COPIA

COMUNE DI CASALUCE

PROVINCIA DI CASERTA

Determina Altro

AREA IV - TECNICA LAVORI PUBBLICI

DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE

Num. 69 del 31/03/2021

Num. Generale 136 del 01/04/2021

Oggetto: Conclusione del procedimento di annullamento della determinazione n° 514 del 09.11.2018 ad oggetto “Indizione gara d'appalto per l'affidamento della "Concessione della progettazione ed esecuzione, direzione dei lavori, contabilità, conto finale, realizzazione e gestione dell'ampliamento del cimitero comunale da realizzarsi in project financing. determina a contrarre” e di tutti gli atti connessi e consequenziali alla procedura di gara

Oggetto: Conclusione del procedimento di annullamento della determinazione n° 514 del 09.11.2018 ad oggetto “Indizione gara d'appalto per l'affidamento della *"Concessione della progettazione ed esecuzione, direzione dei lavori, contabilità, conto finale, realizzazione e gestione dell'ampliamento del cimitero comunale da realizzarsi in project financing. determina a contrarre”* e di tutti gli atti connessi e consequenziali alla procedura di gara

Il Responsabile dell’Area Tecnica Lavori Pubblici

Visto il Decreto Sindacale n. 25 del 30.09.2020, con il quale è stata affidata allo scrivente, arch. Di Grazia Maurizio, la responsabilità dell’Area Tecnica Lavori Pubblici, ai sensi dell’art. 107 del decreto legislativo 267/2000 e ss.mm.ii.;

Visto il Decreto del Commissario Prefettizio n. 5 del 29.12.2021, con il quale è stata confermata la nomina disposta con il citato Decreto Sindacale n. 25 del 30.09.2020;

Vista la Legge 241 del 7 agosto 1990 che stabilisce che: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza»;

Vista la determinan° 514 del 09.11.2018 ad oggetto "*Indizione gara d'appalto per l'affidamento della "Concessione della progettazione ed esecuzione, direzione dei lavori, contabilità, conto finale, realizzazione e gestione dell'ampliamento del cimitero comunale da realizzarsi in project financing. determina a contrarre"* con la quale il responsabile p.t. dell'Area LL.PP. determinò:

1. *Di indire una gara d'appalto per l'affidamento della "Concessione della progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, direzione dei lavori, contabilità, conto finale, realizzazione e gestione dell'ampliamento del cimitero comunale da realizzarsi in Project Financing", aggiudicato procedura aperta (art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016) con il criterio Qualità/prezzo (es. art. 95 c.2 D.lgs. 50/2016) secondo quanto indicato negli Atti di Gara;*
2. *Di nominare quale Responsabile Unico del Procedimento l'arch. Francesco De Lucia*
3. *Di stabilire che si procederà all'aggiudicazione anche in caso di un'unica offerta valida e che l'amministrazione si riserva in ogni caso di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risultasse conveniente o idonea in relazione all'oggetto dell'appalto;*
4. *Di dare seguito agli adempimenti previsti dalla vigente normativa per la conclusione del contratto;*
5. *Di approvare il Bando di gara ed il Disciplinare di gara con i relativi allegati al presente atto per farne parte integrante e sostanziale;*
6. *Di dare pubblicità al bando di gara, in attesa di emanazione del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC, da adottarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del codice 50/2016, al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e di adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità, attraverso la pubblicazione sulla GUUE, G.U.R.I., all'albo pretorio online del Comune di Casaluce, sul profilo della Stazione appaltante, pubblicati sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC, anche tramite i sistemi informatizzati regionali, sul portale ASMECOMM e su due quotidiani;*
7. *Di provvedere, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. 50/2015, che tutti gli atti relativi alla procedura in oggetto saranno pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33;*
8. *di provvedere alla pubblicazione sul profilo del Committente e su quello della Centrale di Committenza dei provvedimenti che determinano le ammissioni e le esclusioni dei concorrenti dalla procedura di affidamento entro due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis del codice del processo amministrativo e del comma 1 del citato art. 29 del d.lgs. 50/2015;*
9. *di pubblicare, nella stessa sezione, la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti. Inoltre sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione.*
10. *Di prenotare l'impegno di spesa nel predisponendo bilancio di previsione 2018 per l'importo di € 600,00 per contributo AVCP;*
11. *Di recepire nello schema di contratto, l'obbligo per l'aggiudicatario di provvedere, prima della stipula del contratto, al pagamento del corrispettivo del servizio per le attività di gara fornite a favore di ASMEL consortile S.c. a r.l., fissato nella misura dell'1% oltre IVA, sull'importo a base di gara, pari a € 3.215.091,00 oltre IVA. Inoltre, l'aggiudicatario, dovrà rimborsare alla centrale di committenza le spese di pubblicità legale di cui agli artt. 72 e 73 del D.Lgs. 50/2016.*
12. *Di obbligarsi, prima della stipulazione del contratto, a verificare che l'aggiudicatario abbia provveduto al pagamento del corrispettivo del servizio per le attività di gara fornite a favore di ASMEL consortile S.c. a r.l. nonché le spese di pubblicità legale anticipate come stabilito al precedente punto;*
13. *Di obbligarsi, nel caso l'aggiudicatario non abbia provveduto al pagamento del corrispettivo e delle spese di pubblicità legale in favore di Asmel consortile, a trattene le relative somme*

