VERBALE N 6 DEL 17/01/2018

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

In data 17.1.2018, alle ore 16.00, si riunisce presso la sede della CUC dell'Area Nolana il Seggio di gara istituito per la gestione della fase amministrativa della procedura di gara indetta per conto del Comune di Marigliano - codice CIG 72434392F5, al fine di assumere le decisioni in ordine all'esclusione della Publiparking S.r.l.

All'esito della seduta di gara del 10.1.2018, convocata in seguito alla nota prot. n. 25/2018 della Publiparking S.r.l., acquisita al protocollo AAN al n. 124 del 10.1.2018, il Seggio si era espresso in termini favorevoli rispetto alle giustificazioni promosse nei riguardi del provvedimento di risoluzione adottato dal Comune di Pompei in ordine al contratto di appalto rep. n. 595 del 3.6.2014.
Nello specifico, appariva e appare tuttora convincente e meritevole di accoglimento la tesi esposta, suffragata da idoneo supporto probatorio, secondo cui la sopraggiunta transazione (prot. Comune di Pompei n. 2890/U del 18.1.2017) stipulata ai sensi dell'art. 239 del D.Lgs. n. 163/2006 ha determinato l'inesistenza giuridica del pregresso provvedimento, con conseguente assenza di oneri dichiarativi.

Nei riguardi del provvedimento sanzionatorio dell'ANAC (delibera n. 1326 del 14.12.2016), che - a detta dell'o.e. - non rientrerebbe tra i casi tipizzati dal combinato disposto dell'art. 80 comma 5 lettere c) ed f-ter), risultando emessa una sanzione pecuniaria per "mera negligenza/incompletezza" nell'ambito di un avvalimento infragruppo, il Seggio ritiene di non poter soprassedere, risolvendosi per l'esclusione.

A prescindere dalla circostanza che la predetta delibera n. 1326/2016 non compare nel Casellario Informatico verificabile tramite l'AvcPass (motivo per il quale è stata attivata una richiesta di chiarimenti tramite il contact center dell'ANAC la quale ha chiarito che la sanzione "in sè" non costituisce causa di esclusione, con nota prot. n. 4891 del 11.2018), appare evidente come non possa essere sminuito, ai sensi dell'art. 80 comma 5, lettera c) del D.Lgs. n. 50/2016, il "fatto storico" che ha determinato la segnalazione all'ANAC di cui l'operatore economico non ha dato conto in sede di compilazione del DGUE.

Nello specifico, la segnalazione della Publiparking S.r.l. era stata promossa dal Comune di San Giorgio a Cremano nell'ambito della procedura selettiva funzionale all'affidamento, per mesi 5, della gestione del servizio aree di sosta e dei parcheggi pubblici a pagamento di proprietà comunale,

CIG.Z1B170FAC6, posto che il concorrente avrebbe reso dichiarazioni "non veritiere" in ordine al possesso di due requisiti di gara: 1. ultimi tre bilanci in attivo e 2. iscrizione da almeno tre anni nella CCIAA.

Ebbene, nel corso del procedimento ANAC è emerso che l'iscrizione camerale da almeno tre anni prima della gara era un requisito posseduto dalla concorrente, trattandosi di circostanza acclarata anche dal TAR Campania nella sentenza n. 3566 del 18.7.2016.

Nei riguardi del primo requisito, di contro, le evidenze documentali avevano dimostrato che nel 2014 la Publiparking S.r.l. avesse chiuso in perdita.

Nè, sempre a leggere il Provvedimento dell'Autorità, aveva persuaso la difesa dell'operatore economico secondo cui per soddisfare quel requisito la Publiparking S.r.l. avrebbe voluto agevolmente concorrere mediante un contratto di avvalimento con la sua Publiservizi S.r.l., socio unico della Publiparking S.r.l., mancando "per errore materiale" di allegare nel Plico, la documentazione amministrativa richiesta *ex lege*.

Dunque, stante il tenore letterale del Provvedimento dell'ANAC, appariva provata la dichiarazione non veritiera e "configurato l'elemento psicologico della colpa grave" posto che "il comportamento dell'O.e. appare contraddistinto da una evidente trascuratezza dei doveri di legge, resa palese da un comportamento improntato a negligenza, intesa quest'ultima come estrema superficialità in merito alla infedele dichiarazione sottoscritta".

