



Centrale Unica di Committenza Penisola Sorrentina
Comuni di Massa Lubrese, Piano di Sorrento, Sant'Agello e Sorrento
Ente capo-fila: Comune di Sorrento
Piazza Sant'Antonino n° 1/14 – 80067 – Sorrento (Na)
Codice AUSA Anagrafe Unica Stazione Appaltante 0000550842
e-mail certificata: cuc@pec.comune.sorrento.na.it
e-mail ordinaria: cucpenisolasorrentina@comune.sorrento.na.it

OGGETTO: PROCEDURA DI GARA CONCERNENTE L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI GESTIONE PARCHEGGI PUBBLICI. CIG: 74088643FC

VERBALE DELLA RIUNIONE OPERATIVA IN FORMA RISERVATA DELLA COMMISSIONE DI GARA DEL GIORNO 29-05-2018

L'anno duemiladiciotto il giorno ventinove del mese di maggio alle ore 15:45 si è riunita presso la sede della Centrale Unica di Committenza Penisola Sorrentina, in Sorrento alla Piazza Sant'Antonino 1, nella Sala Consiliare al primo piano, la Commissione ovvero il seggio di gara per l'affidamento del servizio di gestione parcheggi pubblici di pertinenza del Comune di Sorrento; Il seggio della Commissione di gara, è presieduto dal Dirigente F. D. Dottor Donato Sarno, ed è costituito dagli ulteriori due componenti, quali assistenti del Presidente, come segue: Dott. Giulio Bifani del Servizio Tributi e Dott. Aniello Cacace, P.O. del Servizio Manutenzione, incardinato nel Terzo Dipartimento e referente per la CUC del Comune di Sorrento; Come già detto, nella precedente seduta del 19.03.2018 il seggio di gara è stato nominato con determina del Dirigente F.D. n° 428 del 19.03.2018.

In relazione a tale procedura di gara, il Presidente rammenta che per la gara in trattazione si sono tenute tre precedenti sedute pubbliche e cioè:

una prima seduta del 19.03.2018 nel corso della quale l'organo di gara ha dovuto affrontare, in via prioritaria, la questione, sollevata dal Consorzio Consai, il quale, nella fase valutativa effettuata in sede di pre-selezione, non era stata ammessa alla procedura e quindi non invitata alla gara stessa. A tal fine e per economia degli atti ci si riporta integralmente alle considerazioni e determinazioni prese nella seduta del 19.03.2018 in ordine ai rilievi ed alle osservazioni mosse dal Consorzio per la sua riammissione ed alle decisioni conseguenti assunte dal seggio di gara il quale, al termine dell'approfondimento della questione, si è orientata favorevolmente per la riammissione del Consorzio differendo la nuova seduta alla data del 26.03.2018;

una seconda seduta, tenutasi il 26.03.2018 nel corso della quale si è invece proceduto alle seguenti attività di gara:

1°) Conferma dei plichi di partecipazione alla gara in trattazione prodotti come da seguente distinta:

➤ Plico di partecipazione intestato alla Cooperativa Solidarietà: Plico protocollato al numero 13562 in data 16.03.2018; indirizzo pec: solidarietacoop@legamail.it;

➤ Plico di partecipazione intestato alla Soc. Coop. Onlus Croce del Sud: Plico protocollato al numero 13671 in data 16.03.2018; indirizzo pec: crocedelsud@pcert.postecert.it;

2°) Registrazione dei soggetti presenti in sala quali rappresentanti dei concorrenti che risultavano essere i seguenti:

- Per la Soc. cooperativa Sociale Solidarietà: rappresentante legale, Sig. Gargiulo Guglielmo, assistito dall'Avvocato Antonello Di Leva di Sorrento mentre per la Società Cooperativa sociale Onlus Croce del Sud risultava essere presente il sig. Guido Bourelly nella qualità di delegato;
- 3°) Apertura dei plichi di partecipazione nell'ordine di protocollazione ed accertamenti pertinenti sulla loro integrità e sigillatura;

4°) Apertura dei plichi nell'ordine di registrazione a seguito della quale venivano rilevate le seguenti determinazioni:

- a) Ammissione della Cooperativa sociale Solidarietà;
- b) Per quanto attiene il plico di partecipazione intestato alla Croce del Sud, società cooperativa sociale a responsabilità limitata Onlus dopo l'apertura e l'accertamento sulla loro integrità e sigillatura della Busta A e Busta B si è proceduto analogamente a quanto operato per la cooperativa Solidarietà alla verifica della documentazione amministrativa inserita nella Busta A rilevando che la Croce del Sud, non essendo direttamente in possesso del requisito di capacità tecnico-professionale richiesto nella disciplina di gara ovvero "l'aver svolto per conto di soggetti terzi (pubblici o privati) almeno un servizio di gestione di parcheggi pubblici in un periodo temporale ricompreso nel triennio 2015/2017" era ricorsa all'Istituto dell'avvalimento ai sensi dell'articolo 89 del vigente codice dei contratti producendo due contratti di avvalimento di cui uno effettuato mediante scrittura privata con la società Car Sud s.r.l. quale impresa ausiliaria e, appunto, la cooperativa Croce del Sud e, l'altro, con la società Bourelly Health Service s.r.l. quale impresa ausiliaria e, appunto, la Croce del Sud;
- c) La Commissione, a questo punto, alla luce della documentazione amministrativa prodotta ha ammesso anche la Cooperativa Croce del Sud all'esperimento di gara **con la espressa clausola sotto riserva** allo scopo di verificare la possibilità, da parte dell'operatore concorrente, di ricorrere all'Istituto dell'avvalimento con particolare specificazione e riguardo alla circostanza alle due società ausiliarie ed in particolare con riguardo al fatto se esse sono o meno ricomprese tra quelle di cui all'articolo 112 del decreto legislativo n° 50-2016 dal momento che la procedura di gara attivata è un appalto riservato, appunto, a mente dell'articolo 112 del Codice che, sostanzialmente, riserva la partecipazione a operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi, il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate. Tale riserva, si osserva, è stata già puntualmente precisata nell'avviso esplorativo con la seguente dizione: "Si precisa che la gara è riservata ai soggetti di cui all'art. 112 del D. Lgs. 50/2016 e che pertanto non possono partecipare ad essa i soggetti non rientranti nella suddetta previsione legislativa."

5°) Dopo tali attività e sulla scorta della espressa riserva di cui sopra, anche allo scopo di proseguire nei lavori data la necessità di definizione in tempi solleciti della procedura di affidamento, l'Organo di gara ha proceduto sempre nella seduta del 26.03.2018, pertanto, all'apertura anche delle Buste B contenenti le offerte economiche al fine di cristallizzare il dato economico offerto da ciascun concorrente fermo restando che, all'esito delle decisioni da assumersi in relazione a quanto sopra oggetto di ammissione con riserva, formulare, di conseguenza, la proposta di aggiudicazione;

6°) Apertura delle Buste B contenenti le offerte economiche in esito alla quale si è rilevato che:

- La società cooperativa Solidarietà, ha offerto il prezzo complessivo di euro 202.500,00 (duecentoduemilacinquecento/00) e che indica inoltre, ai sensi dell'art. 95, comma 10 del D. Lgs. 50/2016 e ss. mm. ii. i propri costi della manodopera pari ad euro 231.375,00 (duecentotrentunomilatrecentosettantacinque/00) e gli importi degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, pari ad euro 6.750,00 (seimilasettecentocinquanta/00);
- La Croce del Sud – Società cooperativa sociale, ha offerto per l'espletamento del servizio in oggetto, in rialzo rispetto all'importo annuale a base d'asta, il canone annuo di €. 240.100,00 in lettere "duecentoquarantamilacento/00 euro" di cui, i costi propri della manodopera sul totale, ai sensi dell'art. 95, co. 10 del D. Lgs. 50-2016 e ss. mm. e ii., sono pari ad €. 150.000,00 "centocinquantamila/00 euro di cui, gli oneri aziendali sul totale concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ai sensi dell'art. 95, co. 10 D. lgs. 50/2016 e ss. mm. e ii., sono pari ad €. 5.000,00 "cinquemila/00 euro".

