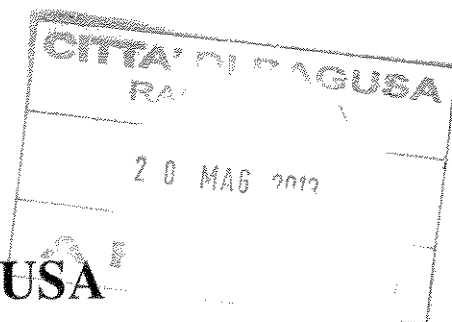


SETTORE I° - SERVIZIO I°

Segreteria Generale e Procedimenti deliberativi

Pratica pervenuta il 21.05.2013**L'ISTRUTTORE DIRETTIVO**

(Dott.ssa Lorenza Minniti)



Serv. Determinazioni Dirigenziali

Trasmessa: Sc H IXII - III - A 15022.05.2013

Il Resp. del servizio

L'Istruttore Direttivo

(Dott.ssa Lorenza Minniti)

CITTÀ DI RAGUSA**SETTORE IX****DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE**

Annotata al Registro Generale	OGGETTO: Annullamento bando di gara approvato con determinazione dirigenziale/IX n.54 del 19 marzo 2013, annotata al Registro Generale in data 10 aprile 2013 con il n.443;
In data <u>22/05/2013</u>	
N. <u>711</u>	
N. <u>83</u> Settore IX	
Data <u>16/05/2013</u>	

DIMOSTRAZIONE DELLA DISPONIBILITÀ DEI FONDI

BILANCIO	CAPITOLI	IMPEGNO
FUNZIONE	SERVIZIO	INTERVENTO

IL RESPONSABILE DI RAGIONERIA

L'anno duemilatredici, il giorno sedici del mese di maggio, nell'ufficio del settore IX, il Comandante dott. Giuseppe Puglisi:



11/04/2013 - 13:00/13:30

Comunicazione ai partecipanti al procedimento

Premesso:

- **che** con Determinazione Dirigenziale/IX n.54 del 19 marzo 2013, annotata al Registro Generale in data 10 aprile 2013 con il n.443, è stato disposto di indire una procedura aperta per l'affidamento del servizio in parola e sono stati approvati il bando di gara, da esperirsi con il sistema della procedura aperta ai sensi dell'art.55 del D. Lgs. n.163/2006 e s.m.i., ed il Capitolato speciale d'appalto;
- **che** il bando del 19 marzo 2013 è stato pubblicato per estratto sulla Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana, parti seconda e terza, n.13 del 29 marzo 2013, integralmente sul profilo di committente di questa Stazione Appaltante in data 29 marzo 2013 e all'Albo Pretorio del Comune dal 29 marzo al 15 aprile 2013;
- **che** nel termine indicato nel bando, giusta comunicazione prot.n. 29938 del 15 aprile 2013 dell'Ufficio Protocollo, sono pervenuti tre plichi e, segnatamente: impresa Egema S.r.l., impresa Total Service Soc.Coop.Soc e impresa Non Solo Auto di Cavalieri Giuseppe;

Rilevato:

- **che** in data 16 aprile 2013 (come si evince dal verbale n. 1) in Ragusa, nella Residenza Comunale, presso l'Ufficio del Settore Contratti, si procedeva alla celebrazione della gara nel corso della quale, verificata l'integrità dei plichi ed accertata la regolarità dei sigilli, si procedeva all'apertura degli stessi, estraendo la busta "A" contenente la documentazione amministrativa al fine di verificare il possesso dei requisiti di ammissione. Prima di procedere alla disamina della documentazione prodotta dai concorrenti, il Presidente chiedeva al Responsabile del Procedimento, segretario verbalizzante della seduta, di produrre la nota con cui si comunica ai partecipanti la data e l'ora dell'avvio delle operazioni di gara. Effettate le necessarie verifiche di riscontro, è emerso che per un disguido di natura meramente tecnica, la nota prot.n.140/P.M. del 15 aprile 2013, non è pervenuta ai concorrenti. In conseguenza di quanto sopra accertato, il Presidente, al fine di garantire l'osservanza del principio fondamentale della massima trasparenza e pubblicità delle operazioni di gara, in considerazione, altresì, di salvaguardia del principio di economicità dell'azione amministrativa, nonchè per non aggravare i costi del procedimento a carico dei concorrenti, dispone di annullare d'ufficio le operazioni di gara fin qui svolte e, tenuto conto di quanto disposto al punto i) del predetto bando di gara, già approvato con la sopra menzionata Determinazione Dirigenziale n.443/2013, ai sensi del quale *"l'Amministrazione si riserva di disporre con provvedimento motivato, ove ne ricorra la necessità, la riapertura della gara e l'eventuale ripetizione di essa"*, dava mandato all'Ufficio Contratti di procedere alla ripetizione della procedura ad evidenza pubblica;
- **che** in data 17 aprile 2013 (come si evince da verbale n. 2), a seguito della nota prot.n. n.30661 di pari data, le imprese partecipanti sono state invitate a presentarsi presso gli uffici di questo settore per procedere al ritiro dei plichi. Ricevuta la precitata nota, si sono presentati il Sig. Mezzasalma Daniel nell'interesse dell'impresa Egema s.r.l. ed il Sig. Tumino Livio nell'interesse dell'impresa Total Service Soc.coop.soc. i quali hanno manifestato perplessità in ordine alla convenienza e legittimità della richiesta di ritiro dell'offerta e di ripresentazione della stessa alla data fissata nella nota. Alla luce di quanto sopra, si è disposto di convocare in seduta pubblica, alle ore 13,00 del 17.04.2013, i rappresentanti delle imprese partecipanti al fine di acquisire la loro volontà in merito alla opportunità ed alternativa di procedere alla restituzione dei plichi o alla prosecuzione della gara come informalmente richiesto dal Sig. Mezzasalma Daniel. I rappresentanti delle ditte concorrenti, come sopra individuati, vengono ufficialmente resi edotti di quanto è accaduto, si dà loro lettura del verbale sopra citato del 16 aprile u.s. e si aprono i plichi esterni, che a fine seduta del 16 aprile u.s. sono stati nuovamente richiusi. Si mostrano le buste contenenti la documentazione per l'ammissione, facendone constatare l'avvenuta apertura con la puntualizzazione che nessun documento è stato oggetto di alterazione o di sottrazione, e si mostrano, infine, le buste contenenti le offerte economiche, facendone rilevare l'assoluta integrità, quindi si chiede loro di esprimersi in merito all'azione da intraprendersi da parte



del Seggio di gara e, cioè, se dare seguito alla gara o procedere alla riconsegna dei plichi. I concorrenti si esprimono nel senso di accondiscendere a che sia data prosecuzione alla gara ed al contempo rilasciano per iscritto il loro consenso accompagnato dalla esplicita e chiara volontà di sollevare questa Amministrazione ed il Seggio di gara da ogni responsabilità per vizio di forma e di rinunciare a compiere future azioni di rivalsa o giudiziarie;

Tenuto conto di quanto sopra, il dirigente della P.M., a seguito delle necessarie verifiche – con propria nota prot. n. 32929 del 24 aprile 2013 - invia ai partecipanti alla gara comunicazione di avvio di procedimento di annullamento in autotutela, per le sottoindicate ragioni:

1) In via preliminare, in ordine alla mancata comunicazione ai partecipanti della data, ora e luogo di apertura della busta "A", contenente "documentazione amministrativa", si eccepisce quanto segue. E' stato ripetutamente precisato che il principio di pubblicità delle sedute della Commissione, *"quanto meno per ciò che riguarda la fase di verifica della integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e di apertura dei plichi stessi, è inderogabile"* (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 novembre 2006, n.6529; Cons. Stato: sez. IV, 8 ottobre 2007, n. 5217; sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1369; sez. V, 27 aprile 2006, n. 2370, 11 gennaio 2006, n. 28 e 30 agosto 2005, n. 3966; sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3030; sez. V, 16 marzo 2005, n. 1077, 11 febbraio 2005, n. 388, 18 marzo 2004, n. 1427 e 9 ottobre 2002, n. 5421; Cons. Stato, Sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856).

