



COMUNE DI CANTÙ

(Provincia di Como)

DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE RIS. UMANE E FINANZ. - DEMOGRAFICI

REGISTRO N. 11
REG. GENERALE N. 1117
IN DATA 26-07-2017

Oggetto: Annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990 della procedura di affidamento del servizio di trasporti funebri del Comune di Cantù e della relativa aggiudicazione disposta con determinazione dirigenziale n. 490 del 29/03/2017. Caducazione automatica del conseguenziale contratto rep. n.18777 del 26/05/2017.

IL DIRIGENTE RIS. UMANE E FINANZ. - DEMOGRAFICI

IL DIRIGENTE

Premesso che:

- in data 13/12/2016 con determinazione n.2908 veniva approvato l'avviso di indagine di mercato finalizzato all'affidamento del servizio di trasporti funebri a carico del Comune (termine per la ricezione delle manifestazioni di interesse: 13/01/2017);
- in data 10/01/2017 con determinazione n.2 veniva approvata una incisiva modifica del suddetto avviso, inerente ad un requisito di ordine tecnico-professionale;
- in data 13/01/2017 perveniva al prot. n.1292 una sola manifestazione di interesse, da parte del "Consorzio Canturino pompe funebri di Zanfrini Ornella & C. snc";
- in data 08/03/2017 con determinazione n.376 veniva avviata la procedura negoziata tramite piattaforma sintel con contestuale approvazione del capitolato speciale e dell'invito/disciplinare, invitando il "Consorzio Canturino pompe funebri di Zanfrini Ornella & C. snc", unica ditta ad aver manifestato interesse in risposta all'avviso di indagine di mercato;
- in data 29/03/2017 con determinazione 490 l'appalto veniva aggiudicato all'unico concorrente, il "Consorzio Canturino pompe funebri di Zanfrini Ornella & C. snc";
- in data 26/05/2017 veniva sottoscritto il contratto di appalto per il periodo 1/4/2017-31/3/2020.

Dato atto che nel corso della seduta del consiglio comunale del 17/07/2017, durante la discussione del punto all'ordine del giorno relativo all'esame della condizione degli eletti ex art.41 del D.Lgs. 267/2000 (C.C. n.25/2017), sono state rilevate presunte illegittimità in ordine allo svolgimento della suddetta procedura di appalto.

Considerato che in seguito ai suddetti rilievi l'ufficio competente riteneva necessario procedere ad un approfondito riesame della legittimità della suddetta procedura.

Dato atto che:

- con nota in data 19/07/2017 prot. n.30855, trasmessa tramite pec, si comunicava al Consorzio Canturino pompe funebri di Zanfrini Ornella & C. snc l'avvio del procedimento volto al riesame della legittimità della suddetta procedura amministrativa e della relativa aggiudicazione, sotto il profilo del rispetto della *par condicio*, e al suo eventuale annullamento in autotutela, assegnando alla ditta appaltatrice termine sino alle ore 12.00 del 24/07/2017 per presentare osservazioni;
- in data 24/04/2017 con nota pervenuta al prot. n.31424 alle ore 09.45 la ditta Consorzio Canturino pompe funebri di Zanfrini Ornella & C. snc faceva pervenire memoria scritta con la quale si limitava a rilevare la genericità dei contenuti della comunicazione di avvio e la brevità del termine ivi accordato per la presentazione di osservazioni.

Rilevato in merito alla suddetta comunicazione di avvio del procedimento e alla nota prot. n.31424/2017 che:

- il Consorzio Canturino pompe funebri di Zanfrini Ornella & C. snc aveva a disposizione tutti gli elementi per presentare con cognizione di causa le proprie osservazioni, avendo acquisito, in sede di accesso agli atti in data 20/07/2017, copia cartacea della trascrizione degli interventi effettuati nella seduta del consiglio comunale del 17/07/2017, cui faceva esplicito e puntuale rinvio la predetta nota di comunicazione di avvio del procedimento;
- il Consorzio Canturino, pur disponendo delle informazioni necessarie, ha di fatto rinunciato a presentare osservazioni, quasi presagendone il carattere velleitario, inerenti alle rilevate criticità in punto di legittimità della procedura di affidamento indicata in premessa e della relativa aggiudicazione.

Preso atto che a seguito del riesame della legittimità della procedura di gara sono emerse le seguenti violazioni:

- **Violazione o falsa applicazione delle Linee guida ANAC n. 4/2016, sub 4.1.4; violazione della regola del *contrarius actus*; irragionevolezza del termine per la ricezione delle manifestazioni di interesse; violazione dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e pubblicità; violazione del principio di massima apertura della procedura alla partecipazione, anche da parte di microimprese, piccole e medie imprese.**

Infatti, quando mancavano tre giorni allo spirare del termine per la ricezione delle manifestazioni di interesse, con determinazione dirigenziale n. 2 del 10.1.2017 è stato modificato l'art. 2, n. 4), dell'avviso di indagine di mercato, riducendo *da cinque (n. 5) ad una (n. 1)* la pubblica amministrazione, con un minimo di 30.000 abitanti, presso la quale aver già svolto un servizio identico nel triennio 2013/2015 ("... incarichi ... nel triennio 2013/2015 presso *almeno una Pubblica Amministrazione* con un minimo di 30.000 abitanti per servizi identici ...").

In nome dei principi di "libera concorrenza", "non discriminazione", "trasparenza" e "pubblicità" (art. 30, comma 1, cit., richiamato dall'art. 36, comma 1, cit.): a) l'avviso di indagine di mercato – che reca, tra l'altro, i requisiti speciali per la partecipazione alla susseguente procedura negoziata – deve essere pubblicato sul profilo di committente "*per un periodo minimo identificabile in quindici giorni*" (Linee guida ANAC, n. 4/2016, sub 4.1.4); b) il termine per la ricezione delle manifestazioni di interesse deve essere ragionevole, tale cioè da non rendere impossibile o eccessivamente difficoltosa la presentazione della candidatura.

Ne deriva, venendo al caso di specie, che quando (in data 10.1.2017) il Comune ha incisivamente modificato il requisito tecnico-professionale (riducendo da cinque ad una le

amministrazioni in cui aver prestato un servizio identico nel triennio 2013/2015), avrebbe inderogabilmente dovuto: a) (ri)pubblicare l'avviso di indagine di mercato, con la modifica apportata, “*per un periodo minimo identificabile in quindici giorni*”; b) nel contempo, prorogare sensibilmente il termine per la ricezione delle manifestazioni di interesse, altrimenti destinato a scadere nel breve volgere di soli tre giorni (13.1.2017).

Ciò non è accaduto, poiché il termine finale per la ricezione delle manifestazioni di interesse è rimasto identificato nel 13.1.2017.

Rispetto all'avviso di indagine di mercato, siccome modificato in data 10.1.2017, è stata violata la regola sulla durata minima della sua pubblicazione, stabilita in quindici giorni da ANAC (*sub* 4.1.4 delle Linee guida n. 4/2016), ai sensi dell'art. 36, comma 7, d. lgs. n. 50/2016.

E' stata nel contempo disattesa la regola del *contrarius actus*, che esige, allorché si annulla o modifica un precedente atto amministrativo, identità di organo, di procedura e di misure di pubblicità: alla versione originaria dell'avviso di indagine di mercato è stata assicurata una pubblicazione per quindici giorni, mentre alla versione dello stesso avviso risultante dalla modifica apportata il 10.1.2017 è stata garantita una pubblicazione per soli tre giorni, essendo rimasto immutato, al 13.1.2017, l'originario termine per la ricezione delle manifestazioni di interesse.

E' stato altresì tradito il principio della ragionevolezza del termine per la ricezione delle manifestazioni di interesse, poiché tre giorni costituiscono lasso di tempo tanto esiguo da rendere impossibile o eccessivamente difficoltosa la presentazione di candidature.

L'avvenuta violazione dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e pubblicità è ben testimoniata dalla asfittica dimensione partecipativa della procedura negoziata, cui ha preso parte un solo operatore economico, l'unico che ha profittato dell'esigua finestra temporale apertasi tra il 10.1.2017 e il 13.1.2017 per presentare una manifestazione d'interesse giovandosi del requisito tecnico-professionale così come ricalibrato *in extremis*, e cioè in data 10.1.2017.

- **Violazione del criterio di rotazione degli inviti (art. 36, comma 2, lett. b), d. lgs. n. 50/2016), come inteso dalle Linee guida ANAC, n. 4/2016, *sub* 4.2.2.**

L'art. 36, comma 2, lett. b), d. lgs. n. 50/2016 prescrive il “rispetto di un criterio di rotazione degli inviti” nell'individuazione – mediante indagini di mercato (o consultazione di elenchi) – degli operatori economici da invitare, in numero di almeno cinque, alla procedura negoziata.

Proprio muovendo dalla premessa (di diritto positivo) secondo cui “la stazione appaltante è tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese”, ANAC, *sub* 4.2.2 delle Linee guida n. 4/2016 (adottate – si ricorda – ai sensi dell'art. 36, comma 7, cit.), stabilisce che “l'invito all'affidatario uscente ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento”.

