERATO, quanto alla terza questione, che, come correttamente dedotto dall'aggiudicataria, la sottoscrizione dell'offerta non può considerarsi mancante, essendo pacifica la valida sottoscrizione dell'amministratore delegato della Società offerente. La fattispecie, pertanto, non andrebbe inquadrata in un'ipotesi di omessa sottoscrizione in senso proprio, bensì "di non corretta spendita del potere rappresentativo" con la conseguenza che "tale tipologia di vizi, tuttavia, in forza dei principi generali, opera sul piano della efficacia e non su quello della validità" e può essere sanata dall'operatore economico (Tar Lazio, Roma, sez. I, 16 giugno 2016, n. 6923; Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2018, n. 1338), come, tra l'altro, avvenuto nel caso di specie, avendo l'aggiudicataria prodotto il verbale del Consiglio di Amministrazione del 4 aprile 2024 con cui è stata ratificato l'operato dell'amministratore delegato di partecipazione alla gara in esame;

CONSIDERATO, in merito all'ultima questione posta, che dall'esame della procura speciale sottoscritta in data 17 maggio 2021 il dott. Ridolfi risulta abilitato ad impegnare la Società Maggioli S.p.a. mediante sottoscrizione di tutti i contratti comunque afferenti alla partecipazione e aggiudicazione delle gare d'appalto, per un valore sino a ad € 20.000.000,00 (ventimilioni) (procura speciale, punto 4, pagg. 1-2); è, invece, richiesta la firma congiunta con il Direttore Operativo solo per la stipulazione di tutti i negozi necessari a prendere parte alle gare di importo superiore e fino ad €40.000.000,00 (quarantamilioni). Di contro, la limitazione alla firma singola invocata dall'istante (impegni di spesa non superiori ad euro 100.000,00), afferisce i seguenti differenti contratti: a) acquisto e vendita di prodotti da commercializzare; b) acquisto di beni e servizi strumentali al business della Società e di materiali di consumo. Il motivo risulta, pertanto, infondato;

#### Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che:

- le questioni relative alla presunta limitazione di responsabilità solidale dell'ausiliaria e del sottoscrittore del contratto di avvalimento (dott. Ridolfi) non sono fondate;
- l'originario difetto di potere di firma del sottoscrittore dell'offerta della Sikuel S.r.l., attenendo al piano dell'efficacia e non della validità dell'atto, è stato superato dalla ratifica dell'operato dell'A.D. da parte del Consiglio di amministrazione della Sikuel S.r.l.;
- per quanto concerne la carente dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione di carattere tecnico-professionale da parte della Sikuel S.r.l., la Stazione appaltante è tenuta ad attivare il soccorso istruttorio, chiedendo alla Sikuel S.r.l. di trasmettere ulteriore documentazione a comprova del possesso del requisito in relazione al periodo di riferimento indicato nel disciplinare di gara (tre anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando) e chiedere analoghi chiarimenti alla Maggioli S.p.A. circa il periodo di effettiva maturazione del fatturato di cui si è avvalso l'aggiudicatario. Nel caso in cui il concorrente non dimostri di possedere i requisiti richiesti dalla *lex specialis*, la Stazione appaltante è tenuta all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione.





Ai sensi dell'art. 220, comma 1, del d.lgs. 36/2023, la stazione appaltante che non intenda conformarsi al parere comunica, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che può proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 giugno 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente