



Comune di San Giovanni Gemini
Libero Consorzio Comunale di Agrigento

Verbale n.4

VERBALE DI GARA QUARTA SEDUTA , IN FORMA PUBBLICA , DELLA COMMISSIONE GIUDICATRICE PER LA VERIFICA DELLE OFFERTE.

Procedura negoziata ai sensi dell'art. 50, comma 1 lettera e) del D.Lgs n. 36/2023 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 108 c. 1 e 2 lett a) D.Lgs N. 36/2023 per l'affidamento del servizio dell'asilo nido comunale dl comune di San Giovanni Gemini con annessa mensa , per max 60 bambini di età compresa da 0 a 3 anni.

L'anno duemilaventiquattro **il giorno 15** del mese di Novembre alle ore 11:30 in Cammarata (Stazione appaltante ausiliatrice), presso il Palazzo Municipale sito in via Roma, viene ripresa la seduta relativa all'appalto soprannominato, alla presenza della Commissione giudicatrice:

- ✓ Dott.ssa Rossella Maria Stornaiuolo, Segretario comunale di entrambi i comuni nonché RUP nella procedura di cui trattasi;
- ✓ Rag. Colletto Antonino n.q di componente della commissione;
- ✓ Rag. Bongiovanni Francesco n. q di componente della commissione
- ✓ la Sig.ra Virga Natala con funzione di segretario verbalizzante.

La Commissione riprende i lavori sospesi nella precedente seduta rappresentando quanto segue.

✓ **CERTIFICAZIONI ISO.**

In via preliminare, la Commissione precisa che la legge di gara, in modo chiaro ed univoco, richiede tra i requisiti tecnico/professionali, il possesso delle certificazioni di qualità ISO 9001 – ISO 11034 ed ISO 14001, precisando, in modo lapalissiano, che il mancato possesso delle stesse è causa di esclusione.

Orbene, così come da verbale n. 3, la Commissione, in ragione della dichiarazione del 24 Ottobre 2024, prodotta in seno alla documentazione di gara dall'operatore economico Soc. Coop. Soc. Viva Senectus, ha proceduto alla verifica del possesso delle certificazioni di qualità ISO 11034 ed ISO

14001, verificando che la certificazione ISO 11034 risulta essere stata emessa il 23 Ottobre 2024 con scadenza 22 Ottobre 2027. Invece, la Certificazione ISO 14001 risulta essere stata emessa l'8 Novembre 2024, quindi ben oltre la data di scadenza per la presentazione delle offerte (28 Ottobre 2024), così come da certificazioni trasmesse dall'Ente certificatore e da verifiche effettuate dalla Commissione sul portale IAF, database mondiale delle certificazioni dei sistemi di gestione, che consente alle PA la possibilità di verificare i certificati rilasciati per i sistemi di gestione (vedi ANAC 29.12.2022).

Sul punto occorre precisare che la mera dichiarazione di cui alla nota del 24 Ottobre 2024 (ribadita sempre dall'Ente certificatore) secondo cui *"i certificati sono in corso di emissione"* mai potrebbe soddisfare i requisiti richiesti dalla legge di gara, la quale prevede nel caso di specie il possesso delle certificazioni, che si identifica con la data di emissione dei certificati di qualità. Né può dirsi il contrario.

Infatti, lo stesso certificatore precisa che le verifiche sono state poste in essere in data 16 Ottobre e 23 Ottobre, rilevando che i sistemi di gestione sono risultati conformi. Tuttavia tale precisazione lungi dal poter sostituire il requisito del possesso della certificazione richiesto dalla legge di gara e/o addirittura sostituire o integrare la legge di gara.

A tal proposito, la Commissione evidenzia che il ciclo di certificazione prevede degli step finalizzati al rilascio delle stesse, quali:

1. Preparazione alla certificazione;
2. Ordine di certificazione;
3. Contratto;
4. Pianificazione dell'audit;
5. Audit;
6. Decisione;
7. Certificato ISO: emissione e consegna.

Appare allora evidente che la verifica è un passaggio necessario alla emissione della certificazione, che ovviamente è fase diversa e successiva rispetto alla verifica.

Peraltro è *per tabulas* che il possesso si identifica con la data di emissione, da cui decorre la data di validità della certificazione di qualità e la decorrenza annuale per procedere alla verifica della sussistenza dei requisiti in capo al titolare della certificazione.

