



Delibera n. 1088

del 26 ottobre 2016

**Procedura di gara ex art. 30, comma 3, d.lgs. n. 163/2006 per l'affidamento della concessione del servizio di prevenzione degli inquinamenti, pronto intervento e bonifica degli specchi acquei ed ambiti portuali di giurisdizione della Capitaneria di Porto di Taranto – Fascicoli UVMAC 4815/2015 e UVSF 1083/2016.**

### **Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

Vista la relazione dell'Area Vigilanza, Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture,

#### **Considerato in fatto**

Nell'ambito di alcuni accertamenti preliminari condotti dall'Autorità è emerso che l'affidamento della concessione in epigrafe è stato disposto in favore dell'unico operatore economico partecipante, la ECOTARAS S.p.A. e che quest'ultima ha partecipato alla gara possedendo l'80% del pacchetto azionario distribuito come segue: a) 50% intestato a TRUST; b) 30% intestato alla RE.SE.CO. S.p.A.; c) 20% intestato a persona fisica.

Da un primo esame della *lex specialis* di gara, inoltre, i requisiti di capacità tecnica risultavano strutturati in modo estremamente selettivo, e ciò non solo per le prescritte caratteristiche dei mezzi nautici e terrestri (punto III.2.3, n. 4 del bando di gara e art. 7 CSA), ma anche per altri requisiti, quali ad esempio la (singolare) previsione del bando che impone una determinata residenza (“*nella provincia di sede del Compartimento marittimo in oggetto o nelle province limitrofe*”) al personale impiegato dagli operatori economici (punto III.2.3, n. 3 del bando di gara).

Con riferimento alle caratteristiche dei mezzi nautici, ad esempio, non era dato comprendere perché il bando di gara prevedesse il possesso di un rimorchiatore di lunghezza fuori tutta superiore a 29 metri ed uno di lunghezza f.t. superiore a 21 metri con capacità di stoccaggio rispettivamente di 23 mc e 15 mc.

Tali condizioni di partecipazione si dimostravano *prima facie* idonee a restringere irragionevolmente la platea dei potenziali concorrenti, con conseguente *vulnus* ai principi di libera concorrenza e di massima partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di commesse pubbliche, in violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006, *ratione temporis* vigente.

Parimenti anomala in termini di congruità era apparsa la cauzione provvisoria prevista al punto III.1.1 del bando di gara, fissata in appena 30.000,00 euro a fronte del valore del contratto stimato in complessivi euro 20.658.276,00 (punto II.2.2 del bando di gara).

L'Autorità ha quindi formulato specifiche richieste istruttorie alla Capitaneria di Porto di Taranto e alla Direzione marittima di Bari, in qualità di amministrazione aggiudicatrice nella procedura contrattuale in oggetto, formalizzate con comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 49709 del 25.3.2016.

Al fine di acquisire maggiori elementi di valutazione, quindi, è stato richiesto alla stazione appaltante di precisare le ragioni che hanno indotto l'ente a prevedere requisiti di capacità tecnica estremamente selettivi in relazione alle prestazioni dedotte in contratto, e ciò al fine di accertare l'eventuale illogicità/sproporzione dei requisiti di partecipazione del bando.

Coerentemente alle prime risultanze istruttorie è stato inoltre richiesto di fornire informazioni per chiarire i seguenti aspetti:

- 1) reali assetti proprietari di ECOTARAS S.p.A. e di RE.SE.CO. S.p.A., avendo cura di indicare eventuali rapporti economici e/o partecipazioni azionarie detenute in tali società, direttamente o indirettamente, da dipendenti (o loro stretti familiari) in servizio presso la Capitaneria di Porto di Taranto o presso la Direzione marittima di Bari (o cessati dal servizio da tali amministrazioni nell'ultimo quinquennio);
- 2) adempimenti espletati dalla stazione appaltante in merito agli accertamenti di rito relativamente alle intestazioni fiduciarie di concorrenti in gara, al fine di verificare che siano stati acquisiti i dati relativi alle intestazioni fiduciarie della RE.SE.CO. S.p.A. e quelli dei TRUST (GRAMS e JIMMY e/o altri);
- 3) ripartizione di competenze tra Capitaneria di Porto di Taranto e Autorità Portuale di Bari (rectius, Direzione marittima di Bari), al fine di verificare che la gara in oggetto sia stata bandita dalla competente stazione appaltante in relazione alla specifica normativa di settore vigente;
- 4) eventuale contenzioso instaurato dinanzi ai competenti organi giurisdizionali per la gara in oggetto, fornendo in tal caso tutti i dettagli e documenti del caso, ivi compresi gli eventuali provvedimenti adottati dal giudice;
- 5) verificare le ragioni che hanno indotto la stazione appaltante a prevedere una esigua cauzione provvisoria (euro 30.000,00), nonché accertare la regolarità delle cauzioni (provvisoria e definitiva) prodotte dall'aggiudicatario, e la presentazione delle dovute polizze RC.

