



PROVINCIA DI SAVONA

ATTO DIRIGENZIALE

N. 51 DEL 13/01/2023

SETTORE: Gestione viabilità, edilizia ed ambiente

SERVIZIO: Energia e coordinamento ambientale

CLASSIFICA 10.4.5 FASCICOLO N.3/2014

OGGETTO: APPALTO 1934 - PROCEDURA APERTA PER LA SELEZIONE DI UN OPERATORE QUALIFICATO, IVI INCLUSO LE ENERGY SERVICE COMPANIES (ESCO), PER L’AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE - MEDIANTE PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO (ART. 180 COMMA 1 DEL D.LGS 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 DEL COMUNE DI SAVONA, DA REALIZZARSI CON FINANZIAMENTO TRAMITE TERZI AI SENSI DELL’ART. 2, COMMA 1 LETT. M) ED ART. 15 DEL D.LGS N. 115/2008. ESCLUSIONE DEL COSTITUENDO RTI TRA OTTIMA S.R.L. E GI ONE S.P.A. (ORA SOFEIN S.P.A.) - CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO

IL DIRIGENTE O IL SUO DELEGATO

VISTI

- l’articolo 107 del decreto legislativo n. 267/2000 che assegna ai dirigenti la competenza in materia di gestione;
- il vigente statuto provinciale in ordine alle funzioni dirigenziali;
- l’articolo 18 del regolamento sull’ordinamento degli Uffici e dei Servizi che disciplina la funzione dirigenziale; gli art. 48, commi 17, 18, 19 e 19-ter, 80 del D.lgs. 50/2016.

PREMESSO CHE

- con determinazione a contrarre n. 4466 del 20 dicembre 2018 del Dirigente del Settore Gestione della Viabilità, Edilizia ed Ambiente è stato approvato, ai sensi dell’art. 192 D.Lgs. n. 267/2000, il capitolato speciale d’appalto, lo schema di contratto quadro e lo schema di contratto attuativi per l’affidamento in concessione, mediante partenariato pubblico privato (art. 180, comma 1, del D.Lgs. 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

del Comune di Savona, da realizzarsi con finanziamento tramite terzi ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. m) ed art. 15 del D.Lgs. n. 115/2008;

- il valore complessivo dell'affidamento è pari ad € 7.539.180,75 (IVA esclusa), calcolato moltiplicando il canone annuo complessivo riconosciuto all'aggiudicatario, stimato in € 502.612,05 (IVA esclusa) per tutta la durata della concessione, pari ad un periodo di 180 (centottanta) mesi, di cui il Canone per il servizio di manutenzione (C1) è pari circa a € 99.348,00 (IVA esclusa) soggetto a ribasso; il valore minimo complessivo dell'investimento, soggetto ad aumento in sede di offerta economica, è pari ad € 3.456.549,00 (IVA esclusa) di cui oneri di sicurezza del 2% pari ad € 69.130,98;

- 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. cit.;

- il bando di gara è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (GU n. 151 del 28 dicembre 2018), sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (GU/S 2018/S 113 del 26 dicembre 2018), 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 25 marzo 2019, ore 12.00, poi posticipato al giorno 29 marzo 2019 alle ore 12.00;

- entro il predetto termine sono pervenute n. 5 offerte e, precisamente:

n .	Prot. n.	Ditta	Indirizzo	CAP/ Città
1	14746 del 25/03/2019	Costituendo R.T.I. City Green Light s.r.l. (mandataria)	Via dell'Industria, 2	36057 Arcugnano (VI)
		Enel Sole s.r.l. (mandante)	Viale di Tor di Quinto, 45	00191 Roma (RM)
2	14889 del 25/03/2019	Costituendo R.T.I. Engie Servizi S.p.A. (mandataria)	Viale Giorgio Ribotta, 31	00144 Roma (RM)
		Ardea Energia s.r.l. (mandante)	Via Vivaro, 2	12051 Alba (CN)
		Iren Rinnovabili S.p.A.(mandante)	Via Nubi di Magellano, 30	42123 Reggio Emilia (RE)
3	18815 del 29/03/2019	Costituendo R.T.I. Siram S.p.A. (mandataria)	Via Bisceglie, 95	20152 Milano (MI)
		Martini & Martini (mandante)	Via Giliola, 43	46020 Magnacavallo (MN)
4	18818 del 29/03/2019	Ottima s.r.l. (mandataria)	Corso Europa, 7	20122 Milano (MI)
		Società Gi One S.p.A. (mandante)	Stradale S. Secondo, 96	10064 Pinerolo (TO)
5	18820 del 29/03/2019	Citelum Groupe Edf S.A.	<i>Sede Legale</i> Tour Pacific 11-13 Cours Valmy 92977	Paris La Défense – Cedex

			<i>Sede secondaria</i> Via C. Monteverdi, 11	(Francia) 20131 Milano (MI)
--	--	--	---	--------------------------------

