



PROVINCIA DI SAVONA

ATTO DIRIGENZIALE

N. 232 DEL 10/02/2023

SETTORE: Gestione viabilità, edilizia ed ambiente

SERVIZIO: Energia e coordinamento ambientale

CLASSIFICA 10.4.5 FASCICOLO N.3/2014

OGGETTO: APPALTO 2031 – PROCEDURA APERTA PER LA SELEZIONE DI UN OPERATORE QUALIFICATO PER L’AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DI SERVIZI DI PRESTAZIONE ENERGETICA, INCLUSI LA RIQUALIFICAZIONE ENERGETICA E LA GESTIONE DELL’IMPIANTO DI PUBBLICA ILLUMINAZIONE DI PROPRIETÀ DEI COMUNI DI BORGHETTO S. SPIRITO, FINALE LIGURE, SPOTORNO, STELLA E PROVINCIA DI SAVONA (GALLERIE E TRATTI STRADALI). ESCLUSIONE DEL COSTITUENDO RTI GI ONE S.P.A. (ORA SOFEIN S.P.A.) E OTTIMA S.R.L. PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE.

IL SEGRETARIO GENERALE

VISTI

- l’art. 107 del d.lgs. n. 267/2000 che assegna ai dirigenti la competenza in materia di gestione;
- il vigente Statuto provinciale in ordine alle funzioni dirigenziali;
- l’art. 18 del Regolamento sull’ordinamento degli Uffici e dei Servizi che disciplina la funzione dirigenziale;
- gli artt. 48 e 80 del d.lgs. n. 50/2016

VISTO ALTRESI’

- che il Dirigente competente per materia, Ing. Vincenzo Gareri, è stato posto in quiescenza a decorrere dal 1 febbraio 2023 e attualmente non è ancora stato sostituito;
- l’art. 23 del Regolamento sull’ordinamento degli Uffici e dei Servizi;

PREMESSO CHE

- in esecuzione della determinazione dirigenziale n. 2533 del 23.10.2020 del Dirigente del Settore Viabilità, Edilizia ed Ambiente – Servizio Energia e coordinamento ambientale è stata avviata la procedura di gara per l’affidamento del servizio in oggetto;
- il valore complessivo dell’affidamento è pari a € 6.420.949,50 (IVA esclusa), calcolato moltiplicando il canone annuo complessivo riconosciuto all’aggiudicatario, stimato in € 1.639.399,50 (I.V.A. esclusa) per il Comune di Borghetto S. Spirito, € 1.992.990,75 (I.V.A. esclusa) per il Comune di Finale Ligure, €

- 1.076.361,00 (I.V.A. esclusa) per il Comune di Spotorno, € 475.020,75 (I.V.A. esclusa) per il Comune di Stella, € 1.237.177,50 (I.V.A. esclusa) per la Provincia di Savona (Gallerie e tratti stradali), per tutta la durata della concessione, pari a un periodo di 180 (centottanta) mesi. Il valore minimo complessivo dell'investimento, soggetto ad aumento in fase di offerta economica, è pari a € 2.590.586,78 (IVA esclusa);
- la spesa è finanziata in parte con fondi propri e in parte con fondi della BEI-Banca Europea per gli Investimenti – Programma Europeo Elena;
 - con la suddetta determinazione si stabiliva di aggiudicare la concessione mediante procedura aperta ai sensi dell'art. 60, d.lgs. n. 50/2016, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, comma 2, d.lgs. n. 50/2016;
 - il bando di gara è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (GU n. 137 del 23.11.2020), sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (GU/S 228 del 23/11/2020), sull'Albo online della Provincia di Savona, sul sito internet della Provincia di Savona e della Regione Liguria e sul sito dell'Autorità Nazionale Anticorruzione;
 - il termine per la presentazione delle offerte è stato fissato per il giorno 23.12.2020, ore 18.30, poi posticipato al giorno 25.1.2021 alle ore 18.30;
 - entro il predetto termine sono pervenute n. 4 offerte e, precisamente:

