Parere n.4 del 14/1/2015

PREC 206-14-S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società Cooperativa Virginia a r.l. - “Piano di Zona 2010/2012 – Progetto di assistenza domiciliare disabili «C’è ancora qualcuno»” – Importo a base di gara: 73.914,26 euro – S.A.: Comune di Lercara Friddi

PREC 207-14-S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società Cooperativa Virginia a r.l. - “Piano di Zona 2010/2012 – Progetto di assistenza domiciliare anziani «Facciamoci compagnia»” – Importo a base di gara: 96.153,85 euro – S.A.: Comune di Lercara Friddi

Presentazione della documentazione necessaria ai fini della stipula del contratto entro un termine perentorio stabilito dalla stazione appaltante – mancato rispetto del termine e delle successive proroghe concesse da parte dell’aggiudicatario – dichiarazione di decadenza dall’aggiudicazione provvisoria - legittimità

È legittima la scelta dell’amministrazione, a tutela dell’interesse pubblico alla stipula del contratto entro tempi brevi e alla celere esecuzione del servizio, di dichiarare la decadenza dell’aggiudicazione provvisoria nei confronti dell’aggiudicatario che non abbia adempiuto alle reiterate richieste di documentazione e di chiarimenti necessari ai fini della stipula del contratto.

Articolo 11 del d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 10 giugno 2014, sono pervenute le istanze di parere in epigrafe con le quali la società Cooperativa Virginia a r.l. ha contestato il provvedimento di decadenza dall’aggiudicazione provvisoria disposto dal Comune di Lercara Friddi, sia per la gara concernente il “Progetto di assistenza domiciliare disabili «C’è ancora qualcuno»”, sia per la gara relativa al “Progetto di assistenza domiciliare anziani «Facciamoci compagnia»”, per non aver prodotto la documentazione entro il termine perentorio stabilito dalla stazione appaltante, né entro i termini concessi con le richieste successive.

In particolare, l’istante ha contestato l’adozione del provvedimento di decadenza dall’aggiudicazione di entrambe le procedure di gara nei confronti del raggruppamento temporaneo di imprese composto dalle cooperative sociali Virginia e Azione Sociale, deducendone l’illegittimità, per insussistenza di alcuna inerzia nella produzione dei documenti richiesti.

Dalla documentazione prodotta si evince che il Comune di Lercara Friddi, in seguito all’aggiudicazione provvisoria delle gare, avvenuta con determinazione del 9 gennaio 2014, richiedeva con nota del 14 gennaio 2014 la documentazione utile ai fini della stipula del contratto, dando termine perentorio per il relativo riscontro entro il 22 gennaio 2014, con l’avvertimento che qualora la documentazione non fosse stata fornita o non fossero risultate confermate le dichiarazioni di cui alla domanda di partecipazione, il Comune avrebbe proceduto all’esclusione dalla gara e all’escussione della cauzione provvisoria.

In particolare, veniva richiesta la produzione di diversi documenti, tra i quali quelli relativi a: il certificato della Cancelleria del Tribunale competente, sezione fallimentare e/o commerciale; la cauzione definitiva; la copia del Codice fiscale e della partita IVA; la dichiarazione ai sensi dell’articolo 3 della legge n. 136/2010 relativa alla tracciabilità dei flussi finanziari; nonché

l'elenco nominativo del personale impiegato nel progetto e relativo al titolo di studio e la copia del contratto di raggruppamento costituito.

Non ricevendo riscontro alla richiesta formulata, il Comune, con nota dell'11 febbraio 2014, aveva reiterato la richiesta dando un nuovo termine per l'adempimento entro il 13 febbraio 2014 e con successiva nota del 25 febbraio 2014 fissava ulteriore termine al 28 febbraio 2014.

Conseguentemente, il Comune di Lercara Friddi, in qualità di Comune capofila del Distretto socio-Sanitario D38, convocava i sindaci del distretto per le valutazioni di competenza e, per l'effetto, non avendo ricevuto il necessario riscontro alla documentazione richiesta e i chiarimenti sull'esistenza di un contenzioso pregresso e ritenendo, conseguentemente, non più possibile procedere ad un'ulteriore dilatazione dei tempi per stipulare il contratto e fornire il servizio alla comunità, dichiarava la decadenza dell'aggiudicazione provvisoria disposta in favore del raggruppamento temporaneo tra la cooperativa Virginia e la cooperativa Azione Sociale ed aggiudicava alla seconda in graduatoria, il raggruppamento temporaneo composto dalla società cooperativa Cassiopea e la società cooperativa L'Airone.

