



**COMUNE DI
ARDEA**

Comune di Ardea

Servizio A06

**POLIZIA LOCALE, UFFICIO COMANDO, AFFARI GENERALI, VIABILITÀ ED
INFORTUNISTICA**

e-mail: pol.municipale@comune.ardea.rm.it

UFFICIO DETERMINAZIONI

**Registro Unico n. 150
del 28/01/2015**

Responsabile dell'Istruttoria
SGRO' Marzia

Responsabile del Procedimento
Dott. SCIUADONE Giuseppe

RIFERIMENTI CONTABILI

Atto Privo di Rilevanza Contabile

Determinazione firmata digitalmente da :

- Il Responsabile A06
quale centro di responsabilità;

DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE

N° 150 / 2015

Oggetto: Gara affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza, viabilità e di reintegra delle matrici ambientali compromesse dal verificarsi di incidenti stradali - cod. Z370ECB407 - aggiudicazione provvisoria

IL DIRIGENTE DEL SERVIZIO A06

**POLIZIA LOCALE, UFFICIO COMANDO, AFFARI GENERALI, VIABILITÀ ED
INFORTUNISTICA**

DOTTOR GIUSEPPE SCIAUDONE

Viste le risultanze dell'Istruttoria effettuata ai sensi dell'art. 3 della L.241/90 e s.m.i dal Sig. SGRO' Marzia e dal responsabile del procedimento Sig. Dott. SCIUADONE Giuseppe

Premesso:

che con determinazione dirigenziale a contrarre n. 01 del 27/02/2014 veniva indetta procedura aperta con contestuale approvazione dello schema di bando di gara e capitolato d'oneri per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e di reintegra delle matrici ambientali compromessi dal verificarsi di incidenti stradali di competenza del comune di Ardea;

che con nota prot. n. 20630, del 09.05.2014, l'Area Servizi alla persona, Urp, gare e provveditorato, richiedeva una stima triennale/quinquennale dei costi per l'affidamento del servizio di cui in epigrafe, al fine di indicare una somma da porre in via presuntiva a base di gara per la determinazione della scelta della procedura da applicare (art. 55 o art. 125 del D.Lgs. 163/2006).

che con determinazione dirigenziale n. 15, del 30.05.2014 - Registro Generale n. 583, del 13/06/2014 si procedeva alla stima della somma presunta da porre a base di gara, per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e di reintegra delle matrici ambientali compromessi dal verificarsi di incidenti stradali di competenza del comune di Ardea, quantificandola in Euro 35.000,00 Iva esclusa;

che con determinazione dirigenziale n. 19, del 02.07.2014 a seguito di eccezioni sollevate da operatori economici del settore (note prot. nn. 4460/2014 e 5580/2014, rispettivamente del 25 e 30.06.2014) si procedeva alla rettifica del bando di gara e capitolato speciale con proroga della scadenza alle ore 12,00 del 17.07.2014;

che con determinazione dirigenziale n. 130, del 17.07.2014 l'Area I procedeva alla nomina della commissione di gara;

Visti i verbali delle sedute di gara della commissione del 18.07.2014, 23.07.2014, 19.08.2014, 30.09.2014, 02.10.2014 e 30.10.2014;

Dato atto che nel corso della seduta pubblica di gara del 30.10.2014 il sig. Paolo Di Filippo n.q.d. rappresentante legale del Consorzio Igiene, Sicurezza e Soccorso, a seguito della lettura dei punteggi complessivi conseguiti dalle ditte partecipanti produceva:

- A) sentenza n. 00284/2014 reg. prov. Coll. – n. 00308/2013 reg. ric.;
- B) sentenza n. 00294/2014 reg. prov. Coll. – n. 0023/2014 reg. ric.;
- C) determina Comune di Firenze n. 2014/DD/07434 del 14.10.2014;
- D) determina Città di Torino n. 38 del 04.07.2014.

Visti, altresì:

l'art. 38, del D.Lgs. 163/2006 con particolare riferimento al suo comma 2 bis come introdotto dall'art. art. 39 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90 coordinato con la legge di conversione 11 agosto 2014, n. 114;

la nota prot. n. 8368/2014 P.L. del 27.11.2014 con la quale in riferimento ai documenti presentati dal Consorzio Igiene Sicurezza e Soccorso si richiedeva alla Sicurezza & Ambiente S.p.A., ai sensi del comma 2 bis dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 apposita integrazione della dichiarazione prescritta dalla lett. f) del comma 1 dell'art. 38 in argomento, nonché osservazioni sul provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva pronunciato dal Comune di Fontanafredda;

l'art. 107 D.Lgs. 267/2000;

la legge 241/1990 e s.m.i.;

