

## **Parere n. 06 del 16 gennaio 2014**

### **PREC 214/13/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 (... omissis ...) - “ *Servizio di trasporto scolastico, assistenza alunni e sponsorizzazione del trasporto anziani per il periodo (... omissis ...)* ” - importo a base d’asta euro (... omissis ...) - S.A.: Comune di (... omissis ...) .

**art. 38 (primo comma, lett. f) del Codice - esclusione per pregresso inadempimento in altro appalto - presupposti.**

**art. 46 (comma 1-bis) del Codice - incompletezza delle dichiarazioni allegate alle offerte - integrazione.**

**art. 38 (primo comma, lett. m-quater) del Codice - collegamento tra imprese concorrenti - modalità di accertamento.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data (... omissis ...) è pervenuta l’istanza in epigrafe, con la quale il Comune di (... omissis ...) chiede il parere dell’Autorità in merito alla posizione delle concorrenti (... omissis ...), nell’ambito della procedura aperta indetta per l’affidamento annuale del servizio di trasporto scolastico e della sponsorizzazione del servizio di trasporto degli anziani, da aggiudicarsi al massimo ribasso sul corrispettivo a base di gara di euro (... omissis ...) .

Durante le sedute pubbliche dei giorni (... omissis ...) , i rappresentanti delle imprese concorrenti hanno sollevato reciproche contestazioni circa l’ammissione alla gara, per motivi che possono così riassumersi:

**1)** la ditta (... omissis ...) avrebbe presentato una dichiarazione mendace, ai sensi dell’art. 38 (primo comma, lett. f) del Codice dei contratti pubblici, in relazione alle pregresse inadempienze verificatesi nei confronti dei Comuni di (... omissis ...);

**2)** la ditta (... omissis ...) avrebbe presentato una dichiarazione incompleta, ai sensi dell’art. (... omissis ...) e dell’allegato (... omissis ...) del disciplinare di gara, in ordine alla composizione societaria ed al possesso degli automezzi per lo svolgimento del servizio;

**3)** la ditta (... omissis ...) . avrebbe indicato quale direttore tecnico del servizio un soggetto (il sig. (... omissis ...), associato in partecipazione) non rispondente a quanto prescritto dall’art. (... omissis ...) del disciplinare di gara;

**4)** tra le ditte (... omissis ...) sussisterebbe un rapporto di collegamento, ai sensi dell’art. 38 (primo comma, lett. m-quater) del Codice dei contratti pubblici, in quanto il sig. (... omissis ...) sarebbe al contempo socio di maggioranza della prima e direttore tecnico dimissionario della seconda.

La comunicazione di avvio del procedimento di precontenzioso è stata trasmessa alla stazione appaltante ed alle società concorrenti con nota dell’Autorità del (... omissis ...) .

### **Ritenuto in diritto**

I quesiti all’esame dell’Autorità riguardano l’ammissione delle ditte (... omissis ...) alla gara indetta dal Comune di (... omissis ...) per l’affidamento annuale del servizio di trasporto scolastico e della sponsorizzazione del servizio di trasporto degli anziani.

**1)** In primo luogo, la stazione appaltante dubita della regolarità della dichiarazione resa dalla (... omissis ...) ai sensi dell’art. 38 (primo comma, lett. f) del Codice, in relazione al contenzioso verificatosi con i Comuni di (... omissis ...) in precedenti appalti del servizio di trasporto scolastico. Dagli atti di gara e dalla memoria esplicativa della stessa stazione appaltante si desume che, in realtà, la (... omissis ...) ha spontaneamente allegato alla propria offerta una succinta dichiarazione integrativa, riferita alla risoluzione contrattuale per grave inadempimento disposta dal Comune di (... omissis ...). L’impugnativa del provvedimento di risoluzione è stata respinta dal TAR (... omissis ...) , sez. (... omissis ...) (sentenza n. (... omissis ...)).

Dunque, nessuna reticenza può imputarsi alla concorrente nella procedura di gara qui in esame.

Quanto alla vicenda riguardante il Comune di (... omissis ...), anch’essa risalente al (... omissis ...), non si tratta invero di risoluzione per grave inadempimento, bensì di accoglimento da parte del TAR (... omissis ...) , sez. (... omissis ...) (sentenza n. (... omissis ...)) del ricorso incidentale proposto da altra impresa ed incentrato sulla circostanza che la (... omissis ...) non avesse dichiarato, nell’ambito della gara per l’appalto del trasporto scolastico nel Comune di (... omissis ...), l’esistenza della pregressa risoluzione contrattuale disposta in suo danno dal Comune di (... omissis ...).

Anche per tale profilo, in difetto di iscrizione nel casellario informatico dell’Autorità ai sensi dell’art. 38 (primo comma, lett. h) del Codice, non vi è luogo per provvedere all’esclusione.

