



# Comune di Villamassargia

Provincia del Sud Sardegna

ORIGINALE

## DETERMINAZIONE SETTORE 3 – SOCIO ASSISTENZIALE

N. 81 DEL 05-03-2024

Ufficio: SERVIZI AL CITTADINO

**Oggetto: Annullamento d'ufficio, ai sensi dell'art. 21- nonies della L.241/1990, della procedura avente ad oggetto "Indizione gara d'appalto attraverso procedura aperta con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo per l'affidamento della gestione del servizio asilo nido comunale Rosa Louise Parks dal 01 gennaio 2024 al 31 gennaio 2025. Cup: i31j23000020004. Cig: a0161c1e1c"**

LA RESPONSABILE DEL SETTORE

Dott.ssa Laura Pasci

### **RICHIAMATI:**

- L'art. 107 del D. Lgs 267/2000 "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali", che attribuisce ai dirigenti comunali o Responsabili di Area, tutti i compiti che la legge e lo Statuto non riservino agli organi di governo dell'Ente, compresa l'adozione di atti che impegnano l'Amministrazione verso l'esterno;
- Il secondo comma dell'art. 109 dello stesso decreto 267/2000 relativo al conferimento delle funzioni dirigenziali nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale;
- Il decreto della Sindaca n. 4 del 03/07/2023 di nomina di Responsabile del III Settore Socio-Assistenziale conferito alla dott.ssa Laura Pasci – Vicesegretaria Comunale, ai sensi dell'art. 97, comma 4, lettera d) del D.lgs.267/2000 e ss.mm.ii.;
- Il vigente Regolamento sull'ordinamento degli Uffici e dei Servizi;
- L'art. 183 comma 9 del D.lgs. 267/2000, nonché l'art 51, comma 4, così come modificati dal D.lgs.118/2011;
- Il vigente regolamento di contabilità approvato con la Delibera del C.C. n. 2 del 20/04/2017;
- La deliberazione di Consiglio Comunale n. 29 in data 25/07/2023, esecutiva ai sensi di legge, con la quale è stato approvato il DUP per il periodo 2024/2026;
- La deliberazione di Consiglio Comunale n. 52 in data 19/12/2023, esecutiva ai sensi di legge, con la quale è stata approvata la nota di aggiornamento al DUP per il triennio 2024/2026;

- La deliberazione di Consiglio Comunale n. 60 in data 19/12/2023, esecutiva ai sensi di legge, con la quale è stato approvato il bilancio di previsione finanziario 2024/2026 redatto secondo gli schemi ex D.lgs. n. 118/2011;
- La deliberazione della Giunta Comunale n. 1 del 09/01/2024 avente ad oggetto: Approvazione del Piano Esecutivo di Gestione 2024/2026 (Art. 169 del D.lgs. n. 267/2000);
- L'art. 4 della Legge 241/90 che stabilisce che il Responsabile dell'unità è altresì il Responsabile dell'attività istruttoria e del provvedimento;
- Lo statuto dell'Ente;
- Il d.lgs. n. 165/01 e ss.mm.ii.;

#### **PREMESSO che**

- con Deliberazione di C.C. n. 29 del 08/10/2019, questo Ente, in conformità all'art.4, comma 2 lett.e) del D.Lgs. n.175/2016 e s.m. e i., ha acquistato le quote societarie di ASMEL Consortile S.c.a.r.l., società costituita esclusivamente da Enti locali;
- ai sensi dei commi 1 e 6 dell'art. 62 del D. Lgs. n. 36/2023 tutte le stazioni appaltanti non qualificate per l'acquisizione di forniture e servizi di importo superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti, e per l'affidamento di lavori d'importo pari o inferiore ad € 500.000 devono avvalersi di soggetti qualificati ai sensi dell'articolo 63 e dell'allegato II.4 del D.Lgs. n.36/2023;
- ASMEL Consortile S.c.a.r.l. è iscritta nell'elenco delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza qualificate di cui al comma 1 dell'art. 63 del D.Lgs. n. 36/2023, risultando qualificata per i livelli L1 per i lavori e SF1 per servizi e forniture;

#### **PRESO ATTO che**

- il Comune di Villamassargia è socio di ASMEL Consortile S.c.a.r.l., centrale di committenza qualificata ai sensi degli artt. 62 e 63 del Codice;
- ASMEL Consortile S.c.a.r.l., in virtù di una considerevole esperienza maturata con oltre 6.000 gare al servizio dei propri associati, fornisce le attività di committenza centralizzata e/o ausiliaria le cui modalità di erogazione, formalizzate ai sensi del comma 9 del citato art.62 con "*Regolamento operativo dei servizi ASMECOMM*", consentono agli Enti soci di provvedere all'affidamento dei contratti nel rispetto di quanto stabilito nei citati articoli 62 e 63;
- con determinazione del III Settore Socio-Assistenziale n. 343 del 16/10/2023 avente ad oggetto "*Indizione gara d'appalto attraverso procedura aperta con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo per l'affidamento della gestione del servizio asilo nido comunale Rosa Louise Parks dal 01 gennaio 2024 al 31 gennaio 2025. Cup: i31j23000020004. Cig: a0161c1e1c*", il comune di Villamassargia ha indetto procedura di affidamento del contratto per "l'affidamento della gestione del servizio di asilo nido comunale Rosa Louise Parks dal 01 gennaio 2024 al 31 gennaio 2025", per un importo complessivo pari a euro 291.657,29 - aggiudicato mediante una procedura aperta e con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (ai sensi dell'art. 108, comma 2, del D.lgs. 36/2023);
- l'estratto del bando di gara veniva spedito per la pubblicazione alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana serie speciale n. 125 in data 27.10.2023 ore 12:00;
- il termine di scadenza per la presentazione delle offerte veniva fissato per le ore 12:00 del 27.11.2023;
- come risulta dai verbali n. 1 del 07/12/2023, n. 2 del 07/12/2023, e n. 3 del 12/12/2023, la Commissione Aggiudicatrice ha valutato l'offerta presentata dall'unico partecipante alla gara in oggetto, rappresentato dall'impresa CONSORZIO TERRITORIALE NETWORK ETICO ITALIA SOC. COOP. SOCIALE CONSORTILE ONLUS, con sede in VIA G.M. ANGIOY, 18, CAGLIARI P.IVA n. 03170140929, che ha conseguito un punteggio totale di 91.870, avendo offerto un ribasso del 86,210 % pari ad un importo netto di euro 11.911,64 a cui si aggiungono gli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso pari ad euro 1.500,00 e il costo della manodopera pari ad euro 276.340,28 non soggetti a ribasso ed IVA come per legge, per un importo complessivo dell'appalto di euro 293.987,93;

**VISTA** la comunicazione presentata dallo studio legale "BLegal s.r.l. Società tra Avvocati", avente sede legale in via del Platano n.2, 09131 Cagliari, C.F. e P.IVA 03890660925, nostro prot. n. 14651 del 18.12.2023, in nome e per conto del dott. Dimitri Pibiri, rappresentante legale de La Clessidra Società Cooperativa Sociale Onlus (P.IVA 02512120920), avente sede legale in via San Gavino n.27, 09039 Villacidro (SU), con la quale la stessa Soc. Coop. La Clessidra, in merito alla Gara predetta, lamentava di non essere venuta a conoscenza della gara prima che andassero a scadere i termini, in quanto, nonostante la Gazzetta Ufficiale indicasse, tra i vari canali di notorietà dell'atto, anche il sito internet del Comune, al fine di consentire la possibilità di reperire tutta la documentazione di gara, nel medesimo sito nessun avviso risultava presente in merito alla gara in oggetto. La stessa evidenziava che, qualora l'ente avesse invece tempestivamente pubblicato il bando di gara presso il proprio albo pretorio, La Clessidra ne avrebbe preso contezza immediatamente, riuscendo a presentare la propria