- in data 2 aprile 2019 si è riunita la Commissione di gara, nominata con atto dirigenziale n. 1209 del 1° aprile 2019, per procedere alla verifica dei requisiti di ammissibilità alla gara;
- gli operatori economici sono stati tutti ammessi alla procedura;
- espletata la gara, è stata approvata la graduatoria nella quale Engie Servizi S.p.A., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTI con Ardea Energia S.r.l (mandante) e Iren Rinnovabili S.p.A. (mandante), si è collocata al primo posto;
- con decreto dirigenziale n. 4512 del 22.11.2019, prot. n. 59678/2019, si provvedeva all'approvazione dei verbali di gara e all'aggiudicazione del contratto a favore del predetto costituendo RTI;
- con distinti ricorsi e successivi motivi aggiunti, incardinati presso il TAR per la Liguria, gli esiti della gara sono stati contestati dal secondo graduato RTI Ottima s.r.l. e dal quarto graduato RTI City Green Light s.r.l., sul presupposto della carenza, in capo all'aggiudicataria, dei requisiti del c.d. avvalimento esperienziale, in ragione del fatto che l'impresa indicata quale ausiliaria, M10 Studio, si era limitata a "mettere a disposizione" le proprie risorse professionali, senza assumere l'impegno diretto all'esecuzione;
- l'aggiudicazione in favore del RTI Engie Service S.p.A., è stata annullata dal TAR per la Liguria con sentenza n. 167 del 04.03.2021, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n.7438 del 24.08.2022;
- a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, la Commissione ha riformulato la graduatoria e proposto l'aggiudicazione a favore del costituendo RTI tra la mandataria Ottima S.r.l. e la mandante GI ONE S.p.A. (di seguito "RTI Ottima").

CONSIDERATO CHE

- è emersa, da successive verifiche, la sussistenza in capo alla mandante GI ONE S.p.A. di **plurimi ed autonomi motivi di esclusione** di cui all'art. 80, D.lgs. n. 50/2016 s.m.i., con nota del 13 ottobre 2022, prot. n. 42137/2022, 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 23 ottobre 2022, con comunicazione acquisita al prot. n. 44744/2022, solo la mandante GI ONE, presentava controdeduzioni con contestuale richiesta di audizione, che veniva altresì chiesta dalla mandataria con comunicazione in data 31 ottobre 2022, acquisita al prot. n. 49031/2022, al fine di vagliare la possibilità di procedere a una modifica soggettiva in riduzione del raggruppamento;
- in data 15 novembre 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 GI ONE S.p.A (ora 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 novembre 2022 alle ore 24:00;
- con comunicazione acquisita al protocollo n. 52930/2022 del 21 novembre 2022, Sofein S.p.a. (già GI ONE 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 nota del 16 dicembre 2022, prot. 59463, in ragione della copiosità della documentazione prodotta, nonché l'ipotesi di riorganizzazione del RTI definitivamente prospettata solo con la nota prot. n. 52930 del 21.11.2022, la conclusione del procedimento è stata fissata al 15 gennaio 2023;

- con comunicazione in data 12 gennaio 2023, prot. 1385, del tutto spontaneamente, Sofein S.p.a. ha trasmesso:

i) il decreto di rinvio a giudizio da parte del Tribunale di Roma (R.G. n. [OMISSIS...]) di soggetti riferibili a GI One ([OMISSIS...]), nonché riferibili a EXITone S.p.A. ([OMISSIS...]);

ii) il dispositivo di sentenza del Tribunale di Roma emesso a seguito dell'udienza del 9 gennaio 2023 nel giudizio n. [OMISSIS...], con la quale è stata pronunciata l'assoluzione dei predetti soggetti perché il fatto non sussiste;

ii) il dispositivo della Corte di Cassazione pronunciato nell'udienza del 30 novembre 2022, che con riferimento alla sentenza della Corte di appello di Messina di condanna per i reati di cui agli artt. artt. 476 e 479 c.p., ha annullato senza rinvio per alcuni soggetti, disponendo invece per [OMISSIS...] il rinvio alla stessa Corte di appello.

VALUTATE

- tutte le osservazioni, note e dichiarazioni, nonché e i documenti presentati da Sofein S.p.a. (già GI ONE S.p.A.);

- la documentazione prodotta da Ottima s.r.l., prot. n. 52925/2022, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di gara;

CONSIDERATO CHE

- nel caso di specie non è intervenuta alcuna modifica soggettiva del raggruppamento, atteso che, a fronte della richiesta di modificare in riduzione il raggruppamento formulata per ragioni organizzative nell'audizione del 15 novembre 2022, la Provincia ha assegnato un termine (fino al 18 novembre 2022) per procedere alla riorganizzazione del medesimo raggruppamento;

- nel termine fissato, l'operatore Sofein (già GI ONE S.p.A.) non ha esercitato il recesso ai sensi dell'art. 1373 c.c., ma con comunicazione acquisita al protocollo n. 52930/2022 del 21 novembre 2022 si è limitata a chiedere *“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”*;

- la riduzione del raggruppamento non è stata motivata dalla sopravvenuta perdita di un requisito generale o speciale in capo ad una delle imprese raggruppate, ma *“esclusivamente per esigenze organizzative”*, dichiaratamente relative non alla mandante Sofein (già GI ONE S.p.A.), ma alla mandataria Ottima S.r.l.;

- pertanto, non trova applicazione l'orientamento giurisprudenziale formatosi con riferimento alla modifica del raggruppamento *ex art. 48, comma 19, D.lgs. n. 50/2016*, per sopravvenuta perdita di un requisito in capo ad una delle imprese raggruppate, non essendo questa la ragione per cui è stata chiesta la modifica del RTI;

- secondo la giurisprudenza, le sopravvenute esigenze organizzative devono essere *“obiettive”*, mentre, nella fattispecie non si appalesano tali le nuove esigenze organizzative *“che si correlano alla recente acquisizione della società Ottima S.r.l. da parte del gruppo Patrizia, leader mondiale nel campo dell'illuminazione la quale ha anche acquisito Selettra S.p.A., un gigante italiano nell'illuminazione, investendo circa 140 milioni di euro a conferma di un piano strategico e di impegno focalizzato sul mercato nazionale, come da notizie diffuse dagli organi di stampa”*;

- che, infatti, le asserite esigenze organizzative sono state dichiarate dalla mandante, ma riguarderebbero la mandataria e, per di più, si riferirebbero a imprese non raggruppate (Selettra S.p.A.).

VALUTATO ALTRESÌ CHE

- la **richiesta di riduzione** del raggruppamento si appalesa chiaramente inammissibile e fuorviante, in quanto motivata “esclusivamente” da esigenze organizzative, ma **avanzata solo dopo l’avvio del procedimento per l’esclusione** del RTI Ottima, **senza alcuna dimostrazione dell’obiettività di tali esigenze** e del momento della loro sopravvenienza;

- in ragione dei canoni di lealtà e correttezza, nonché del principio di autoresponsabilità dei concorrenti ad una gara d’appalto, anche tale comportamento debba essere considerato al fine di valutare la sussistenza del rapporto fiduciario con questa stazione appaltante.

RITENUTO CHE

- in ragione del mancato esercizio del diritto di recesso ai sensi dell’art. 1373 c.c., e comunque dell’inammissibilità della richiesta di riduzione, la verifica della sussistenza dei requisiti debba essere condotta con riferimento alla permanenza nel RTI della mandante Sofein S.p.a. (già GI ONE S.p.A.);

- sussistono plurimi ed autonomi motivi di esclusione del predetto operatore:

1. con riferimento ai reati di falso materiale e ideologico cui agli artt. 476 e 479 c.p.

Dall’analisi del certificato dei carichi pendenti richiesto alla Procura della Repubblica di Messina è emerso che, successivamente alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, ovverosia 29.03.2019, il Sig. [OMISSIS...], a tale data [OMISSIS...] di partecipazione alla gara *de qua*, e pertanto soggetto rilevante ai sensi dell’art. 80, comma 3, D.lgs. 50/2016, è stato rinviato a giudizio e poi, successivamente, condannato per i reati di cui agli artt. 476 e 479 c.p. In particolare, al decreto di rinvio a giudizio sono seguite la sentenza di condanna del Tribunale di Messina alla pena della reclusione a anni quattro, nonché la sentenza di condanna della Corte di Appello di Messina alla pena della reclusione a anni due.

Tenuto anche conto che: a) tra la data di commissione del fatto (11 maggio 2016) e quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte (29 marzo 2019) intercorrono 2 anni e 10 mesi, b) tra la data di commissione del fatto (11 maggio 2016) e quella di indizione della procedura di gara (20 dicembre 2018) intercorrono 2 anni e 7 mesi, non può che affermarsi la rilevanza temporale della sua condotta.

L’art. 476 c.p. punisce “*Il pubblico ufficiale, che, nell’esercizio delle sue funzioni, forma, in tutto o in parte, un atto falso o altera un atto vero*” mentre l’art. 479 c.p. punisce “*Il pubblico ufficiale, che ricevendo o formando un atto nell’esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente che un fatto è stato da lui compiuto o è avvenuto alla sua presenza, o attesta come da lui ricevute dichiarazioni a lui non rese, ovvero omette o altera dichiarazioni da lui ricevute, o comunque attesta falsamente fatti dei quali l’atto è destinato a provare la verità*”.

Codesta Amministrazione, in adempimento dell’obbligo di effettuare un giudizio sulla integrità o affidabilità professionale dell’operatore economico, ritiene che le condotte sanzionate dal giudice penale con le citate sentenze di condanna, seppur non definitive, per i reati di cui agli artt. 476 e 479 c.p. , in quanto falsità in atti nello svolgimento di una funzione pubblica, costituiscano un grave illecito professionale tale da rendere dubbia l’affidabilità dell’operatore con riferimento a tutti i rapporti con la Pubblica amministrazione ed in particolare nell’ambito di una commessa pubblica come quella di cui si discute, come già evidenziato dalla giurisprudenza con specifico riferimento ai precedenti penali di cui si discute (Cons. Stato, sez. V, 11.1.2023, n. 388).