Resta fermo che, nella gara in esame, il Comune di (... omissis ...) dovrà discrezionalmente valutare la gravità e la rilevanza delle inadempienze contrattuali addebitate alla (... omissis ...) dal Comune

di (... omissis ...).

A tal fine, giova ricordare che la causa di esclusione prevista dall'art. 38 (primo comma, lett. f), del Codice è pacificamente applicabile anche agli appalti sottosoglia, per effetto del generico rinvio contenuto nell'art. 121 dello stesso Codice, e colpisce le concorrenti che, secondo motivata valutazione, abbiano commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara o che abbiano commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante. In termini analoghi, l'art. 45 (secondo comma, lett. d) della direttiva 2004/18/CE prevede la possibilità di escludere l'operatore economico che nell'esercizio della propria attività professionale abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione.

Il legislatore comunitario e quello nazionale, confermando la previsione già contenuta nel d.P.R. n. 554 del 1999 e riferita ai soli lavori pubblici, hanno così rimesso alle stazioni appaltanti il potere di accertare discrezionalmente la sussistenza e la gravità dell'inadempienza imputabile all'impresa concorrente. La gravità della situazione ostativa deve essere valutata dall'amministrazione precedente, che ha l'onere di motivare in ordine all'esistenza ed all'importanza della condotta pregressa, suscettibile di dar luogo all'esclusione (cfr. A.V.C.P., parere 25 febbraio 2010 n. 42; Id., parere 23 aprile 2008 n. 122). La gravità della negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali va, in concreto, commisurata al pregiudizio arrecato all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre *ex ante* nell'impresa con cui decide di intraprendere un nuovo rapporto contrattuale: l'esclusione dalla gara non ha quindi carattere sanzionatorio, ma è viceversa prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico, e la presupposta valutazione assume un aspetto più soggettivo, sull'affidabilità del potenziale contraente, che oggettivo, sul pregiudizio al concreto interesse all'esecuzione della specifica prestazione inadempita (in questi termini, tra molte: Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2011 n. 409).

L'art. 38 del Codice esclude ogni automatismo e postula l'apprezzamento discrezionale della gravità degli episodi di negligenza addebitati all'impresa concorrente: tale accertamento resta riservato alla competenza della stazione appaltante, che non può essere surrogata con valutazioni di merito del giudice amministrativo ovvero dell'Autorità di Vigilanza (cfr. A.V.C.P., parere 19 luglio 2012 n. 124; in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 gennaio 2012 n. 349; TAR Puglia, Bari, sez. I, 27 luglio 2011 n. 1163).

Pertanto, il Comune di (... omissis ...) dovrà valutare la rilevanza del contenzioso insorto tra il Comune di (... omissis ...) e la (... omissis ...), dandone adeguata motivazione e prendendo in considerazione, a tale scopo, tutti i fatti e gli elementi giunti a sua conoscenza, ivi compresa la documentata apertura presso il Tribunale di (... omissis ...) di un procedimento penale a carico di alcuni amministratori del Comune di (... omissis ...), per condotte attinenti al medesimo contratto d'appalto.

2) Con riferimento alle contestazioni mosse avverso l'ammissione della ditta (... omissis ...), alla quale il Comune di (... omissis ...) ha consentito di integrare la dichiarazione (incompleta) sulla composizione societaria e sul possesso di automezzi idonei per lo svolgimento del servizio, si rileva quanto segue.

L'art. (... omissis ...) del disciplinare di gara con riferimento ai requisiti di partecipazione richiedeva "la disponibilità (in proprietà, leasing o altro titolo) alla data del bando di gara di n. (... omissis ...) scuolabus, ovvero di impegnarsi ad avere in disponibilità (in proprietà, leasing o altro titolo) alla data di inizio del servizio di trasporto scolastico n. (... omissis ...) scuolabus". Si tratta quindi della dichiarazione circa il possesso dei necessari requisiti di ordine speciale che l'impresa avrebbe dovuto rendere e che non avrebbe potuto essere integrata ai sensi dell'art. 46, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006. Secondo tale disposizione, infatti, le stazioni appaltanti invitano i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni che siano stati presentati. Nel caso di specie, la dichiarazione circa il possesso dei suddetti requisiti è stata completamente omessa e in ragione di tale omissione la stazione appaltante avrebbe dovuto disporre l'esclusione della ditta (... omissis ...).