In riscontro alla comunicazione di avvio del procedimento sono pervenute controdeduzioni articolate in due distinte relazioni, corredate da documentazione di supporto, rispettivamente da parte della Direzione marittima di Bari (prot. n. 59381 del 13.4.2016) e della Capitaneria di Porto di Taranto (prot. n. 63532 del 20.4.2016).

La prima nota (prot. n. 59381 del 13.4.2016), indirizzata alla Capitaneria di Porto di Taranto e p.c. all'Anac, ha fornito parziali delucidazioni, nei limiti cioè delle ritenute competenze della Direzione marittima di Bari, demandando per il resto alla Capitaneria il compito di completare il quadro informativo oggetto di accertamenti da parte dell'Autorità.

In particolare, la Direzione marittima di Bari ha preliminarmente chiarito che la procedura di gara trae origine da una richiesta formulata dalla ECOTARAS S.p.A. in data 21.6.2011, finalizzata ad ottenere il rinnovo della concessione per anni 15, e ciò in vista della data di scadenza del medesimo servizio già assicurato dalla stessa ECOTARAS avente scadenza fissata al 1.8.2012.

L'istanza di rinnovo della concessione è pervenuta alla detta Direzione tramite la Capitaneria di Porto in data 19.7.2011.

Quest'ultima, ottenuta l'autorizzazione di rito (nota n. 24437 del 27.7.2011), ha quindi predisposto il bando di gara in data 19.1.2012, con annesso capitolato speciale d'appalto.

La Direzione marittima ha precisato poi che le medesime perplessità sui requisiti di capacità tecnica sollevate dall'Autorità con la citata comunicazione di avvio del procedimento sono state a suo tempo già formalizzate da alcune società concorrenti in data 20.2.2012 (Ecologica S.p.A. e Globeco S.p.A.) nell'ambito di un ricorso al T.A.R. avverso il bando di gara.

Al riguardo, la Direzione ha affermato sul punto che la difesa della Capitaneria di Porto, convogliata nella nota n. 4319 del 12.3.2012 indirizzata all'Avvocatura distrettuale dello Stato, ha trovato



accoglimento nelle decisioni assunte dal giudice amministrativo sia in fase cautelare (ordinanza n. 228 del 22.3.2012) sia nella successiva sentenza n. 1344 del 7.6.2013, essendo state respinte nel merito le opposizioni formulate dalle società concorrenti, con ciò validando pienamente, nell'assunto della Direzione marittima, la regolarità del bando e la correttezza delle prescrizioni e dei requisiti in esso contenute.

La Direzione marittima, infine, ha fornito risposte alla richiesta di informazioni dell'Autorità relativamente ai cinque punti sopra elencati, e segnatamente:

- 1) sugli assetti proprietari dell'aggiudicatario, la Direzione ha chiarito che *"..non risulta atto o documento alcuno afferente l'accertamento o meno di eventuali rapporti economici e/o azionari detenuti nelle Società citate (ECOTARAS S.p.a. e RE.SE.CO. S.p.a) direttamente o indirettamente, da dipendenti (o loro stretti familiari) in servizio presso la Direzione marittima di Bari (o cessati dal servizio da tali amministrazioni nell'ultimo quinquennio). Attività di verifica quest'ultima di cui non si esclude, qualora l'ANAC lo ritenga necessario, l'eventuale implementazione da parte sia di questa Direzione marittima che di codesta Capitaneria di porto, con l'intuibile laborioso reperimento dei dati afferenti non solo il personale all'epoca in servizio presso entrambe le Autorità marittime, nell'arco temporale considerato, ma anche con riferimento ai loro familiari e quindi con l'acquisizione, ora per allora, dei relativi stati anagrafici"*;
- 2) sulla verifica delle intestazioni fiduciarie, invece, la Direzione, nel precisare di non aver rinvenuto alcun elemento utile per riscontrare il quesito dell'Anac, ha demandato il compito di rispondere alla Capitaneria di Porto;
- 3) in merito alla ripartizione di competenze tra Capitaneria di Porto di Taranto e Direzione marittima di Bari, dopo aver delineato una sostanziale compatibilità e sovrapponibilità tra le disposizioni del d.lgs. n. 163/2006 relative alla selezione del contraente con quelle del Codice della navigazione, poiché in entrambi la scelta del concessionario postula un confronto competitivo a tutela della libera concorrenza, la Direzione marittima di Bari ha ritenuto di dover individuare la stazione appaltante nella Capitaneria di Porto di Taranto. Ciò posto, la stessa Direzione tuttavia ha confermato la fondatezza del rilievo avanzato dall'Autorità sul punto, avendo dichiarato espressamente che *"...suscita non poche perplessità la nomina della commissione giudicatrice da parte della Direzione marittima di cui al Decreto n° 07/2012 in data 29.03.2012 (allegato 5) che, evidentemente, a suo tempo non ha correttamente colto la circostanza che tale atto era riconducibile esclusivamente alla figura della stazione appaltante, così come chiaramente pubblicizzato dal bando medesimo ove la stessa è chiaramente indicata nella Capitaneria di porto e non nella Direzione marittima..."*;
- 4) relativamente al quarto quesito dell'Ufficio, concernente il contenzioso, la Direzione ha ricostruito l'iter che ha dapprima condotto l'amministrazione a formalizzare l'affidamento in favore di ECOTARAS S.p.A. con decreto n. 27 del 1.7.2013 e poi, accogliendo un rilievo della Corte dei Conti, ad annullare in autotutela l'atto concessorio formalizzato con il suddetto decreto n. 27/2013. In particolare, la Direzione marittima ha disposto l'annullamento d'ufficio dell'affidamento per presunta incongruenza –rilevata dalla Corte dei Conti– del bando e del capitolato speciale con la normativa di derivazione comunitaria in tema di mercato delle commesse pubbliche, stante la mancanza nei criteri di selezione delle offerte di un'adeguata valutazione della componente "prezzo", come previsto dalla disciplina in materia di offerta economicamente più vantaggiosa. Ne è derivata l'impugnazione del provvedimento di annullamento con instaurazione di un giudizio amministrativo dinanzi al T.A.R. Lecce da parte dell'aggiudicatario, conclusosi favorevolmente per quest'ultimo (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 7.11.2013 n. 2263), con sostanziale ripristino dell'affidamento originariamente disposto in regime di concessione. Peraltro, ha precisato la Direzione marittima, che l'Avvocatura Generale dello Stato non ha ritenuto opportuno proporre



appello al Consiglio di Stato apparendo la sentenza adeguatamente motivata ed immune da vizi logico-giuridici. Per completezza di informazione, la Direzione ha aggiunto di aver ricevuto un esposto anonimo il 12.8.2013, poi trasmesso alla competente Procura della Repubblica di Bari, e che lo stesso esposto risulta inviato, per competenza, alla Procura della Repubblica di Taranto;

- 5) in ordine alle cauzioni, infine, la Direzione ha affidato alla Capitaneria di Porto il compito di dare riscontro al quesito dell'Anac.

La Capitaneria di Porto di Taranto (prot. n. 63532 del 20.4.2016), a sua volta, ha poi completato il quadro difensivo dell'amministrazione incentrando l'impianto difensivo sugli esiti del contenzioso instaurato da Ecologica S.p.A. e Globeco S.p.A. contro il bando di gara in oggetto, culminato nella citata sentenza del T.A.R. Lecce n. 1344 del 7.6.2013, favorevole all'amministrazione, e già in fase cautelare nell'ordinanza del medesimo T.A.R. n. 228 del 23.3.2012, di rigetto dell'istanza di sospensiva avanzata dai ricorrenti.