Il giudizio di disvalore non viene meno per effetto del dispositivo della Corte di Cassazione che ha annullato la sentenza della Corte di appello di Messina, poiché con riferimento a [OMISSIS...] [OMISSIS...] l’annullamento è stato disposto con rinvio al giudice di appello, di talché la posizione del medesimo rimane quella di imputato e condannato in primo grado, ancorché con sentenza non

passata in giudicato e, in ogni caso, l'annullamento senza rinvio con riferimento agli altri imputati è avvenuto per non aver commesso il fatto, limitandosi così ad escludere la responsabilità degli altri soggetti, senza però annullare sotto il profilo oggettivo la sentenza di condanna.

2. con riferimento al reato di turbativa d'asta di cui 353 c.p.

Come già anticipato, con comunicazione del 12 gennaio 2023, Sofein S.p.a. ha spontaneamente trasmesso il decreto di rinvio a giudizio da parte del Tribunale di Roma (R.G. n. [OMISSIS...]) relativo a soggetti riferibili a GI One ([OMISSIS...]), nonché riferibili a EXITone S.p.A. ([OMISSIS...] [OMISSIS...]), nonché il dispositivo di sentenza del Tribunale di Roma emesso a seguito dell'udienza del 9 gennaio 2023 nel giudizio n. [OMISSIS...] con la quale è stata pronunciata l'assoluzione dei predetti soggetti perché il fatto non sussiste.

Si tratta del procedimento penale che ha poi determinato l'avvio dell'istruttoria di AGCM, che ha portato a sanzionare [OMISSIS...] per aver posto in essere una intesa anticoncorrenziale e restrittiva della concorrenza per violazione dell'art. 101 TFUE nella gara Consip "FM4" (provvedimento AGCM n. 27646 del 17.04.2019), di cui meglio si dirà nel prosieguo.

Pertanto, questa stazione appaltante è investita della valutazione dei fatti contestati nel richiamato procedimento penale in relazione all'intervenuta assoluzione perché il fatto non sussiste.

Come emerge dal decreto di rinvio a giudizio, i predetti soggetti sono stati imputati per il reato di cui di cui agli artt. 110, 353 c.p., perché *"in concorso tra loro e con altri allo stato non esattamente individuati, nelle qualità indicate e con apporti causali distinti, mediante collusioni consistite in accordi preordinati alla ripartizione dell'oggetto dei lavori banditi - nel quadro di accordi complessivi intesi alla ripartizione di lavori di stazioni appaltanti pubbliche in generale e di Consip S.P.A. in particolare - nonché al mantenimento sostanziale delle quote di mercato preesistenti, in guisa tale da impedire l'ingresso di altri competitors nel settore, realizzati mediante:*

- *la presentazione di offerte concordate in maniera tale da non realizzare sovrapposizioni competitive sui singoli lotti di gara - cd. offerte a scacchiera;*
- *la presentazione di offerte finalizzate per ciascun lotto ad alterare le medie dei punteggi di gara - cd. offerte di appoggio;*
- *l'occultamento di centri decisionali unici in relazione a diversi offerenti;*
- *la condivisione occulta di informazioni e dati sensibili tra diversi offerenti;*
- *la pubblicità, prima della scadenza del termine di presentazione della propria offerta, dei lotti su cui il raggruppamento con mandataria CNS intendeva presentare offerte;*
- *la promessa di subappalti a soggetti economici appartenenti a gruppi concorrenti - cd accordi pregara compensativi - ovvero finalizzati a consentire la partecipazione occulta di soggetti economici appartenenti a gruppi concorrenti turbavano la gara per la stipula della convenzione ex art. 36 L. 488/199 per "l'affidamento dei servizi di Facility Management per immobili adibiti prevalentemente ad uso ufficio in uso a qualsiasi titolo a tutte le Pubbliche Amministrazioni e per immobili adibiti prevalentemente ad uso didattico e di ricerca in uso a qualsiasi titolo alle Istituzioni Universitarie Pubbliche" - 4A edizione (c.d. "FM 4") bandita da Consip S.P.A. (bando pubblicato su GURI in data 21.3.2014 e su GUCE in data 22.3.2014).*

In Roma, nel 2014".

Come già accertato dalla giurisprudenza con riferimento al procedimento penale di cui si discute (Cons. Stato, sez. V, 11.1.2023, n. 388), tali condotte si connotano per la particolare gravità e rilevanza anche ai fini della presente procedura di gara, in quanto volte ad alterare il confronto concorrenziale in una gara pubblica e condizionarne gli esiti, tanto è vero che le medesime condotte sono state oggetto di un provvedimento di AGCM che ha accertato l'esistenza di una intesa restrittiva della concorrenza, comminando sanzioni molto severe.