Dopo tale complessa serie di attività prima di concludere definitivamente la seduta del 26.03.2018 si sono acquisite le dichiarazioni di parte che vengono qui appresso nuovamente riprodotte:

il legale della cooperativa Solidarietà in tale sede ha dichiarato di riservarsi di proporre contestazione, anche nella fase intermedia tra la proposta di aggiudicazione e l'aggiudicazione definitiva avendo rilevato, "sin d'ora" la mancanza in capo alla ditta "Croce del Sud" del requisito, benché dichiarato sussistente, di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) del Decreto Legislativo n° 50-2016 circa carenze o illeciti nella esecuzione di precedenti contratti di appalto e producendo a tal proposito copia della determina dirigenziale del Comune di Acerra, reg. gen. N° 1 del 2013, relativa ad un accertato precedente inadempimento tratto dal sito istituzionale del medesimo Ente. Il tutto con riserva di proporre ulteriori contestazioni e gravami.

Dal canto suo il rappresentante della Croce del Sud sempre in tale sede ha dichiarato, in relazione a quanto prodotto dalla Solidarietà, di riservarsi di formulare le proprie contestazioni in ordine ai rilievi di cui sopra mossi dall'Avv. Antonello Di Leva.

Dopo tali attività di gara è stato evidenziato ai presenti che il seggio di gara si sarebbe riunito in una seduta a carattere interno per l'approfondimento della questione oggetto di riserva e, in esito alle valutazioni del caso, avrebbe potuto assumere le proprie determinazioni finali da notificare ai due operatori economici concorrenti, ognuno nell'ambito della propria sfera di interesse e, fermo restando, altresì, l'opportuno scrutinio delle osservazioni formulate dall'Avv. Antonello Di Leva;

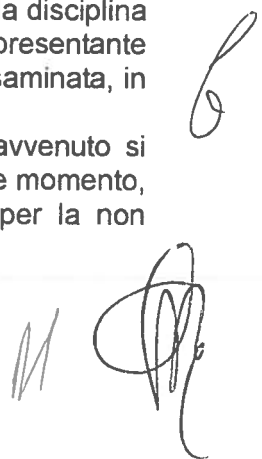
A tale scopo si registra che nel corso di un apposito incontro operativo tenutosi presso il Comune tra i componenti del seggio di gara si sono affrontate, anche con il conforto dell'Ufficio Avvocatura, le tematiche sollevate in sede di gara e riguardanti, in particolare, la possibilità del ricorso all'avvalimento da parte delle cooperative sociali con imprese di tipologia lucrativa e il profilo evidenziato dall'avvocato Antonello Di Leva circa la sussistenza di "gravi illeciti professionali" di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) del Codice.

Una terza seduta pubblica tenutasi in data 27.04.2018 nel corso e durante la quale sono stati illustrati gli orientamenti che sino a quel momento erano emersi dalla disamina della questione e che ad utile completamento delle attività istruttorie effettuate e per trasparenza vengono qui appresso ripetute:

In relazione al primo tema oggetto di contestazione e di conseguente approfondimento si evidenzia che il procedimento di gara è basato sulla fattispecie di un "appalto riservato" nell'ambito dell'articolo 112 del vigente codice, con cooperative sociali, nel caso di specie di tipo B.

Proprio per la soluzione del tema principale fatto oggetto di riserva nella seduta del 26.03.2018 si è fatto riferimento al parere dell'ANAC n° 218 del 10.12.2015 che, sia pure riferito al decreto legislativo n° 163/2006 faceva (e fa) comunque riferimento alla medesima tematica (articolo 49 "avvalimento" ora trasfuso nel nuovo codice nell'articolo 89) e, cioè, alla possibilità o meno da parte delle cooperative sociali di tipo B di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento con altri soggetti compresi o meno nel novero delle cooperative sociali stesse. In base a quanto rilevato dal parere ANAC n° 218/2015 e analogamente a quanto in esso sostenuto ne è conseguito nel caso di procedure rivolte alle sole cooperative sociali – e nel caso di specie anche gli altri soggetti contemplati nell'articolo 112 del decreto legislativo n° 50-2016 com'è quello in trattazione – che l'istituto dell'avvalimento potesse essere utilizzato solo nel caso in cui si sarebbe risolto nella possibilità di usufruire dei requisiti di soggetti compresi nel novero delle cooperative sociali stesse – o, comunque, degli altri soggetti compresi tra quegli operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate. D'altra parte tale parere faceva (e fa) rinvio, anche, al principio base su cui si fonda l'indirizzo giurisprudenziale cui lo stesso orientamento ANAC fa riferimento secondo cui laddove si consentisse, nelle gare riservate alle cooperative sociali, l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento nel senso della possibilità di usufruire dei requisiti di società di capitali non ricomprese nel novero delle cooperative sociali, di fatto verrebbe falsata la selezione comparativa e pregiudicata la finalità solidaristica della disciplina di settore. La seconda osservazione/contestazione formulata in sede di gara dal rappresentante della cooperativa Solidarietà, in base al principio dell'economia degli atti, non è stata esaminata, in quanto ritenuta assorbente della prima osservazione/contestazione.