Considerato che il Consorzio Canturino Pompe Funebri di Zanfrini Ornella & C. s.n.c. era “*gestore uscente*”, illegittimo è stato il suo invito (in data 8 - 9 marzo 2017) perché non supportato da alcuna motivazione né “riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato ... ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento”, né riguardo “al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti)”. Ciò a dispetto della regola – enucleata da ANAC quale corollario del “criterio di rotazione degli inviti” – per cui

l'invito al contraente uscente riveste carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale stringente.

- **Modifica postuma, rispetto alla qualificazione dell'unico candidato poi divenuto unico concorrente e aggiudicatario, di un requisito di partecipazione di ordine economico-finanziario che il candidato non aveva soddisfatto avanzando la propria candidatura in risposta all'avviso di indagine di mercato.**

L'art. 2, n. 3), dell'avviso di indagine di mercato prescrive, quale requisito di "capacità economica e finanziaria", la "presentazione di due attestazioni [*rectius*: referenze] bancarie".

Le referenze non risultano presentate dal Consorzio Pompe Funebri di Zanfrini Ornella & C. s.n.c..

Ciò avrebbe dovuto dar luogo: *a)* al soccorso istruttorio "a pagamento" di cui all'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, nella versione all'epoca vigente, per l'ipotesi in cui le referenze fossero state acquisite per tempo dall'operatore e semplicemente non prodotte, per mera dimenticanza, alla stazione appaltante; *b)* all'esclusione (*rectius*: mancato invito) dell'operatore, per l'ipotesi di referenze acquisite dall'operatore oltre il termine per la ricezione delle manifestazioni di interesse (ANAC ha più volte sostenuto che il soccorso istruttorio non può essere piegato all'indebito fine di eludere l'inderogabile principio per cui i requisiti partecipativi vanno posseduti allorché spira il termine di decadenza per avanzare la propria candidatura).

Diversamente, l'invito/disciplinare, *sub* art. 5.1, n. 4), sostituisce *ex post* (a qualificazione ormai avvenuta) la richiesta di due referenze bancarie con un "fatturato di almeno € 50.000 in un anno nel triennio 2014/2016" (cfr. altresì l'art. 5.2, *sub* "Dichiarazioni concernenti il possesso dei requisiti economici e tecnici", n. 1), dello stesso invito/disciplinare).

E' illegittima la modifica postuma, rispetto alla qualificazione del candidato, di un requisito di partecipazione di ordine economico-finanziario che lo stesso candidato non aveva soddisfatto avanzando la propria candidatura in risposta all'avviso di indagine di mercato. La modifica postuma del predetto requisito ha preso illegittimamente il posto di quel che avrebbe dovuto essere un doveroso soccorso istruttorio o una doverosa esclusione (*rectius*: mancato invito) del candidato, a seconda che costui avesse o meno acquisito per tempo le referenze bancarie non prodotte all'Amministrazione.

Dato atto che l'art. 21-*nonies*, comma 1, della legge n. 241/1990 – prevede che: *"Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo"*.

Considerato che:

- La mancanza di adeguata pubblicità della modifica del requisito partecipativo tecnico-professionale, avvenuta (il 10.1.2017) a ridosso della scadenza dell'inalterato termine (13.1.2017) per la ricezione delle manifestazioni di interesse, e la palese incongruità dei soli tre giorni residui per avanzare candidature – in manifesta violazione dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e pubblicità – ha determinato una angusta dimensione partecipativa della procedura negoziata, cui ha preso parte un solo operatore economico, l'unico che in soli tre giorni ha colto la significativa modifica intervenuta *in*

extremis sul menzionato requisito tecnico-professionale e, approfittandone, ha avanzato la propria (solitaria) candidatura. Ben altra sarebbe stata – e sarebbe – la dimensione partecipativa della procedura negoziata, qualora fossero state – e fossero – rispettate le regole sulla adeguata conoscibilità dei requisiti partecipativi e sulla ragionevolezza del termine per avanzare le candidature. **Da ciò trarrebbero sicuro giovamento una serie di interessi pubblici:** alla più ampia partecipazione alla procedura, ad una dinamica concorrenziale e ad una contendibilità più accentuate (che metterebbe peraltro la stazione appaltante in condizione di spuntare un prezzo più vantaggioso, con desiderabile beneficio per il suo bilancio), ad una maggiore facilità di accesso alla procedura da parte di microimprese, piccole e medie imprese.

Pertanto, il contratto *in itinere*, che scadrà nel lontano 31.3.2020, è – e sarà nel frattempo – fonte di un duraturo pregiudizio economico per il Comune, che spunterebbe un prezzo più vantaggioso se ripristinasse, rinnovando la procedura, condizioni ottimali di funzionamento dei meccanismi concorrenziali, elidendo nel contempo un potenziale danno erariale.