Come chiarito dalla giurisprudenza, a nulla vale *"che la relativa procedura si sia successivamente conclusa con sentenza [...] di assoluzione dei signori [...] dai reati loro ascritti per insussistenza del fatto. La sussistenza delle circostanze di fatto apprezzate con il provvedimento impugnato non è stata infatti esclusa da detta sentenza penale, sicché ben poteva la s.a. tenerne conto ai fini della*

emanazione del giudizio circa la sussistenza dell'elemento fiduciario di cui trattasi", "a nulla valendo il fatto che gli eventi in questione siano stati commessi in epoca molto pregressa" (Cons. Stato, sez. V, 20.11.2015, n. 5299).

L'assoluzione in sede penale dei soggetti riferibili a GI ONE ([OMISSIS...]), nonché alla dante causa [OMISSIS...] ([OMISSIS...]) perché il fatto non sussiste, peraltro non ancora definitiva, non esclude la sussistenza e gravità delle circostanze di fatto che hanno determinato il condizionamento di una gara pubblica di rilevanza nazionale, come in effetti accertato da AGCM, e che, anche in questa sede, si ritiene incidano negativamente sull'affidabilità e moralità dell'operatore in questione.

3. con riferimento al provvedimento AGCM n. 27646 del 17.04.2019.

Con il citato provvedimento AGCM ha accertato che Exitone S.p.a. e Gestione Integrata S.r.l. (poi GI ONE S.p.A., ora Sofein S.p.a.), hanno partecipato insieme ad altri operatori economici ad una intesa anticoncorrenziale e restrittiva della concorrenza per violazione dell'art. 101 TFUE nella gara "FM4".

Tale provvedimento ha superato il vaglio giurisdizionale con riferimento all'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale, rilevando *"la sussistenza di plurimi elementi probatori che dimostrano con certezza la sussistenza dell'illecito, costituiti da elementi esogeni di oggettivo riscontro che si inseriscono in un contesto comportamentale caratterizzato da evidenti anomalie nelle condotte riscontrate, le quali riacquistano una coerenza complessiva solo alla luce della concertazione posta in essere dalle parti"* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9.5.2022, n. 3572).

Nelle proprie osservazioni, Sofein S.p.a. ha sostenuto che il predetto illecito antitrust non rilevarebbe sia sotto il profilo oggettivo *"stante la diversità di categoria merceologica che evidenzia l'assenza di pertinenza rispetto alla procedura de qua"*, sia sotto il soggettivo *"data l'alterità del soggetto appaltante"*, evidenziando che le condotte anticoncorrenziali sono state contestate a [OMISSIS...] , alla quale è subentrata, a seguito di affitto di ramo d'azienda – atto rep. N. 80184 atti n. 47168 Notaio Alberto Occelli del 28.07.2018 – la società GI ONE S.p.A. (ora Sofein S.p.a.).

Con riferimento al primo profilo si evidenzia che i servizi oggetto della presente gara non sono estranei al mercato di *facility management* di immobili ed impianti di proprietà di enti pubblici con riferimento al quale è stata contestata l'intesa di cui sopra, trattandosi comunque di un servizio "a canone" per la gestione (ed efficientamento) degli Impianti di Pubblica Illuminazione (complessivamente circa 10323 centri luminosi), di proprietà del Comune di Savona, inclusa la conduzione, manutenzione, conformità normativa ed illuminotecnica dei singoli Impianti di Pubblica Illuminazione (realizzato ed esistente).

In ogni caso, in ragione della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, la "pregnanza" dell'illecito antitrust sussiste nel caso in cui, a prescindere dallo specifico mercato rilevante preso in considerazione da AGCM, le condotte consistano nel condizionamento di gare pubbliche *"vale a dire, quanto di più grave possa commettere un'impresa che intenda partecipare lealmente alla competizione per l'affidamento di una commessa pubblica"* (Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2022, n. 9002).

Con riferimento al profilo soggettivo, come noto, il contratto di cessione o di affitto d'azienda determina l'automatico trasferimento all'acquirente (o all'affittuario) di tutti i rapporti compresi nel complesso aziendale, sia attivi che passivi, ne deriva ulteriormente che la cessione o l'affitto di ramo d'azienda comporta una sostanziale continuità tra i due soggetti imprenditoriali, con la conseguenza che responsabilità per il fatto di un soggetto giuridico terzo a cui soggiace il cessionario/affittuario trova risposta nel principio *ubi commoda, ibi incommoda*: il cessionario/affittuario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente, dunque anche sotto il

profilo delle eventuali condotte che possono integrare il grave illecito professionale (secondo le conclusioni cui è giunta l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato fin dalla sentenza n. 10 del 4 maggio 2012).

In ragione del vaglio critico del provvedimento citato, risulta che l'intesa anticoncorrenziale accertata è grave in quanto ha determinato il venir meno del livello di concorrenza nella gara FM4, frustrando l'obiettivo principale di una procedura ad evidenza pubblica che si basa sul corretto confronto competitivo l'individuazione dell'offerta migliore. In particolare, secondo AGCM, è stata posta in essere *“un'intesa anticoncorrenziale unica, complessa e articolata volta al coordinamento della strategia partecipativa alla gara FM4, posta in essere da CNS, MFM, Manital Consorzio, Romeo, Cofely, CSEL, Kuadra, Exitone, Gestione Integrata e dalle rispettive società controllanti (Manital, Romeo Partecipazioni, Engie International, Esperia, STI, Finanziaria Bigotti) al fine di influenzarne gli esiti e di ripartire i lotti messi a gara”*.

