

Parere n.19 del 23/02/2012

PREC 209/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Nardò - Procedura aperta per l'affidamento in concessione dell'esercizio del parcheggio con sosta a pagamento nel centro abitato e nelle frazioni del Comune di Nardò - Importo a base d'asta € 200.000,00 - S.A.: Comune di Nardò

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Il Comune di Nardò ha presentato in data 10.8.2011 l'istanza di parere in oggetto indicata, con cui ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla procedura aperta per l'affidamento in concessione dell'esercizio del parcheggio con sosta a pagamento nel centro abitato e nelle frazioni del valore complessivo di € 1.000.000,00 (importo a base d'asta € 200.000,00, durata della concessione cinque anni).

In particolare, il Comune di Nardò rappresenta che la VIGEURA srl ha chiesto l'esclusione dalla gara *de qua* ex art. 38, comma 1, lett. f) D.Lgs. 163/2006 dell'Agenzia Italiana per le Pubbliche Amministrazioni spa (di seguito AIPA spa), in quanto quest'ultima avrebbe eseguito con negligenza alcuni contratti pubblici di cui è risultata aggiudicataria. Secondo la stazione appaltante, sebbene dalla documentazione prodotta dalla VIGEURA srl si evincano situazioni di negligenza a carico dell'AIPA spa, queste ultime non rilevarebbero ai fini dell'esclusione dalla gara, in quanto si riferirebbero allo svolgimento di servizi diversi da quello oggetto dell'affidamento in esame.

Di contro, secondo la stazione appaltante sussisterebbero gli estremi per escludere dalla gara ex art. 38, comma 1, lett. f) D.Lgs. 163/2006 la VIGUERA srl, in quanto, da controlli effettuati, risulterebbe che quest'ultima ha subito una rescissione in danno per aver commesso gravi irregolarità nell'esecuzione di un contratto avente ad oggetto il medesimo servizio messo a gara dal Comune di Nardò.

La stazione appaltante, infine, chiede indicazioni in merito alla disciplina da applicare alle richieste di accesso agli atti presentate dai concorrenti e relative sia ai verbali di gara sia alla documentazione amministrativa degli operatori economici.

A seguito dell'istruttoria documentale avviata dall'Autorità, la società AIPA spa ha controdedotto che non le può essere imputato nessun grave errore professionale suscettibile di integrare la fattispecie descritta dall'art. 38, comma 1, lett.f) D.Lgs. 163/2006, in quanto i rapporti negoziali contestati sono quelli sorti con il Comune di Cava de' Tirreni e con il Comune di Tuscolano Maderno, sciolti consensualmente, senza, quindi, alcuna imputazione o accertamento di errori professionali o negligenze, e quello sorto con il Comune di Jesi, cessato alla sua naturale scadenza. Inoltre la controversia giudiziaria successivamente insorta con quest'ultima Amministrazione comunale trae origine da un inadempimento non ascrivibile direttamente all'AIPA spa, bensì alla Tributi Italia spa, mandante del raggruppamento temporaneo di imprese di cui l'AIPA era capogruppo.

La società, infine, rileva la maggiore gravità della situazione in cui sembrerebbe versare la VIGEURA srl, la quale sarebbe incorsa, nello specifico settore oggetto della gara *de qua*, in un'unilaterale risoluzione contrattuale in danno per gravi irregolarità costituenti errori professionali.

Anche la VIGEURA srl ha partecipato al contraddittorio documentale, rilevando che la rescissione contrattuale disposta dal Comune di Gioia del Colle nei propri confronti è in realtà frutto di contestazioni pretestuose, puntualmente censurate dinanzi al TAR competente.

Ritenuto in diritto

Le questioni controverse attengono alla corretta applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), D.Lgs. 163/2006 ed alla disciplina del diritto di accesso nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.