Con riferimento, invece, all'art. (... omissis ...) del disciplinare di gara che richiedeva a pena di esclusione l'obbligo di dichiarare in sede di offerta il numero e l'identità dei soci, si rileva che tale disposizione è da intendersi nulla ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis del codice. Tale norma, infatti, nel definire le ipotesi tassative in cui l'amministrazione esclude i candidati o i concorrenti, sancisce la nullità di tutte le ulteriori prescrizioni contenute a pena di esclusione nella *lex specialis* di gara. L'obbligo di dichiarare in sede di offerta il numero e l'identità dei soci non è imposto da nessuna disposizione del codice o del regolamento tant'è che si tratta di dati che la stazione appaltante può agevolmente verificare d'ufficio con una visura camerale (in questo senso, su questione analoga: A.V.C.P., parere 27 giugno 2012 n. 101).

**3)** Priva di pregio è la censura dedotta in riferimento alla mancata esclusione della ditta (... omissis ...), che ha indicato nominativamente il sig. (... omissis ...) quale direttore tecnico del servizio di trasporto, nel rispetto di quanto richiesto dal secondo capoverso dell'art. (... omissis ...) del disciplinare di gara (secondo cui le imprese concorrenti dovevano dimostrare il "possesso del requisito di idoneità a dirigere l'attività di trasporto ai sensi del D.Lgs. 395/2000 e del D.M. 28 aprile 2005 n. 161 o dell'equivalente legislazione dello stato di appartenenza UE diverso dall'Italia in cui ha sede legale l'impresa", con la specificazione che l'attestato deve essere posseduto "... in tutti gli altri

casi di impresa diversa da quella individuale, dalla persona o dalle persone che dirigono l'attività di trasporto in maniera permanente o effettiva").

Nella specie, infatti, la (... omissis ...) ha prodotto il contratto di associazione in partecipazione stipulato in data (... omissis ...) con il sig. (... omissis ...), incaricato di svolgere il ruolo di direttore tecnico per la sede aziendale di (... omissis ...) .

**4)** Infine, la stazione appaltante chiede il parere dell'Autorità in merito alla eventualità che tra le concorrenti (... omissis ...) sussista un rapporto di controllo o collegamento tale da determinare l'esclusione di entrambe, ai sensi dell'art. 38 (primo comma, lett. m-quater) del Codice, per il fatto che il sig. (... omissis ...) è al contempo socio di maggioranza della (... omissis ...) ed ex direttore tecnico della (... omissis ...) .

In proposito, deve ribadirsi il principio secondo il quale può pervenirsi all'esclusione ai sensi del primo comma - lett. m-quater dell'art. 38 soltanto laddove la stazione appaltante verifichi, in concreto, la sussistenza di una relazione di controllo e la creazione di un unico centro decisionale per la formulazione delle offerte economiche nella specifica gara.

La norma, come è noto, è stata modificata con il decreto legge n. 135 del 2009, recependo l'interpretazione del giudice comunitario (cfr. Corte Giust. CE 19 maggio 2009, C-538/07, Assitur) che ha ritenuto non conforme alle direttive sugli appalti una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, stabilisca il divieto assoluto di partecipazione alla medesima gara per le imprese in rapporto di controllo o collegamento, senza che sia loro consentito di dimostrare che il rapporto non ha influito sul concreto comportamento in sede di gara.

La stazione appaltante può escludere i concorrenti soltanto ove accerti, dopo l'apertura dell'offerta economica e previo contraddittorio con gli interessati, l'imputabilità di più offerte allo stesso centro decisionale, sulla base di univoci elementi indiziari (si veda, in argomento: A.V.C.P., parere 5 novembre 2009 AG-31/09; Id., determinazione 12 gennaio 2010 n. 1, alle cui puntuali indicazioni può rinviarsi).

Ne discende che, allo stato degli atti e della procedura, non possono ravvisarsi i presupposti per disporre l'esclusione delle due concorrenti, fermo restando il potere della stazione appaltante di accertare l'imputabilità delle offerte ad un unico centro di interessi, anche sulla base dell'indizio costituito dalla circostanza che l'attuale socio di maggioranza della (... omissis ...) ha ricoperto, fino al (... omissis ...) , il ruolo di direttore tecnico della (... omissis ...).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che la ditta (... omissis ...) non ha presentato una dichiarazione mendace in relazione al pregresso contenzioso con i Comuni di (... omissis ...), ai sensi dell'art. 38 (primo comma, lett. f) del Codice;
- che la ditta (... omissis ...) deve essere esclusa per non aver reso la dichiarazione circa il possesso degli automezzi necessari per lo svolgimento del servizio;
- che la ditta (... omissis ...) ha validamente indicato il direttore tecnico del servizio, ai sensi dell'art. (... omissis ...) del disciplinare di gara;
- che, allo stato degli atti, non ricorrono i presupposti per l'esclusione delle ditte (... omissis ...), ai sensi dell'art. 38 (primo comma, lett. m-quater), del Codice, in assenza di concreti elementi di prova circa l'imputabilità delle offerte economiche ad un unico centro decisionale.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 febbraio 2014

Il Segretario Maria Esposito