Considerato:

che la disposizione normativa recata al nuovo comma 2 bis dell'art. 38 trova applicazione, ai sensi dell'art. 39, comma 3 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90 per le *“procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto”*;

che, tuttavia, in seguito ad eccezioni sollevate da diversi operatori economici interessati alla partecipazione alla procedura di gara, questo ente con determinazione dirigenziale n. 19 del 02.07.2014 pubblicata secondo le medesime formalità di pubblicazione del Bando ha proceduto alla rettifica di quest'ultimo (approvato con determinazione dirigenziale n. 1 del 27.02.2014), altresì prorogando/riaprendo il termine ultimo di presentazione delle offerte al 17.07.2014 e, perciò, sostanzialmente novando la legge speciale di gara;

che la obiettiva rilevanza delle modifiche richieste ed apportate alla *lex specialis* di gara - con obliterazione dei requisiti di cui alle lett. *a, c, d* ed *f* dell'art. 8, comma 2 del Bando - in uno alla riapertura del termine ultimo di presentazione delle offerte (cfr. determina n. 19, del 02.07.2014) ed all'adozione delle medesime forme di pubblicazione, ha complessivamente determinato l'introduzione di modifiche di natura sostanziale riguardando, di fatto, elementi essenziali della procedura concorsuale (T.A.R. Liguria Genova, sez. I, 04. Giugno 2008, n. 1220, T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 03 agosto 2009, n. 758);

che in tal senso, costante orientamento giurisprudenziale (seppur formatosi con riferimento agli appalti di lavori sopra soglia comunitaria), stabilisce che *“quando l'amministrazione opera modifiche sostanziali del bando già pubblicato, l'avviso di parziale rettifica del bando di gara e la riapertura dei termini hanno il carattere di vera e propria rinnovazione della lex specialis ...”*;

che in considerazione dei motivi che precedono, si ritiene applicabile la disposizione normativa recata al nuovo comma 2 bis dell'art. 38 introdotta nell'ordinamento in data 24.06.2014, anteriore rispetto all'intervenuta sostanziale rettifica e ripubblicazione del bando (02.07.2014, determina n. 19);

preso atto:

- della nota prot. n. *Prot./SC/sc/8650/2014* prodotta dalla *SA* assunta al protocollo generale dell'ente n. 51076, del 11.12.2014;

- della nota prot. n. *Prot./SC/sc/8610/2014* prodotta dalla *SA* assunta al protocollo generale dell'ente n. 49546, del 28.11.2014;

Preso atto, altresì:

- del contenuto motivazionale dei documenti prodotti di cui alle lett. a), b) c) e d);
- della determina n. 118, del 06.02.2012 del Comune di Fontanafredda;
- della delibera di G.C. n. 02, del 23.01.2014 del Comune di Santo Stefano di Camastra;

Esaminata la documentazione prodotta e sopra elencata, questo Dirigente della Polizia Locale n.q.d. Presidente della Commissione di Gara nominata con determinazione dirigenziale n. 130 del 17/07/2014 – Area I

DETERMINA

In parziale accoglimento delle deduzioni prodotte dalla Sicurezza & Ambiente S.p.A. - con le note prot. nn. *Prot./SC/sc/8650/2014* e *Prot./SC/sc/8610/2014*

- L'approvazione dei verbali di gara del 18.07.2014, 23.07.2014, 19.08.2014, 30.09.2014, 02.10.2014 e 30.10.2014;
- la conferma, nelle more delle verifiche di legge, della provvisoria aggiudicazione in favore della ditta Sicurezza e Ambiente S.p.A. pronunciata nel corso della seduta di gara del 30.10.2014;
- l'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 comma 2 bis D.Lgs. 163/2006 come introdotto dall'art. art. 39 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90 coordinato con la legge di conversione 11 agosto 2014, n. 114 da ritenersi congrua nella misura di Euro 175,00 (0,5% dell'importo posto a base di gara), mediante bonifico bancario a favore: TESORERIA COMUNE DI ARDEA – BANCA: BANCA DI CREDITO COOPERATIVO DI ROMA AGENZIA 113, da versarsi sull' IBAN IT82V0832739541000000000843;

Per le seguenti

MOTIVAZIONI

La regola contenuta nell'articolo 38 comma 1, lett. f, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, pur significativa dell'esigenza di un rapporto di fiducia tra la parte pubblica e quella privata affidataria del servizio, non ha introdotto nell'ordinamento una sorta di incapacità a contrattare con le Pubbliche Amministrazioni.

Tale principio, difatti, vale unicamente se il grave errore sia stato commesso nei rapporti intercorsi con la stessa Amministrazione aggiudicatrice con la conseguenza che l'esclusione dalle gare pubbliche per inaffidabilità delle imprese concorrenti per grave negligenza e malafede commessa nel corso di esecuzione di precedenti contratti pubblici può essere pronunciata in termini di automaticità soltanto quando il comportamento di deplorable trascuratezza e slealtà sia stato posto in essere in occasione di un pregresso rapporto negoziale intercorso con la stessa stazione appaltante che indice

la gara.

In caso contrario, ovvero nell'ipotesi di negligenza professionale in precorsi rapporti con altre amministrazioni, il relativo giudizio di inaffidabilità professionale risulta subordinato alla preventiva motivata valutazione della stazione appaltante, che è tenuta a valorizzare i precedenti professionali delle imprese concorrenti nel loro complesso, nonché a valutare gravità e rilevanza sul piano professionale di precedenti risoluzioni contrattuali comminate da altre Amministrazioni (TAR Lazio 2009).

Nel caso di specie, dalla documentazione prodotta emergono provvedimenti di esclusione dalla gara/revoca del servizio in precorsi rapporti con altre pubbliche amministrazioni che, a parere di questa Stazione Appaltante (che, comunque conserva, in subiecta materia, la discrezionalità della scelta - da motivare adeguatamente in caso di esclusione), non minano in alcun modo il rapporto di fiducia tra la parte pubblica e quella privata, ad oggi provvisoriamente aggiudicataria del servizio. Ciò anche in considerazione:

- a. delle numerose positive lettere di referenze prodotte in sede di gara;
- b. dei numerosissimi rapporti intrattenuti con comuni ed enti italiani (circa 1000), di diverse dimensioni ed importanza (cfr allegato alla nota prot. n. SC/sc/8610/2014);
- c. della qualità, tempestività, professionalità ed efficienza dimostrate dalla ditta nei precedenti rapporti convenzionali intrattenuti senza esclusiva fin dall'anno 2007, unitamente ad altri operatori del settore, con lo scrivente ente.

Inoltre, vi è da evidenziare che da una approfondita lettura della determinazione dirigenziale n. 118, del 06.02.2013 adottata dal Comune di Fontanafredda emerge chiaramente come il provvedimento di revoca sia stato determinato non solo dal mancato intervento e dalla modifica in peius delle condizioni di intervento ma anche dalla ritenuta illegittimità dell'organizzazione della ditta, concretante secondo quella P.A. una non consentita forma di subappalto del servizio. Ora, in considerazione della riconosciuta legittimità del modello organizzativo aziendale adottato dalla ditta dichiarata provvisoriamente aggiudicataria (delib. AVCP AG 25/2012 e della consolidata giurisprudenza formatasi in merito), sembra ragionevole ritenere che tale provvedimento (laddove fosse stata correttamente valutata anche la circostanza della legittimità del modello aziendale della ditta, che appare elemento di sensibile rilevanza nella revoca del servizio) potesse, quantomeno, assumere contenuto diverso e, finanche non essere pronunciato dal Comune di Fontanafredda a riprova della scarsa rilevanza del ritenuto inadempimento che in linea di principio, a parere di questo ufficio, potrebbe non presentare gli estremi per poter ritenere concretatosi il *“grave errore nell'esercizio dell'attività professionale”*.

Analizzando, inoltre, la problematica circa la doverosità della dichiarazione da rendere in merito alla esistenza di eventuali provvedimenti di risoluzione anticipata e/o revoche per inadempimento contrattuale, va qui evidenziato che la legge speciale di gara approvata con determinazione dirigenziale n. 1, del 27.02.2014 prevede tra i requisiti di ordine generale e di capacità a contrattare con la pubblica amministrazione, testualmente recitando: *“requisiti di cui agli artt. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. e 14 del D.Lgs. n. 81/2008 e s.m.i. ...”*

In buona sostanza, il bando di gara, in assenza di una più puntuale determinazione, rimanda alla formulazione testuale dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 il quale, al suo comma 1, lett. f) così dispone: *“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non*

possono stipulare i relativi contratti i soggetti: ... che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante". Dello stesso tenore risulta l'allegato 1 del Bando (rubricato "modello di istanza di partecipazione a procedura aperta e dichiarazione dei requisiti di partecipazione"), il quale al punto 2.2, tra i requisiti di ordine generale richiede che "l'impresa/società/consorzio non ha commesso negligenza o malafede nell'esecuzione di prestazioni affidate dal Comune di Ardea e/o un errore grave nell'esercizio della sua attività professionale (art. 38, comma 1 lett. f)"