Trattasi, ad Avviso del Seggio, della stessa fattispecie "ostativa" cui mira il tessuto normativo vigente, nella misura in cui all'art. 80 comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 indica come "motivo di esclusione" l'aver fornito "anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione".

Nello stesso senso depone il tenore letterale delle Linee Guida ANAC n. 6, secondo cui (cfr. par. 2.1.2.1) "al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti idonei ad alterare illecitamente la par condicio tra i concorrenti oppure in qualsiasi modo finalizzati al soddisfacimento illecito di interessi personali in danno dell'amministrazione aggiudicatrice o di altri partecipanti, posti in essere, volontariamente e consapevolmente dal concorrente", specificando (cfr. par. 2.1.2.2) che "rilevano, a titolo esemplificativo: 1. quanto all'ipotesi legale del «tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante», gli atti idonei diretti in modo non equivoco a influenzare le decisioni della stazione appaltante in ordine: 6 1.1 alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione; (...)".

Il Seggio non ignora che, in materia, è vivo il dibattito giurisprudenziale, approdato da ultimo - con Ordinanza n. 5893 del 13.12.2017 del TAR Campania, sez. IV - alla rimessione alla Corte di Giustizia Europea per chiarire "se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, nonché la disposizione di cui all'art. 57 comma 4 lettere c) e g) di detta Direttiva, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dall'art. 80 comma 5 lettera c) del D. Lgvo n. 50/2016, secondo la quale la contestazione in giudizio di significative carenze evidenziate nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, preclude ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'affidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile, e senza che la ditta abbia dimostrato la adozione delle misure di *self cleaning* volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione".

Tuttavia, nel caso in esame, non è solo in discussione la mera valutazione della pregressa - significativa o meno - inadempienza, quanto piuttosto la circostanza, non meno rilevante sotto il profilo formale e sostanziale, connessa all'omessa dichiarazione da parte dell'o.e., che non poteva ignorare la portata della norma, tanto più se si tiene conto del carattere "necessitato" delle risposte ai quesiti previsti dal DGUE, che di contro è stato compilato in modo reticente, in contrasto con i doveri di serietà e affidabilità che insistono in capo ai concorrenti.

Alla luce di tutte le esposte argomentazioni, considerato il carattere recessivo delle osservazioni espresse in fase endoprocedimentale dalla Publiparking S.r.l. (che, sul punto, si è limitata ad insistere sull'insussistenza dell'onere dichiarativo della sanzione pecuniaria comminata, "a valle", dall'ANAC, senza opportunamente considerare la rilevanza, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016, del motivo di esclusione comminato, "a monte", dal Comune di San Giorgio), ritenendo di aver dato anche pregio - sotto il profilo formale - alle prerogative procedimentali dell'amministrato, anche ai sensi della L. n. 241/90, posto che lo stesso è stato ritualmente invitato con nota prot n. 70 del 5.1.2018, a rendere osservazioni e/o documenti utili per chiarire in contraddittorio le criticità contestate, rinviene le condizioni per procedere all'esclusione della Publiparking S.r.l., demandando al Responsabile della CUC l'onere di procedere alla comunicazione, ai sensi dell'art. 76, comma 2, del Codice, informando il concorrente della facoltà di proporre avverso il provvedimento ricorso al TAR Campania, sede di Napoli, entro il termine di 30 giorni, e, comunque, l'adozione di tutti gli atti consequenziali.

Tanto premesso e considerato, tenuto conto delle precedenti operazioni di gara, tutte regolarmente verbalizzate, il Seggio dichiara ammessi i seguenti concorrenti:
1. Emmesse S.r.l.;

2. PiParking S.r.l.;
ed escluso il seguente concorrente:
3. Publiparking S.r.l.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016, la CUC procederà alla pubblicazione del presente verbale, e del riferito elenco in esso contenuto, anche al fine di consentire l'esercizio delle prerogative giudiziali di cui agli artt. 120 commi 2 bis e 6 bis del D.lgs. n. 104/2010.

La seduta del Seggio è tolta alle ore 18.00.

Camposano (NA), 17.1.2018.

Dott.. Vincenzo Scotti

Dott. Angelo Gambardella

Sig.ra Giuliana Ercolini