Numero Protocollo Informatico offerta	Operatore Economico	Modalità di partecipazione	Data e ora offerta
1611593155257	CPL CONCORDIA SOC. COOP. C.F. 00154950364	Forma singola	25/01/2021, ora 17.45.55
1611583566576	GI ONE S.p.A. C.F. 11940290015	RTI GI.One S.p.a. (Mandataria) e Ottima S.r.l. (Mandante)	25/01/2021, ora 15.06.06
1611578569091	Enel Sole Srl C.F. Capogruppo 02322600541	RTI Enel Sole Srl (Mandataria) e Bouygues E&S InTec Italia S.p.A. (mandante)	25/01/2021, ora 13.42.49
1611567022004	ENGIE SERVIZI SPA (già Cofely Italia S.p.A.) C.F. Capogruppo 07149930583	RTI costituendo	25/01/2021, ora 10.30.22

- in data 26.1.2021 si è riunita la Commissione di gara, nominata con atto dirigenziale n. 143 del 26.1.2021, prot. n. 3336, per procedere alla verifica dei requisiti di ammissibilità alla gara;
- gli operatori economici, con provvedimento dirigenziale n. 451 del 26.2.2021, sono stati tutti ammessi alla procedura, con eccezione del costituendo RTI Gi One S.p.a. (mandataria, ora Sofein S.p.a.) e Ottima S.r.l. (mandante), il quale è stato invece escluso;
- espletata la gara, è stata stilata una graduatoria nella quale l'offerta presentata Engie Servizi S.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTI con RC Energia società consortile a r.l., si è collocata al primo posto;
- in seguito, il provvedimento di esclusione del costituendo RTI Gi One S.p.a. (mandataria, ora Sofein S.p.a.) e Ottima S.r.l. (mandante), è stata annullato con sentenza del Consiglio di Stato n. 6324 del 2021 e conseguentemente la proposta di aggiudicazione di cui al punto precedente è stata revocata per effetto della riammissione in gara dell'operatore economico RTI Gi One S.p.a. (ora Sofein S.p.a.);
- con provvedimento dirigenziale n. 3243 del 3.12.2021, questa Amministrazione ha provveduto ad annullare d'ufficio, ai sensi dell'art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990, in via di autotutela, il provvedimento dirigenziale n. 451 del 26.2.2021, nella parte in cui disponeva l'ammissione alla fase successiva di gara dell'operatore economico RTI Engie Servizi S.p.a. (Mandataria) e RC Energia Società Consortile a r.l. (Mandante) per nullità del contratto di avvalimento presentato dall'operatore economico;
- a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, la Commissione ha riformulato la graduatoria e proposto l'aggiudicazione a favore del costituendo RTI Gi One S.p.a. (mandataria, ora Sofein S.p.a.) e Ottima S.r.l. (mandante);
- dalle conseguenti verifiche è emersa la sussistenza in capo a Gi One S.p.a. (ora Sofein S.p.a.) di plurimi ed autonomi motivi di esclusione di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50/2016;

