

Parere n. 47 del 04/10/2007

PREC389/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Comunità Montana "Alta Tuscia Laziale" – servizio di raccolta differenziata porta a porta, fornitura automezzi ed installazione delle isole ecologiche.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

In data 19 luglio 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la Comunità Montana "Alta Tuscia Laziale" rappresenta di aver sospeso cautelativamente, in data 7 maggio 2007, l'aggiudicazione provvisoria del servizio in oggetto a favore del RTI Econet - Sieco - Eco Service, a seguito della notizia dell'emissione a carico del direttore tecnico, direttore e contitolare della società Econet S.r.l. di una ordinanza di custodia cautelare, da parte dell'Autorità Giudiziaria di Viterbo, per i reati di associazione per delinquere finalizzata al traffico illecito di rifiuti, corruzione, falso ed abuso d'ufficio. In data 22 giugno 2007, l'amministrazione montana rappresenta di aver comunicato l'avvio del procedimento, teso alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria, con la motivazione che il provvedimento di custodia cautelare, per quanto prodromico sulla valutazione della definitiva responsabilità penale del soggetto, aveva determinato il venir meno della componente fiduciaria del contratto di appalto.

L'amministrazione istante espone che, nel corso dell'istruttoria, sono intervenuti elementi nuovi dal momento che, con delibera del 6 agosto 2007, essa ha provveduto a risolvere un contratto di servizio di raccolta differenziata dei materiali riciclabili, stipulato in data 2 febbraio 2007, con l'impresa Econet S.r.l., poiché quest'ultima si era resa gravemente inadempiente nei confronti dei Comuni comunitari.

In conseguenza di detta risoluzione del contratto, l'amministrazione istante intende revocare l'aggiudicazione provvisoria del contratto di servizio, oggetto della presente istanza, ai sensi dell' art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. 163/2006.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, la società Econet S.r.l. contesta che elementi sopravvenuti possano essere introdotti posteriormente nell'ambito, sia del procedimento pendente dinanzi alla stazione appaltante, sia nel corso dell'istruttoria innanzi all'Autorità. Nel merito la società Econet S.r.l. replica che l'esito del procedimento di gara non possa essere sottoposto a riesame da parte del soggetto aggiudicatore sulla base di elementi diversi da quelli assurgenti a requisiti legali di ammissione. In particolare, a detta della società, i provvedimenti giudiziari avrebbero carattere prodromico ed affatto incidente sulla valutazione della definitiva responsabilità penale e non riconducibili nell'ambito dei fattori che darebbero luogo all'esclusione dalla gara. La società Econet S.r.l. rappresenta, inoltre, che l'elemento fiduciario soggiace ad una formale e tipizzata predeterminazione, assumendo rilievo i soli fattori previsti dalla norma. Infine la società ha fatto presente di aver presentato atto di citazione contro la Comunità Montana innanzi al Tribunale di Viterbo avverso la detta risoluzione del contratto.

In data 4 ottobre 2007 si è tenuta l'audizione alla quale hanno partecipato sia la società Econet S.r.l., sia la Comunità Montana Alta Tuscia, che hanno ribadito quanto già rappresentato in via documentale.

Ritenuto in diritto

L' art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. 163/2006 dispone che la stazione appaltante non può stipulare i contratti con soggetti che, secondo motivata valutazione, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, ovvero che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante.

Questa Autorità con determinazione del 15 luglio 2003, n. 13/2003, aveva già precisato, riprendendo la sua precedente determinazione 5 dicembre 2001 n. 16/23, come per la configurazione dell'ipotesi in esame, occorra una violazione del dovere di diligenza nell'adempimento, qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell'appaltatore in un precedente

contratto d'appalto con la medesima stazione appaltante.

La Stazione appaltante, pertanto, al fine di invocare l'applicazione dell' art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. 163/2006, è tenuta a valutare i motivi della risoluzione del precedente contratto, nonché la gravità dell'inadempienza compiuta dall'impresa, fermo restando che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la risoluzione per inadempimento degli obblighi contrattuali è circostanza, di per sé, idonea ad integrare la fattispecie di necessaria esclusione dalla gara di appalto (Cons. di Stato, sez. IV, 31 marzo 2005, n. 1435).

Nel caso di specie la Stazione appaltante rappresenta che i Comuni comunitari hanno segnalato più volte inefficienze del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti gestito dalla Econet S.r.l., la quale si era resa inadempiente reiteratamente e continuamente, con conseguente pregiudizio della collettività. Di conseguenza, la Stazione appaltante, anche in forza di una previsione del Capitolato tecnico ai sensi della quale il reiterarsi della violazione formalmente contestate in numero superiore a 3 determina la rescissione in danno del contraente, ha proceduto a risolvere il contratto.

In ordine all'eccepita impossibilità per la stazione appaltante di riesaminare le determinazioni già adottate, si rileva che in accordo ai principi generali dell'azione amministrativa, nonché secondo giurisprudenza unanime (si veda per tutte Cons. di Stato, sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3763), l'amministrazione può sempre procedere a riesaminare i propri atti sulla base della sopravvenienza di nuove circostanze che rendano non più rispondente al pubblico interesse la determinazione assunta, ove ciò sia reso opportuno da esigenze sopravvenute, ovvero da un diverso apprezzamento della situazione preesistente tanto più se, come nella specie, non è ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva, che concluda il procedimento.

Nel caso in esame, peraltro, la possibilità di operare da parte della Comunità montana una verifica successivamente al provvedimento di aggiudicazione provvisoria, è anche espressamente previsto dalla *lex specialis* di gara, che al paragrafo "Adempimenti conseguenti all'aggiudicazione", riserva alla stazione appaltante la facoltà di procedere alla verifica del possesso dei requisiti minimi di idoneità per l'ammissione alla gara ed alla veridicità di quanto dichiarato fino alla stipula del contratto.

In base a quanto sopra considerato, nei limiti di cui in motivazione

Il Consiglio

- ritiene che la stazione appaltante sia legittimata a revocare l'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell' art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. 163/2006.

Il Consigliere Relatore: Piero Calandra

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 ottobre 2007