dalle spettanze dell'aggiudicatario, decurtando detto importo dal primo acconto dovuto all'aggiudicatario e provvedere alla liquidazione delle stesse in favore di Asmel consortile;

14. *Di impegnarsi a trasmettere tempestivamente alla ASMEL consortile S.c.a r.l. la proposta di aggiudicazione e la successiva determina di aggiudicazione e tutti gli atti afferenti la conclusione della procedura di gara;*
15. *Di provvedere agli adempimenti previsti dall'art. 31 del Decreto Legislativo n. 50/2016 per quanto di rispettiva competenza;*
16. *Di trasmettere il presente provvedimento alla ASMEL Consortile S.c. a r.l. per il seguito di competenza;*
17. ***Di dare mandato al Responsabile Unico del Procedimento, arch. Francesco De Lucia, di provvedere a tutti gli atti consequenziali.***

Vista la sentenza del Consiglio di Stato n° 6975/2020, emessa relativamente ad una gara bandita del Comune di Casaluce, con la quale il supremo organo di Giustizia Amministrativa ha sentenziato che **Asmel non può rivestire la posizione di centrale di committenza, *con conseguente illegittimita' dell'intera procedura concorsuale*,** in quanto:

> *" … come risulta dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 4 giugno 2020, emessa su ordinanza di rimessione di questo Consiglio n. 68 del 3 gennaio 2019: "L'articolo 1, paragrafo 10, e l'articolo 11 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (UE) n. 1336/2013 della Commissione, del 13 dicembre 2013, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale che limita l'autonomia organizzativa dei piccoli enti locali di fare ricorso a **una centrale di committenza a soli due modelli di organizzazione esclusivamente pubblica, senza la partecipazione di soggetti o di imprese private**.*
>
> *L'articolo 1, paragrafo 10, e l'articolo 11 della direttiva 2004/18, come modificata dal regolamento n. 1336/2013, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale che limita l'ambito di operatività delle centrali di committenza istituite da enti locali al territorio di tali enti locali".*

Viste le reiterate istanze prot. 833 del 27.01.2021, prot. 1010 prot. del 01.02.2021 e prot 1172 del 04.02.2021 con le quali "*Fenix Consorzio Stabile S.C.A.R.L*", rapp.to e difeso dall'Avv. Mario Caliendo, premesso che:

> *"Il Consorzio ha partecipato alla gara indetta dalla Amministrazione Comunale di Casaluce. Le offerte dovevano pervenire entro il termine perentorio delle ore 12.00 del giorno 07.01.2019 e dovevano essere caricate sulla piattaforma ASMEL. Tuttavia, dopo il soccorso istruttorio del 15.4.2019, l'ASMEL non ha comunicato alcunché all'operatore economico. In effetti, a quanto emerge dal portale, l'ASMEL e/o la Amministrazione non hanno neanche completato i controlli definitivi e non ha ancora disposto l'aggiudicazione o comunque non ha in nessun modo concluso il procedimento ad evidenza pubblica. Il Comune è obbligato a concludere il procedimento ad evidenza pubblica e quindi definire tutte le posizione, così come, prescriva l'art. 32 del codice e l'art. 2 della Legge 241 del 1990. Invece, il Comune e l'ASMEL non ha ultimato la procedura che, come detto, risulta "bloccata" dal mese di aprile del 2019, senza nessun motivo e senza che si sia conclusa con l'aggiudicazione. I termini per concludere il procedimento di aggiudicazione sono abbondantemente*

elassi ed ad oggi il Comune e l'ASMEL non hanno ancora disposto l'aggiudicazione a favore del Consorzio. Il comportamento silente dell'Amministrazione oltre ad essere sospetto determina un silenzio rifiuto suscettibile di essere impugnato ulteriormente davanti al TAR."

ha intimato e diffidato il RUP a "*completare ad horas il procedimento ad evidenzia pubblica disponendo un provvedimento definitivo*".

Dato atto che la procedura di gara è stata bandita ricorrendo ad ASMEL quale **centrale di committenza** (cfr determina 195/2018 N. Gen. 514 del 09.11.2018)

Considerato che sono stati ravvisati, per quanto sopra, profili di illegittimità, che hanno imposto l'avvio di un procedimento, finalizzato al contemperamento dell'interesse pubblico all'annullamento dell'intera procedura di gara e dell'interesse del partecipante alla procedura alla prosecuzione e conclusione della procedura di gara in oggetto,

Richiamata la comunicazione **prot. 1412 del 11.02.2021**, inviata alla predetta ditta, con la quale si comunicava l'***"Avvio del procedimento di annullamento della determinazione n° 514 del 09.11.2018*** *ad oggetto "Indizione gara d'appalto per l'affidamento della "Concessione della progettazione ed esecuzione, direzione dei lavori, contabilità, conto finale, realizzazione e gestione dell'ampliamento del cimitero comunale da realizzarsi in project financing determina a contrarre" e di tutti gli atti consequenziali della procedura di gara".*

Dato altresì atto

che con la predetta comunicazione di avvio del procedimento alla ditta partecipante è stata data facoltà di presentare "*motivate controdeduzioni entro il termine di **15 giorni** dalla notificazione o piena conoscenza della presente comunicazione.*"

che, il 24.02.2021 prot. 1895 , sono state presentate, da parte di "Fenix Consorzio Stabile S.C.A.R.L"**,** Via Galleria Ugo Bassi n. 1, Bologna , a mezzo dell'avv. Mario Caliendo, osservazioni in merito all'avvio del procedimento di cui alla comunicazione indicata;

che con le citate osservazioni, la ditta "Fenix Consorzio Stabile S.C.A.R.L", in sintesi, sostiene:

- Che l'AMSEL non ha funto da centrale di committenza ma mera attività di supporto nella gestione informatica della gara.
- Che la pronuncia del Consiglio di Stato non può avere ricadute automatiche su tutte le gare gestite dall'ASMEL, al punto da renderle automaticamente illegittime;
- Che anche a voler considerare l'ASMEL una Centrale Unica di Committenza (CUC) il comune non è tenuto ad annullare l'intera procedura potendo continuare gestendo direttamente con gli addetti comunali o tramite altre CUC;
- Che alla gara ha partecipato solo il "Fenix Consorzio Stabile S.C.A.R.L" e quindi l'Asmel non poteva e non potrà in alcun modo incidere sulla selezione pubblica;

Dato Atto che il predetto "Fenix Consorzio Stabile", oltre alle summenzionate osservazioni, il 19.03.2021 prot. 2963, ha depositato la sentenza TAR Campania 1843 del 18.03.2021, che risulta inconferente nel presente procedimento atteso che si riferisce ad una gara bandita durante il periodo di sospensione dell'obbligo di ricorso alle centrali di committenza (art. 1, comma 1, lett. a), L. 55/2019) per la quale l'ASMEL ha prestato solo servizi ausiliari a favore del comune di Cesa (Ce),