Oltre a confermare le informazioni già fornite dalla Direzione marittima di Bari, la Capitaneria di Porto di Taranto ha precisato, per quanto qui di interesse ed in aggiunta rispetto alle informazioni fornite dalla Direzione marittima:

- relativamente al criterio di calcolo della cauzione provvisoria (*supra* punto 5), che "...dagli atti di ufficio non emergono particolari ragioni o procedure di calcolo adottate ma verosimilmente l'importo indicato in gara è stato originato prevedendo come riferimento la cauzione provvisoria stabilita dalla Direzione marittima di Bari per l'atto concessorio che ci si accingeva a rinnovare anche se la garanzia citata risultava riferibile esclusivamente al canone e non ai generali obblighi concessori"; altri chiarimenti documentati sono poi riferiti poi alla polizza RC stipulata dalla società per la copertura assicurativa;

- in merito alle verifiche sulle intestazioni fiduciarie dei concorrenti in gara (*supra* punto 2), che non risultano in atti adempimenti espletati dalla stazione appaltante in merito agli accertamenti di rito relativamente alle intestazioni fiduciarie di concorrenti in gara presumibilmente in ragione della ritenuta non applicabilità del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11.5.1991 n. 187, recante "Regolamento per il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche e per il divieto delle intestazioni fiduciarie, previsto dall'art. 17, comma 3, della legge 19 marzo 1990, n. 55, sulla prevenzione della delinquenza di tipo mafioso";

- relativamente alla corretta individuazione della stazione appaltante (*supra* punto 3), la Capitaneria di Porto ha riferito di aver curato esclusivamente l'istruttoria e che la stazione appaltante va individuata sostanzialmente nella Direzione marittima di Bari. Il CIG acquisito, tuttavia, è riferito alla Capitaneria di Porto, anche se nel bando pubblicato sono richiamate entrambe le amministrazioni.

Alla luce delle risultanze documentali emerse nella prima fase dell'istruttoria, il Consiglio, visti gli atti del fascicolo, tenuto conto di quanto esposto dall'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture con relazione prot. 83054/2016, nella seduta del 31 maggio 2016 ha deliberato in conformità alla proposta dell'Ufficio, disponendo l'invio della comunicazione di risultanze istruttorie alla Capitaneria di Porto di Taranto, alla Direzione Marittima di Bari, e per conoscenza, all'Ufficio di Gabinetto del Ministro delle Infrastrutture e Trasporti quale amministrazione centrale gerarchicamente sovraordinata.

La comunicazione di risultanze istruttorie (CRI) è stata quindi inviata con prot. n. 92810 del 13.6.2016, fissando il termine di trenta giorni per eventuali controdeduzioni.

In particolare, nella suddetta comunicazione sono state contestate alla Capitaneria di Porto di Taranto e alla Direzione marittima di Bari le seguenti criticità:

- 1) l'illogicità e sproporzione dei requisiti di capacità tecnica previsti dalla *lex specialis* di gara, nei limiti di cui in motivazione, idonei a restringere irragionevolmente la platea dei potenziali concorrenti, con conseguente *vulnus* ai principi di libera concorrenza e di massima



partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di commesse pubbliche, in violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006, *ratione temporis* applicabile al caso di specie;

- 2) mancato espletamento degli accertamenti di rito sulle intestazioni fiduciarie dell'aggiudicatario ECOTARAS S.p.A., in violazione degli adempimenti postulati dall'art. 38, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 163/2006, *ratione temporis* applicabile al caso di specie.

In assenza di risposta alla CRI nel termine assegnato, l'Autorità, tenuto conto delle contestazioni in essa formalizzate, ha ritenuto opportuno sollecitare l'eventuale riscontro mediante nota trasmessa alle parti con prot. n. 143029 del 30.9.2016, a seguito della quale è pervenuta la sola risposta della Capitaneria di Porto di Taranto, acquisita al prot. n. 145715 del 5.10.2016, con la quale l'Ufficiale preposto al comando ha precisato di non essere in grado di fornire ulteriori elementi, atteso che l'Autorità marittima si è limitata ad effettuare una mera ricostruzione dei fatti in base agli atti rinvenuti negli archivi.

Inoltre, si legge nella nota, "...sia il responsabile del procedimento che il soggetto posto a capo dell'Amministrazione aggiudicatrice, non ricoprono rispettivamente più l'incarico di Capo Sezione Tecnica Sicurezza e Difesa Portuale e Comandante della capitaneria di porto di Taranto e che pertanto non si conoscono le ragioni sottese a determinate scelte sui requisiti tecnici posti a base di gara e sul mancato espletamento di rito circa l'acquisizione delle intestazioni fiduciarie dell'aggiudicatario".

