

## VERBALE N 2 DEL 21/12/2017

### Seduta riservata



**OGGETTO: PROCEDURA APERTA PER L’AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DEL SERVIZIO DI GESTIONE DEI PARCHEGGI A PAGAMENTO – COMUNE DI MARIGLIANO (NA) CIG 72434392F5 AI SENSI DELL’ART. 60 D.L.GS 50/2016**

Vista la determina dirigenziale n° 98 del 05/10/2017, N. Reg. Generale 1030 del 16.10.2017 con la quale è stato indetta la gara ed approvato il Capitolato Speciale di Appalto del PROCEDURA APERTA PER L’AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DEL SERVIZIO DI GESTIONE DEI PARCHEGGI A PAGAMENTO – COMUNE DI MARIGLIANO (NA) CIG 72434392F5 AI SENSI DELL’ART. 60 D.L.GS 50/2016

**Considerato** che con la stessa veniva indetta gara con procedura aperta ai sensi dell’art.60 d.lgs n°50/2016 stabilendosi l’aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 95, comma 3, del D.lgs. 50/2016, con interessamento della Centrale di Committenza fra i Comuni del Comprensorio Nolano

**Considerato** che

- In data 09/11/2017 è stata pubblicata sul G.U.C.E. nr.2017/S 215-447935
  - In data 10/11/2017 è stata pubblicata sul G.U.R.I. nr. 130 5° Serie Speciale, sul Portale della Centrale Unica di Committenza, sull’Albo Pretorio della Stazione Appaltante e sul Servizio Contratti Pubblici del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;
  - In data 21/11/2017 è stato pubblicato sui quotidiani Nazionali e Locali Corriere del Mezzogiorno Ed. Campania; Il Roma, Italia Oggi e Milano Finanza
- In data 13.12.2017 ore 15:30 veniva fissata la seduta pubblica per l’espletamento della fase amministrativa e, alle ore 17:20, dichiara la seduta sciolta riservandosi ogni comunicazione consequenziale in ordine a tutte le criticità emerse in data odierna

Vista la disposizione di nomina del seggio di gara del 13/12/2017 a firma dell’amministratore unico dell’Agenzia dell’Area nolana S.c.p.A. sono presenti:

- a. Dott. Vincenzo Scotti, Collaboratore dell’Agenzia Area Nolana, quale Presidente
- b. 2) Dott. Angelo Gambardella, Collaboratore dell’Agenzia Area Nolana, quale Componente;
- c. 3) Sig.ra Giuliana Ercolini, Collaboratore dell’Agenzia Area Nolana, quale Componente

Tutto ciò premesso,

L’anno 2017, il giorno 21 del mese di dicembre, si riunisce in seduta riservata il Seggio come sopra costituito per la gestione della fase amministrativa della gara che la CUC dell’Arena Nolana ha indetto nell’interesse del Comune di Marigliano per l’affidamento della gestione, in regime di concessione, dei parcheggi comunali - cod. CIG 72434392F5.

La criticità che il Seggio è chiamato a dirimere riguarda, in particolare, la dichiarazione della TMP, ausiliaria della EMMESSE S.R.L., la quale, servendosi dei modelli predisposti dalla Centrale di committenza, ha dichiarato, con riferimento al possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI, la sussistenza di una pregressa risoluzione contrattuale risalente al novembre 2014, senza dire altro.

A fronte delle osservazioni espresse dalla Publiparking S.r.l., a mezzo del proprio delegato in seduta pubblica di gara, la CUC ha richiesto chiarimenti alla EMMESSE S.R.L. e, per essa, alla T.M.P. S.R.L.

Ausiliata e ausiliaria hanno fatto pervenire una serie di elementi che a proprio avviso comproverebbero:

1. la irrilevanza della risoluzione comminata dal Comune di Massa Lubrense, poichè risalente al 2013 e comunque contestata in giudizio innanzi al Tribunale delle Imprese (dunque, a proprio avviso, precedenti il triennio di riferimento indicato al par. V delle Linee Guida ANAC n. 6);
2. la irrilevanza dei "fatti" di Treviso, posto che non sarebbe mai stata disposta una risoluzione contrattuale dal Comune;
3. la irrilevanza perfino della risoluzione comminata dal Comune di San Giorgio a Cremano, risalente al 3.11.2014, e dunque, al pari di quella disposta dal Comune di Massa Lubrense, inidonea a generare un provvedimento di esclusione.

Aggiungono, ancora, con una nota autentica della T.M.P. S.r.l., che l'ultima risoluzione sarebbe stata comunicata solo per ragioni prudenziali, dal momento che il Bando della CUC Nolana è stato pubblicato il 10.11.2017 (tre anni dopo il fatto di rilievo).

Allegano infine una serie di documenti, tra i quali un DGUE in "versione rettificata" a firma del l.r.p.t. della TMP, unitamente alla nuova certificazione di qualità rilasciata nonchè, ancora, ad una serie di certificati di regolare esecuzione, da cui discenderebbero l'adozione delle misure di cd. self cleaning, tali da restituire integrità e affidabilità all'operatore economico.

A fronte dei rilievi, attivato il contraddittorio nei sensi previsti dall'Ordinamento giuridico vigente e, oltretutto, scolpiti in modo chiaro dalle citate Linee Guida ANAC, il Seggio reputa necessario determinarsi nei sensi che seguono.

Innanzitutto, sotto il profilo formale, l'insieme delle criticità segnalate avrebbe dovuto essere, a prescindere, dichiarata in sede di predisposizione degli atti di gara.

La nota di accompagnamento redatta dalla TMP S.r.l. è strutturata su di una sorta di equiparazione tra i motivi escludenti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 ed il corpo dichiarativo "imposto" dalla nuova disciplina in ordine ai cd. "motivi di esclusione".