Nella seduta del 27.04.2018 continuando nella illustrazione e ripetizione di quanto avvenuto si osserva che la Commissione di gara, in virtù di quanto sopra riportato ha valutato, a tale momento, la circostanza che, si riporta testualmente "....." potrebbero sussistere i presupposti per la non



ammissione della cooperativa Croce del Sud e per lo scioglimento della riserva decisa nella seduta del 26.03.2018 in senso negativo per le motivazioni contenute nel periodo precedente

A seguito di tale illustrato orientamento del seggio di gara il rappresentante della cooperativa Croce del Sud ha ritenuto di formulare, per la tutela degli interessi della propria rappresentata, apposita dichiarazione che, qui si ripete:

“Il sottoscritto Guido Bourelly, in qualità di rappresentante del concorrente Croce del Sud cooperativa sociale, in merito alla riserva sciolta dalla Commissione di gara relativamente all'avvalimento utilizzato dalla scrivente con imprese ausiliarie non configurate come cooperative sociali, fa presente che l'articolo 89 del decreto legislativo n° 50/2016 al comma 3 prevede testualmente: *“La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 ed 88, se i soggetti delle 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 di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purchè si tratti di requisiti tecnici.”*

Pertanto, in virtù del citato comma la scrivente chiede a codesta spett/le stazione appaltante di riesaminare gli avvalimenti utilizzati dalla Croce del Sud ed eventualmente procedere alla richiesta di sostituzione dell'ausiliaria ai sensi dell'articolo 89 del decreto legislativo n° 50-2016, comma 3.

Sempre nella seduta del 27.04.2018, dal canto suo il legale rappresentante della Cooperativa La Solidarietà in riferimento a quanto sopra emerso e riportato, ha ritenuto di mettere a verbale apposita propria dichiarazione, a tutela degli interessi della propria rappresentata, consistente nel fatto che, a suo avviso, l'articolo 89, comma 3 del decreto legislativo n° 50-2016, non possa ritenersi applicabile al caso di specie atteso che la norma riguarda i diversi casi di mancanza dei requisiti di partecipazione alla gara quali la idoneità professionale, la capacità economico-finanziaria e la capacità tecnico-organizzativa. Appartiene quindi ad una diversa ipotesi il caso in esame in cui l'appalto è riservato alle cooperative sociali e non certo alle imprese aventi finalità lucrative. Pertanto, non trattasi di carenza di capacità dell'impresa ausiliaria bensì di carenza totale di legittimazione astratta alla partecipazione attesa la diversa natura giuridica delle ditte ausiliarie medesime.

La seduta del 27.04.2018 è stata poi conclusa con la seguente ritrascritta decisione da parte della Commissione di gara: “Il Presidente a questo punto, di concerto con gli altri due componenti la Commissione, acquisite le diverse posizioni dei rappresentanti degli operatori economici e tenuto conto delle novità ed osservazioni dagli stessi apportate alle tematiche in discussione, ritiene di non procedere, per il momento, ad alcuna determinazione, favorevole o contraria a chicchessia ma di approfondire i diversi fronti aperti dai rappresentanti delle due cooperative in gara (ivi incluso, questa volta, anche il profilo del motivo ostativo ex articolo 80, comma 5, lettera c) del decreto legislativo n° 50-2016 sollevato nella seduta del 26.03.2018) riservarsi di convocare una nuova seduta per le ulteriori e conseguenti decisioni.”