Questa stazione appaltante non può discostarsi dal giudizio di gravità espresso dalla stessa AGCM, rilevando che

“Il descritto comportamento è considerato tra le violazioni più gravi della normativa antitrust in quanto, per la sua stessa connotazione, appare idoneo e destinato ad alterare il normale gioco della concorrenza”.

Il comportamento tenuto dalle imprese partecipanti all'intesa (tra le quali [OMISSIS...] .., dante causa di GI ONE) ha quindi violato apertamente i più elementari principi che governano gli affidamenti pubblici, tra i quali in particolare quelli di segretezza, buona fede, correttezza e legalità.

L'alterazione del confronto concorrenziale in una gara pubblica e la manipolazione dei suoi esiti costituisce condotta che inficia l'affidabilità e integrità morale dell'operatore, rendendo inaccettabile per questa stazione appaltante l'ammissione alla gara *de qua* di un operatore che si è reso responsabile di una gravissima violazione anticoncorrenziale in una precedente gara indetta dalla centrale di committenza nazionale e pertanto di rilievo nazionale e di considerevole valore economico, appalesando un grado di disvalore che giustifica il complessivo giudizio di inaffidabilità morale del concorrente, idonea a determinare nella presente procedura la frattura irrimediabile dell'elemento fiduciario.

4. con riferimento alle precedenti risoluzioni contrattuali

Dal casellario informatico ANAC risultano iscritti a carico di GI ONE S.p.A. (già [OMISSIS...] .., ora Sofein S.p.a.) i provvedimenti di risoluzione contrattuale adottati da Consip S.p.a nell'ambito delle convenzioni stipulate ai sensi dell'art. 26 legge n. 488/1999 e s.m.i., dell'art. 58 legge n. 388/2000 e del D.M. 2 maggio 2001 di cui ai CIG: lotto 1- 50785052E7, lotto 4 – 50785231C2; lotto 6 – 5078542170, per la prestazione di servizi relativi alla Gestione Integrata della Salute e della Sicurezza sui luoghi di lavoro (D.Lgs. 81/2008 e s.m.i.) in favore delle pp.aa.; il provvedimento di risoluzione adottato dall'Azienda regionale emergenza sanitaria ARES 118 con deliberazione n. 43 del. 25.02.2019, precedente alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, per ritardo nella consegna del servizio, nonché i recessi di Parcam S.r.l., Camera arbitrale di Milano, Formaper, AFC Torino, Comune di Bregnano e Comune di Rho e le risoluzioni consensuali intervenute con Consorzio di Bonifica Est Ticino Villoresi e Lazio Crea S.p.A.

Con riferimento alla risoluzione disposta da Consip, Sofein S.P.A. ha osservato che si tratterebbe i) di inadempimenti relativi ai soli “Servizi alle Persone” del tutto diversi da quelli di cui alla procedura di gara in oggetto; ii) l'incidenza delle risoluzioni è altresì assolutamente marginale tanto in termini numerici quanto rispetto al totale delle Amministrazioni contraenti della Convenzione Consip; iii) tutte le risoluzioni intervenute sono successive alla scadenza della Convenzione.

Con riferimento all'argomento di cui al punto i) si evidenzia che la circostanza che l'inadempimento si riferisca ai servizi alla persona non esclude la rilevanza della risoluzione, ma la rende ancora più grave trattandosi di prestazioni da erogarsi con particolare cura ed esattezza da parte dell'impresa privata, di talché risulta altresì superato l'argomento di cui al ii), poiché la gravità dell'atto risolutivo prescinde dall'incidenza in termini economici rispetto al valore complessivo della commessa.

Quanto all'argomento di cui al punto iii), si evidenzia che la scadenza del termine entro il quale le singole amministrazioni potevano manifestare le adesioni all'accordo quadro al fine di sfruttare le condizioni contrattuali pattuite fra Consip e il fornitore, non esclude che la convenzione continui a regolare i singoli contratti di fornitura che nascono dalle adesioni delle amministrazioni e dei quali la convenzione medesima disciplina anche la fase attuativa; l'esercizio del rimedio ablativo è quindi rilevante collocandosi nell'arco del rapporto contrattuale in essere tra fornitore e amministrazioni.

Ciò premesso, le inadempienze poste a base della risoluzione disposta da Consip, risultano particolarmente gravi, attenendo a disservizi e inadempimenti legati alla particolare natura delle prestazioni (servizi relativi alle prestazioni medico-sanitarie e correlati servizi di gestione, organizzativi, tecnici e alle persone), nonché da riscontrate inadempienze retributive da parte del fornitore in favore dei lavoratori autonomi che lo stesso utilizzava nella esecuzione dell'appalto, nonché all'esito di una riscontrata violazione in materia di subappalto.