Sotto tale profilo, la tutela che viene garantita dall'ordinamento è tutela oggettiva e preventiva, essendo funzionale la pubblicità degli atti di gara non solo al rispetto del principio di parità di trattamento di tutti i concorrenti, ma anche a presidio della correttezza, della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 13 luglio 2010 n. 4520; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 11/11/2010 n. 2581; T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 29/10/2010 n. 3937; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 25 febbraio 2010 n. 224), specie per quanto riguarda la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti (cfr. Consiglio Stato , sez. V, 13 ottobre 2010 , n. 7470). Pertanto, la mancata pubblicità delle sedute di gara per l'aggiudicazione di contratti con la pubblica amministrazione comporta l'invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva, compreso il provvedimento finale di aggiudicazione. Ne deriva che la violazione del principio di pubblicità costituisce vizio insanabile della procedura, il quale si ripercuote sul provvedimento finale di aggiudicazione, invalidandolo, anche ove non sia comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti o manipolazione della documentazione prodotta (cfr. in termini Consiglio di Stato, sez. VI, 4 marzo - 22 aprile 2008, n. 1856; Consiglio di Stato, sez. V, 20 marzo 2006, n. 1445; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 28 marzo 2008, n. 72; Tar Lombardia Brescia, sez. I, 16 ottobre 2008, n. 1329, AVCP parere . 131 del 07/07/2011). Per completezza, si rappresenta che, in sede di procedura di gara ed in conformità al bando di gara, non si è proceduto all'apertura della busta contenente "offerta economica". Sul punto, è necessario ricordare che l'art. 46, comma 1-bis, codice dei contratti stabilisce che "la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, (...). Tenuto conto del precitato articolo, l'AVCP (cfr. **parere n. 4 del 10.10.2012**) ha statuito che "vanno, in effetti, ricondotti alla categoria in esame i casi di violazione di una serie di cautele previste nei documenti di gara, che sono volte ad assicurare l'integrità dei plichi contenenti l'offerta o la domanda di partecipazione e, in definitiva, il corretto svolgimento della procedura di gara". Ciò premesso, si rappresenta che il bando di gara, tra l'altro, prevedeva a pena di esclusione la **"dichiarazione GAP"** (punto 8). A tal fine, si evidenzia che, per giurisprudenza consolidata, "la non «debita compilazione» prevista dal disciplinare di gara del modello Gap "dà luogo - per espressa previsione della lex specialis della procedura - ad una causa di esclusione dalla gara (cfr. C.G.A., sez. giur. n. 400/09; Tar Sicilia, Palermo, n. 13563/10), e ciò a prescindere, per quanto ivi espressamente previsto, dalla circostanza che le richieste notizie siano comunque ricavabili aliunde (cfr. C.G.A. n. 400/09, cit. e TAR Palermo, Sezione III - Sentenza 23/12/2010 n. 14364). Ciò trova conferma "in forza del principio di eterointegrazione del



bando e del disciplinare con le norme imperative, l'obbligo di produzione del modello GAP viene imposto dalla norma imperativa di cui all'art. 1, comma 5, del d.l. n. 629/1982 anche in caso di mancata espressa previsione nella *lex specialis*" (cfr. **Tar Catania sentenza n. 1013 del 21.04.2011**).

2) Requisiti capacità economico-finanziaria di cui all'art. 41, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006 (art. 41 codice contratti) e requisiti di capacità tecnica e professionale (art. 42 comma 1, lett. a) del Codice dei contratti pubblici).