### Ritenuto in diritto

I chiarimenti e i documenti forniti dalla stazione appaltante in riscontro alla comunicazione di avvio del procedimento hanno consentito di superare solo in parte i rilievi originariamente ipotizzati, e segnatamente quelli di cui ai precedenti punti nn. 1 (assetto proprietario dell'aggiudicatario), 3 (individuazione della stazione appaltante) e 5 (cauzioni), mentre altre anomalie si sono palesate fondate pur dopo il riscontro dell'amministrazione (requisiti di partecipazione e intestazioni fiduciarie).

Ed infatti, con specifico riferimento alla ipotizzata gravosità dei requisiti di capacità tecnica previsti dalla *lex specialis* di gara, l'impianto difensivo di entrambe le amministrazioni interessate si è incentrato prevalentemente sull'esito favorevole dei contenziosi amministrativi definiti con le sentenze sopra richiamate, nell'assunto di parte secondo cui il T.A.R. Puglia avrebbe sconfessato nel merito le opposizioni sollevate dalle società ricorrenti in ordine alla inadeguatezza ed anticoncorrenzialità dei suddetti requisiti, ritenuti da queste eccessivamente ed irragionevolmente selettivi.

Tale deduzione della stazione appaltante, tuttavia, non convince l'Autorità, posto che da una attenta lettura dei provvedimenti adottati nei distinti giudizi dal T.A.R. Puglia, come meglio descritti sopra (ordinanza n. 228/12; sentenze nn. 1344/13 e 2263/13), non è dato evincere alcun apprezzamento del collegio giudicante sull'adeguatezza dei requisiti di capacità tecnica in contestazione.

Per quanto riguarda, infatti, il contenzioso instaurato da Ecologica S.p.A. e da Globeco S.p.A. contro la Capitaneria di Porto di Taranto e nei confronti dell'aggiudicatario ECOTARAS S.p.A., l'ordinanza del T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 23.3.2012 n. 228 respinge sì l'istanza di sospensiva chiesta dai ricorrenti ma solo perché queste erano prive sia del requisito di qualificazione richiesto dal bando (Cat. OS15, classifica VIII – illimitata), sia del requisito reputato dalle stesse ricorrenti come sufficiente ai fini della partecipazione alla gara (Cat. OS15, classifica VII).

L'ordinanza n. 228/2012, pertanto, non affronta nel merito l'adeguatezza e la proporzionalità in genere dei requisiti di capacità tecnica previsti dalla *lex specialis* di gara.

Parimenti la sentenza del T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 7.6.2013 n. 1344, che definisce il giudizio instaurato da Ecologica S.p.A. e da Globeco S.p.A. in termini favorevoli alla stazione appaltante, è una sentenza di rito che si limita a dichiarare l'improcedibilità dei ricorsi per sopravvenuta carenza di interesse delle ricorrenti medesime, come da nota depositata al T.A.R. in data 22.4.2013, senza che dal



testo della detta sentenza sia possibile evincere alcuna considerazione di merito sui requisiti di capacità tecnica in esame.

Per quanto riguarda, poi, la sentenza del T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 7.11.2013 n. 2263, di accoglimento del ricorso presentato da ECOTARAS S.p.A. contro il provvedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione conseguita, anche qui non sono rinvenibili argomentazioni del giudice idonee a sorreggere valutazioni di congruità, adeguatezza, proporzionalità e concorrenzialità dei requisiti di capacità tecnica in esame.

L'accoglimento del ricorso, con consequenziale ripristino dell'affidamento della concessione in oggetto in favore di ECOTARAS S.p.A., è motivato dal collegio giudicante in relazione a ritenuti vizi del procedimento amministrativo di autotutela espletato dall'amministrazione resistente in violazione dell'art. 21 *nonies* L. n. 241/1990, mentre nel merito la sentenza n. 2263/2013 si limita a ritenere del tutto illogico e contraddittorio l'impianto motivazionale dell'impugnato provvedimento nella parte in cui deduce la carenza del criterio di aggiudicazione in relazione alla voce prezzo.

Anche qui, pertanto, non è dato evincere alcuna valutazione di merito in ordine alla strutturazione dei requisiti di partecipazione previsti nella gara che ci occupa.

