



azienda pubblica per i servizi alla persona

Via Circondaria Nord, 39
41013 Castelfranco Emilia (MO)

**Azienda Pubblica di Servizi alla Persona
“DELIA REPETTO”**

Determinazione n. 61 del 11/03/2019

Oggetto: PROCEDURA NEGOZIATA (ART. 36, COMMA 2, LETTERA B) DEL D.LGS 50/2016) ATTRAVERSO RDO SULLA PIATTAFORMA TELEMATICA MERCATO ELETTRONICO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (MEPA) REALIZZATO DA CONSIP, PER L’AFFIDAMENTO DELLA FORNITURA DI NUOVI ARREDI NELLE CAMERE DA LETTO E NEI LOCALI DEL CENTRO DIURNO DELLA STRUTTURA ASP DELIA REPETTO – ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA PROCEDURA DI GARA

IL DIRETTORE

PREMESSO CHE

- L’Azienda Pubblica di Servizi alla Persona Delia Repetto, di seguito denominata ASP, persegue finalità sociali e socio-sanitarie ed opera senza fini di lucro a favore delle persone anziane e disabili adulte; nasce il 01/07/2008 con deliberazione di Giunta Regionale n. 746 del 26/05/2008 e deriva dalla trasformazione in ASP della cessata “I.P.A.B. Delia Repetto” di Castelfranco Emilia (MO). L’ASP è una Azienda Pubblica di Servizi alla Persona disciplinata dalla Legge Regionale 12 Marzo 2003, n. 2, dalle deliberazioni del Consiglio Regionale n. 623/04, n. 624/04, dalle successive normative regionali e dal proprio Statuto.
- Attualmente l’Azienda gestisce i servizi conferiti dai Comuni del distretto di Castelfranco Emilia secondo quanto previsto da appositi contratti di servizio, e precisamente: una Casa Residenza ubicata a Castelfranco Emilia e un Centro Diurno per anziani ubicato a Castelfranco Emilia.
- La definizione qualitativa e quantitativa dei servizi svolti, la loro remunerazione e le somme che i Comuni soci corrispondono all’ASP sono stati definiti e indicati nei contratti di servizio per la regolamentazione dei rapporti relativi ai servizi accreditati.

VISTI:

- lo Statuto di questa ASP approvato con deliberazione della Giunta della regione Emilia Romagna n. 1825 del 11.11.2014
- la deliberazione dell’Amministratore unico di questa Asp n. 5 del 01.02.2019 esecutiva ai sensi di legge, con la quale si attribuivano alla sottoscritta le funzioni di Direttore;

DATO ATTO CHE i suddetti servizi si svolgono nell'immobile sito in Via Circondaria Nord n. 39, e con riferimento a tale immobile si rende necessario provvedere all'acquisto di nuovi arredi nelle camere da letto e nei locali del centro diurno della struttura.

VISTI:

- il D.lgs. 18/04/2016 n. 50: “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. (16G00062)”;
- il D.lgs. 19/04/2017 n. 56: “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18/04/2016, n. 50 (G.U. n. 103 del 05 maggio 2017)”;

RICHIAMATE:

- la propria precedente determinazione n. 441 del 28/12/2018, con la quale si determinava di procedere all'appalto per all'acquisto di nuovi arredi nelle camere da letto e nei locali del centro diurno della struttura Asp Delia Repetto, approvando gli atti tecnici progettuali di cui all'oggetto a firma del progettista Ing. Giuseppe Grassigli e con la quale si determinava di procedere all'appalto per l'acquisto mediante procedura negoziata (art. 36, comma 2, lettera b) del D.Lgs 50/2016) attraverso RdO sulla piattaforma telematica Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) realizzato da CONSIP;
- la propria precedente determinazione n. 42 del 18/02/2019, con la quale si determinava di procedere a nuova procedura per l'acquisto di nuovi arredi nelle camere da letto e nei locali del centro diurno della struttura, mediante procedura negoziata (art. 36, comma 2, lettera b) del D.Lgs 50/2016) attraverso RdO sulla piattaforma telematica Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) realizzato da CONSIP, dando atto che a tale procedura sarebbero state inviate cinque ditte selezionate in base ad indagine informale effettuata tra operatori presenti sulla piattaforma ed iscritte ad apposita categoria “Arredi” sulla piattaforma telematica Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) realizzato da CONSIP;
- la propria precedente determinazione n. 50 del 28/02/2019, con la quale si decideva di procedere all'annullamento in autotutela ai sensi dell'art. 21 nonies della Legge 241/90, della procedura negoziata (art. 36, comma 2, lettera b) del D.Lgs 50/2016) attraverso RdO sulla piattaforma telematica Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) realizzato da CONSIP, avviata in data 18/02/2019, in quanto nella procedura di gara avviata era stato violato il principio della segretezza della procedura di gara, attraverso la pubblicazione nella sezione “Amministrazione trasparente” del sito internet istituzionale dell'ente, ai sensi dell'art. 1 comma 32 legge 190/2012, della determina e dell'elenco delle ditte invitate, elenco che doveva temporaneamente essere sottratto al diritto di accesso, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte in applicazione della disposizione di cui all'art. 53, comma 2, lett. b) del D.Lgs. 50/2016;
- la propria precedente determinazione n. 55 del 04/03/2019, con la quale si determinava di procedere a nuova procedura per l'acquisto di nuovi arredi nelle camere da letto e nei locali del centro diurno della struttura, mediante procedura negoziata (art. 36, comma 2, lettera b) del D.Lgs 50/2016) attraverso RdO sulla piattaforma telematica Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) realizzato da CONSIP, dando atto che a tale procedura sarebbero state inviate dieci ditte selezionate in base ad indagine informale effettuata tra operatori presenti sulla piattaforma ed iscritte ad apposita categoria “Arredi” sulla piattaforma telematica Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) realizzato da CONSIP;

