



COMUNE DI CASALUCE

PROVINCIA DI CASERTA

Determina Altro

AREA IV - TECNICA LAVORI PUBBLICI

DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE

Num. 68 del 31/03/2021

Num. Generale 137 del 01/04/2021

Oggetto: Conclusione del Procedimento di annullamento della determinazione n° 209/2018 (num. Gen. 613 del 21.12.2018) ad oggetto “Determina a Contrarre; affidamento lavori 'Adeguamento ed efficientamento della pubblica illuminazione del Comune di Casaluce” e di tutti gli atti connessi e consequenziali alla procedura di gara.

Oggetto: Conclusione del Procedimento di annullamento della determinazione n° 209/2018 (num. Gen. 613 del 21.12.2018) ad oggetto “*Determina a Contrarre; affidamento lavori 'Adeguamento ed efficientamento della pubblica illuminazione del Comune di Casaluce*” 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 determina n° 209/2018 (num. Gen. 613 del 21.12.2018) ad oggetto “*Determina a Contrarre; affidamento lavori 'Adeguamento ed efficientamento della pubblica illuminazione del Comune di Casaluce*” con la quale il responsabile p.t. dell'Area LL.PP. determinò, tra l'altro:

- § Di indire una gara d'appalto per Adeguamento ed Efficientamento della Pubblica Illuminazione del Comune di Casaluce, 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;
- § Di nominare quale Responsabile Unico del Procedimento l'arch. Francesco De Lucia
- § 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;
- § Di dare seguito agli adempimenti previsti dalla vigente normativa per la conclusione del contratto;
- § Di approvare il Bando di gara ed il Disciplinare di gara con i relativi allegati al presente atto per farne parte integrante e sostanziale;
- § 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 G.U.R.I., all'albo pretorio online del Comune, 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 2 quotidiani;
- § 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;
- § 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;
- § 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.
- § Di prenotare l'impegno di spesa nel predisponendo bilancio di previsione 2018 per l'importo di € 600,00 per contributo AVCP;
- § 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 € 12.898,24 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.
- § 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;
- § 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;
- § 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;
- § Di provvedere agli adempimenti previsti dall'art. 31 del Decreto Legislativo n. 50/2016 per quanto di rispettiva competenza;

- § Di trasmettere il presente provvedimento alla ASMEL Consortile S.c. a r.l. per il seguito di competenza;
- § 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 illegittimità 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”.

Dato atto

- che la procedura di gara è stata bandita ricorrendo ad ASMEL quale **centrale di committenza**
- che per la procedura di gara hanno presentato istanza di partecipazione le seguenti ditte: **L.L.E. SRL**, via Antonio Gramsci 17/b 80122 Napoli (Na)- p.iva 07912241218, **AR.CA SRL**, Via Nettuno n° 1 81033 Casal di Principe (CE) - p.iva 03207180617; **IMPREGINA S.R.L.** Corso Trieste, 214 81100 Caserta (CE) - P.Iva 03916770617; **R.T.I.** composto da: **DITTA CARLO FEDELE** P.iva 01004020614 (mandatario), **L.G.I. s.r.l.** P.iva 08344860963 (mandante) **CO.GE.MA. Engineering s.r.l.** P.Iva 03018980613 (mandante).
- che, dalla ricerca effettuata sul sistema informatico dell'Ente utilizzato per l'approvazione degli atti amministrativi, non sono stati rinvenuti atti di nomina della commissione di gara;
- che, da un controllo effettuato sulla piattaforma Net4market di Asmel, utilizzata per l'avvio della procedura di gara in oggetto, si è appurato che le domande di partecipazione non sono state assolutamente valutate in quanto le “buste virtuali” contenenti la “documentazione amministrativa” risultano ancora chiuse;

Dato atto 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 dei partecipanti alla procedura alla prosecuzione e conclusione della procedura di gara in oggetto,

Richiamata la comunicazione **prot. 1474 del 12.02.2021**, inviata alle predette ditte, con la quale si comunicava l' "**Avvio del procedimento di annullamento della determinazione n° 209/2018** (num. Gen. 613 del 21.12.2018) ad oggetto "Determina a Contrarre; affidamento lavori 'Adeguamento ed efficientamento della pubblica illuminazione del Comune di Casaluce' e di tutti gli atti connessi e consequenziali alla procedura di gara."

Dato altresì atto

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

che, il 01.03.2021 prot. 2062, oltre il termine assegnato, sono state presentate, unicamente da parte di **L.L.E. SRL**, via Antonio Gramsci 17/b 80122 Napoli (Na)- p.iva 07912241218, a mezzo dell'avv. Federica Lombardi, osservazioni in merito alla comunicazione indicata;

che dalla citate osservazioni emerge che gli unici motivi attinenti il procedimento di annullamento sono quelli di seguito trascritti:

- § *"La determinazione n° 209 del 21.12.2018 è stata emanata da ben 26 mesi e, quindi, oltre il termine di 18 mesi previsto dal su indicato art. 21 nonies, secondo cui l'annullamento d'ufficio di un atto illegittimo può avvenire <<sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a 18 mesi>>."*
- § *Non sussistono peraltro le ragioni di interesse pubblico necessarie a giustificare un annullamento, in quanto la gara oggetto della determinazione che la P.A. intende annullare riguarda un servizio pubblico fondamentale per la vita dell'Ente che, ormai da moltissimi anni, è affidata attraverso afidaenti e proroghe illegittimi."*

Considerato:

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, quindi, palesata inequivocabilmente solo il 12/11/2020, data di pubblicazione della menzionata sentenza del Consiglio di Stato n° 6975/2020,

che, solo da tale data, eventualmente a voler adire alla prospettazione della L.L.E. srl., potrebbero decorrere i 18 mesi previsti dall'art. 21 nonies ;

che, comunque, un eventuale proseguimento della procedura di gara esporrebbe l'Ente alla sicura soccombenza giudiziaria in caso di ricorso di uno degli altri partecipanti alla gara o dell'ANAC;

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° 209/2018 - R.G. n° **613 del 21.12.2018** - (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'articolo 95, comma 12, del decreto legislativo 50 del 2016

Valutati, per quanto sopra detto, recessivi gli interessi dei partecipanti, ed in particolare della ditta L.L.E. srl, 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° 209/2018 - R.G. n° **613 del 21.12.2018** ;

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° 209/2018 - R.G. n° **613 del 21.12.2018**—

Ritenuto, pertanto, di dover procedere all'annullamento anche al fine di rideterminare, nelle modalità e tempi di affidamento, la gestione della Pubblica Illuminazione 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° 209/2018 - R.G. 613 del 21.12.2018** 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, la gestione della Pubblica Illuminazione secondo i principi di trasparenza, imparzialità, buon andamento e buona amministrazione

Di comunicare a tutti concorrenti l'annullamento della **determina a contrarre n° 209/2018 - R.G. n° 613 del 21.12.2018**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 del sito istituzionale 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° 258

Casaluce, 01/04/2021

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