- con nota del 25 ottobre 2022, prot. n. 44703/2022, è stato comunicato l'avvio del procedimento ai sensi degli artt. 7 e 8 l. 241/1990, invitando il RTI Ottima a presentare osservazioni entro 10 giorni dalla data di ricevimento della stessa;
- in data 7 novembre 2022, con comunicazione acquisita al prot. n. 49604/2022, solo la mandataria GI ONE, presentava controdeduzioni con contestuale richiesta di audizione, che veniva altresì chiesta dalla mandante con comunicazione in data 10 novembre 2022, acquisita al prot. n. 50581/2022, al fine di vagliare la possibilità di procedere a una modifica soggettiva in riduzione del raggruppamento; invitando il RTI Ottima a presentare osservazioni entro 10 giorni dalla data di ricevimento della stessa;
- in data 15.11.2022 si è tenuta l'audizione all'esito della quale le imprese raggruppate hanno formalizzato la richiesta di modifica soggettiva in riduzione del RTI ai sensi dell'art. 48, commi 19 e 19-ter, d.lgs. n. 50/2016, da attuarsi mediante recesso della mandante Sofein S.p.a. ai sensi dell'art. 48, commi 19 e 19-ter, d.lgs. n. 50/2016, chiedendo l'assegnazione di un termine per la produzione della documentazione attestante il possesso dei requisiti da parte della mandataria Ottima S.r.l. nonché di eventuali memorie difensive;
- come da verbale dell'audizione, nonché da comunicazione prot. n. 52103/2022, è stato assegnato alle parti termine fino a venerdì 18.11.2022 alle ore 24:00;
- con comunicazione acquisita al protocollo n. 52930/2022 del 21.11.2022, Sofein S.p.a. ha chiesto "*ai sensi dell'art. 48, commi 19 e 19-ter, del D.lgs. 50/2016 di voler valutare e autorizzare il recesso di Sofein S.p.A. dal Raggruppamento temporaneo di imprese, con conseguente riduzione del Raggruppamento stesso ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative*";
- con determinazione dirigenziale n. 52 del 13.1.2023 è stata disposta l'esclusione del costituendo RTI Gi One S.p.a. (mandataria, ora Sofein S.p.a.) e Ottima S.r.l. (mandante) dalla gara in oggetto;
- con atto dirigenziale n. 105 del 18.1.2023 è stata disposta l'annullamento in via di autotutela della predetta determinazione n. 52 del 2023;
- con atto dirigenziale n. 108 del 18.1.2023 è stata disposta l'esclusione del costituendo RTI Gi One S.p.a. (mandataria, ora Sofein S.p.a.) e Ottima S.r.l. (mandante) dalla gara in oggetto;
- con tale atto, si è infatti rilevato che mentre da una parte il RTI chiedeva di essere autorizzato alla riduzione per esigenze organizzative, dall'altra la mandataria Sofein S.p.a. sosteneva di non essere incorsa in alcun illecito professionale e, comunque, faceva valere l'adozione di idonee misure di *self cleaning*;
- in ragione di tale incerta situazione, la stazione appaltante ha ritenuto che il recesso non fosse autorizzabile e ritenuto di valutare il RTI nel suo complesso, giungendo all'esclusione in ragione di un giudizio sfavorevole di affidabilità della mandataria Sofein S.p.a. e ritenendo inidonee le misure di *self cleaning* adottate;

PREMESSO ALTRESÌ CHE

- dopo la comunicazione della determina di esclusione, in data 20.1.2023 (con nota agli atti con prot. n. 3777/2023) Ottima S.r.l. ha dichiarato che "*possiede in autonomia tutti i requisiti per partecipare in proprio alle gare de quibus*" e che "*in caso di perdita sopravvenuta dei requisiti ex art. 80 da parte di un soggetto raggruppato (com'è avvenuto nel caso di specie a Sofein S.p.a. a seguito della valutazione negativa sui relativi requisiti operata da codesto Ente in forza dei propri poteri discrezionali)*" potrebbe proseguire "in proprio" i rapporti con questa Amministrazione ed a tal proposito ha chiesto di essere convocata in audizione;
- in data 31.1.2023 si è svolta l'audizione di Ottima S.r.l. e Sofein S.p.A. come risulta dal verbale prot. n. 5822/2023 del 31.1.2023, nel quale si dà atto che "*i rappresentanti degli operatori economici insistono affinché l'Amministrazione proceda ad autorizzare la modifica soggettiva in riduzione del Raggruppamento finalizzata all'estromissione dal Raggruppamento della mandante Sofein S.p.a. per la perdita dei requisiti ex art. 80, come accertato nei provvedimenti finali di esclusione e a continuare il rapporto giuridico con la sola Ottima S.r.l.*";
- le imprese del costituendo RTI hanno presentato una dichiarazione congiunta datata 06.2.2023 (con note agli atti con prot. nn. 5976/2023 e 5980/2023 dalla quale emerge che Sofein S.p.a. "*prende atto di quanto disposto dalla Provincia di Savona con atto dirigenziale n. 108 del 18.1.2023 relativamente al giudizio discrezionale assunto dall'Amministrazione circa la perdita dei requisiti ex art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 da parte della medesima Sofein s.p.a.*" e, conseguentemente, ha dichiarato di "*nulla avere ad opporre in merito alla riduzione del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese tra Sofein s.p.a. e Ottima s.r.l. ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter D-lgs. 50/2016, a tal punto confermando il recesso da parte di Sofein s.p.a. dal suddetto costituendo Raggruppamento, con conseguente prosecuzione del rapporto con la Provincia solo da parte di quest'ultima*". Dalla medesima nota emerge altresì che "*Ottima s.r.l., preso atto della dichiarazione di Sofein s.p.a. di nulla avere ad opporre in merito alla riduzione del costituendo*