La circostanza che l'attività di audit dell'Organo Certificatore si fosse già svolta, come già ricordato, con esito positivo, prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non può valere a sanare il difetto del possesso del requisito richiesto in capo al concorrente., in quanto ciò che rileva è il possesso della certificazione che sgombra il campo da eventuali mancanze dei



requisiti ai fini del rilascio che potrebbero essere rilevate in sede di decisione da parte dell'Ente certificatore.

Né nella fattispecie di cui si discute ci si trova innanzi al caso di rilascio di certificazioni già in possesso ma scadute ed oggetto di rinnovo.

Alla luce delle sopra esposte argomentazioni appare evidente la carenza del requisito tecnico/professionale richiesto a pena di esclusione.

Viceversa opinando ci si troverebbe innanzi ad una evidente incertezza del procedimento nonché ad una illegittima ammissione dell'operatore economico alla procedura di gara, in quanto alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara l'operatore economico non era in possesso della certificazione di qualità ISO 14001, certificazione espressamente richiesta, a pena di esclusione, della *lex specialis* di gara.

Quanto detto trova precipua conferma nella granitica giurisprudenza amministrativa, secondo cui

“Deve ritenersi affetto da illegittimità il provvedimento di ammissione alla gara di un concorrente nel caso in cui il requisito di partecipazione venga conseguito in un momento non anteriore al termine di presentazione delle offerte, in quanto, diversamente opinando, si arrecherebbe un grave vulnus al principio di par condicio, dal punto di vista dell’elusione a titolo particolare del termine perentorio di partecipazione. Sulla scia della sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 20.7.2015, si deve riaffermare in questa sede l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale i requisiti di partecipazione prescritti devono essere posseduti dai concorrenti al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte e, senza

soluzione di continuità, in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica (cfr., ex multis, TAR Campania, Salerno, 4.7.2018, n.1019). Conseguentemente è irrilevante la circostanza che la partecipante in data XXX e, dunque, dopo il termine di presentazione delle offerte (stabilito dal bando per la data del XXX) abbia ottenuto la certificazione ISO 45001:2018, essendo solo quest’ultimo momento quello rilevante per la valutazione delle offerte delle partecipanti (ex multis Tar Puglia – Lecce , Sez. II, Sent. N. 34/2023; cfr., in termini, TAR Calabria – Catanzaro, Sez. I, 27.12.2021, n. 2390).

Quanto detto trova ulteriore conferma nella Sentenza n. 534/2019 del TAR Friuli Venezia Giulia – Sez. secondo cui “che il documento di certificazione non può entrare in vigore, se non dopo la data in cui sia stata emessa la corrispondente decisione con l’inevitabile conseguenza che, al di fuori dei casi di mero rinnovo, in cui si assiste alla sola retrodatazione degli effetti del riaccertamento dei requisiti (da ritenersi pienamente giustificata allorché rimangano invariati il quadro normativo e l’organizzazione dell’attività aziendale), nel diverso caso, in cui sia avvenuta una transizione dovuta all’aggiornamento della disciplina applicabile (rispetto alla quale la precedente



attestazione è divenuta incompatibile ed è perciò giunta ad irrevocabile scadenza), il decorso di tali effetti non può che coincidere con il momento di entrata in vigore della certificazione e, pertanto, non può essere anticipato ad una fase (audit) precedente alla relativa decisione. Nella vicenda qui esaminata, tuttavia, la suddetta decisione di certificazione risulta definitivamente rilasciata il XXX settembre XXX, come attestato dalla documentazione prodotta da XXX, ossia il giorno immediatamente successivo alla scadenza del termine stabilito dal bando di gara per la presentazione delle offerte, sicché, per i rilievi anzidetti, resta confermato che la ricorrente non aveva ancora maturato il requisito prescritto ai fini della partecipazione della procedura di selezione del contraente, dovendo perciò esserne esclusa (vd., fra le molte, Cons. Stato, Sez. V, n. 5701 del 2017).