Per le due istanze pervenute sono stati formalmente avviati i relativi procedimenti, dando comunicazione alle parti con nota, rispettivamente, del 4 settembre 2014 e del 5 settembre 2014.

I due procedimenti, sebbene riferiti a due procedure di gara differenti, sono stati riuniti nel presente parere per identità di questione controversa sottoposta all'attenzione dell'Autorità, nonché per identità di soggetti coinvolti nella vicenda.

Ritenuto in diritto

La questione giuridica sottoposta all'attenzione dell'Autorità presuppone una valutazione sulla legittimità o meno di un provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione disposto nel caso in cui, a fronte delle richieste documentali effettuate dall'amministrazione ai fini della stipula del contratto, l'aggiudicatario non fornisca, nei termini previsti dalla stazione appaltante, né negli ulteriori termini concessi, riscontro a tali richieste.

Come noto, l'intera disciplina in materia di contrattualistica pubblica muove dall'esigenza di soddisfare l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione procedente con la stipulazione del contratto e con la relativa esecuzione. Nel momento in cui un'amministrazione, infatti, decide di affidare un contratto ad un soggetto privato, ha interesse, una volta selezionato l'offerente migliore, ad addivenire alla stipula del relativo contratto nel più breve tempo possibile e di ottenere tempestivamente la relativa esecuzione.

L'ordinamento, al riguardo, crea un apposito procedimento che disciplina le fasi dell'affidamento, regolando anche i relativi termini all'articolo 11 del d.lgs. n. 163/2006 e distinguendo, una volta intervenuta l'aggiudicazione provvisoria, la fase dei necessari controlli per verificare l'effettiva affidabilità dell'impresa ed il permanere in capo ad essa dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione (si pensi ai controlli di cui agli articoli 38 e 48 del codice), da quella deputata alla predisposizione della documentazione necessaria ai fini della stipulazione del contratto.

In tali fasi sussistono due doveri di collaborazione tra le parti: da un lato, l'amministrazione ha il dovere di concludere il procedimento avviato, sia a garanzia dell'interesse del privato aggiudicatario, sia a tutela dell'interesse pubblico perseguito attraverso l'affidamento posto in essere; dall'altro, l'affidatario ha il dovere di collaborare nel fornire la documentazione necessaria ai fini della stipula, nonché di rispondere ad eventuali richieste di chiarimenti da parte della stazione appaltante.

Tale è la *ratio* delle disposizioni del Codice che, da un lato, impongono all'amministrazione di stipulare il contratto entro un termine di sessanta giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione definitiva, efficacia che dipende dal buon esito dei controlli effettuati sul concorrente (articolo 11 del d.lgs. n. 163/2006) e, dall'altro, definiscono termini in capo ai concorrenti, ad esempio, per comprovare il possesso dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione (articolo 48 del d.lgs. n. 163/2006).

In tale ottica ed in considerazione dell'esigenza di garantire la soddisfazione dell'interesse

pubblico perseguita dall'amministrazione con la stipula del contratto, sussiste in capo all'amministrazione la possibilità di esercitare il potere di autotutela e, per l'effetto, dichiarare la decadenza dell'aggiudicazione provvisoria qualora l'affidatario, a fronte di richieste documentali ricevute, non collabori alla stipula del contratto.

Infatti, il procedimento di evidenza pubblica ha scopi e valenza ad effetti unitari, fino al momento della stipula del contratto, che non solo consentono - ma anzi impongono, nell'interesse pubblico, anche ai fini della revoca dell'aggiudicazione - la valutazione di tutte le circostanze e gli elementi concernenti il raggiungimento in concreto dell'obiettivo di scegliere l'operatore economico più serio ed affidabile per la più corretta e tempestiva esecuzione dell'appalto (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 3395 del 6 giugno 2014, Tar Sardegna, sez. I, sentenza n. 526 del 2 luglio 2014).

Tanto premesso, nel caso di specie, dalla ricostruzione della vicenda come rappresentata in atti, appare legittima la scelta dell'amministrazione di dichiarare la decadenza dell'aggiudicazione provvisoria a fronte dell'inerzia del concorrente o comunque della sua mancata collaborazione a fornire i documenti necessari alla stipula.

Peraltro, la scelta di disporre la decadenza dall'aggiudicazione non risulta nemmeno essere l'effetto immediato del mancato rispetto del termine della prima richiesta documentale, in quanto la stazione appaltante, anche in spirito collaborativo e partecipativo, ha proceduto a reiterare le richieste all'aggiudicatario. Richieste che, tuttavia, appaiono solo parzialmente evase con l'invio di una parte della documentazione, mentre l'altra documentazione, nonché i chiarimenti sui contenziosi in atto, per quanto richiesti, non venivano forniti.

Circostanze, queste, che costituiscono una legittima motivazione del provvedimento di decadenza posto in essere, non solo per l'impossibilità per l'amministrazione di procedere ad un'ulteriore dilatazione dei tempi per stipulare il contratto e conseguentemente non fornire i relativi servizi alla comunità, ma anche per la possibile dimostrazione, nel comportamento dell'impresa, di una dubbia affidabilità dell'operatore economico, anche ai fini dell'esecuzione contrattuale.

Né, da quanto risulta dalla documentazione in atti, la società, nel difendere il proprio operato, ha fornito motivazioni adeguate e tali da supportare l'eventuale non imputabilità ad essa delle circostanze verificatesi per giustificare il ritardo di riscontro o la mancata risposta.

Tale ricostruzione interpretativa, chiaramente finalizzata ad evitare che l'aggiudicatario possa tenere in piedi *sine die* le operazioni di gara, appare peraltro confortata dall'orientamento generale che il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, ha espresso nella sentenza n. 10 del 25 febbraio 2014: in quella sede, infatti, proprio a garanzia dell'esigenza di celerità e certezza che la stazione appaltante ha nella fase immediatamente successiva all'aggiudicazione e prodromica alla stipulazione del contratto, è stata riconosciuta la perentorietà del termine, di cui all'articolo 48, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, entro il quale l'aggiudicatario provvisorio ed il secondo in graduatoria devono presentare la documentazione a comprova del possesso dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione.

Inoltre, fin dalla lettera d'invito era noto ai concorrenti e, dunque, anche all'affidatario, l'obbligo di fornire all'amministrazione la documentazione necessaria ai fini della stipulazione del contratto. Si legge, infatti, nel testo della lettera d'invito, nella parte finale: "la ditta aggiudicatario è tenuta a produrre, nei tempi indicati dal comune Capofila del Distretto D38, la documentazione richiesta ai fini della stipulazione del contratto: 1)cauzione definitiva a garanzia dell'esatto adempimento del servizio come previsto dall'articolo 113 del decreto legislativo 163/2006 comma 1 e 2; 2) spese contrattuali come da indicazione dell'Ente; 3) copia degli atti da allegare al contratto; 4) contestualmente alla consegna del servizio la ditta aggiudicatario dovrà comunicare i nominativi del personale addetto all'espletamento del servizio": condizioni, dunque, note all'aggiudicatario ed accettate al momento di presentazione dell'istanza di partecipazione.

Infine, ad ulteriore supporto della decadenza, depono il fatto che l'aggiudicazione provvisoria era intervenuta a gennaio 2014 e che l'*iter* procedimentale, a causa della scarsa cooperazione del concorrente, è proseguito fino a maggio 2014 e che ciò ha inevitabilmente pregiudicato la

soddisfazione dell'interesse dell'amministrazione a fornire alla collettività i servizi oggetto del contratto.

Sulla base di tali argomentazioni, si ritiene legittimo il potere di autotutela esercitato dalla stazione appaltante e, pertanto, corretta la scelta del Comune di dichiarare la decadenza dell'aggiudicazione e di affidare i contratti al secondo concorrente in graduatoria.

In base a quanto rappresentato,

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, legittima la scelta dell'amministrazione, a tutela dell'interesse pubblico alla stipula del contratto entro tempi brevi e alla celere esecuzione del servizio nei confronti della comunità, di dichiarare la decadenza dell'aggiudicazione provvisoria disposta nei confronti della cooperativa sociale Virginia per non aver adempiuto alle reiterate richieste di documentazione e di chiarimenti necessari ai fini della stipula contrattuale.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 28 gennaio 2015

Il Segretario Maria Esposito