offerta nei termini. La condotta dell'amministrazione veniva quindi tacciata di essere contraria alle disposizioni di cui al nuovo codice degli appalti, nella parte in cui, ai sensi dell'art. 85, viene disposto che "i bandi, gli avvisi di pre-informazione e quelli relativi agli appalti aggiudicati sono pubblicati..." tra le altre cose, "sul sito istituzionale della stazione appaltante o dell'ente concedente". Alla luce della scarsa partecipazione di operatori economici alla Gara, per la quale era stata presentata una sola offerta, veniva rilevata quindi la lesione dei principi legati alla libera concorrenza delle imprese, che devono accompagnare l'azione amministrativa, anche al fine di favorire la partecipazione dei vari attori presenti nel mercato, e pertanto veniva richiesto l'annullamento in autotutela della procedura in oggetto, ex art. 21-nonies della L.241/90;

**CONSIDERATO** che, sulla base della predetta contestazione, è necessario ricostruire il quadro normativo della vicenda, ed in particolare partire dall'art. 225 co. 1 del Nuovo Codice dei Contratti, in base al quale "*Dal 1° gennaio 2024, acquistano efficacia gli articoli 27, 81, 83, 84 e 85*" (tutti relativi alla fase di pubblicazione), ergo continuano ad applicarsi alla gara in esame (bandita prima del 31 dicembre 2023) le dinamiche procedurali e gli articoli di cui al D.L.vo 50/2016 e, in specie, l'art. 73 (Pubblicazione a livello nazionale) del D.L.vo 50/2016 che recita: "*1. Gli avvisi e i bandi di cui agli articoli 70, 71 e 98 non sono pubblicati in ambito nazionale prima della pubblicazione a norma dell'articolo 72. Tuttavia la pubblicazione può comunque avere luogo a livello nazionale qualora la stessa non sia stata notificata alle amministrazioni aggiudicatrici entro quarantotto ore dalla conferma della ricezione dell'avviso conformemente all'articolo 72. 2. Gli avvisi e i bandi pubblicati a livello nazionale non contengono informazioni diverse da quelle contenute negli avvisi o bandi trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o pubblicate sul profilo di committente, ma menzionano la data della trasmissione dell'avviso o bando all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o della pubblicazione sul profilo di committente. 3. Gli avvisi di preinformazione non sono pubblicati sul profilo di committente prima della trasmissione all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea dell'avviso che ne annuncia la pubblicazione sotto tale forma. Gli avvisi indicano la data di tale trasmissione. 4. Fermo restando quanto previsto all'articolo 72, gli avvisi e i bandi sono, altresì, pubblicati senza oneri sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC, in cooperazione applicativa con i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme regionali di e-procurement. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC, da adottarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice, sono definiti gli indirizzi generali di pubblicazione al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità, anche con l'utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata. Il predetto decreto individua la data fino alla quale gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello Stato. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle indicate nel presente codice, avviene esclusivamente in via telematica e non comporta oneri finanziari a carico delle stazioni appaltanti. Fino alla data indicata nel decreto di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 11". Il decreto richiamato dal predetto art. 74 è il Decreto ministeriale infrastrutture e trasporti 2 dicembre 2016 (Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del d.lgs. n. 50 del 2016) che all'art. 2 recita: "*1. Le stazioni appaltanti e le centrali di committenza pubblicano gli avvisi e bandi di gara con le modalità di cui agli articoli 72 e 73 del codice. La pubblicazione sulla piattaforma ANAC è effettuata entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte della stessa Autorità e riporta la data di pubblicazione dalla quale decorrono i termini per la presentazione delle offerte. Gli avvisi e i bandi sono inoltre pubblicati, non oltre due giorni lavorativi successivi alla pubblicazione sulla piattaforma ANAC, sul «profilo di committente» con l'indicazione della data e degli estremi di pubblicazione sulla stessa piattaforma. 2. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle indicate nel codice, avviene esclusivamente in via telematica, sul profilo del committente, non può comportare oneri finanziari a carico delle stazioni appaltanti e sono liberamente accessibili in via telematica. 3. Gli avvisi e i bandi rimangono pubblicati sulla piattaforma ANAC e sul profilo del committente almeno fino alla loro scadenza. 4. Ai sensi dell'art. 29 del codice, gli stessi sono altresì pubblicati sulla piattaforma informatica del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, anche tramite i sistemi informatizzati regionali e le piattaforme regionali di e-procurement interconnesse tramite cooperazione applicativa. 5. L'ANAC, con proprio atto pubblicato in Gazzetta Ufficiale, definisce le soglie d'importo, le modalità operative e i tempi per il funzionamento della piattaforma in cooperazione applicativa con la piattaforma informatica del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme regionali di e-procurement. 5. Gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC".**