Né, infine, potrebbe essere invocata, a sostegno delle tesi della ricorrente, la disposizione contenuta nell'art. 87, 1° co., terzo periodo, D. Lgs. n. 50 del 2016, in base alla quale, qualora sia stata richiesta la presentazione di certificati per attestare che l'operatore economico soddisfa determinate norme di garanzia della qualità, "le stazioni appaltanti ... ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità, qualora gli operatori economici interessati non avessero la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti per motivi non imputabili agli stessi operatori economici, a condizione che gli operatori economici dimostrino che le misure di garanzia della qualità proposte soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste". Non può infatti sfuggire come la previsione richiamata (rispetto alla quale, peraltro, nel contesto del gravame non è stato dedotto alcun motivo di censura) consenta agli operatori economici di dimostrare il possesso dei requisiti richiesti ai fini dell'ammissione alla gara, anche nel caso in cui difettino del certificato rilasciato dagli Organismi competenti, in quelle sole ipotesi in cui tale condizione non sia ad essi imputabile: eventualità che, tuttavia, non pare ricorrere in questa vicenda, potendosi segnalare come la procedura di certificazione (la cui durata è risultata per la verità assai breve) ben avrebbe potuto essere instaurata con congruo anticipo, così da scongiurare tutte le conseguenze sfavorevoli (poste nella sfera di esclusiva responsabilità della ricorrente) dovute alla mancanza, ancorché del tutto temporanea, dei suddetti requisiti di ammissione.

In altri termini non può trovare applicazione, nel caso di specie, neppure quanto previsto dall'Allegato II.8 del d.lgs. 36/2023 (previsione contenuta nell'art. 87 del d.lgs. 50/2016) in quanto il mancato rilascio della certificazione di cui si discute è imputabile all'iter previsto per il rilascio medesimo.

Conseguentemente in ragione di tutto quanto rappresentato l'operatore economico Soc. Coop. Soc. Viva Senectus va esclusa dalla presente procedura di gara.

✓ AVVALIMENTO

Nel caso di specie, l'operatore economico Soc. Coop. Soc. Viva Senectus, ha depositato un contratto di avvalimento, ex art. 104 del d.lgs. 36/2023, per supplire al requisito tecnico/professionale previsto dalla legge di gara del fatturato specifico ed esperienziale, ovverosia del requisito tecnico/professionale relativo alla esecuzione negli ultimi tre anni di almeno n. 1 servizio assimilabile a quello oggetto del presente appalto di importo minimo pari a quello posto a base di gara.

La Commissione di gara ha riscontrato nel contratto di avvalimento profili di genericità per carenza di concretezza e specificità delle risorse messe a disposizione da parte dell'ausiliaria.

Ed invero, nella fattispecie *de qua* il requisito del fatturato specifico è richiesto dalla legge di gara quale capacità tecnica (ai sensi dell'art. 104 e 101 comma 11 del d.lgs. 36/2023), così come riconosciuto d'altra parte anche dalla parti sottoscrittrici del contratto di avvalimento.

Un simile modo di atteggiarsi della disciplina di gara non è affatto infrequente nella pratica, e al riguardo la giurisprudenza si è espressa nel senso che qualora la *lex specialis* di gara intenda il fatturato specifico quale espressione della capacità tecnica e non già di solidità economico-finanziaria, e per la dimostrazione di tale requisito si faccia ricorso all'avvalimento, **si è in presenza di un avvalimento non di garanzia, ma operativo, il che comporta la necessità da parte dell'ausiliaria di una concreta ed adeguata messa a disposizione di risorse determinate,**

affinché il suo impegno possa dirsi effettivo (ex multis Cons. Stato, III, n. 68/2021 e n. 1704/2020; V, n. 4396/2018).

Sul punto occorre precisare che l'avvalimento "tecnico-operativo" è finalizzato a mettere a disposizione i requisiti tecnico-organizzativi, per il quale è necessaria l'indicazione specifica delle dotazioni tecniche, strumentali e delle risorse umane prestate; invece quello "di garanzia" è finalizzato a mettere a disposizione la capacità economico-finanziaria dell'impresa ausiliaria, senza necessità di messa a disposizione (e, quindi, di specifica indicazione) delle risorse tecniche, strumentali ed umane, in quanto logicamente configurabili solo per l'avvalimento operativo.

Invero l'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. n. 36/2023 contempla una definizione più ristretta dell'avvalimento che non comprende più la tipologia "di garanzia", prevedendo l'avvalimento operativo e l'avvalimento premiante.