Raggruppamento Temporaneo di Imprese tra Sofein s.p.a. e Ottima s.r.l., invita codesta Spett.le Amministrazione, ai sensi dell'art. 48 commi 17, 18 e 19 ter del D.Lgs. n. 50/2016, ad avviare la procedura di verifica dei requisiti ai fini della prosecuzione in proprio dei rapporti con l'Amministrazione provinciale e della conseguente aggiudicazione dell'appalto in suo favore".

RITENUTO CHE

- con la predetta dichiarazione congiunta sia stata fatta chiarezza in ordine alla richiesta di riduzione del RTI per sopravvenuta perdita dei requisiti in capo Sofein S.p.a. (già Gi One S.p.a.);
- quindi la riduzione sia autorizzabile in ragione dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria (n. 2/2022), secondo cui è: 1) possibile la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50/2016, da parte del mandatario o di una delle mandanti, anche in fase di gara; 2) doverosa da parte della stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, l'interpello del raggruppamento e, laddove questo intenda effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara;
- quanto alla tempestività della richiesta di riduzione, deve valutarsi che fino al momento dell'esclusione disposta con il citato atto dirigenziale n. 108 del 18.1.2023, il RTI poteva auspicare un giudizio complessivo di affidabilità di Sofein S.p.a., anche in ragione dell'idoneità delle misure di *self cleaning*;
- sotto il profilo del comportamento tenuto nel corso del presente procedimento, debba darsi prevalenza alle dichiarazioni Sofein S.p.a. di presa d'atto di quanto disposto dalla Provincia di Savona con atto dirigenziale dirigenziale n. 108 del 18.1.2023 relativamente al giudizio discrezionale assunto dall'Amministrazione circa la perdita dei requisiti *ex art. 80, d.lgs. n. 50/2016*, da parte della medesima Sofein S.p.a. e di nulla avere ad opporre in merito alla riduzione del costituendo RTI per tale motivo;

CONSIDERATO CHE

- la previsione stessa del raggruppamento temporaneo di imprese ha quale *ratio* quella di garantire la più ampia partecipazione delle imprese alle gare di appalto;
- che nello specifico, la disciplina in materia di RTI anche nelle direttive UE ha la funzione di incentivo a supporto delle varie forme di cooperazione tra imprese, disciplina che soddisfa l'interesse dell'amministrazione all'incremento della potenziale platea concorrenziale e, quindi, all'accresciuta capacità di scelta fra un numero più elevato di potenziali contraenti e che ciò non deve andare a scapito dei singoli operatori economici che partecipano in cooperazione tra loro e ciò a prescindere dalla forma prescelta di cooperazione;
- che tutti gli illeciti contestati sono stati oggetto di diverse pronunce giurisdizionali intervenute dopo la presentazione dell'offerta o sono tutt'oggi pendenti i relativi contenziosi;
- che, comunque, un'interpretazione restrittiva della sopravvenuta perdita dei requisiti *ex art. 80, d.lgs. n. 50/2016*, in capo ad un solo componente del RTI, si appalesa illegittima e comunque non ragionevole poiché in nessun modo giustificabile da un punto di vista giuridico;
- i commi 17 (con riferimento al mandatario) e 18 (con riferimento ai mandanti) dell'art. 48, d.lgs. n. 50/2016 dispongono che, in caso di mancanza dei requisiti di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico del raggruppamento purché questo abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture;
- in ragione di tali principi, escludere dalla gara *de qua* la sola Ottima S.r.l. significherebbe costituire una fattispecie di responsabilità oggettiva non prevista da alcuna disposizione di legge;
- altresì che tale esclusione dovrebbe essere disposta per incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione dell'impresa "incolpevole" in spregio del principio di tassatività delle clausole di esclusione e, dunque, illegittimamente;