PRESO ATTO che in data 04/03/2019 si è provveduto ad avviare la procedura negoziata (art. 36, comma 2, lettera b) del D.Lgs 50/2016) attraverso RdO sulla piattaforma telematica Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) realizzato da CONSIP, con scadenza

25/03/2019, e che tale lettera è stata inviata alle dieci ditte selezionate in base ad indagine informale effettuata tra operatori presenti sulla piattaforma ed iscritte ad apposita categoria “Arredi” sulla piattaforma telematica Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) realizzato da CONSIP;

RILEVATO CHE per mero errore materiale nella procedura avviata si è proceduto ad invitare il precedente fornitore di Asp Delia Repetto, che ha effettuato fornitura di arredi per gli ultimi due affidamenti effettuati nel precedente triennio, con riferimento ad identica tipologia merceologica: fornitura di nuovi arredi nelle camere da letto e nei locali del centro diurno della struttura Asp Delia Repetto, con conseguente mancato rispetto del principio di rotazione che deve presiedere l’attività contrattuale pubblica;

DATO ATTO CHE il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti è uno dei principi fissati dall’articolo 36 del Codice dei Contratti Pubblici da rispettare nelle procedure di affidamento sotto soglia comunitaria ed è finalizzato al non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico;

PRESO ATTO CHE:

- la volontà del legislatore è quella di evitare la formazione di rendite di posizione a favore di alcuni operatori economici in violazione del principio di concorrenza e di favorire la distribuzione delle opportunità degli operatori economici, specie se micro, piccole e medie imprese, di essere affidatari di un contratto pubblico;
- prima del nuovo codice dei contratti, il principio di rotazione non aveva una valenza precettiva assoluta, e la sua episodica mancata applicazione non valeva ex se ad inficiare gli esiti di una gara già espletata laddove fosse provato che la gara si era svolta nel rispetto del principio di trasparenza e di parità di trattamento (*ex multis*, TAR Veneto, Sez. I, 26 maggio 2017, n. 515);
- con l’entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, Codice dei contratti pubblici, tale principio acquista un ruolo centrale negli appalti pubblici;

PONDERATO CHE, se nelle procedure “ordinarie” (per esempio una procedura aperta) tale principio non rileva perché il mercato è aperto a tutti i concorrenti possibili, nelle procedure negoziate – particolarmente valorizzate nel Codice - la situazione è differente, perché possono partecipare solo coloro che sono individuati dalla stazione appaltante o tramite indagine di mercato o facendo riferimento ad elenchi precostituiti (art. 36 e 63 del Codice);

RICHIAMATO l’art. 3 lettera uuu) del Codice definisce:« *procedure negoziate*’, *le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell’appalto*»;

RILEVATO CHE nelle procedure negoziate vi è quindi la necessità di bilanciare il potere di scelta delle amministrazioni sugli operatori economici da invitare, con l’obbligo di rispettare il principio di rotazione, evitando che la Stazione appaltante rispetti solo formalmente l’obbligo di consultare più soggetti ma, nella sostanza, scegliendo sempre gli stessi soggetti, consolidi una posizione di vantaggio in capo a un determinato operatore, e che a tale scopo, il Codice ha “anticipato” la rotazione (per le procedure che prevedono un confronto competitivo) al momento della scelta dei soggetti da invitare e non al risultato degli inviti e cioè l’affidamento;

RICHIAMATE le Linee Guida ANAC n. 4, come recentemente novellate, che hanno affrontato alcuni aspetti di problematicità legati al principio di rotazione e di cui si riportano alcuni stralci:

“In primo luogo si precisa che il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti si applica alle procedure rientranti nel medesimo settore merceologico, categorie di opere e settore di servizi di quelle precedenti, nelle quali la stazione appaltante opera limitazioni al numero di operatori economici selezionati.

Pertanto il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti si applica con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi.”

DATO ATTO CHE Anac interviene sulla questione più spinosa della portata soggettiva del principio evidenziando che il rispetto del principio di rotazione espressamente fa sì che l'affidamento o il reinvio al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente:

“La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento.”

PERTANTO, se è pur vero che non sussiste un divieto assoluto di invito del gestore uscente, non assurgendo il principio di rotazione a regola inderogabile, come testimoniato da una nutrita giurisprudenza (più di recente TAR Lombardia Milano sez. IV 9/2/2018, n.380), le modifiche alle Linee Guida ANAC n. 4 vanno chiaramente nella direzione di qualificare a carattere eccezionale e residuale il reinvio all'operatore economico invitato in occasione del precedente affidamento, compreso il precedente affidatario.

