

ORIGINALE

SERVIZIO CENTRO UNICO APPALTI (C.U.A.)

DETERMINAZIONE N. 207 DEL 13-03-2019

Oggetto: OGGETTO: PROCEDURA NEGOZIATA, AI SENSI DELL'ART. 36, COMMA 2, LETT. B) DEL D.LGS. 50/2016 E S.M.I., PER LA CONCESSIONE DEL SERVIZIO DI EROGAZIONE DI BEVANDE CALDE, BEVANDE FREDDI ED ALIMENTI, MEDIANTE L'INSTALLAZIONE NEI LOCALI DEL COMUNE DI PONTASSIEVE DI DISTRIBUTORI AUTOMATICI- PERIODO 1 APRILE 2019 31 MARZO 2022 - RINNOVABILE PER UN ULTERIORE PERIODO DI DUE ANNI (01/04/2022-31/03/2024). CIG: Z522643D5D ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA.

L'anno duemiladiciannove addì tredici del mese di marzo, il Responsabile del servizio Cammilli Francesco

Vista la determinazione a contrarre del Responsabile dell'Area 1 del Comune di Pontassieve n. 2530 del 13 dicembre 2018, con la quale è stata indetta una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, c.2, lett. b) del D.lgs. 50/2016, per l'affidamento della concessione di cui in oggetto, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95 del D.lgs. 50/2016;

Dato atto che, entro il termine di presentazione delle offerte, fissato alle ore 18:00 del 24 gennaio 2019, sono pervenute sulla piattaforma telematica START, le offerte degli operatori economico di seguito indicati:

- COIBA S.R.L. , con sede legale in Via S. Ramelli 55 – Arezzo (P.IVA 01443620511);
- DAI S.P.A. /SUPERMATIC, con sede legale in Via del Ronco Corto 28, Firenze (P.IVA 04817720487);
- GEDAC S.R.L., con sede legale in Via Berlicche 4 – Agliana (PT) (P.IVA 5225990489);
- CDA VENDING S.R.L. , con sede legale in Via S.Pertini 103/105 – Sesto Fiorentino (FI) (P.IVA 05910530483);
- TEMPO PER TE S.R.L., Via Lisbona 23 - Pontassieve (FI) (P.IVA 06621240487)

Dato atto che il giorno 28 gennaio 2019 alle ore 09:00 si è tenuta la seduta pubblica per l'inizio dell'esame della documentazione amministrativa degli operatori economici sopra indicati;

Dato atto che, con determinazione n. 78 del 30 gennaio 2019, il Responsabile del C.U.A. ha adottato, ai sensi dell'art. 29 comma 1 del D.lgs 50 del 2016, il provvedimento che prende atto delle ammissioni (di tutti gli operatori) e delle esclusioni (nessuna), il quale è stato pubblicato sul profilo web del committente e comunicato tramite piattaforma START e per PEC ai concorrenti;

Dato atto che la Commissione, nella prima seduta riservata per la valutazione delle offerte tecniche del 18 febbraio 2019, ha rilevato quanto segue: *“Vengono così aperte le offerte tecniche dei 5 concorrenti ed in sede di valutazione delle stesse emergono notevoli difficoltà applicative nella attribuzione dei punteggi relativo ai 40 punti “per il numero dei prodotti distribuiti” come sopra riportato, in quanto lo stesso si rileva di facile strumentalizzazione e non valutabile ex ante e soprattutto in sede di esecuzione della concessione e quindi ex post da parte della stazione appaltante. Anche la formula inserita nel capitolato e nel disciplinare per la attribuzione del punteggio presenta notevoli criticità laddove attribuisce 0 punti al numero di prodotti più basso. Pertanto la Commissione decidere di sospendere le operazioni di gara e di valutare , previa acquisizione di motivato parere legale in materia, la possibilità di RITIRARE in autotutela la gara che, per come è stata impostata, evidenzia la presenza di diverse problematiche, in modo da consentire una sua nuova riedizione”;*

Preso atto che, dei criteri di attribuzione dei punteggi dell'offerta tecnica, quello stabilito al n. 1 del Capitolato di gara *“per il numero di prodotti distribuiti”* non consente un regolare svolgimento del confronto competitivo tra operatori economici, poiché - da un lato - incentiva, in termini di prodotti offerti, la presentazione di offerte abnormi e, dall'altro, neutralizza la presentazione di offerte proporzionate alle caratteristiche dell'appalto;

Considerato, pertanto, che la previsione contenuta nella *lex specialis* sopra richiamata si pone in diretto contrasto con i principi di libera concorrenza e non discriminazione previsti dall'art. 30 del D.lgs 50 del 2016, a mente del quale *“Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità [...] Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi”;*

Considerato, altresì, che la previsione contenuta nella *lex specialis*, come rilevato dalla Commissione, non essendo *“valutabile ex ante e soprattutto in sede di esecuzione della concessione”* rischia di portare alla stipulazione di un contratto rispetto al quale l'adempimento delle obbligazioni in esso contenute rischia di essere difficilmente verificabile da parte della stazione appaltante;

Ritenuto che il Capitolato e, conseguentemente, gli atti dell'intera procedura, presentano - per le ragioni sopra esposte - molteplici profili di illegittimità;

Ritenuto che - per le ragioni sopra esposte - sussiste certamente un interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione dei suddetti atti, che non rispondono più alle esigenze della Stazione Appaltante;

Ritenuto di dover prendere atto delle segnalazioni della Commissione e di procedere conseguentemente all'annullamento in autotutela, ai sensi dell'art. 21 *nonies* della legge 241 del 1990, della procedura di gara di cui trattasi riservandosi ogni diversa eventuale valutazione anche in ordine alle modalità di approvvigionamento dei prodotti di cui trattasi;

Dato atto che la giurisprudenza amministrativa si è spesso pronunciata sulla legittimità dell'esercizio del potere di autotutela ammettendolo - al ricorrere dei presupposti previsti dalla legge, purché supportato da un'adeguata motivazione - addirittura anche dopo l'aggiudicazione e la stipula del contratto. A tal proposito merita richiamare quanto affermato dal Consiglio di Stato, secondo il quale *"Un simile potere di annullamento in autotutela, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa anzitutto da parte della stessa Amministrazione procedente, deve quindi riconoscersi a questa anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto (v., sul punto, Cons. St., sez. V, 26 giugno 2015, n. 3237), con conseguente inefficacia di quest'ultimo, e trova ora un solido fondamento normativo, dopo le recenti riforme della l. n. 124 del 2015, anche nella previsione dell'art. 21-nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa"* (Consiglio di Stato, Sez. III, 22 marzo 2017 n. 1310). Sempre sul punto è stato, inoltre, è stato affermato come *"la pubblica amministrazione mantenga, anche in relazione ai procedimenti di gara per la scelta del contraente, il potere di **annullare in via di autotutela sia il bando che le singole operazioni di gara**, tenendo conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse, trovando l'autotutela fondamento negli stessi principi predicati dall'art. 97 della Costituzione, a cui deve sempre ispirarsi l'azione amministrativa, non ostando all'esercizio di un siffatto potere neppure il provvedimento di aggiudicazione definitiva (in tal senso, ex multis, Consiglio di Stato, Sezione III, n. 769/2014 e Consiglio di Stato, Sezione V, n. 5681/2012). L'enunciata potestà di autotutela consente, dunque, alla stazione appaltante di porre nel nulla l'intera procedura di gara qualora una siffatta scelta si renda necessaria o anche solo opportuna a salvaguardia del superiore interesse pubblico, a fronte del quale le aspettative del concorrente - ancorché già aggiudicatario e, quindi, titolare di una qualificata posizione - devono essere considerate recessive. Tuttavia, per quanto connotato da margini di ampia discrezionalità, tale potere non è illimitato, dovendo l'amministrazione fornire un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano la differente determinazione (in termini, T.A.R. Lazio, Roma, Sezione II, n. 8613/2016)"* (T.A.R. Catania, Sez. I, 9 marzo 2018 n. 515), motivazione di cui viene fornita ampia disamina ed espressione nel presente atto;

Dato atto che l'avviso di avvio del procedimento, adottato con provvedimento n. 173 del 27/02/2019 ai sensi degli art. 7 e ss della legge nr. 241/1990 è stato reso noto e debitamente notificato a tutti gli operatori economici in data 28/02/2019;

Dato atto che gli operatori economici come sopra indicati non hanno presentato le proprie memorie nè rilievi scritti al riguardo ma risulta invece essere pervenuta via pec al Comune di Pontassieve da parte dell' Avvocato Matteo Spatocco su mandato del concorrente CDA VENDING S.r.l. (poi inoltrata a questo CUA con prot. nr. 4585 del 05/03/2019 della Unione di Comuni Valdarno e Valdisieve) richiesta di accesso agli atti del 01.03.2019 con riferimento a tutta l'offerta economica prodotta dalle partecipanti e a tutta l'offerta tecnica prodotta dalle partecipanti;

Considerato che riguardo a tale richiesta di accesso agli atti non si ritiene di dover provvedere in quanto con l'adozione del presente atto viene a mancare l' interesse giuridico attuale e concreto ad accedere, fermo restando il disposto di cui all'art. 53 comma 2 lette c) del codice dei contratti che stabilisce che comunque l'accesso sia differito "in relazione alle offerte, fino alla aggiudicazione", fase della procedura che non si è raggiunta nel presente caso;

DETERMINA

- 1) di procedere**, per le motivazioni esposte in narrativa, all'annullamento in autotutela della procedura negoziata, ai sensi dell'art. 21 *nonies* della legge 241 del 1990 attesa la manifesta illegittimità degli atti di gara e, conseguentemente, l'interesse pubblico a ché, questi ultimi, vengano annullati.
- 2) di riservarsi** ogni diversa eventuale valutazione anche in ordine alle modalità di approvvigionamento dei prodotti di cui trattasi.
- 3) di dare atto** che con la adozione del presente atto viene meno l'interesse ad accedere azionato con la richiesta di accesso agli atti dell'AVV. Matteo Spatocco del 01.03.2019 come nelle premesse esplicitata.
- 4) di comunicare** a tutti gli operatori economici partecipanti alla procedura il provvedimento di annullamento adottato.
- 5) di dare atto** che il presente provvedimento sarà pubblicato sul sito istituzionale nella sezione "Amministrazione trasparente", ai sensi del D.lgs n. 33 del 2013.
- 6) di precisare** che avverso il presente provvedimento è ammesso ricorso al T.A.R. Toscana nel termine di trenta giorni.

Il Responsabile del servizio
Cammilli Francesco