Ora, l'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, se da una parte chiaramente obbliga il concorrente a dichiarare di non aver commesso *negligenza o malafede nell'esecuzione di prestazioni affidate dal Comune di Ardea*, nulla dispone, invece, a carico del concorrente di estendere la dichiarazione, nella parte in cui si fa riferimento ad *un errore grave nell'esercizio della sua attività professionale*, non escludendo la possibilità di una valutazione del concorrente di carattere soggettivo circa la gravità o meno dell'errore. In altri termini, il bando di gara ed il punto 2.2 del suo allegato 1, in ossequio alle previsioni di cui all'art. 38, comma 1 lett. f del D.Lgs. 163/2006 non hanno imposto ai concorrenti di dichiarare tutti gli elementi fattuali, ivi comprese le eventuali pregresse risoluzioni contrattuali patite con altre stazioni appaltanti. La stesa AVCP in un caso analogo si è pronunciata in tal senso (parere n. 134, del 25.07.2012).

Si consideri, ancora che i provvedimenti di cui alle lettere A), B) e C) così come la deliberazione di G.C. del Comune di Santo Stefano di Camastra (citata nelle deduzioni di cui alla nota prot. n. SC/sc/86502014, assunta al protocollo generale dell'ente n. 51076, del 11.12.2014) risultano essere stati impugnati (sui quali, quindi, non si è ancora formata la forza di "cosa giudicata" mentre il provvedimento di cui alla lett. D) risulta essere stato caducato per effetto delle successive comunicazioni del Comune di Torino prot. nn. 39595 (AOO073) e 44889 (AOO073), rispettivamente del 16.07.2014 e 25.08.2014.

Pur tuttavia, ferme le considerazioni di cui ai tre capoversi che precedono, riguardo all'obbligo dichiarativo di revoche di precedenti aggiudicazioni per negligenza e malafede nella fase di esecuzione del contratto, di cui all'art. 38, comma 1 lett. f) D.Lgs. 163/2006 allo stato, sebbene non esiste ancora una giurisprudenza consolidata (vedi tra gli altri, anche TAR Puglia ord. N. 00693/2014 REG. PROV. CAU., n. 01443/2014 REG. RIC.), risulta prevalente l'indirizzo che configura la dichiarazione di precedenti vicende (come, nel caso di specie di revoche di una precedente aggiudicazione per negligenza e malafede ...), come un obbligo imposto in capo al concorrente, indipendentemente da valutazioni soggettive, al fine di mettere la stazione appaltante nella condizione di poter opportunamente verificare l'eventuale rottura dell'elemento fiduciario.

Per i motivi che precedono, a parere di questo ufficio, se da una parte risulta non essere venuto meno l'elemento fiduciario per la conferma della provvisoria aggiudicazione del servizio si ritiene versarsi - in relazione al prevalente indirizzo giurisprudenziale - in ipotesi di omessa dichiarazione non conforme alle disposizioni recate al comma 1, lett. f) dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2001 e per questo sanzionata dal suo comma 2 bis come introdotto dall'art. art. 39 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90 coordinato con la legge di conversione 11 agosto 2014, n. 114.

Si conclude, quindi, in attesa delle verifiche di legge, per la conferma della provvisoria aggiudicazione in favore della ditta Sicurezza e Ambiente S.p.A. con irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 comma 2 bis D.Lgs. 163/2006 come introdotto dall'art. art. 39 del D.L.

24 giugno 2014, n. 90 coordinato con la legge di conversione 11 agosto 2014, n. 114.

Di dare atto che ai sensi dell'art. 7 c. 3 del D.L. 187/2010, ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari, il Codice Identificativo gara attribuito dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (AVCP), di lavori, servizi e forniture, su richiesta di questa stazione appaltante risulta essere il seguente: **Z370ECB407**;

Di dare atto, che laddove i benefici economici, complessivamente spettanti ad un unico soggetto attraverso il servizio economato, superino nell'anno solare l'importo di € 1.000,00, si provvederà ai sensi dell'art.18 della L. 134/2012 alla pubblicazione sull'apposito link "Amministrazione Aperta" presente sul sito internet Comunale;

Di dare atto che la presente determinazione sarà pubblicata sul sito internet del Comune, ai sensi dell'art.124. comma 3 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i.;

Di disporre che l'intervenuto perfezionamento dell'obbligazione sia comunicato per iscritto al Servizio Finanziario entro i successivi cinque giorni lavorativi e, comunque, entro la fine del corrente esercizio finanziario, per la mutazione dell'impegno contabile in vincolo definitivo di indisponibilità, ai sensi dell'art. 183 del D.Lgs. 267/00.

IL DIRIGENTE
DOTTOR GIUSEPPE SCIAUDONE