- L'inosservanza del criterio di rotazione degli inviti comporta il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese (o addirittura, nella specie, con un'impresa – l'unica invitata – gestore uscente). Il rispetto di tale criterio avrebbe garantito – e garantirebbe – la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori economici potenzialmente idonei e interessati, con beneficio, anche sotto questo profilo, **per l'interesse pubblico** alla più ampia (e vivace) partecipazione alla procedura, anche da parte di microimprese, piccole e medie imprese.
- L'illegittima modifica postuma, rispetto alla qualificazione dell'unico candidato poi divenuto unico concorrente e aggiudicatario, del requisito di ordine economico-finanziario consistente nella presentazione di due referenze bancarie, che lo stesso candidato non aveva soddisfatto allorché avanzava la propria candidatura in risposta all'avviso di indagine di mercato, lascia la stazione appaltante, durante la fase esecutiva del contratto (di durata triennale), esposta al rischio di una non sufficiente solidità economico-finanziaria dell'appaltatore, rischio come è noto gravido di conseguenze assai negative sulla corretta esecuzione contrattuale e, quindi, sulla cura **dell'interesse pubblico** cui il contratto è preordinato.

Ritenuto, alla luce di quanto sopra illustrato, che la natura e la gravità dei vizi di legittimità che affliggono la procedura – tali da tradire i fondamentali principi che governano l'aggiudicazione dei contratti pubblici e da profilare un danno duraturo per le casse del Comune (*sub specie* di corresponsione di un prezzo meno vantaggioso, fino al 31.3.2020, di quello che scaturirebbe da un serio e dinamico confronto competitivo) – identifichino nitidamente **ragioni d'interesse pubblico nel senso dell'annullamento d'ufficio**, preminenti rispetto all'affidamento dell'aggiudicatario/contraente nella stabilità dell'aggiudicazione e del contratto, anche alla luce del tempo trascorso dall'aggiudicazione (quattro mesi), dall'avvio dell'esecuzione anticipata delle prestazioni (quattro mesi) e dalla sottoscrizione del contratto (due mesi): lasso di tempo che appare “ragionevole”, specie se raffrontato alla durata contrattuale triennale, con scadenza il 31.3.2020 (il 90% circa dell'esecuzione contrattuale è di là da venire).

Rilevato infine che l'aggiudicatario conosceva o avrebbe dovuto conoscere, con l'uso della diligenza che da lui l'ordinamento si attende (diligenza qualificata di un operatore professionalmente attrezzato, con esperienza pluriennale nel settore delle gare pubbliche), i vizi di legittimità – sopra illustrati – da cui è affetta la procedura che lo ha visto vittorioso.

Ritenuto pertanto, per le motivazioni testé illustrate, di annullare d'ufficio, ai sensi dell'art. 21-*nonies*, della legge n. 241/1990, la procedura di affidamento del servizio di trasporti funebri del

Comune di Cantù e la relativa aggiudicazione disposta con determinazione dirigenziale n. 490 del 20/03/2017.

Preso atto – alla luce della stretta consequenzialità funzionale tra provvedimento di aggiudicazione e perfezionamento del susseguente contratto (così come risultante dal costante insegnamento giurisprudenziale: cfr. *ex multis* Cons. Stato, Ad. plen., n. 14/2014) – della caducazione automatica del contratto rep n.18777 sottoscritto il 26/05/2017.

Ritenuto altresì necessario ridurre l'impegno di spesa effettuato con le richiamate determinazioni dirigenziali n.376/2017 e n.490/2017, al fine di poter procedere all'avvio delle procedure volte al nuovo affidamento del servizio di trasporti funebri.

Vista la deliberazione C.C. n. 56 del 30.11.2016 con la quale è stato approvato il Bilancio di previsione 2017 2019;

Visto il Decreto del Sindaco con il quale si è provveduto all'individuazione dei responsabili dei servizi;

Visto il vigente regolamento di contabilità;