**DATO ATTO** che pure il D.L.vo 36/2023 evidenzia come i bandi debbano essere pubblicati sul profilo della stazione appaltante (art. 85): "*1. I bandi, gli avvisi di pre-informazione e quelli relativi agli appalti aggiudicati*

*sono pubblicati, solo successivamente alla pubblicazione di cui all'articolo 84, sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC e sul sito istituzionale della stazione appaltante o dell'ente concedente. Tuttavia, la pubblicazione può comunque avere luogo qualora la pubblicazione a livello europeo non sia stata notificata entro quarantotto ore dalla conferma della ricezione dell'avviso conformemente all'articolo 84. 2. Gli avvisi e i bandi pubblicati a livello nazionale sul sito istituzionale della stazione appaltante e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC non contengono informazioni diverse da quelle degli avvisi o bandi trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e menzionano la data della trasmissione all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o della pubblicazione sul sito istituzionale della stazione appaltante. 3. Gli avvisi di pre-informazione di cui all'articolo 81, comma 1, non sono pubblicati sul sito istituzionale della stazione appaltante prima della trasmissione all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea dell'avviso che ne annuncia la pubblicazione sotto tale forma. Gli avvisi indicano la data di tale trasmissione. 4. I bandi, gli avvisi di pre-informazione e quelli relativi agli appalti aggiudicati sono comunicati alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, che li pubblica successivamente al ricevimento della conferma di pubblicazione da parte dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o decorso il termine di cui al comma 1. Avvenuta tale pubblicazione, le stazioni appaltanti rendono accessibili i documenti di gara attraverso il collegamento ipertestuale comunicato alla Banca dati stessa, garantendone l'accesso e la disponibilità fino al completamento della procedura di gara e all'esecuzione del contratto. Gli effetti giuridici degli atti oggetto di pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici. 5. Le pubblicazioni sulla banca dati ANAC e sul sito istituzionale della stazione appaltante avvengono senza oneri. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle indicate nel codice avviene esclusivamente in via digitale sul sito istituzionale della stazione appaltante”.*

**RISCONTRATO che**, nonostante la pubblicazione dei documenti di gara sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, a seguito di mero errore materiale, l'Amministrazione ha pubblicato sul proprio sito istituzionale la sola determinazione a contrarre ma non il bando/disciplinare di gara, così come previsto dal succitato art. 85 del d.lgs. n. 36/2023 nonché dall'art. 23 del d.lgs. n. 33/2023 (Decreto Trasparenza), limitando, in tale modo, la libera partecipazione degli operatori economici alla procedura in oggetto;