Considerato

Che dalla determina n° 195/2018 - R.G **n° 514 del 09.11.2018,** oggetto di procedimento di annullamento, si evince in più punti la volontà di riconoscere all'ASMEL il ruolo di centrale di Committenza;

che, anche a voler sostenere la tesi del "Fenix Consorzio Stabile", circa il ruolo meramente ausiliario svolto dall'ASMEL, la procedura di gara risulterebbe parimenti illegittima in quanto violerebbe l'art. 37 del D.Lgs 50/2016 che imponeva alle stazioni appaltanti di procedere "*ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati*";

che l'ANAC, Autorità Nazionale Anticorruzione, già il 30 aprile 2015 ebbe a rappresentare, con propria Deliberazione numero 32 che:

- *Il Consorzio Asmez e la società consortile Asmel a r.l. non rispondono ai modelli organizzativi indicati dall'art. 33 comma 3-bis del d.lgs. 163/06, quali possibili sistemi di aggregazione degli appalti di enti locali, sulla base delle considerazioni contenute nella parte motivazionale del presente atto deliberativo;*
- *pertanto, la società consortile Asmel a r.l. non può essere inclusa tra i soggetti aggregatori di cui all'art. 9 del d. l. n. 66/2014, né può considerarsi legittimata ad espletare attività di intermediazione negli acquisiti pubblici, peraltro senza alcun limite territoriale definito;*
- *conseguentemente, sono prive del presupposto di legittimazione le gare poste in essere dalla predetta società consortile Asmel;*

che nel tempo, però, i Tribunali Amministrativi Regionali, di volta in volta aditi, si erano espressi con altalenanti pronunce giurisprudenziali;

che la motivazione certa dell'illegittimità della procedura di gara si è palesata inequivocabilmente il 12/11/2020, data di pubblicazione della menzionata sentenza del Consiglio di Stato n° 6975/2020,

che, comunque, un eventuale proseguimento della procedura di gara esporrebbe l'Ente alla sicura soccombenza giudiziaria in caso di ricorso di eventuali terzi contro interessati o dell'ANAC, legittimata per legge ad impugnare provvedimenti amministrativi inerenti procedure gare;

che, per il principio di cautela, occorre inevitabilmente procedere all'annullamento della procedura di gara al fini di evitare contenziosi dall'esito pressoché scontato in danno del Comune;

che, peraltro, il disciplinare di gara, approvato con la determina n° 195/2018 - R.G **n° 514 del 09.11.2018** - (oggetto della presente procedura), prevede **esplicitamente** all'art. 10.3

10.3. Riserva di aggiudicazione

La stazione appaltante si riserva, senza alcun diritto degli offerenti a rimborso spese o indennità di alcun genere agli offerenti:

a) di differire, spostare o revocare il presente procedimento di gara;

b) di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, ai sensi dell'articolo95, comma 12, del decreto legislativo 50 del 2016

Valutati, per quanto sopra detto, recessivi gli interessi "Fenix Consorzio Stabile S.C.A.R.L", alla conservazione della procedura di gara in confronto a quelli pubblici, rappresentati dall'Ente, finalizzati all'annullamento;

Ritenuto, pertanto, di procedere all'annullamento in autotutela della determina n° 195/2018 - R.G **n° 514 del 09.11.2018;**

Rilevato che il potere di annullamento in autotutela della procedura di gara rientra nella potestà discrezionale della Stazione appaltante, ove sia presente l'interesse pubblico al corretto svolgimento della gara e alla corretta applicazione della procedura, senza incorrere in errori come nella fattispecie in questione;

Considerato che l'adozione di un provvedimento in autotutela rappresenta un potere e dovere in capo alla stazione appaltante da espletarsi in qualunque momento nel corso della procedura ad evidenza pubblica, in presenza di vizi tali da pregiudicare i principi di trasparenza, imparzialità, buon andamento e buona amministrazione;

Considerata, di conseguenza, la sussistenza di un interesse concreto e attuale all'annullamento della determina n° 195/2018 - R.G. n° 514 del 09.11.2018