Alla CUC non sfugge che, rispetto al Codice previgente, quanto ai requisiti generali, si è realizzata una "tipizzazione", rifluita nell'elenco tassativo di cui al comma 1 dell'art. 80, delle cause di esclusione, ricollegabili alle fattispecie di reato che impongono l'esclusione.

Diversamente, però, in materia di situazioni idonee a minare l'affidabilità e serietà "curriculare" dell'operatore economico, l'art. 80, comma 5, lett. c) non rappresenta alcuna "tipizzazione", rimandando non a caso ad una disciplina cd. di soft law (ovverosia le Linee Guida dell'ANAC n. 6).

In altri termini, non si ritiene corretto che sia l'operatore economico a dover eseguire uno "screening" delle fattispecie escludenti, men che mai dipendente dalla data in cui le circostanze astrattamente rilevanti si sarebbero realizzate.

La TMP S.r.l., dunque, avrebbe dovuto dichiarare tutte le circostanze (siccome meglio qualificate nelle Linee Guida ANAC n. 6), lasciando che fosse la CUC, anche in virtù dell'adozione delle misure di self-cleaning - anch'esse da indicare in sede di offerta - a reputare se fossero o meno rilevanti ai fini di un'eventuale esclusione (aderendo, in questo senso, alla tesi meno rigorosa che ha suscitato, Cfr. Ordinanza di rimessione alla CGUE proposta dal TAR Campania, sez. IV, n. 5893 del 13.12.2017).

In tal senso, oltretutto, depone il chiaro disposto dell'art. 4.2 delle Linee Guida secondo cui "La sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico. È infatti rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione".

Ciò che tuttavia maggiormente incide sulla determinazione della CUC riguarda la vicenda di Treviso. Nei propri chiarimenti, la TMP S.r.l. sostiene che non vi sarebbe mai stata una risoluzione contrattuale.

Ed è vero.

Ciò che tuttavia non dice è che in quel caso, come risulta dalla sentenza 26.1.2017 n. 78 del TAR Veneto, sez. I, acquisita in formato integrale dal Seggio prima di assumere ogni decisione, essa ha patito un atto altrettanto grave, vale a dire la dichiarazione di inefficacia dell'aggiudica provvisoria di cui era rimasta beneficiaria e la susseguente esclusione, per non aver dimostrato un requisito di qualificazione richiesto dal Bando pubblicato dal Comune di Treviso, che all'art. 14, punto D), prescriveva di l'aver effettuato un servizio di gestione della sosta a pagamento, nel corso del triennio 2013-2015, con la condizione che il numero dei posti auto a pagamento gestiti, riferito complessivamente al triennio sopra indicato, non fosse stato inferiore a n° 8.000; e al punto D-bis), richiedeva di aver gestito un sistema tecnologico per il controllo della sosta con parcheggio a pagamento, per almeno sei mesi continuativi nel triennio 2013-2015, avente caratteristiche simili a quelle del sistema in uso presso il Comune di Treviso.

Dal corpo della sentenza - passata in cosa giudicata perchè non è stato proposto appello nel termine, dimidiato, previsto dall'ordinamento - emerge un quadro di grave inadempimento ai principi di lealtà e correttezza dei confronti della S.A., anche ascritto alla TMP S.r.l., la quale, più volte invitata, non avrebbe fornito chiarimenti nè avrebbe partecipato al sopralluogo gestito in situ (vale a dire presso il Comune di Portici) dai Funzionari del Comune di Treviso pur di dimostrare che effettivamente, secondo quanto dichiarato in sede di offerta, il parcheggio asseritamente gestito dalla TMP S.r.l. era in possesso delle due caratteristiche tecniche previste *dalla lex specialis*.

Dunque, posto che l'art. 2.1.2.4 delle Linee Guida ANAC n. 6 stabilisce che "assumono rilevanza, altresì, tutti i comportamenti contrari ai doveri di leale collaborazione che abbiano comportato la mancata sottoscrizione del contratto per fatto doloso o gravemente colposo dell'affidatario e la conseguente escussione della garanzia prevista dall'art. 93 del Codice", appare evidente che tanto in sede di gara, quanto in sede di chiarimenti, la TMP S.r.l. avrebbero dovuto rendere edotta la CUC di tali aspetti, giudicati oltretutto rilevanti sotto il profilo sostanziale e temporale (essendo risalenti ad una gara d'appalto del 2016) per procedere alla sostituzione dell'ausiliaria, nei sensi previsti dall'art. 89, comma 3, del Codice.

La disposizione in commento, infatti, innovando il sistema previgente e recependo l'art. 63 della Direttiva UE 23/2014, prevede che "La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione".

4

**Di talché, all'impresa ausiliata è concesso un termine non superiore a dieci giorni dalla pertinente comunicazione per procedere:**

- 1. alla sostituzione dell'ausiliaria;**
- 2. alla comunicazione di tutti i documenti previsti dalla lex specialis e dall'Ordinamento vigente, ivi compreso il contratto di avvalimento ed ogni dichiarazione necessaria (tra cui il nuovo PassOE), tra le quali rilevano anche il DGUE di concorrente e ausiliaria, ai fini della partecipazione.**

Si rappresenta, altresì, che nel caso di vano decorso del termine - espressamente considerato perentorio - la CUC procederà all'esclusione del concorrente.

Il presente verbale sarà comunicato, ai sensi dell'art. 76 del D.Lgs. n. 60/2016, ai diretti interessati.

Alle ore 13:00, la seduta è tolta.

Camposano (NA), 21.12.2017.

Dott. Vincenzo Scotti

Dott. Angelo Gambardella

Sig.ra Giuliana Ercolini