In atti, invece, si rinviene la nota della Capitaneria di Porto in data 12.3.2012 (prot. n. 4319/Tec), indirizzata all'Avvocatura Generale dello Stato per la difesa in giudizio contro il ricorso azionato da Ecologica S.p.A., nella quale viene più dettagliatamente e compiutamente sviluppata la difesa dei requisiti di partecipazione, facendo leva sulla tipologia del servizio in gara e sulle effettive esigenze di prevenzione contro i rischi di inquinamento delle acque portuali.

La disamina fornita dalla Capitaneria di Porto appare esaustiva con riferimento ad alcuni requisiti (qualificazione OS15 class. VIII; pregressi servizi analoghi dell'ultimo quinquennio; certificazioni di corretta esecuzione dei lavori nell'ultimo triennio), mentre non altrettanto può dirsi in relazione ai requisiti di capacità tecnica oggetto di accertamento nel presente procedimento di vigilanza, e delle prescritte caratteristiche dei mezzi nautici e terrestri (punto III.2.3, n. 4 del bando di gara e art. 7 CSA), nonché della previsione del bando che impone una determinata residenza (*"nella provincia di sede del Compartimento marittimo in oggetto o nelle province limitrofe"*) al personale impiegato dagli operatori economici (punto III.2.3, n. 3 del bando di gara).

Non è dato evincere, infatti, alcuna ragionevole motivazione, ad esempio, della prescritta necessità di disporre di un rimorchiatore di lunghezza fuori tutta superiore a 29 metri ed uno di lunghezza f.t. superiore a 21 metri con capacità di stoccaggio rispettivamente di 23 mc e 15 mc.

Con riferimento al primo profilo di anomalia (eccessiva selettività delle caratteristiche dei mezzi nautici e terrestri), la Capitaneria di Porto si limita a giustificare l'esigenza di appurare in capo ai concorrenti il titolo di proprietà o, in alternativa, di locazione o noleggio dei suddetti mezzi/materiali già al momento di partecipare alla gara, invocando la necessità di avere consistenti certezze sulla prestazione contrattuale che prevede l'impiego di diversi mezzi tecnici/nautici (pag. 10, nota prot. n. 4319/Tec). A tal fine, si legge nella citata nota n. 4319/Tec, *"il possesso dei mezzi navali nelle forme di cui all'art. 7 del Capitolato speciale (punto V del ricorso) è la garanzia più idonea per una chiara definizione ab origine dei soggetti aventi titolo a partecipare alla gara dissipando così qualsiasi incertezza qualora tale requisito fosse comprovato a posteriori, impedendo, altresì, la partecipazione a società prive di qualsiasi mezzo idoneo"*.

Al riguardo si ritiene che le caratteristiche tecniche dei mezzi nautici e terrestri, proprio perché altamente selettive, come dimostra il contenuto tasso di partecipazione alla gara (un solo concorrente), avrebbero dovuto trovare più specifiche e congrue motivazioni legate direttamente alla tipologia del servizio, idonee a configurare tali caratteristiche come essenziali, o quantomeno, estremamente rilevanti ai fini del buon esito delle operazioni di prevenzioni e disinquinamento.

Parimenti anomala e idonea ad ingenerare un *vulnus* al principio di massima partecipazione alle gare d'appalto e a quello della concorrenza risulta essere la richiamata clausola che impone la residenza



(“nella provincia di sede del Compartimento marittimo in oggetto o nelle province limitrofe”) al personale impiegato dagli operatori economici (punto III.2.3, n. 3 del bando di gara).

Nella nota prot. n. 4319/Tec del 12.3.2012, la Capitaneria di Porto precisa che tale requisito non è richiesto nell'immediatezza della partecipazione alla gara, ma solo in caso di aggiudicazione, come del resto risulta dall'accezione temporale usata “...dovrà avere residenza...” e non “...deve...”, con ciò configurando il requisito stesso in termini semplicemente operativi.

Anche qui non si comprende per quali ragioni oggettivamente legate al corretto e puntuale adempimento delle prestazioni contrattuali il personale dell'impresa aggiudicataria debba possedere la “residenza” nella provincia sede del Compartimento marittimo di Taranto o nelle province limitrofe, potendosi verosimilmente concepire che tale personale assuma l'impegno non a risiedere *in loco* ma più semplicemente ad alloggiare stabilendovi una dimora per il tempo necessario all'esecuzione dei compiti di servizio.