Le altre risoluzioni annotate nel casellario informatico sono state disposte da amministrazioni che hanno aderito alla citata Convenzione Consip e confermano l'ampiezza e reiterazione degli inadempimenti.

Con riguardo alla risoluzione disposta da ARES, dalla disamina della deliberazione n. 43 del 25.02.2019 emerge una serie di disservizi da parte di GI ONE che sono consistiti anche nel mancato rispetto dei tempi di intervento e consegna e che hanno determinato l'applicazione di penali eccedenti il limite massimo del 10% del valore contrattuale.

Si tratta quindi di inadempienze che questa stazione appaltante considera gravi e tali da giustificare una valutazione di inaffidabilità di Sofein S.p.a. (già GI ONE S.p.A.), in ragione della natura delle prestazioni inadempite e della possibilità che tali violazioni (mancato rispetto dei tempi di intervento, inadempienze retributive in favore dei lavoratori autonomi e violazione in materia di subappalto) possano ripetersi nella gara *de qua*, tenuto altresì conto dell'**essenzialità e delicatezza del servizio oggetto di gara**, costituito dalla gestione e manutenzione del sistema di illuminazione pubblica, che richiede il rigoroso rispetto delle prescrizioni contrattuali e dei tempi di intervento.

VALUTATO ULTERIORMENTE CHE le misure di *self cleaning* sono irrilevanti e comunque non idonee a superare i gravi illeciti professionali sopra richiamati. Invero, la giurisprudenza è chiara nell'affermare che *"In base al principio generale ubi commoda ibi incommoda, il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente"* e che ciò tanto più evidente *"nel caso in cui si tratti di affitto e non di cessione dell'azienda, dal momento che l'influenza dell'impresa locatrice è destinata a restare intatta per tutto lo svolgimento del rapporto e ben potrebbe costituire un agevole mezzo per aggirare gli obblighi sanciti dal codice degli appalti"* (TAR Milano, Sez. IV, 9/05/2022, n. 1059).

In particolare, l'operatore ha dichiarato che sono state poste *"in essere, come da assemblea soci del 4 agosto 2020 e successivo Consiglio di Amministrazione"*, le seguenti misure di self cleaning:

"a) la dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito"

Fermo restando che ad oggi non esiste alcun illecito definitivamente accertato da cui siano scaturiti danni vero la Pubblica Amministrazione, il Consiglio di Amministrazione ha deliberato di

procedere all'adozione di una specifica procedura aziendale per l'accantonamento dei danni eventualmente accertati causati alla Pubblica Amministrazione nell'esecuzione degli appalti.

b) l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative

Nell'ottica di garantire un'adeguata capacità professionale del personale, i dipendenti della Società hanno partecipato, nel corso dell'ultimo anno, ad attività formative con riferimento, tra le altre, alle seguenti materie: Sistema di gestione per la prevenzione della corruzione; Rischi specifici per il Business Development; Il rischio reputazionale nell'ottica del risk management. Sono state complessivamente erogate oltre 2.000 ore di formazione.

c) l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale

E' stato modificato l'organigramma aziendale con l'obiettivo di incrementare ulteriormente tanto il livello di efficienza aziendale quanto il livello di aderenza ai più aggiornati programmi di compliance. I soggetti interessati da procedimenti giudiziari sono stati tutti immediatamente rimossi dai propri incarichi e si è immediatamente proceduto a revocare le relative procure. In data 26 ottobre 2020 il Consiglio di Amministrazione ha apportato ulteriori modifiche alla struttura organizzativa in aderenza alle azioni di self cleaning adottate.

d) la rinnovazione degli organi societari

L'Assemblea dei Soci del 5 marzo 2020 ha deliberato all'unanimità la nomina dell'organo amministrativo nelle persone dei Sig.ri [OMISSIS...] , in qualità di presidente, e del Dott. [OMISSIS...] , in qualità di Consigliere.

e) l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento

Pur rilevando come non vi sia alcun reato che coinvolga la Società, cionondimeno è stato adottato uno specifico programma di compliance antitrust (ex provvedimento AGCM n. 27356 del 25/09/2018); a seguito di delibera del Consiglio di Amministrazione e di apposito beauty contest è stato individuato un organismo di controllo tecnico terzo e indipendente dalla Società, con l'obiettivo di vigilare sull'operato della Società con riferimento alle procedure di gara il cui valore complessivo superi 1 (un) milione di Euro. È stato implementato un sistema di gestione per l'anticorruzione nell'ambito del «Modello di Organizzazione e Gestione» adottato ai sensi del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, a seguito del quale l'azienda ha ottenuto certificazione del sistema di gestione aziendale anticorruzione ISO 37001. Inoltre, sempre nel quadro delle attività poste in essere nell'ambito del «Modello di Organizzazione e Gestione» adottato ai sensi del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, sono stati adottati il Piano Audit 2020 ed il Regolamento dell'Organismo di Vigilanza ed è stato istituito l'Organismo di Vigilanza ex d.lgs. 231/2001 presieduto da soggetto indipendente.

f) la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo

I reati contestati ai soggetti di cui sopra sono riferiti ad avvenimenti accaduti prima della costituzione di GI One S.p.A. e contestati in funzione di incarichi ricoperti presso aziende diverse dalla Scrivente”.