Il primo comma, infatti, configura l'operazione negoziale dell'avvalimento come obbligo da parte dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione del concorrente le "dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali" precisando poi che deve essere prevista "l'indicazione specifica delle risorse messe a disposizione".

Tale formulazione è chiaramente riferita al solo avvalimento tecnico-operativo, non consentendo più di ricondurvi (come avvenuto per l'art. 89 del precedente Codice) quello di garanzia nel quale l'impresa ausiliaria non presta dotazioni o risorse ma, al pari di un garante, si obbliga a rendere disponibile la propria capacità economico-finanziaria al fine di integrare quella dell'ausiliata per far fronte alle obbligazioni assunte, oltre a rispondere in solido in caso di inadempimento.

Nel senso che l'art. 104 del nuovo Codice non sia applicabile all'avvalimento di garanzia è stato rilevato anche dalla recente giurisprudenza secondo cui *"... l'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, che definisce l'avvalimento come "il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto", risulta tagliato in relazione al cd. "avvalimento operativo", non in relazione all'avvalimento di garanzia, ove per consolidata giurisprudenza non è necessaria la concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche"* (T.A.R. Veneto, sez. I, 10.6.2024, n. 1389; cfr. anche T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. I, Ord. 23.5.2024, n. 166).

L'espunzione dell'avvalimento di garanzia dall'art. 104 del nuovo Codice non ne comporta, tuttavia, l'inapplicabilità, atteso che la Direttiva appalti n. 2014/24/UE (di cui anche il D.lgs. n. 36/2023 è attuativo) prevede lo strumento equipollente del contratto di "affidamento" (vedi artt. 58 e 63).

Nel caso di specie, come sopra precisato, trattandosi di requisito tecnico/operativo, trattasi di avvalimento operativo, ed in quanto tale va inteso nel senso di richiedere a pena di nullità che dal contratto di avvalimento emerga la disponibilità effettiva e concreta da parte della ditta ausiliaria di mezzi/persone/strumenti/modalità operative e quant'altro utile a rendere concreto l'avvalimento onde evitare avvalimenti meramente astratti o cartolari, vale a dire potenzialmente ingannevoli (vedi *ex multis* Cons. Stato, III, n. 68/2021, cit.; id., V, n. 953/2018 e n. 5423/2016).

Nella fattispecie di cui si discute il contratto di avvalimento presenta profili di nullità per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto, in violazione dell'art. 104 del d.lgs. n. 36/2023 e degli artt. 1346 e 1418 c.c. – ed è quindi inidoneo a determinare il trasferimento del requisito, con conseguente doverosa esclusione della Soc. Coop. Soc. Viva Senectus dalla procedura di gara.

Infatti, risulta inidonea a soddisfare la predetta condizione di concreta e specifica messa a disposizione delle risorse aziendali, la clausola, evidentemente generica, secondo cui l'impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente l'operatore economico.

Quanto detto trova conferma nella ormai consolidata giurisprudenza amministrativa, secondo cui *"Se la lex specialis riferisce il fatturato specifico alla dimostrazione della capacità tecnica,*



L'avvalimento del requisito del fatturato specifico in servizi non è qualificabile come avvalimento

c.d. di garanzia, destinato a fornire risorse esclusivamente di carattere economico-finanziario. Le capacità tecniche e professionali rilevanti come criterio di selezione per gli appalti di servizi presuppongono, in linea generale, non solo il possesso di risorse umane e tecniche da impiegare immediatamente nell'espletamento del servizio, ma anche il possesso dell'esperienza, entrambi elementi necessari per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità, secondo la lettera dell'art. 83, comma 6, del D.Lgs. n. 50 del 2016 (ex multis Cons. Stato, Sez. III, Sent. N. 7293/2023; Cons. Stato, V. 19 luglio 2018, n. 4396)"; cfr. anche, V, n. 2048/2021, III, n. 1704/2020)

Dunque, non sembra discutibile che il requisito in esame, ancorché previsto in termini di "fatturato" ha lo scopo di attestare l'esperienza specifica del concorrente, e quindi la sua idoneità a svolgere l'appalto sotto il profilo tecnico, e non certo quello di fornire alla stazione appaltante garanzie circa la solidità finanziaria dell'impresa concorrente.