Sulla prima questione si osserva che il citato art. 38 dispone l'esclusione dalla gare dei soggetti che secondo motivata valutazione della stazione appaltante procedente hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di prestazioni contrattuali affidate dalla medesima stazione appaltante ovvero che hanno commesso un grave errore nell'esercizio della loro attività professionale accertato con qualsiasi mezzo dalla stazione appaltante.

Con riferimento a quest'ultima parte della disposizione in esame l'Autorità con determinazione n. 1 del 12.1.2010 ha chiarito quanto segue. " *L'errore grave riguarda, più in generale, la attività professionale dell'imprenditore e quindi la sua reale capacità tecnica e professionale. La rilevanza*

dell'errore grave non è circoscritta ai casi occorsi nell'ambito di rapporti contrattuali intercorsi con la stazione appaltante che bandisce la gara, ma attiene indistintamente a tutta la precedente attività professionale dell'impresa, in quanto elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale ed influente sull'idoneità dell'impresa a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico che la stazione appaltante persegue. Anche con riferimento all'errore grave, la stazione appaltante è tenuta ad esprimere una valutazione che deve essere supportata da congrua motivazione. L'accertamento dell'errore grave può avvenire con qualsiasi mezzo di prova e, quindi, può risultare sia da fatti certificati in sede amministrativa o giurisdizionale, che da fatti attestati da altre stazioni appaltanti o anche da fatti resi noti attraverso altre modalità".

Venendo al caso di specie, si osserva che l'interpretazione della stazione appaltante in merito alla citata disposizione non è corretta. L'Amministrazione comunale, infatti, esclude la rilevanza ex art. 38, comma 1, lett. f) D. Lgs. 163/2006 degli inadempimenti contrattuali della AIPA spa in base all'unica considerazione che gli stessi si riferiscono a rapporti contrattuali aventi ad oggetto lo svolgimento di servizi diversi rispetto a quello in esame, viceversa considera rilevante l'inadempimento della società VIGEURA srl per il solo fatto che quest'ultimo afferisce allo svolgimento del medesimo servizio oggetto della gara *de qua*. In realtà l'art. 38, comma 1, lett. f) non pone alcuna limitazione oggettiva alla sua applicazione. La norma, infatti, consente alla stazione appaltante di valutare i precedenti professionali delle imprese concorrenti ossia di tener conto di tutti i rapporti contrattuali intercorsi anche con amministrazioni diverse, al fine di stabilire il grado di capacità tecnico professionale nell'esecuzione di precedenti affidamenti, indipendentemente dall'oggetto di questi ultimi. In altri termini, il legislatore ha riservato alla stazione appaltante la potestà di valutare la gravità degli inadempimenti commessi dai concorrenti nello svolgimento di precedenti rapporti contrattuali, per stabilire *ex ante* se il comportamento tenuto da questi ultimi sia tale da far venir meno il requisito di affidabilità della ditta ad assumere le obbligazioni conseguenti all'eventuale aggiudicazione della gara.

Ne consegue che il Comune di Nardò deve compiere un'autonoma valutazione circa la gravità degli eventuali errori posti in essere dalle società AIPA spa e VIGEURA srl nell'esercizio della loro attività professionale, al fine di verificare se nel caso concreto sussistono i presupposti sopra illustrati, per poter procedere all'esclusione ex art. 38, comma 1, lett. f) D.Lgs. 163/2006, fornendo al riguardo adeguata motivazione.

In considerazione di ciò, si ritiene opportuno che il Comune di Nardò completi l'attività istruttoria acquisendo tutta la documentazione utile afferente ai pregressi rapporti contrattuali della Viguera srl e dell'AIPA spa, al fine di accertare se effettivamente vi siano stati inadempimenti contrattuali a carico delle società e se questi ultimi possano costituire un grave errore professionale ex art. 38, comma 1, lett. f) D.Lgs. 163/2006.