**DATO ATTO**, altresì che, nel medesimo bando di gara l'Amministrazione si sia auto vincolata, tra l'altro, alla pubblicazione sul proprio sito istituzionale, prevedendo che: “Il bando di gara sarà pubblicato: - per estratto sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (GURI); - sul sito internet: [www.serviziocontrattipubblici.it](http://www.serviziocontrattipubblici.it); - sul profilo di committenza: <https://www.comune.villamassargia.ca.it/> - sulla piattaforma ASMECOMM: [www.asmecomm.it](http://www.asmecomm.it). Analogamente sarà pubblicato l'esito di gara”;

**RITENUTO:**

- di dover procedere, pertanto, all'annullamento d'ufficio del bando di gara e degli atti successivi, ai sensi dell'art. 21- nonies della L.241/1990, ricorrendone i presupposti di legge ed in particolare:
- la presenza di vizi di legittimità originari dell'atto in oggetto, per violazione degli articoli di legge succitati;
- le ragioni di pubblico interesse all'annullamento stesso, volte al rafforzamento del principio di libera concorrenza e di massima partecipazione alle gare da parte delle imprese, che, tramite le disposizioni che impongono la pubblicazione dei bandi sul sito istituzionale dell'Ente consentono, da un lato, agli stessi operatori economici di avere accesso alle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti pubblici e, dall'altro, alla pubblica amministrazione di poter individuare tra le varie offerte presentate l'offerta effettivamente più vantaggiosa e dunque il migliore contraente;

**CONSIDERATO CHE:**

- il potere di annullamento in autotutela della procedura di gara rientra nella potestà discrezionale della stazione appaltante, ove sia presente l'interesse pubblico al corretto svolgimento della gara e alla corretta individuazione dell'aggiudicatario, senza incorrere in errori di valutazione, oggettivamente evitabili, come nel caso di specie;
- l'adozione di un provvedimento in autotutela rappresenta un potere in capo alla Stazione appaltante da espletarsi in qualunque momento nel corso della procedura ad evidenza pubblica, in presenza di vizi tali da pregiudicare i principi di trasparenza, imparzialità, buon andamento e buona amministrazione;

**ACCERTATA** la correttezza e la regolarità dell'azione amministrativa nonché la conformità alla legge e ai regolamenti dell'Ente del presente atto e del suddetto procedimento istruttorio;

**DATO ATTO** di non trovarsi, in relazione al presente provvedimento, in situazione di conflitto di interesse, anche potenziale, come disposto dall'art.6 bis della L.241/90, dall'art. 6 D.P.R. 62/2013;

**ACCERTATA** la propria competenza in merito all'adozione dell'atto;

#### **DETERMINA**

per le motivazioni espresse in premessa

- 1.Di procedere** all'annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21- nonies della L.241/1990, con effetto *ex tunc*, della procedura di gara per l'affidamento della gestione del servizio di asilo nido comunale Rosa Louise Parks dal 01 gennaio 2024 al 31 gennaio 2025, unitamente a tutti i documenti alla stessa riconducibili;
- 2.Di accertare**, ai fini del controllo preventivo di regolarità amministrativa-contabile di cui all'art. 147-bis, comma 1, del D.lgs. n. 267/2000, la regolarità tecnica del presente provvedimento in ordine alla regolarità, legittimità e correttezza dell'azione amministrativa, il cui parere favorevole è reso unitamente alla sottoscrizione del presente provvedimento da parte del responsabile del servizio;
- 3.Di dare atto** che dal presente provvedimento non discendono impegni di natura contabile e per tale ragione non necessita del visto di regolarità del Responsabile finanziario;
- 4.Di dare atto**, altresì, che il presente provvedimento verrà pubblicato contestualmente all'albo pretorio del Comune e sul sito web "Amministrazione Trasparente" nella sezione corrispondente ai sensi dell'allegato del D.lgs. n.33/2013 e del D.lgs. n. 97/2016.

**Il Responsabile del Settore  
Dott.ssa Pasci Laura**

*Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi dell'art. 20 del "Codice dell'amministrazione digitale" (D.Lgs 82/2005)*