Questo è tutto quanto è avvenuto sino alla seduta del 27.04.2018.

Dopo tale seduta, sempre a corretta, utile e completa cognizione di quanto emerso, si fa presente che il legale della cooperativa Croce del Sud, con propria missiva a mezzo e-mail registrata al protocollo generale al numero 0021610 in data 3.5.2018 ha fatto pervenire invito e diffida, adducendo varie motivazioni a sostegno e per la tutela dei propri legittimi interessi richiamando, in buona sostanza, la sentenza del TAR Campania n° 2144 del 3.4.2018 che ha ritenuto ammissibile, in caso di appalti riservati a cooperative sociali ex art. 112 del Codice dei Contratti, l'istituto dell'avvalimento anche ricorrendo ad ausiliarie con natura giuridica diversa dalle cooperative stesse;

Successivamente sempre il medesimo legale della Cooperativa con propria missiva a mezzo e-mail del 19.05.2018 registrata al protocollo generale al numero 0024534 in data 21.5.2018 ha fatto pervenire invito e diffida, ribadendo sostanzialmente le proprie difensive tesi ed allegando, in aggiunta, copia della sentenza del TAR Campania (con la precedente missiva soltanto citata) n° 2144 del 3.4.2018.

G
H

Il Presidente, a questo punto, fa presente che da quanto sentenziato dal TAR Campania con il proprio provvedimento n° 2144 del 3.4.2018 effettivamente appare possibile, come si è verificato nel caso in esame, fare ricorso, per la procedura di gara in trattazione, all'istituto dell'avvalimento e, ancor di più, risulta possibile farvi ricorso anche a mezzo di società con finalità lucrative come leggesi al paragrafo 4.3.2 della succitata sentenza, il cui contenuto viene qui testualmente trascritto:

“La figura dell'avvalimento ha incontrato il favor del legislatore, dapprima a livello comunitario (ai sensi degli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE) poi nazionale, costituendo uno strumento per consentire ai concorrenti, che non dispongano dei requisiti richiesti (nella specie, di capacità economica-finanziario e tecnica-professionale), di partecipare alle gare di appalto, nell'ottica di assicurare la massima concorrenza. Proprio in ragione della sua ampia portata, l'avvalimento è considerato istituto con un ambito applicativo generale (cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, Sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764; id., Sez. III, 13 ottobre 2014, n. 5057; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 1° febbraio 2017, n. 62) e, in quanto tale, non tollera interpretazioni limitative volte a restringerne l'applicabilità, ad eccezione dei requisiti soggettivi inerenti alla moralità e all'onorabilità professionale a tutela della serietà ed affidabilità degli offerenti.

A ciò consegue l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale e le clausole dei bandi di gara in senso conforme ai principi comunitari (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori (cfr. Corte di Giustizia, 10 ottobre 2013, in causa C-94/12; Corte di Giustizia, 7 aprile 2016, causa C-324/14; Consiglio di Stato, sez. V, 11/05/2017, n. 2184).

Ne discende anche che le fattispecie normative in cui non è ammesso il ricorso all'avvalimento (cfr., ad esempio, l'art. 89, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016), costituendo eccezioni alla regola generale, vanno interpretate restrittivamente (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. II, 13 maggio 2016, n. 479), tenuto conto che i limiti all'avvalimento in tanto si possono giustificare, in quanto vi sia l'esigenza di fornire idonee garanzie alla stazione appaltante per la corretta esecuzione degli appalti (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17 febbraio 2016, n. 636; id., Sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072; id., Sez. V, 21/03/2017, n. 1295).

In particolare, secondo la Corte di Giustizia, il diritto sancito agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3 della direttiva 2004/18 (l'avvalimento), “tenuto conto dell'importanza che esso riveste nell'ambito della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, pone una regola generale di cui le amministrazioni aggiudicatrici devono tener conto allorché esercitano le loro competenze di verifica dell'idoneità dell'offerente ad eseguire un determinato appalto”, che “non può essere interpretata [...] nel senso che solo in via di eccezione un operatore economico può fare ricorso alle capacità di soggetti terzi”.