Anche tale clausola assume, pertanto, portata anticoncorrenziale e, in assenza di valide ragioni direttamente correlate alla prestazione, essa si palesa in contrasto con i principi di concorrenza e massima partecipazione alle gare della Pubblica amministrazione, in violazione dei principi di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006, *ratione temporis* applicabili al caso di specie, anche per effetto del rimando contenuto nell'art. 30, comma 3, del citato d.lgs. n. 163/2006.

Ulteriore anomalia del procedimento di gara, che in questa sede si ritiene di contestare alla stazione appaltante, attiene al mancato espletamento degli accertamenti di rito sulle intestazioni fiduciarie dell'aggiudicatario ECOTARAS S.p.A., nell'erroneo assunto della Capitaneria di Porto secondo cui nel caso di specie non sarebbe applicabile il D.P.R. 11.5.1991 n. 187 perché trattasi di concessione di servizi.

Come ha già ribadito dall'Autorità nella delibera n. 20 del 18.2.2015, nella parte in cui tratta il divieto delle intestazioni fiduciarie, assume rilievo la mancata comunicazione alla S.A. dell'identità dei fiducianti, “in quanto la disposizione dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, nella misura in cui richiama il necessario possesso di inderogabili requisiti di moralità in capo ai contraenti, afferma principi di carattere generale che non possono essere trascurati in qualsivoglia rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 5279 del 15.10.2012). Nel caso di specie, il requisito di cui alla lettera d), comma 1, dell'art. 38 del predetto Codice si riferisce alla violazione del divieto di intestazione fiduciaria ex art. 17, comma 3, legge 19 marzo 1990, n. 55. Più nello specifico, la disciplina in tema di intestazione fiduciaria dei soggetti appaltatori [con affermazione che si ritiene possa essere estesa anche ai concessionari] si ricollega all'esigenza di evitare che la stazione appaltante perda il controllo del vero imprenditore che partecipa alla gara; sicché, tranne il caso in cui l'intestazione fiduciaria concerna società appositamente autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966 (purché, a loro volta, abbiano comunicato all'amministrazione l'identità dei fiducianti), l'acclarata intestazione fiduciaria comporta l'esclusione dalla partecipazione alle gare e la preclusione alla stipulazione dei contratti (cfr. parere sulla normativa Avcp AG 8/2013)”.

Con riferimento agli altri aspetti oggetto di istruttoria, invece, si ritiene che possa pervenirsi all'archiviazione del presente procedimento di vigilanza, non essendo emerse –in esito all'istruttoria– significative e documentate anomalie in merito ai profili esaminati.

Con riguardo, infatti, agli assetti proprietari dell'aggiudicatario (*supra* punto n. 1), l'amministrazione ha affermato (nota prot. n. 63532 del 20.4.2016, pag. 5) che non risultano diretti legami tra il personale presente nella Capitaneria di Porto di Taranto che possa aver avuto rapporti economici ovvero partecipazioni azionarie o controllo diretto o indiretto nelle compagini azionarie relative alla ECOTARAS S.p.A. e alla RE.SE.CO S.p.A., pur precisando che “...gli esiti certi di tali verifiche risultano particolarmente complessi e richiederebbero attività di polizia giudiziaria difficilmente esercitabili in così breve termine nonché in assenza di specifiche ipotesi di reato...”.

Per quanto riguarda l'individuazione della stazione appaltante nell'ambito delle competenze della Capitaneria di Porto di Taranto e della Direzione marittima di Bari (*supra* punto n. 3), è la stessa



amministrazione ad ammettere la confusione dei ruoli rivestiti nella procedura contrattuale, e al riguardo non sussistono ulteriori margini di intervento dell'Autorità.

Per quanto concerne i profili di anomalia di cui al punto 5 (cauzioni), l'Autorità ritiene di poter archiviare il procedimento di vigilanza, pur nella scarsa esaustività dei riscontri forniti dall'amministrazione, in ragione del regime giuridico delle concessioni di servizi, attratto nell'orbita dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006, *ratione temporis* applicabile al caso di specie, e dunque sottratto al Codice dei contratti.