CONSIDERATO CHE tale eccezionalità deve essere inoltre adeguatamente motivata sulla base di considerazioni che attengano:

- all'assenza sul mercato di alternative;
- al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale
- all'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso

DATO ATTO CHE il reinvio del fornitore è stato frutto di errore materiale e non era azione intenzionale dell'amministrazione precedente, e che la determina di avvio del procedimento è del tutto carente dalla prescritta motivazione, imposta dalle richiamate linee guida Anac n. 4 avanti ad oggetto: *“Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”*, in quanto frutto di mero errore nell'effettuazione di indagine di mercato per la scelta degli operatori economici da invitare;

IN COERENZA con la giurisprudenza recentissima e consolidata in materia di applicazione al principio di rotazione negli appalti, di cui si riportano solo alcune massime:

“Il principio di rotazione alla partecipazione delle imprese assicura l'avvicendamento degli affidatari di contratti pubblici, evitando che il carattere discrezionale della scelta dei soggetti da invitare, da parte dell'amministrazione, si traduca in uno strumento di favoritismo «dando così luogo ad una sostanziale elusione delle regole della concorrenza, a discapito degli operatori più deboli del mercato»” (TAR Friuli-Venezia-Giulia, Sez. I, 21 maggio 2018, n. 166).

“La rotazione costituisce un corollario del principio di non discriminazione, ha carattere oggettivo ed è diretto a garantire una concorrenza effettiva, onde evitare situazioni di esclusiva o monopolio

nell'esecuzione dell'appalto" (TAR Veneto, 28.05.2018 n. 583; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 28 giugno 2012, n. 3089; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 14 dicembre 2011, n. 1730).

“La rotazione pur non avendo valenza precettiva assoluta, ma solo tendenziale, ha portata generale perché consente «di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei»” (TAR Calabria, Sez. I, 14 maggio 2018 n. 1007).

RILEVATA violazione dei principi che presiedono alla correttezza dell'azione amministrativa e in particolare il principio di rotazione e effettiva concorrenza nell'appalto;

DATO ATTO che si è proceduto a effettuare un bilanciamento e ponderazione con altri principi che presiedono alla correttezza dell'azione amministrativa, considerando il principio di economicità ed il principio di conservazione dei valori giuridici, traducendosi nella regola dello *“utile per inutile non vitiatur”*, ma ritenuti soccombenti rispetto al principio di rotazione posto dal legislatore a garanzia della concorrenzialità e della competitività del sistema, garanzie fondanti del sistema degli appalti pubblici;

RITENUTO quindi che sussistano fondate ragioni d'interesse pubblico per procedere all'annullamento in autotutela ai sensi dell'art. 21 *nonies* della Legge 241/90, della procedura negoziata (art. 36, comma 2, lettera b) del D.Lgs 50/2016) attraverso RdO sulla piattaforma telematica Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) realizzato da CONSIP, avviata in data 04/03/2019 in quanto nella procedura di gara avviata è stato violato il principio della rotazione, principi fissati dall'articolo 36 del D.lgs. 50/2016, attraverso l'invito alla procedura di gara del precedente fornitore dell'amministrazione in assenza di esplicitazione degli oneri motivazionali espressamente richiesti dalle linee guida Anac n. 4, come sopra evidenziato;

VERIFICATO CHE non sussiste obbligo di astensione per il sottoscritto nel caso di specie e, dunque, di non trovarsi in posizione di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 6bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dell'art. 7 del DPR 62/2013, nonché ai sensi dell'art. 42 del D. Lgs. n. 50/2016;

DETERMINA

1. di procedere all'annullamento in autotutela ai sensi dell'art. 21 *nonies* della Legge 241/90, della procedura negoziata (art. 36, comma 2, lettera b) del D.Lgs 50/2016) attraverso RdO sulla piattaforma telematica Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) realizzato da CONSIP, avviata in data 04/03/2019, per le motivazioni esplicitate in premessa e qui integralmente richiamate, in quanto nella procedura di gara avviata è stato violato il principio della rotazione, principio fissato dall'articolo 36 del D.lgs. 50/2016, attraverso l'invito alla procedura di gara del precedente fornitore dell'amministrazione in assenza di esplicitazione degli oneri motivazionali espressamente richiesti dalle linee guida Anac n. 4, come sopra evidenziato;
2. di comunicare a tutti gli operatori economici invitati alla procedura, ai sensi e per gli effetti dell'art. 79 del d.lgs. 163/2006, il provvedimento di annullamento adottato;
3. di procedere, in relazione al presente provvedimento, alla pubblicazione nella sezione *“Amministrazione trasparente”* del sito internet istituzionale, ai sensi dell'art. 1 comma 32 legge 190/2012.

Castelfranco Emilia, 08/03/2019

IL DIRETTORE DELL'ASP DELIA REPETTO
(Zini dott.ssa Elena)

Documento elaborato in formato PDF/A, firmato digitalmente ai sensi delle normative vigenti in materia.