CITTA' DI CATANZARO

DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE

SETTORE PATRIMONIO, PROVVEDITORATO, PARTECIPATE

IL DIRIGENTE

Assume la seguente determinazione avente per oggetto

Annullamento in sede di autotutela di tutte le procedure del "Bando di gara n. 1886 del 26 aprile 2016 per la individuazione di nuovi concessionari di aree demaniali marittime per la realizzazione di strutture balneari in localita' lido e giovino di Catanzaro".

La determinazione viene iscritta nel registro delle determinazioni del Servizio.

DETERMINAZIONE

N° 01871 **DEL** 12 LUG. 2017

Cod. Profilo 124684

IL DIRIGENTE

SETTORE PATRIMONIO, PROVVEDITORATO, PARTECIPATE

VISTO il bando di gara n. 1886 del 26 aprile 2016 con il quale è stata indetta una procedura ad evidenza pubblica per la individuazione di nuovi concessionari di aree demaniali marittime per la realizzazione di strutture balneari in localita' Lido e Giovino in Catanzaro;

ATTESO che il RUP, per quanto di sua competenza, con comunicazione prot n. 64124 del 06/07/2017 ha evidenziato incongruenze e deficit normativi derivanti dal bando originario rispetto al quadro normativo di riferimento che potrebbero inficiare la procedura di gara e la leale e aperta concorrenza tra gli operatori economici;

RILEVATO che: il RUP, nel rispetto delle norme di legge prevalenti sul bando, ha evidenziato che insistono motivazioni rilevanti attinenti al fatto che il bando contrasta in più punti con la norma di legge e che pertanto, non si ritiene sufficiente poter adire la natura del bando quale *lex specialis* della procedura quando la stessa è in aperto conflitto con la legge madre (Codice dei Contratti);

DATO ATTO che il Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, all'art. 45, nei commi 1 e 2, disciplina l'ammissione alla partecipazione alle procedure di appalti dei seguenti soggetti, definiti "Operatori economici": "***Art. 45 (Operatori economici): 1.*** *Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli* ***operatori economici*** *di cui all'articolo 3, comma 1, lettera p) nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi. Gli operatori economici, i raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, che in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto della procedura di affidamento, possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici anche nel caso in cui essi avrebbero dovuto configurarsi come persone fisiche o persone giuridiche, ai sensi del presente codice.*
2. ***Rientrano nella definizione di operatori economici i seguenti soggetti****: a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative; b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443; c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa; d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile; f) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33; g) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240."*

DATO ATTO altresì che, sempre il Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, impone che :

- l'art. 59, comma 4 – lettera b : "*4. Sono considerate inammissibili le offerte:* ***b)*** *che non hanno la qualificazione necessaria*";
- l'art. 63, comma 6 – secondo capoverso: L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'*articolo 95*, **previa verifica del possesso dei**

requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristrtta o mediante procedura competitiva con negoziazione";

- la Deliberazione n. 5 del 30/01/2008 dell'AVCP (oggi ANAC): "*All'affidamento dei contratti pubblici possono concorrere gli "operatori economici" cioè i soggetti in possesso di particolari qualità professionali, **con conseguente esclusione dei privati cittadini**, anche nell'ambito di raggruppamenti temporanei*";

CONSIDERATO che:

- secondo il suddetto quadro normativo di riferimento non appare applicabile, quindi, l'estensione che questa Stazione Appaltante ha adottato nel bando, laddove ha consentito anche a imprese prive di idonea qualificazione professionale, imprese inattive e persone fisiche a partecipare agli appalti, disattendendo le norme sugli appalti (D. Lgs. 50/2016 e ss. mm. ii.);
- appaiono parimenti mortificate dal bando sia le procedure selettive - obbligatorie - che tengono conto della professionalità acquisita nell'esercizio del'attività oggetto di appalto e sia quanto previsto all'art. 59 del Codice che, al combinato disposto di cui al comma 4, lettera d), stabilisce che sono considerate **inammissibili le offerte che non hanno la qualificazione necessaria**;
- tale ultima condizione è resa ancora più marcata dal successivo art. 63, comma 6, secondo capoverso, in tema di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione;
- inoltre, per i soggetti non "*operatori economici*", viene meno il ricorso ai criteri di selezione previsti all'art. 83 del Codice che riguardano: a) i requisiti di idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali. Viene meno inoltre tutta la serie di controlli post aggiudicazione, dando origine conseguentemente ad una disparità di trattamento con gli "*operatori economici*" propriamente detti;
- appare, inoltre, inapplicabile anche la limitazione introdotta nel bando laddove viene stabilito che possono partecipare alle gare le imprese che ***non*** siano già titolari di altra concessione demaniale marittima per stabilimento balneare. Tale restrizione parrebbe in contrasto con l'art. 4 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ai sensi del quale "*l'affidamento dei contratti pubblici ..., avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, ...*":
- inoltre non può essere disattesa la Deliberazione n. 5 del 30/01/2008 dell'AVCP (oggi ANAC) con la quale viene stabilito che "*All'affidamento dei contratti pubblici possono concorrere gli "operatori economici" cioè i soggetti in possesso di particolari qualità professionali, **con conseguente esclusione dei privati cittadini**, anche nell'ambito di raggruppamenti temporanei*".

TENUTO CONTO che:

- i soggetti non qualificati come "*operatori economici*", ***non*** sono figure previste nei controlli di cui al Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136) il quale disciplina accertamenti nei confronti di imprese individuali (e suo direttore tecnico ove previsto), associazioni di imprese, società (di qualunque tipologia), consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, dei componenti i collegi sindacali e, per l'informativa antimafia, i controlli vanno estesi anche ai familiari conviventi di maggiore età dei soggetti titolati nelle imprese;
- per i soggetti non "*operatori economici*" non può essere avviato alcun controllo né preliminare né successivo in quanto soggetti non censiti dalle banche dati di riferimento;

ATTESO che:

- non è conciliabile la figura dell'impresa concorrente con quella di una impresa da costituire e/o di persone fisiche toot.court, prive della qualifica soggettiva di operatore economico, che consenta la verifica della capacità di eseguire prestazioni cui sono correlati determinati requisiti;
- lo spirito della norma è la salvaguardia delle imprese esistenti, le quali con regolarità sostengono gli oneri per la conduzione delle attività (obbligatorio, tra le altre, è la **regolarità contributiva** e previdenziale delle imprese, **a pena di esclusione dalle gare** di appalto);

- si contravverrebbe alla norma sia per aver **escluso** le imprese già titolari di altra concessione demaniale marittima per stabilimento balneari e sia, di converso, per aver consentito l'**ammissione** alla gara solo di coloro i quali **non** siano già titolari di altra concessione demaniale marittima per stabilimento balneare;
- l'impedimento dei prescritti controlli pre e post aggiudicazione, l'assenza della qualificazione professionale necessaria per la gara *de quo*, la partecipazione di imprese inattive e di persone fisiche prive di personalità giuridica, e comunque per le condizioni sopra esposte, non garantiscono né l'interesse dell'Amministrazione appaltante, né la leale concorrenza tra le imprese, né la massima partecipazione delle stesse, né parità di condizioni;

RIESAMINATA l'intera procedura di gara;

EVIDENZIATO che:
- l'adozione di un provvedimento di autotutela rappresenta un potere/dovere in capo alla Stazione Appaltante, da esplicarsi in qualunque momento nel corso di una procedura ad evidenza pubblica quando si manifestino vizi che possono pregiudicare i principi che sottengono alle procedure ad evidenza pubblica quali fra gli altri quello del buon andamento ed in presenza di un interesse attuale;
- l'Amministrazione, invero, è titolare del generale potere, riconosciuto dalla legge n. 241/1990, di annullare un proprio precedente provvedimento amministrativo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, oppure nel caso di un mutamento della situazione di fatto, o infine di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario;
- il provvedimento di annullamento adottato in autotutela di una gara d'appalto va considerato legittimo quando indica puntualmente la natura, la gravità e l'incidenza delle anomalie che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidatesi in capo alle ditte partecipanti alla procedura, impone l'annullamento integrale degli atti di gara;
- non può ritenersi preclusa alla Stazione Appaltante la possibilità di procedere alla sua revoca o annullamento allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'Ente e sussista un interesse pubblico, concreto e attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dei concorrenti nei confronti dell'Amministrazione;
- con riguardo alle procedure ad evidenza pubblica, è pertanto legittimo il provvedimento con il quale la Stazione Appaltante proceda, in autotutela, all'annullamento dell'intera procedura di gara dopo averne individuato i presupposti;

RITENUTO opportuno, per le motivazioni del RUP e per le predette considerazioni dirigenziali, procedere all'annullamento in sede di autotutela di tutte le procedure del "*Bando di gara n. 1886 del 26 aprile 2016 per la individuazione di nuovi concessionari di aree demaniali marittime per la realizzazione di strutture balneari in localita' lido e giovino di Catanzaro*", ricorrendo i presupposti di cui alla L. n. 241/1990 s.m.i ed in particolare dell'art.21 nonies della stessa;

RITENUTO altresì che è rilevante l'interesse dell'Erario dello Stato, del Comune di Catanzaro e dell'intera collettività ad ottenere la massima partecipazione al bando allo scopo di individuare la migliore offerta economicamente più vantaggiosa (in termini di canoni demaniali, qualità del progetto e innovatività delle attività proposte);

ACCERTATA la regolarità tecnico-amministrativa del presente atto ai sensi dell'art. 147-bis, 1° comma, del D.lgs. n. 267/2000 così come da ultimo modificato ed integrato dal DL n. 174 del 10/10/2012 convertito con modificazioni in Legge n. 213 del 07/12/2012;

RICHIAMATO il Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267 e successive modificazioni;

DETERMINA

per le motivazioni di cui in premessa quali parte integrante e costitutiva della presente determinazione dirigenziale:

1. di procedere all'annullamento in sede di autotutela di tutte le procedure del Bando di gara n. 1886 del 26 aprile 2016 per la individuazione di nuovi concessionari di aree demaniali marittime per la realizzazione di strutture balneari in località Lido e località Giovino in Catanzaro;
2. di armonizzare il bando ai dettati normativi del Codice dei Contratti e delle altre norme di riferimento al fine di procedere ad una rapida pubblicazione dello stesso disponendone la sua preinformazione per una più ampia concorrenzialità fra i soggetti interessati;
3. di attestare la regolarità tecnico-amministrativa del presente atto ai sensi dell'art. 147-bis, 1° comma, del D. Lgs. n. 267 del 18 agosto 2000 e s.m.i.;
4. di trasmettere copia del presente atto al Settore Avvocatura;
5. di pubblicare il presente atto all'Albo Pretorio on line del Comune di Catanzaro.

Il Dirigente del Settore
Arch. Andrea Adelchi Ottaviano