Il Consiglio di Stato (Sez. V, 6.6.2011, n. 3377), in relazione ad una concessione del servizio di tesoreria, ha avuto modo di affermare che *"l'affidamento del servizio di tesoreria si sostanzia in una concessione di servizi che, in linea di principio, resta assoggettato alla disciplina del Codice degli appalti solo nei limiti specificati dall'art. 30 che, per quanto qui interessa, non pone di certo l'obbligo di prestare la cauzione di cui all'art. 75"*.

In tal senso si è espresso anche il Consiglio di Stato (Sez. V, 13.7.2010, n. 4510), affermando che *"...In particolare, per quanto di rilievo, non trova automatica e diretta applicazione la disciplina (di dettaglio) di cui all'art. 75 del Codice dei contratti pubblici, trattandosi di disposizione "preordinata alla costituzione di idonea garanzia per la valutazione dell'idoneità complessiva dell'offerta e rispetto alla quale non è possibile individuare alcuna correlazione con le previsioni richiamate dal comma 1 del citato articolo 30 del codice dei contratti pubblici. Diversamente opinando, l'intero corpus del Codice sarebbe di fatto applicabile alle concessioni di servizi, rendendo del tutto superflui i precetti dettati nel citato articolo 30"*.

Anche l'Adunanza Plenaria (Cons. Stato n. 7/2014) ha ribadito l'inapplicabilità diretta delle disposizioni del codice dei contratti pubblici (art. 30, co. 1) alle concessioni di servizi, nonché l'obbligo di rispettare i principi desumibili dal Trattato FUE e i principi generali relativi ai contratti pubblici (trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, gara informale, predeterminazione dei criteri selettivi).

Come già affermato dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP, Parere n.118 del 22/06/2011), l'art. 75 può trovare applicazione nel solo caso in cui sia espressamente richiamato nella *lex specialis* e mai in forza del principio di eterointegrazione.

In conclusione, dall'istruttoria condotta sono emerse significative anomalie nella procedura di gara in epigrafe, come contestate con comunicazione di risultanze istruttorie prot. n. 92810 del 13.6.2016, che in questa sede si ritiene di dover integralmente confermare.

Tutto ciò considerato e ritenuto,

## DELIBERA

- in esito all'istruttoria espletata nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe emerge in atti l'illogicità e sproporzione dei requisiti di capacità tecnica previsti dalla *lex specialis* di gara, nei limiti di cui in motivazione, idonei a restringere irragionevolmente la platea dei potenziali concorrenti, con conseguente *vulnus* ai principi di libera concorrenza e di massima partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di commesse pubbliche, in violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006, *ratione temporis* applicabile al caso di specie;
- l'istruttoria ha inoltre rivelato il mancato espletamento degli accertamenti di rito sulle intestazioni fiduciarie dell'aggiudicatario ECOTARAS S.p.A., in violazione degli adempimenti postulati dall'art. 38, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 163/2006, *ratione temporis* applicabile al caso di specie;
- invita la Capitaneria di Porto di Taranto e la Direzione marittima di Bari ad informare l'Autorità degli eventuali provvedimenti conseguenti che intendono adottare in merito ai rilievi contenuti nella presente delibera, precisando che in caso di mancato riscontro entro il termine di 30 giorni dal ricevimento della delibera stessa sarà avviato il procedimento sanzionatorio ai sensi dell'art. 213 d.lgs. 18 aprile 2016 n.





- dispone la pubblicazione della presente delibera nel sito internet dell'Autorità ed ordina alla Capitaneria di Porto di Taranto e alla Direzione marittima di Bari di pubblicare la medesima delibera nei rispettivi siti web per la durata di almeno 12 mesi consecutivi;
- dispone l'invio della presente deliberazione alla Capitaneria di Porto di Taranto e alla Direzione Marittima di Bari, nonché all'Ufficio di Gabinetto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e alle Procure della Repubblica di Bari e di Taranto, per eventuali iniziative di competenza.

Il Presidente  
*Raffaele Santoro*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

*27 ottobre 2016*

Il Segretario

*Maria Esposito*

*Maria Esposito*



*Autorità Nazionale Anticorruzione*  
IL CONSIGLIO

Si dichiara che la presente copia, composta di  
n. *9* Fogli è conforme all'originale.

Roma li *27/10/2016*

IL SEGRETARIO

*Maria Esposito*