Ritenuto, pertanto, di dover procedere all'annullamento anche al fine di rideterminare, nelle modalità e tempi di affidamento, i lavori di completamento del cimitero comunale secondo i principi di trasparenza, imparzialità, buon andamento e buona amministrazione

Verificati i presupposti di legge per procedere in autotutela e che l'annullamento degli atti di gara è soggetto ai medesimi presupposti previsti dall'art.21 della legge 241/90 in materia di annullamento degli atti amministrativi per motivi di pubblico interesse;

Visti:

- l'art. 21 nonies della Legge 7 agosto 1990, n. 241 "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi"
- gli art. 107 e 109 del d.lgs 18 agosto 2000, n. 267 "Testo Unico Delle Leggi Sull'ordinamento Degli Enti Locali"
- il Decreto Sindacale n. 25 del 30.09.2020, con il quale è stata affidata allo scrivente, arch. Di Grazia Maurizio, la responsabilità dell'Area Tecnica Lavori Pubblici, ai sensi dell'art. 107 del decreto legislativo 267/2000 e ss.mm.ii.;
- il Decreto del Commissario Prefettizio n. 5 del 29.12.2021, con il quale è stata confermata la nomina disposta con il citato Decreto Sindacale n. 25 del 30.09.2020;

DETERMINA

Di Annullare in autotutela ai sensi dell'art. 21- nonies, comma 1° della Legge 241/1990 e smi, per le motivazioni in narrativa, **la determina a contrarre n° 195/2018 - R.G. n° 514 del 09.11.2018** e tutti gli atti connessi e conseguenti;

Di Dare Atto che con separato e successivo atto si provvederà a determinare, nelle modalità e tempi di affidamento, i lavori di completamento del cimitero comunale secondo i principi di trasparenza, imparzialità, buon andamento e buona amministrazione

Di comunicare a "Fenix Consorzio Stabile S.C.A.R.L"**,** Via Galleria Ugo Bassi n. 1, Bologna , nonché all'avv. Mario Caliendo nella qualità dichiarata, l'annullamento della **determina a contrarre n° 195/2018 - R.G. n° 514 del 09.11.2018** e, conseguenzialmente, dell'intero procedimento di gara mediante trasmissione del presente atto a mezzo Posta Elettronica Certificata.

Di Dare altresì Atto

- che avverso il presente provvedimento è ammesso ricorso al Tribunale Amministrativo della Campania (Napoli) o, alternativamente, al Presidente della Repubblica, rispettivamente nel termine di giorni 60 o 120 giorni dalla notifica o piena conoscenza

del presente atto.

- che la presente determinazione sarà pubblicata sull'Albo pretorio online, sulla Home Page e nella sezione "*Amministrazione trasparente*" del sito internet dell'Ente, ai sensi degli D.Lgs. n. 33/2013.

Il Responsabile dell'AREA IV - TECNICA LAVORI PUBBLICI
f.to Arch. Maurizio Di Grazia

PARERE DI REGOLARITÀ TECNICA

Il Responsabile del Servizio interessato attesta, ai sensi dell'articolo 147-*bis*, comma 1, del D.Lgs. n. 267/2000 e del relativo *Regolamento comunale sui controlli interni*, la regolarità tecnica del presente provvedimento in ordine alla legittimità, regolarità e correttezza dell'azione amministrativa e della sua conformità alla vigente normativa comunitaria, nazionale, regionale, statutaria e regolamentare.

Esprime parere: **Favorevole**
Data:01/04/2021

Il Responsabile dell'AREA IV - TECNICA LAVORI PUBBLICI
f.to Arch. Maurizio Di Grazia

Per copia dell'originale

Casaluce, 01/04/2021

Il Responsabile dell'Area
Arch. Maurizio Di Grazia

ATTESTAZIONE DI PUBBLICAZIONE

La presente determinazione viene affissa in data odierna all'Albo pretorio di questo comune e vi rimarrà per quindici giorni consecutivi e naturali.

Reg. N° 259

Casaluce, 01/04/2021

Il Responsabile del Procedimento
f.to **Arch. Maurizio Di Grazia**