



COMUNE DI PALERMO

**AREA TECNICA DELLA RIGENERAZIONE URBANA E DELLE
OO.PP.
SETTORE OO.PP.
SERVIZIO INFRASTRUTTURE E SERVIZI A RETE**

Determinazione Dirigenziale n.11255 del 3 ottobre 2019

Oggetto: Accordo Quadro per l'esecuzione dei "Lavori di manutenzione straordinaria del canale di maltempo Boccadifalco". Annullamento D.D. n.98 del 20/11/2018 e nuova Aggiudicazione Definitiva.

CIG : 69175227BC CUP : D79H11000660000 Finanziamento fondi FAS – ex delibera n.69/2009

Responsabile del procedimento:
ANTONIO TINE'

Firmato digitalmente da:
MAURIZIO PEDICONE
Data: 03/10/2019 12:23



COMUNE DI PALERMO

PREMESSO che:

1. con D.D. n.137 del 20.12.2016, è stata indetta la procedura aperta per l'affidamento di lavori in oggetto ed ha approvato il bando ed il disciplinare di gara.
2. Con D.D. n. 148 del 30.07.201, del Settore Società Partecipate, ai sensi dell'art. 29 c. 1 secondo periodo del D.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., è stato approvato l'elenco degli operatori ammessi ed esclusi dalla procedura di gara, trasmesso dall'Ufficio gare - Lavori Pubblici con nota prot. 952670 del 3.07.2018.
3. Con Determinazione Dirigenziale n. 98 del 20.11.2018, sono stati approvati i verbali di gara e disposta l'aggiudicazione in favore dell'O.E. 2G Costruzioni, con sede in Messina, via N. Scotto pal. Ossidiana, P. IVA 03025340831, che ha offerto un ribasso del 22,4451%.
4. Il citato operatore economico ha fatto ricorso all'avvalimento per la categoria OG8 Cl. II, ricorrendo al Consorzio Stabile la Marca.
5. Nelle more della verifica dei requisiti dichiarati in sede di gara sia dall'aggiudicatario che dall'impresa ausiliaria, che è stata conclusa con esito positivo, come comunicato per le vie brevi dall'Ufficio Gare, con nota del 23/01/2019, assunta in pari data al prot. 55021, l'O.E. 2G Costruzioni ha comunicato di aver ceduto i propri requisiti tecnico - economici utili alla partecipazione e conduzione di lavori pubblici alla "Dolmen s.r.l." che dovrebbe subentrare quale nuovo aggiudicatario nell'appalto di che trattasi, giusta contratto di cessione del ramo d'azienda allegato alla citata nota;
6. Il quadro normativo di riferimento è costituito dalle disposizioni contenute nel D.lgs. n.50/2016 e ss.mm.ii., di seguito Codice, che ha espressamente disciplinato le fattispecie relative alle vicende soggettive del concorrente in alcune disposizioni.
7. Mentre il previgente D. Lgs. N.163/2006, art.51, disponeva che *"Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice"*, nel d.lgs. 50/2016 - l'attuale codice dei contratti pubblici - che pure ricalca numerose norme previgenti, non è stata riprodotta una disposizione di tenore analogo all'art.51 sopra trascritto, che valeva testualmente tanto per le imprese concorrenti come singole quanto per quelle concorrenti in associazione con altre, essendo maggiore l'incidenza nel primo caso, in cui l'identità del concorrente muta in toto;
8. Il TAR Lombardia Milano con la sentenza 00663/2018 del 9 marzo 2018 ha effettuato un approfondito esame, più letteralmente aderente al dettato normativo vigente. Ha, infatti osservato: *"Nel passaggio dal Codice del 2006 a quello del 2016, ... non è stata riprodotta nel nuovo Codice la norma che, all'art. 51 del d.lgs. n. 163/2006, contemplava espressamente la possibilità di subentro del soggetto risultante da vicende societarie quali la cessione d'azienda o di un suo ramo, trasformazioni, fusioni o scissioni, previo accertamento dei requisiti richiesti. L'art.106 del d.lgs. 50/2016, infatti, nel prevedere alcune ipotesi di modifiche soggettive dei contratti di appalto, ammesse purché non implicino altre modifiche sostanziali al contratto e non siano finalizzate a eludere l'applicazione del codice, concerne soltanto la fase contrattuale, esecutiva del rapporto, e non anche la fase amministrativa a monte (Cons. Stato, V, 23.11.2016, n. 4918). Tale norma non può essere applicata in via analogica o estensiva alla fase di gara, ostandovi il suo carattere eccezionale rispetto alla regola generale stabilita dal già citato art.48, comma 9, del d.lvo n.50 del 2016. Quest'ultima, ovvero il relativo divieto imposto dal legislatore, riguarda "qualsiasi modificazione", con ciò impedendosi all'interprete di escludere alcune delle modificazioni dal "totale" di esse, complessivamente vietato dal legislatore, come confermato dal fatto che il*