DETERMINA

1. di dare atto che a seguito dell'attività di approfondito riesame, in punto di legittimità, ed in considerazione di quanto analiticamente riportato in parte narrativa la procedura di gara indicata in premessa è risultata affetta dai seguenti vizi di legittimità:
 - **Violazione o falsa applicazione delle Linee guida ANAC n. 4/2016, sub 4.1.4; violazione della regola del *contrarius actus*; irragionevolezza del termine per la ricezione delle manifestazioni di interesse; violazione dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e pubblicità; violazione del principio di massima apertura della procedura alla partecipazione, anche da parte di microimprese, piccole e medie imprese.**
 - **Violazione del criterio di rotazione degli inviti (art. 36, comma 2, lett. b), d. lgs. n. 50/2016), come inteso dalle Linee guida ANAC, n. 4/2016, sub 4.2.2.**
 - **Modifica postuma, rispetto alla qualificazione dell'unico candidato poi divenuto unico concorrente e aggiudicatario, di un requisito di partecipazione di ordine economico-finanziario che il candidato non aveva soddisfatto avanzando la propria candidatura in risposta all'avviso di indagine di mercato.**
2. Di ritenere, alla luce di quanto sopra rappresentato e per le motivazioni ampiamente illustrate in parte narrativa e da ritenersi qui integralmente riportate, che la natura e la gravità dei vizi di legittimità che affliggono la procedura in esame – tali da tradire i fondamentali principi che governano l'aggiudicazione dei contratti pubblici e da profilare un danno duraturo per le casse del Comune (*sub specie* di corresponsione di un prezzo meno vantaggioso, fino al 31.3.2020, di quello che scaturirebbe da un serio e dinamico confronto competitivo) – lascino emergere, invero prepotentemente, **ragioni d'interesse pubblico nel senso dell'annullamento d'ufficio**, preminenti rispetto all'affidamento dell'aggiudicatario/contraente nella stabilità dell'aggiudicazione e del contratto, anche alla luce del tempo trascorso dall'aggiudicazione (quattro mesi), dall'avvio dell'esecuzione anticipata delle prestazioni (quattro mesi) e dalla sottoscrizione del contratto (due mesi): lasso di tempo che appare "ragionevole", specie se raffrontato alla durata contrattuale

triennale, con scadenza il 31.3.2020 (il 90% circa dell'esecuzione contrattuale è di là da venire).

3. Di provvedere pertanto, per tutte le motivazioni testé illustrate, all'annullamento d'ufficio, ai sensi dell'art. 21-*nonies*, della legge n. 241/1990, della procedura di affidamento del servizio di trasporti funebri del Comune di Cantù e della relativa aggiudicazione disposta con determinazione dirigenziale n. 490 del 20/03/2017;
4. Di dare atto della conseguente caducazione automatica dell'efficacia del contratto di appalto del servizio di trasporti funebri a carico del Comune n.18777 sottoscritto il 26/05/2017, per la stretta consequenzialità funzionale tra il provvedimento di aggiudicazione e il susseguente vincolo negoziale, in base a costante insegnamento giurisprudenziale;
5. Di trasmettere copia del presente provvedimento al Consorzio Pompe Funebri di Zanfrini Ornella & C. s.n.c.;
6. Di dare atto che avverso il presente provvedimento è possibile presentare ricorso entro trenta giorni al Tribunale Amministrativo per la Lombardia – Milano;
7. Di procedere per le motivazioni esposte in narrativa alla riduzione degli impegni di spesa effettuati con le richiamate determinazioni dirigenziali n.376/2017 e n.490/2017 come segue:

Capitolo	Missione	Programma	Titolo (Livello 1)	Macro Aggregati (Livello 2)	Categoria (Livello 3)	Capitolo (Livello 4)	Articolo (Livello 5)	ESERCIZIO DI ESIGIBILITA'			
D. Lgs. 118/2011								2017 Euro	2018 Euro	2019 Euro	Es. Succ. Euro
4650	12	09	1	03	02	99	999	22.745,00	45.740,00	45.740,00	11.435,00

del bilancio di previsione 2017/2019.

8. Di dare atto che con successivo provvedimento si procederà all'avvio delle procedure volte al nuovo affidamento del servizio di trasporti funebri.

Ai sensi dell'art. 147 bis del D. Lgs. n. 267/2000, è stata effettuata l'istruttoria in merito al presente atto dal Funzionario Responsabile che esprime parere favorevole di regolarità tecnica attestante la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa.

Lì, 26-07-2017

IL FUNZIONARIO

Frigerio Dott. Stefano

*firmato digitalmente ai sensi del codice dell'amministrazione
digitale D.lgs. n. 82/2005 e s.m.i*

Ai sensi dell'art. 147 bis del D. Lgs. n. 267/2000, vista l'istruttoria effettuata in merito al presente atto, il Dirigente del Servizio esprime parere favorevole di regolarità tecnica attestante la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa.

IL DIRIGENTE RIS. UMANE E FINANZ. - DEMOGRAFICI

Dott.ssa Nicoletta Anselmi

*firmato digitalmente ai sensi del codice dell'amministrazione
digitale D.lgs. n. 82/2005 e s.m.i*