In particolare, con riferimento all'AIPA spa, non risulta escluso il fatto storico dell'inadempimento contrattuale a carico della società, sebbene quest'ultima riferisca di non aver mai subito una risoluzione in danno dai Comuni di Cava de' Tirreni, di Toscolano Maderno e di Jesi. Difatti, dalla lettura degli accordi transattivi presentati dall'AIPA spa risulta che:

- il Comune di Toscolano Maderno con deliberazione n. 72 del 14 marzo 2011 ha risolto il contratto di concessione del servizio di riscossione dei diritti e l'effettuazione delle pubbliche affissioni stipulato con l'AIPA per gravi inadempienze e solo con successiva deliberazione n.101 del 18 aprile 2011, ha approvato l'accordo transattivo, con cui si è impegnato a revocare l'atto n.72/2011, nella parte in cui contesta all'AIPA spa " *pregressi inadempimenti contrattuali e nella parte in cui motiva la risoluzione in ragione di constatate e ripetute inadempienze* " della società;
- il Comune di Cava de' Tirreni, prima ha contestato alla società alcuni inadempimenti/irregolarità, poi ha disposto la risoluzione del contratto con deliberazione n.25 del 27.1.2011, e successivamente ha deliberato di approvare l'accordo transattivo per la definizione consensuale dei rapporti con la società, demandando al dirigente competente " *gli adempimenti consequenziali alla presente deliberazione, ovvero di provvedere alla luce di una sopravvenuta e rinnovata valutazione degli interessi pubblici alla revoca della propria precedente determinazione n.25/2011, anche nelle forme dell'accordo sostitutivo*".

Non è stata però prodotta alcuna documentazione che comprovi l'effettiva adozione dei predetti atti di revoca e soprattutto che illustri il contenuto degli stessi, conseguentemente, non è possibile escludere il fatto di eventuali irregolarità/inadempimenti nello svolgimento delle precedenti prestazioni contrattuali svolte dall'AIPA.

Sotto altro profilo, in relazione ai contenziosi in essere, da un lato, tra l'AIPA spa ed il Comune di Jesi e, dall'altro, tra la Viguera srl ed il Comune di Gioia del Colle, si osserva che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che deve essere escluso dalla gara il concorrente che ha affermato di non trovarsi in alcuna delle situazioni previste dall'art. 38 D.Lgs. 163/2006, sebbene abbia subito una risoluzione contrattuale per inadempimento, motivando che " *di nessuna rilevanza è l'assunto dell'appellante che la precedente esclusione non era stata contestata ed il relativo giudizio ancora pendente, in quanto la vicenda contenziosa non esclude il fatto dell'inadempimento, che andava*

dichiarato, in quanto la valutazione della sua rilevanza non può essere certo rimesso al giudizio dell'appellante quando partecipa ad una nuova gara, bensì alla stazione che deve valutare l'affidabilità del concorrente cui affidare l'appalto " (Cons. Stato, Sez. V, 15.3.2010 n.1550; Tar Veneto, Sez. I, 22.7.2009 n.2210).

Sulla seconda questione relativa all'accesso agli atti dei verbali di gara e della documentazione amministrativa, considerato che la richiesta della stazione appaltante non presenta profili particolarmente complessi, si ribadisce che quest'ultimo debba avvenire nel rispetto dei limiti e secondo le modalità di cui all'art. 13 D. Lgs. 163/2006 e si richiamano le precedenti pronunce dell'Autorità sul punto (cfr. AVCP pareri n. 198 del 3.11.2010; n.174 del 5.6.200; n.96 del 20.3.2008).

Stante quanto sopra

Il Consiglio

ritiene nei limiti di cui in motivazione:

- che l'art. 38, comma 1, lett. f) consente al Comune di Nardò di valutare tutti i precedenti professionali delle imprese concorrenti, al fine di considerare il grado di capacità tecnico professionale delle stesse, sebbene relativi allo svolgimento di servizi diversi rispetto a quello messo a gara;
- che il Comune di Nardò possa consentire l'accesso ai verbali di gara ed alla documentazione amministrativa delle concorrenti nel rispetto dei limiti e secondo le modalità fissati dall'art. 13 D.Lgs. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito