



ISTITUTO AUTONOMO PER LE CASE POPOLARI DELLA PROVINCIA DI CASERTA

SETTORE TECNICO

DETERMINA DIRIGENZIALE N. 144 DEL 20/03/2015

OGGETTO: Annullamento bando e aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio di gestione conduzione e manutenzione ordinaria impianti ascensori, per la durata di anni 3, relativamente al **LOTTO 2 e al LOTTO 3.**

PREMESSO:

- **Che** con bando spedito alla GURI in data 07.05.2013 l'Istituto Autonomo per le Case Popolari (di seguito I.A.C.P.), della Provincia di Caserta indiceva una gara per l'affidamento del servizio di gestione conduzione e manutenzione ordinaria impianti ascensori, per la durata di anni 3, ed un importo complessivo a base d'asta di €. 1.244.160,00.
- **Che** la gara era suddivisa **in tre lotti** e prevedeva l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso ex art. 82 D.Lgs. 163/2006.
- **Che** all'esito dell'apertura delle offerte economiche, del calcolo della media dei ribassi, la Commissione di gara procedeva alla esclusione automatica delle offerte inferiori alla soglia di anomalia (vale a dire senza procedere ex art. 86 co. 1 del T.U. Appalti alla valutazione delle giustificazioni).
- **Che** per l'effetto la Commissione aggiudicava:
 - il **lotto n. 2** alla soc. DE BO SPA, giusta nota prot. n. 1717 del 26/8/2013, con un ribasso del 36,343% sull'importo a base d'asta;
 - il **lotto n. 3** alla soc. MARROCCO ELEVATORS SRL, giusta nota prot. n. 1720 del 26/8/2013, con un ribasso del 38,23% sull'importo a base d'asta.
- **Che con determina dirigenziale n. 1 del 8.01.2014 lo IACP rilevava:**
 - a) che la gara aveva ad oggetto l'affidamento di servizi di valore **superiore** alla soglia di rilevanza comunitaria;
 - b) che il Disciplinare di gara, punto 7.2. prevedeva l'esclusione automatica delle offerte anomale, richiamando erroneamente l'art. 122 comma 9 D.lgs. 163/2006 che si riferisce all'affidamento dei servizi sotto-soglia comunitaria e che pertanto non è applicabile alla gara in questione;
 - c) che la Commissione aveva pertanto proceduto, erroneamente, ad escludere, in via automatica, le offerte anomale, senza porre in essere il procedimento di verifica dell'anomalia ex art.

86.1 del T.U. 163/06 (che prevede l'esclusione solo all'esito del procedimento di valutazione delle giustificazioni);

- d) che a tal fine doveva ritenersi irrilevante la circostanza che il punto 7.2 del Disciplinare prevedeva espressamente l'esclusione automatica delle offerte anomale ai sensi dell'art. 122 co. 9 D.lgs. 163/2006 atteso che tale norma si riferisce agli appalti di lavori sotto soglia, laddove nel caso in esame trattasi di "servizi" di conduzione e gestione degli impianti ascensore sopra soglia comunitaria;
 - e) che la gara era stata condotta regolarmente sino all'applicazione del criterio di valutazione delle offerte anomale;
 - f) che pertanto era necessario annullare in parte le disposte aggiudicazioni e rinviare gli atti alla Commissione di gara per la corretta applicazione del criterio di verifica dell'anomalia delle offerte, da individuarsi in quello previsto dall'art. 86 comma 1 T.U. 163/06 (ossia senza esclusione automatica delle offerte anomale) per gli appalti di servizi di importo superiore alla soglia comunitaria.
-
- **Che** in esecuzione di tale determina, la Commissione, con verbale n. 5 del 13/2/2014, riapriva la gara dalla fase successiva all'apertura delle offerte economiche e procedeva alla verifica dell'anomalia applicando l'art. 86 T.U. 163/06, aggiudicando provvisoriamente:
 - la gara per il **lotto 2** al concorrente DEL VECCHIO srl
 - la gara per il **lotto 3** al concorrente SAS srl.
 - **Che** con ricorso al TAR Campania Napoli N.R.G. 1676/2014, la DEL BO spa, originario aggiudicatario del lotto 2, gravava la suddetta determina dirigenziale IACP n. 1 del 8/01/2014 di revoca dell'aggiudicazione del **lotto 2**.
 - **Che** con ricorso al TAR Campania Napoli NRG 1323/2014, la MARROCCO ELEVATORS srl, originario aggiudicatario del lotto 3, gravava la suddetta determina dirigenziale IACP n. 1 del 8/01/2014 di revoca dell'aggiudicazione del **lotto 3**.
 - **Che** con sentenze n. 380/2015 e n. 382/2015, identiche nella motivazione, il TAR Campania Napoli accoglieva i ricorsi della DEL BO spa e della MARROCCO ELEVATORS srl, rilevando l'illegittimità della **determina dirigenziale n. 1 del 8.01.2014 di annullamento parziale della gara**.
 - **Che** in particolare il TAR Campania, con le citate decisioni, da un lato ritiene illegittimo il criterio di valutazione delle offerte anomale previsto nel bando - che richiama impropriamente il criterio di aggiudicazione previsto dall'art. 122, nono comma T.U. Contratti, valido per appalti di lavori con importo pari o inferiore a 1 milione di euro - laddove nel caso di specie si verte in ipotesi di affidamento di servizi sopra la soglia comunitaria; dall'altro lato il TAR Campania Napoli, con le medesime decisioni, rileva che, in presenza di un criterio illegittimo fissato dalla *lex specialis*, la Stazione appaltante non poteva annullare parzialmente la procedura, ma era tenuta ad annullare il bando e reindire una nuova gara.

- Che sul punto le suddette sentenze rese inter partes recitano testualmente:
“Contrariamente a quanto rappresentato nella gravata determina dirigenziale n. 1/2014, non è la commissione ad avere errato nell'applicazione delle regole di gara ma ciò che risulta viziata è la lex specialis, nella parte in cui richiama impropriamente il criterio di aggiudicazione previsto dall'art. 122, nono comma, valido per la distinta ipotesi di appalti di lavori con importo pari o inferiore a 1 milione di euro...

... Il criterio di aggiudicazione viziato inficia l'intera procedura concorsuale, a partire dalla formulazione delle offerte economiche da parte delle ditte partecipanti fino all'individuazione dell'aggiudicatario, onde deve escludersi che, in applicazione dei principi di conservazione ed economicità dell'azione amministrativa (utile per inutile non vitiatur) la stazione appaltante potesse legittimamente rieditare solo parzialmente la gara, limitando la rinnovazione alla fase di verifica di anomalia delle offerte e lasciando intatta la pregressa fase procedimentale.

Da tali considerazioni discende che, come correttamente argomentato dalla ricorrente, in presenza di una lex specialis illegittima per un profilo essenziale che attiene al criterio di aggiudicazione, l'unico rimedio a disposizione della stazione appaltante consisteva nel corretto esercizio del potere di autotutela ex art. 21 nonies della L. n. 241/1990 mediante l'annullamento dell'intera procedura e la sua riedizione previa pubblicazione di un nuovo bando e disciplinare di gara, quest'ultimo emendato dal vizio riscontrato”.

- Che alla luce delle suddette decisioni del TAR Campania Napoli, che l'Istituto ritiene di condividere, deve ritenersi:
 - che il Disciplinare di gara è illegittimo al punto 7.2., nella parte in cui prevede l'applicazione del metodo di valutazione dell'anomalia di cui all'art. 122 co. 9 T.U. 163/06, con conseguente esclusione automatica delle offerte anomale;
 - che tale illegittimità si ripercuote sull'intera procedura recante l'aggiudicazione dei lotti 2 e 3, ivi comprese le rispettive aggiudicazioni intervenute.

Pertanto sussistono i presupposti di legge per l'attivazione dei poteri di autotutela, ex art. 21 e ss. L. 241/1990, con conseguente necessità di annullare il bando di gara e gli atti consequenziali, ivi comprese le aggiudicazioni intervenute relativamente ai lotti 2 e 3, per le evidenziate illegittimità.

- Che in particolare l'illegittimità del bando di gara travolge tutti gli atti della gara, ivi compresa l'aggiudica definitiva se ed in quanto intervenuta.

La giurisprudenza costante ritiene annullabile in autotutela tutti gli atti della procedura, ivi compresa l'aggiudica definitiva, laddove: *“Tutti gli atti di gara, a partire dal bando per finire all'aggiudicazione definitiva, possono formare oggetto di ritiro in via di autotutela, invero, come desumibile dal tenore testuale dell'art. 11, comma 9 del D.Lgs. n. 163 del 2006 - c.d. codice dei contratti pubblici - l'amministrazione non è incondizionatamente tenuta alla stipulazione del contratto, ma l'impegno conseguente alla definitiva individuazione dell'aggiudicatario può essere eliminato attraverso le procedure tipiche che regolano*

l'esercizio del potere di autotutela ora codificate dalla legge n. 241 del 1990, come novellata nel 2005, la quale non riguarda solo l'aggiudicazione, ma anche gli altri atti di gara" (Cons. Stato Sez. V Sent., 12-02-2010, n. 743).

Ed ancora più chiaramente si legga Cons. Stato Sez. V, 14-05-2013, n. 2602 secondo cui: "Il provvedimento di aggiudicazione definitiva di una gara pubblica non costituisce di per sé ostacolo giuridicamente insormontabile al suo stesso annullamento, anche in autotutela, oltre che all'annullamento degli atti amministrativi che ne costituiscono il presupposti".

CONSIDERATO:

- **Che** con note prot. n. 340/ST del 13.02.2015 lo IACP notiziava le soc. DEL BO spa e DEL VECCHIO srl in qualità di aggiudicatarie del **LOTTO 2**, dell'avvio del procedimento volto all'annullamento del bando e del disciplinare e, conseguentemente, dell'aggiudicazione della gara disposta in loro favore.
- **Che** con note prot. n. 339/ST del 13.02.2015 lo IACP notiziava le società MARROCCO ELEVETORS srl e SAS srl in qualità di aggiudicatarie del **LOTTO 3**, dell'avvio del procedimento volto all'annullamento del bando e del disciplinare e, conseguentemente, dell'aggiudicazione della gara disposta in loro favore.
- **Che** con note prot. n. 1161/UN del 26.02.2015 e n. 1111 del 23.02.2015 le suddette società DEL BO spa e MARROCCO ELEVETORS srl formulavano le rispettive controdeduzioni, chiedendo l'archiviazione del procedimento e la conferma dell'aggiudicazione disposta in loro favore; con nota prot. n. 1181 del 27.02.2015 la soc. SAS srl contestava l'annullamento dell'aggiudicazione in suo favore, avanzando richieste risarcitorie e la restituzione della polizza fidejussoria.
- **Che** con note prot. n. 549 del 03.03.2015, n. 450 del 03.03.2015 e n. 551 del 03.03.2015, che in questa sede si hanno per integralmente richiamate e trascritte, lo IACP rigettava le osservazioni pervenute rispettivamente alla soc. DEL BO spa, MARROCCO ELEVETORS srl e SAS srl.

VISTI

- l'art. 3 e 7 L. 241/1990
- gli artt. 21 e ss. Legge 241/1990;
- l'art. 122 co. 9 D.lgs. 163/2006
- la sentenza TAR Campania Napoli n. 380/2015 resa inter partes.

Tutto ciò premesso, per i motivi innanzi evidenziati, lo IACP di Caserta

DETERMINA

1. **Annullare** in autotutela il bando di gara e il disciplinare di gara per l'affidamento del servizio di gestione conduzione e manutenzione ordinaria impianti ascensori, per la durata di anni 3, con riferimento al **LOTTO 2**.
2. **Annullare** in autotutela le aggiudicazioni del **LOTTO 2** disposte a favore, prima, della DEL BO spa e, successivamente, a favore della soc. DEL VECCHIO srl.
3. **Annullare** in autotutela il bando di gara e il disciplinare di gara per l'affidamento del servizio di gestione conduzione e manutenzione ordinaria impianti ascensori, per la durata di anni 3, con riferimento al **LOTTO 3**.
4. **Annullare** in autotutela le aggiudicazioni del **LOTTO 3** disposte a favore, prima, della MARROCCO ELEVATORS srl e, successivamente, a favore della soc. SAS srl.
5. **Trasmettere** la presente agli Uffici competenti per l'adozione degli atti consequenziali, tra cui la pubblicazione del nuovo bando di gara, emendato dalle illegittimità rilevate, e l'affidamento del servizio in via di urgenza nelle more della indizione e conclusione della nuova procedura di gara.

IL DIRIGENTE
(Dott. Ing. Attilio Reggiani)