Né la prospettazione elaborata dall'istante è evincibile dall'art. 112 del D. lgs. n. 50/2016, il quale, nel fare salva la disciplina sull'affidamento di contratti pubblici alle cooperative sociali, consente la riserva di partecipazione alla gara a favore di esse, senza stabilire alcun divieto espresso e generalizzato al ricorso dell'avvalimento.

Non valgono a giustificare la preclusione del cd. prestito dei requisiti neppure la intrinseca natura del servizio (sostituzione e messa in opera di misuratori idrici), che assume evidente rilevanza economica, sicché, ferma la necessità che la concorrente sia essa stessa iscritta nell'apposito Albo regionale delle Cooperative sociali di tipo B, non può reputarsi vietato che una impresa commerciale metta a disposizione, ad esempio, i requisiti di fatturato globale e/o specifico nell'ultimo triennio richiesti per partecipare alla gara. Ed invero, la tesi attorea, posta la già suindicata restrizione soggettiva all'accesso, nell'impedire alle cooperative sociali di più recente costituzione di partecipare al confronto concorrenziale, non disponendo dei requisiti di fatturato globale e/o specifico nell'ultimo triennio, integrerebbe una irragionevole e sproporzionata restrizione al confronto concorrenziale e al principio del favor participationis, ritorcendosi peraltro contro la stessa finalità sociale di avviamento al lavoro delle persone più svantaggiate”

E' quindi evidente, stando all'indirizzo giurisprudenziale intrapreso dalla competente e locale sede del Tribunale Amministrativo Regionale Campano l'ammissibilità, proprio alla luce della sentenza del suddetto organo giurisdizionale amministrativo, di quanto prodotto in sede di gara dalla Cooperativa Croce del Sud con i rispettivi contratti di avvalimento stipulati con le due società con finalità lucrative ovvero con la s.r.l. Car Sud (codice fiscale e partita iva: 07692560639) e s.r.l. Bourelly Health Service (codice fiscale e partita iva: 08130671210); risulta dunque superata, di conseguenza, la perplessità precedentemente emersa in ordine al motivo impeditivo all'ammissione della Cooperativa Croce del Sud e, per l'effetto, può sciogliersi favorevolmente la riserva a favore della predetta cooperativa, valutando ammissibile la documentazione prodotta in relazione all'avvalimento.

Detto ciò si passa al vaglio dell'osservazione, sino a questo momento non esaminata, afferente la questione sollevata dall'Avvocato Antonello Di Leva rappresentante della Cooperativa La

Solidarietà. Ad utile beneficio si rammenta che l'osservazione fatta dal predetto legale in una delle precedenti sedute si fondava sul rilievo, a proprio parere, che la cooperativa Croce del Sud era mancante del requisito, benché dichiarato sussistente, di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) del decreto legislativo n° 50-2016 circa carenze o illeciti nella esecuzione di precedenti contratti di appalto e producendo a tal proposito copia della determina dirigenziale del Comune di Acerra, reg. gen. N° 1 del 2013, relativa ad un accertato precedente inadempimento tratto dal sito istituzionale del medesimo Ente il tutto con riserva di proporre ulteriori contestazioni

In relazione a tale osservazione si fa presente che il rilievo/osservazione formulata dal legale attiene, in buona sostanza, alla circostanza di una accertata irregolarità contributiva (Durc irregolare) peraltro riferita ad una società ausiliaria (nel caso di specie Marzuillo Viaggi sas di Marzullo Vincenzo e C, con sede in Acerra) alla quale era ricorsa, in sede di avvalimento, la cooperativa Croce del Sud per una gara riguardante il servizio trasporti alunni delle scuole primarie e secondarie di primo grado, Anno scolastico 2012/2013.

Per l'esame di tale rilievo/osservazione la Commissione si ricorre all'ausilio della Linea Guida n° 6 di attuazione del Decreto Legislativo n° 50-2016 recante ""Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) del Codice"" approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n° 1293 del 16.11.2016 così come aggiornate al d. lgs. N° 56 del 19.04.2017 con deliberazione del Consiglio n° 1008 dell'11.10.2017.