medesimo legislatore ha provveduto espressamente ad indicare le eccezioni al regime di divieto (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22.12.2014 n. 6311; id., 3.07.2014, n. 3344). ... Da tale quadro emergono, dunque, valide ragioni a favore di una più rigorosa applicazione del principio della immutabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei rispetto alle aperture manifestatesi nel vigore dell'art.51 del d.lgs. n.163/2006, avendo il legislatore optato per la piena tutela del principio della "par condicio" nel corso della gara..... Le eccezioni sono, dunque, ammissibili soltanto in quanto riguardino motivi indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara e trovino giustificazione nell'interesse della stazione appaltante alla continuazione della stessa. Al di fuori delle ipotesi normativamente previste non può che riprendere vigore il divieto, volto a presidiare anche la complessiva serietà delle imprese che partecipano alla gara, onde garantire la migliore affidabilità del futuro contraente dell'amministrazione (T.A.R. Lombardia, Brescia, IL 06/02/2017, n.167; T.A.R. Puglia, Lecce, I, ord. 07/12/2016, n.564)". La sentenza è stata condivisa dal Tar Campania Napoli con la pronuncia del 7.6.2018 n.3809, confermata dal Consiglio di Stato con la sentenza n.946/2019. Il Giudice campano ha rilevato che "L'attuale ordito normativo prevede un divieto di modificazione soggettiva del raggruppamento nella fase di gara e, invece, una maggiore libertà nella fase di esecuzione del contratto (art. 106 comma 1, lett. d, Codice Appalti), dovendosi rilevare che le modifiche intervenute, al di fuori dei casi previsti, nella fase della gara ridondano in termini di annullamento dell'aggiudicazione o di nullità del contratto (art. 48, comma 10, Cod. Appalti)"; ha sottolineato che "la tendenziale generalità dell'applicazione del divieto in questione risulta chiaramente dalla mancata riproduzione nel vigente codice di una disposizione dal tenore analogo all'art. 51 del codice previgente (d.lgs. 163/2006) che consentiva con una certa ampiezza la modificazione soggettiva dei raggruppamenti temporanei anche prima della stipula del contratto"; e, condivisa la sentenza del TAR Lombardia richiamata, ha corroborato la sua conclusione richiamando le argomentazioni alla base della menzionata Sentenza dell'Adunanza Plenaria (n. 8/2012) che ebbe ad affermare che "il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, mira a garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere"; pure osservando che l'Amministrazione ... "non deve essere indotta a una defatigante attività di doppia verifica dei requisiti".

9. Con determinazione dirigenziale n.7530 del 17/06/2019 del Capo Area della Rigenerazione Urbana, delle OO.PP. e dell'Attuazione delle Politiche di Coesione, il sottoscritto ing. Antonio Tinè è subentrato all'ing. Nicolò Asaro nelle funzioni di Responsabile Unico del Procedimento dell'intervento di che trattasi (a sua volta nominato con D.D. n.111/2018);

CONSIDERATO che:

Con nota prot. n.803053 del 18/06/2019 dell'Ufficio Gare – Affidamenti LL.PP. dell'Area degli Organi Istituzionali, veniva comunicata la sospensione del procedimento per la stipula del contratto con l'O.E. aggiudicatario 2G Costruzioni s.r.l. invitando il RUP a porre in essere gli adempimenti consequenziali

OCCORRE :

Per i motivi esposti in narrativa, annullare, in autotutela, l'approvazione definitiva dei lavori di che trattasi disposta con determinazione dirigenziale n.98 del 20/11/2018 in favore della 2G Costruzioni S.r.l.

Provvedere ad aggiudicare definitivamente alla seconda classificata DEMETRA Lavori S.r.l. con sede in via Nazionale snc - Vallelunga Pratameno (CL), Partita IVA: 01838830857, che ha offerto il ribasso d'asta del 22,4134%

Il Responsabile del Procedimento

IL DIRIGENTE

- **Vista** la superiore relazione e condividendone le finalità e i contenuti;
- **Vista** la Determinazione Dirigenziale di aggiudicazione n.98 del 20/11/2018;
- **Visto** il D.Lgs. n.50/2016 “Codice dei Contratti” di Lavori Servizi e Forniture;
- **Attesa** la propria competenza;

D E T E R M I N A

1. Annullare, in autotutela, l’approvazione definitiva dei lavori di che trattasi disposta con determinazione dirigenziale n.98 del 20/11/2018 in favore della 2G Costruzioni S.r.l.
2. Provvedere ad aggiudicare definitivamente alla seconda classificata DEMETRA Lavori S.r.l. con sede in via Nazionale snc - Vallelunga Pratameno (CL), Partita IVA: 01838830857, che ha offerto il ribasso d’asta del 22,4134%
3. Dare atto che l’efficacia della suddetta aggiudicazione definitiva resta subordinata alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara dall’impresa aggiudicataria DEMETRA Lavori S.r.l. con sede in via Nazionale snc - Vallelunga Pratameno (CL), Partita IVA: 01838830857;
4. Dare mandato all’Ufficio Contratti e Approvvigionamenti di provvedere alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati dalle predette Imprese in sede di gara.

Il Dirigente
(Dott. Maurizio

Pedicone)