Ed ancora, in questo senso, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che "ai fini della validità del contratto di avvalimento è necessario che l'impegno assunto dall'ausiliaria non si limiti a dichiarazioni di carattere meramente "cartolare e astratto", ma deve necessariamente risolversi nella concreta messa a disposizione delle necessarie risorse e dell'apparato organizzativo dell'ausiliaria (Cons. Stato, Sez. III, 15 maggio 2018, n. 2894; Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2016, n. 3396). **La disponibilità del requisito in gara deve cioè tradursi nella effettiva disponibilità delle capacità e delle risorse necessarie in sede esecutiva**" (Tar Veneto- Venezia, Sez. I, Sent. n. 1886/2024).

Orbene, il contratto di avvalimento presentato in gara elenca puntualmente il requisito prestato, ma non individua in alcun modo le dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali che dovrebbero garantire l'effettiva acquisizione di tale requisito in capo all'ausiliata, con consequenziale nullità dello stesso, dimostrandosi cartolare e non effettivo.

Inoltre non risultano agli atti di gara né il DGUE dell'ausiliaria né le dichiarazioni di cui all'art. 104 comma 4 del d.lgs. 36/2023 ai sensi del quale: "L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta, e allega, nel caso di cui al comma 2, la certificazione rilasciata dalla SOA o dall'ANAC. **L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:**

- a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui al Capo II del presente Titolo;**
- b) di essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 100 per i servizi e le forniture;**
- c) di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento".**



Pertanto, alla luce delle suesposte argomentazioni, il contratto di avvalimento presenta profili di nullità per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto, in violazione dell'art. 104 del d.lgs. n. 36/2023 e degli artt. 1346 e 1418 c.c. con conseguente doverosa esclusione della Soc. Coop. Soc. Viva Senectus dalla procedura di gara.

✓ **CARENZE DOCUMENTALI**

Fermo restando la portata troncante di quanto rappresentato nei punti precedenti, la Commissione di gara per mera completezza espositiva, ha rilevato una pluralità di carenze nella documentazione amministrativa prodotta dall'operatore economico Soc. Coop. Soc. Viva Senectus, così come di seguito riportato:

- ✓ Assenza delle dichiarazioni di cui all'art. 104 comma 4 del d.lgs. 36/2023 da parte dell'ausiliaria;
- ✓ Assenza del DGUE dell'ausiliaria;
- ✓ Nel DGUE prodotto dall'operatore economico, nella sezione avvalimento, non è stato indicato il nome della ditta ausiliarice;
- ✓ Mancata indicazione in tema di White list (iscrizione nell'elenco dei richiedenti verificata direttamente dalla Commissione di gara);
- ✓ Assenza della dichiarazione concernente il non trovarsi nelle condizioni di cui all'art. 53 comma 16 – ter del d.lgs. n. 165/2001 o in ulteriori divieti a contrarre con la pubblica amministrazione;
- ✓ Mancanza della documentazione comprovante il possesso dei requisiti tecnico/professionali, quali :
 - a. certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione;
 - b. contratti stipulati con le amministrazioni pubbliche, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse;
 - c. attestazioni rilasciate dal committente privato, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione;
 - d. contratti stipulati con privati, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse.

Conclusivamente, la Commissione ribadisce tutto quanto sopra rappresentato, con conseguente doverosa esclusione della Soc. Coop. Soc. Viva Senectus dalla procedura di gara.

**VALUTAZIONE DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA OPERATORE
ECONOMICO SOC. COOP. SOC. AMANTHEA.**

A questo punto la Commissione procede alla valutazione della documentazione amministrativa prodotta dall'operatore economico Soc. Coop. Soc. Amanthea, composta da 37 documenti.

Dall'esame posto in essere risulta che l'operatore economico ha prodotto tutta la documentazione richiesta dalla legge di gara, la quale risulta completa ed integra. Pertanto l'operatore economico va ammesso alla fase successiva di gara.

La Commissione conclude la seduta alle ore 13:15.

Letto, approvato e sottoscritto

Il Presidente Dott.ssa Rossella Maria Stornaiuolo

Il Componente rag. Antonino Colletto

Il Componente rag. Francesco Bongiovanni

Il segretario verbalizzante Virga Natala