Seppur riferite alle misure ritenute idonee dal § 7.3 delle Linee Guida ANAC n. 6, le misure indicate risultano, per stessa dichiarazione dell'operatore, adottate “come da assemblea soci del 4 agosto 2020 e successivo Consiglio di Amministrazione”, quindi successivamente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (29 marzo 2019) e pertanto si appalesano irrilevanti in ragione di quanto previsto dal § 7.2 delle citate Linee Guida, secondo cui “L'adozione delle misure di self-cleaning deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte”,

nonché dall'orientamento prevalente della giurisprudenza (in termini si vedano Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2023, n. 374, id., sez. III, 10 gennaio 2022, n. 164; id., sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260). Anche il *Rating* di legalità rilasciato in data 9 marzo 2021 e l'iscrizione nella *white list* per la Provincia di Torino, rilasciata dalla competente Prefettura in data 11 marzo 2021, ammesso e non concesso costituiscano misure di *self cleaning*, sono inidonee in quanto intervenute a notevole distanza dalla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta (in termini Cons. Stato, 374/2023, cit.).

Per mera completezza non può non rilevarsi, nella contraria prospettiva, il ritardo con cui tali misure sono state assunte rispetto agli illeciti qui presi in considerazione, poiché adottate dopo molti anni sia rispetto all'avvio dei procedimenti penali per i reati di cui agli artt. 476 e 479 c.p. e per il reato di cui all'art. 353 c.p. sia dell'avvio del procedimento antitrust (la comunicazione delle risultanze istruttorie risale infatti al 12 dicembre 2018).

Deve poi escludersi una reale efficacia emendativa di tali misure: si consideri che il procuratore speciale e direttore tecnico di GI One S.p.A., [OMISSIS...] , seppur interessato da due procedimenti penali, non è stato rimosso, ma si è volontariamente dimesso, i componenti del CdA di GI ONE ([OMISSIS...]) coinvolti nel procedimento penale per il reato di cui all'art. 353 c.p. sono cessati dalla carica solo con la nomina del nuovo organo di amministrazione in data 5 marzo 2020, senza che risulti essere stato assunto nei loro confronti alcun atto dissociativo da parte della società.

Infine, deve ritenersi anche in ragione di giudizio causale *ex post*, che le misure si appalesino concretamente inidonee tenuto che dopo la data dichiarata di adozione delle misure di *self cleaning*, GI ONE è incorsa in ulteriori illeciti professionali ed in particolare della risoluzione disposta da Consip con provvedimento del 15.05.2020.

CONSIDERATO CONCLUSIVAMENTE CHE in ragione di tutte le evidenze istruttorie e delle motivazioni sopra illustrate, valutati complessivamente tutti gli illeciti in cui è incorso l'operatore GI ONE S.p.A (ora Sofein S.p.A.), tenuto conto della loro gravità e pregnanza con riferimento alla gara *de qua*, nonché del comportamento tenuto nel presente procedimento, siano tali da incidere sfavorevolmente sull'affidabilità ed integrità dell'operatore e determinare una frattura dell'elemento fiduciario nei confronti di questa stazione appaltante, avuto altresì riguardo, nell'ambito di un giudizio relazionale, dell'inidoneità delle misure di *self cleaning* in concreto adottate.

VISTI gli art. 48, commi 17, 18, 19 e 19-ter, 80 del D.lgs. n. 50/2016

RICHIAMATO il decreto legislativo n. 267/2000 "Testo Unico sull'Ordinamento degli Enti Locali" ed in particolare l'articolo 107 "Funzioni e responsabilità della dirigenza" che assegna a quest'ultima la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica, tra cui la Presidenza delle commissioni 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;

DISPONE sentito il RUP, per tutto quanto sopra,

- di non autorizzare la modifica soggettiva del Raggruppamento;
- l'esclusione del costituendo RTI OTTIMA S.R.L. (mandataria) e GI ONE S.p.A. (mandante, ora Sofein S.p.a.) dalla gara in oggetto, con ogni conseguenza di legge sulla proposta di aggiudicazione;
- di procedere allo scorrimento della graduatoria;
- di comunicare il presente provvedimento ai concorrenti ai sensi e per gli effetti dell'articolo 76, comma 2-bis, D.Lgs 50/2016 s.m.i. avvalendosi del Servizio Appalti, Contratti, Stazione Unica

Appaltante ed Esprori della Provincia nonché di di pubblicare il presente provvedimento all'Albo on line per il termine *ex lege* previsto.

Si comunica altresì che ai sensi dell'articolo 120, comma 2 bis, c.p.a., avverso il citato provvedimento può essere proposto ricorso presso il competente Tribunale Amministrativo Regionale (T.A.R) entro il termine di 30 giorni dalla data di pubblicazione sul profilo del committente.

Il Dirigente del Settore Gestione viabilità,
edilizia ed ambiente
Gareri Vincenzo