In relazione a tale quadro regolatorio si fa presente che l'ambito oggettivo per i quali rilevano cause di esclusione ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c) del Codice, sono gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo, tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento. Al ricorrere dei presupposti di cui al periodo precedente, gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell'esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito.

Nella specifica questione sotto scrutinio il tema da affrontare è quindi la parte della c.d. ""moralità professionale"" attribuibile o meno alla cooperativa Croce del Sud per il provvedimento di caducazione dall'appalto operato con la determina dirigenziale del Comune di Acerra n° 1/2013. Con riferimento a tale fattispecie e per il suo vaglio viene in soccorso ed ausilio della Commissione, per una ponderata valutazione, sempre la Linea Guida suddetta ma con particolare riguardo al capitolo V il cui titolo è "Rilevanza Temporale", primo paragrafo, che dispone che ""La durata dell'interdizione alla partecipazione alle procedure di affidamento conseguente all'accertamento delle fattispecie di cui al comma 5, lettera c) dell'articolo 80 del codice è stabilita ai sensi del comma 10 del predetto articolo.""

Il comma 10 nel trattare tale materia fa riferimento ad un periodo temporale di cinque anni qualora l'eventuale sentenza di condanna non definitiva non fissi la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale e a tre anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna.

In effetti, andando al caso concreto in esame, si può certamente ricondurre la fattispecie nell'alveo delineato dal comma 4 dell'articolo 80 che tratta, anche, della regolarità contributiva o meglio della irregolarità contributiva.

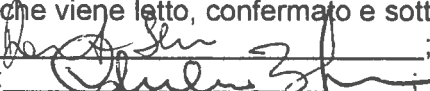

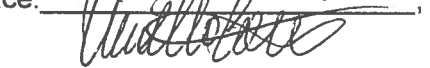
Facendo riferimento dunque a tale specifico ambito normativo si è del parere che, ammesso - e non concesso - di voler attribuire al provvedimento del Comune di Acerra di cui alla determina dirigenziale n° 1 del 2.1.2013 i tratti della definitività, essendo però trascorsi ormai più di tre anni dalla data della dichiarata decadenza dall'appalto decretato appunto, si ripete, con la determina n° 1 del 2 Gennaio 2013 del Comune di Acerra, si ritiene, **conclusivamente**, non applicabile alcuna sanzione di esclusione della Cooperativa della Croce del Sud in relazione al provvedimento di caducazione dell'appalto Acerrano, tenuto conto che sono comunque trascorsi, come già detto, più di tre anni (antecedenti alla pubblicazione della procedura concorsuale) sia, comunque, eventualmente, anche i cinque anni.

Ad abundantiam si aggiunge che la disposizione di cui all'articolo 57, paragrafo 7 della direttiva UE n° 24 del 2014 che prevede tale finestra temporale massima per il rilievo da parte della stazione appaltante di un pregresso illecito professionale, così come recepita nel nuovo codice dei contratti pubblici (cfr. ultima parte del comma 10 dell'articolo 80) è da ritenersi preclusiva di una interpretazione che consenta agli enti aggiudicatori di escludere discrezionalmente dalle gare di appalto anche gli operatori economici che abbiano commesso gravi illeciti professionali, il cui accertamento definitivo risale ad un periodo superiore ai tre anni dalla pubblicazione del nuovo bando (T.A.R. Lombardia, Milano IV, 23 marzo 2018, n° 792).

Alla luce di tali decisioni si concorda di convocare la seduta pubblica per la giornata del 31.05.2018 ore 12:00 al fine di rendere partecipi ed edotti i due concorrenti della procedura di gara mediante apposito avviso pubblico da inviare per posta elettronica certificata ad entrambe le cooperative e con pubblicazione dell'avviso stesso in Amministrazione Trasparente più link di rinvio nell'apposita parte del BOX della CUC che dall'origine ha ospitato la procedura di gara in oggetto nonché per la definizione e declaratoria definitiva della procedura d'appalto.

Le attività della Commissione vengono chiuse alle ore 17:30 del giorno 29.05.2018.

Del che si è redatto il presente verbale che viene letto, confermato e sottoscritto.

1. Presidente: Dott. Donato Sarno: ;
2. Componente: Dott. Giulio Bifani: ;
3. Componente: Dott. Aniello Cacace: ;