Sul punto, l'AVCP (cfr. **parere precontenzioso n. 161 del 23.09.2010**) ha statuito che "il triennio inerente alla **capacità economico-finanziaria di cui all'art. 41, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006** si riferisce ai documenti tributari e fiscali relativi ai tre esercizi annuali antecedenti alla data di pubblicazione del bando, che risultano depositati, mentre, in relazione ai requisiti di **capacità tecnica e professionale di cui all'art. 42, comma 1, lett. a) del Codice dei contratti pubblici**, il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente alla data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincide necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economico-finanziaria". Si precisa, altresì, che "ai fini della dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese partecipanti ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, l'art. 41, D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, mostra un evidente riferimento alla nozione di "esercizio", inteso come periodo amministrativo di durata ordinariamente annuale, coincidente con l'anno solare. Allo stesso modo, riguardo la capacità tecnica e professionale di cui all'art. 42 del D.lgs. n. 163/2006, nel caso in cui l'amministrazione richieda, per la dimostrazione del requisito, l'elenco dei principali servizi prestati, questi devono essere dimostrati con riferimento agli ultimi tre anni. Le stazioni appaltanti godono di ampi margini di autonomia nella fissazione di requisiti tecnico-economici per la partecipazione alle gare d'appalto, e la discrezionalità dell'Amministrazione fa salvo il solo limite della logicità e ragionevolezza di quanto richiesto, e della pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito (cfr. **Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 5653 del 22/09/2009; Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 marzo 2009, n. 2113; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 24 ottobre 2011 n. 572; AVCP parere precontenzioso n. 198 del 21.11.2012**).

3) Idoneità delle referenze bancarie prodotte dai partecipanti ad attestare il possesso dell'adeguata capacità economica e finanziaria, non essendo identificabile né il soggetto sottoscrittore né i rispettivi poteri rappresentativi.

Infatti, secondo giurisprudenza recente (cfr. **Tar Catania sentenze nn. 2493/2011 e 1382/2009; C.G.A., 2 dicembre 2010, n. 1423**) si ritiene che l'espressione "*attestazione di idoneo istituto bancario sulla solvibilità*" richieda che il documento presenti requisiti di sostanza e di forma che consentano di riferirgli connotati intrinseci ed estrinseci di una vera e propria certificazione di cui il dichiarante ne assume la responsabilità. Ciò non accade quando, a titolo esemplificativo, la dichiarazione presentata contiene una "*firma illeggibile*", non vengono specificati i "*poteri rappresentativi*", la sottoscrizione avviene "*con un tratto di penna indecifrabile, senza alcuna indicazione nominativa dell'agente*". "*La mancanza assoluta d'identificabilità del dichiarante, non consente di attribuire le referenze bancarie ad alcun soggetto, sicché le predette dichiarazioni hanno le connotazioni di veri e propri "atti nulli" per mancanza di riferibilità a un soggetto determinato. Né risulta applicabile il rimedio della regolarizzazione documentale di cui all'art. 46 D.Lgs. n. 163/2006, non potendosi attribuire ai predetti documenti il valore di "idonea dichiarazione bancaria" espressamente richiesta a pena di esclusione dalla *lex specialis* (.....), in conformità alla previsione normativa dell'art. 41 de D.Lgs. 163/2006 (cfr. **Tar Catania, sentenza n. 00552/2013 del 18.2.2013; Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2012, n. 2959**). Ne consegue che, in tali casi, la commissione è tenuta ad escludere l'offerta della ricorrente per l'inidoneità delle referenze bancarie.*

Dare atto che:

- entro il termine assegnato, è pervenuta memoria solo da parte della ditta Egema srl;
- con la nota prot. n. 35510 del 3 maggio 2013, la ditta Egema srl contesta il contenuto della nota di avvio del procedimento di annullamento in autotutela, ritenendo infondati i rilievi eccepiti;



- il contenuto della predetta memoria, in punto di diritto, non appare accoglibile specie in ordine ai rilievi di cui al punto 1) della nota di avvio del procedimento di annullamento in autotutela in quanto il principio di pubblicità delle sedute della Commissione, *"quanto meno per ciò che riguarda la fase di verifica della integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e di apertura dei plichi stessi, è inderogabile"*;

Considerato che:

- la pubblica amministrazione conserva, anche in relazione ai procedimenti di gara per la scelta del contraente, il potere di annullare in via di autotutela il bando, le singole operazioni di gara e lo stesso provvedimento di aggiudicazione, ancorchè definitivo quando i criteri di selezione si manifestino come suscettibili di produrre effetti indesiderati o comunque illogici, ovvero in presenza di gravi vizi dell'intera procedura, dovendo tener conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse (**cfr. Consiglio di Stato sentenza n. 07273/2010**);
- secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale non è precluso all'Amministrazione di annullare d'ufficio la procedura, in ossequio ad un preciso interesse pubblico di ripristino della legalità violata (**cfr., tra le tante, Cons. di Stato, Sez. IV, 22/10/2004. N. 6931; Cons. di Stato. Sez. V 15/03/2004, n. 1272; AVCP parere n. 95 del 19/05/2011**);

Visti lo Statuto Comunale ed i vigenti Regolamenti Comunali di Contabilità ed Economato;

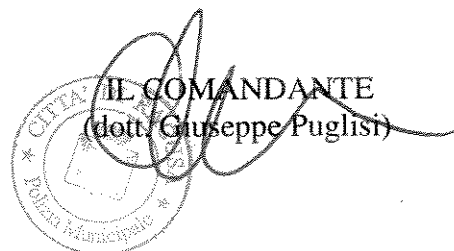
Visto il decreto legislativo n. 267 del 18/08/2000 *"Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali"*;

Vista la legge n. 241 del 07/08/1990 e s.m.i., come recepita dalla legge regionale n. 10 del 15/05/2000 e s.m.i.

Accertata la propria competenza;

DETERMINA

- 1) **di approvare** le premesse del presente atto che sebbene non materialmente trascritte si intendono ripetute anche ai fini della cd. motivazione per relationem;
- 2) **di dare** che non risultano accoglibili i rilievi eccepiti dalla ditta Egema srl – con nota prot. n. 35510 del 3 maggio 2013 – specie in ordine a quanto asserito al punto 1) della nota di avvio del procedimento di annullamento in autotutela che sebbene non materialmente trascritte si intendono ripetute anche ai fini della cd. motivazione per relationem;
- 3) **di annullare**, in autotutela le operazioni di gara di cui ai verbali del 16 e 17 aprile 2013 il cui contenuto anche se non materialmente trascritto in tale atto si intende riportato, nonché di tutti gli atti presupposti e consequenziali degli atti approvati con determinazione dirigenziale/IX n.54 del 19 marzo 2013, annotata al Registro Generale in data 10 aprile 2013 con il n.443 per le ragioni di diritto indicate nella presente determinazione;
- 4) **di dare** atto che:
 - tutti i provvedimenti richiamati nel presente provvedimento sono trattati dall'ufficio contratti;
 - il presente provvedimento non comporta impegno di spesa;
- 5) **di demandare** al responsabile del servizio – dott.ssa Lucenti Rosalba – il compimento di tutti gli atti consequenziali, compreso la notifica del presente atto ai rappresentanti legali dell'impresa Egema s.r.l. ed il Sig. Tumino Livio nell'interesse dell'impresa Total Service Soc.coop.soc..


IL COMANDANTE
(dott. Giuseppe Puglisi)

SETTORE SERVIZI CONTABILI E FINANZIARI

Visto per la regolarità contabile attestante la copertura finanziaria ai sensi dell'art.151 , 4° comma, del TUEL.

Ragusa _____

IL RESPONSABILE DI RAGIONERIA

Il sottoscritto Messo comunale attesta di avere pubblicato in data odierna, all'Albo Pretorio, per la durata di giorni sette, copia della stessa determinazione dirigenziale, e di averne trasmesso copia al Segretario Generale.

Ragusa 28 MAG 2013

IL MESSO COMUNALE
Salonia Francesco
IL MESSO NOTIFICATORE
(Salonia Francesco)

Il sottoscritto Messo comunale attesta il compimento del suindicato periodo di pubblicazione _____ e cioè dal 28 MAG 2013 al 04 GIU 2013

Ragusa 05 GIU 2013

IL MESSO COMUNALE