VERIFICATO CHE

- sussistono i requisiti generali relativi all'art. 80, d.lgs. n. 50/2016 in capo ad Ottima S.r.l. e che la medesima soddisfa, in ragione della documentazione prodotta nel presente procedimento, tutti i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica necessari per proseguire singolarmente la gara *de qua*;

DISPONE

- di autorizzare la riduzione del costituendo RTI tra la mandataria Gi One S.p.a. (ora Sofein S.p.a.) e la mandante Ottima S.r.l., mediante recesso della mandante per sopravvenuta perdita dei requisiti;
- di riammettere alla gara la sola Ottima S.r.l., verificato in capo alla medesima il possesso di tutti i requisiti richiesti dalla legge di gara.

ESERCITATO il controllo preventivo di regolarità amministrativa, attestante la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa, ai sensi dell'articolo 147 bis, comma 1, del decreto legislativo n. 267/2000;

In ragione delle superiori motivazioni

DETERMINA

- 1) di aggiudicare a Ottima S.r.l. (p.i. 08307550965), con sede legale in Corso Europa, 7 - 20122 Milano (MI) la concessione – mediante partenariato pubblico privato (art. 180 comma 1 del d.lgs. n. 50/2016) - di servizi di prestazione energetica, riqualificazione, gestione e manutenzione dell'impianto di pubblica illuminazione, con la predisposizione dello stesso ai servizi *smart city* dei comuni di Borghetto S. Spirito, Finale Ligure, Spotorno, Stella, nonché per la Provincia di Savona (Gallerie e tratti stradali), da realizzarsi con finanziamento tramite terzi ai sensi dell'art. 2, comma 1 lett. m) ed art. 15 del d.lgs n. 115/2008;
- 2) di dare atto dell'immediata efficacia dell'aggiudicazione in ragione dell'esito positivo delle verifiche in ordine al possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti di ordine generale e speciale;
- 3) che il contratto potrà essere stipulato solo dopo il decorso del termine di cui all'art. 32, comma 9, d.lgs. n. 50/2016;
- 4) che il contratto dovrà essere stipulato alle condizioni tecniche ed economiche risultanti dall'offerta presentata dall'aggiudicatario in sede di gara per la durata di periodo di 180 (centoottanta) mesi dalla stipula del contratto;
- 5) di approvare il verbale prot. n. 59941/2021 con cui, a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione disposta a favore del RTI Engie Service S.p.A., la Commissione ha riformulato la graduatoria e proposto l'aggiudicazione a favore del costituendo RTI tra la mandataria GI ONE S.p.A. (ora Sofein S.p.a.) e la mandante Ottima S.r.l.
- 6) di procedere allo svincolo delle cauzioni provvisorie dei concorrenti non aggiudicatari, ai sensi dell'art. 93, comma 9, d.lgs. 50/2016 e s.m.i.;
- 7) di procedere alle comunicazioni di cui all'art. 76, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016, nonché alle pubblicazioni di cui agli artt. 72 e 73, nonché 29, comma 1 del d.lgs. cit.

Avverso il presente provvedimento può essere proposto ricorso dinnanzi al competente Tribunale Amministrativo Regionale (T.A.R) entro il termine di 30 giorni dalla data di pubblicazione sul profilo del committente.

Il Segretario Generale
Colangelo Giulia