



Comune del
Parco
dell'Etna



REGIONE SICILIANA
CITTÀ METROPOLITANA DI CATANIA
COMUNE DI CASTIGLIONE DI SICILIA
C.F. 00291090876



Comune del Parco
Fluviale dell'Alcantara

SETTORE IV
LAVORI PUBBLICI – URBANISTICA – UFFICIO BANDI E GARE – AMBIENTE –
ECOLOGIA – SANATORIA – ABUSIVISMO – PROTEZIONE CIVILE – MANUTENZIONE
IMMOBILI – IMPIANTI E INFRASTRUTTURE COMUNALI – VERDE PUBBLICO –
TOPONOMASTICA

DETERMINA NR. 213 DEL 14/11/2022

OGGETTO:

Annullamento d'ufficio in autotutela ex art. 21 *nonies* della L. 7 agosto 1990, n. 241 e ss.mm.ii., alla cui applicazione rinvia pure l'art. 36 della l. r. 21 maggio 2019, n. 7, del bando di gara avente ad oggetto “*Appalto a procedura aperta per l'affidamento di n. 8 – Concessioni per l'accesso per finalità turistico-ricreative alla pista altomontana Etna Nord di proprietà del Comune di Castiglione di Sicilia*” – CIG: 9181403D6E.

IL RESPONSABILE DEL SETTORE

PREMESSO che

- con Delibera di G.M. n.15 del 15.05.2020, l'Amministrazione Comunale, nelle more della definizione della procedura di *project financing* attivata ex art. 183, co. 15 del vigente Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii.), a seguito del protocollo stipulato in data 20.10.2017 con il Comune di Linguaglossa per la realizzazione di un nuovo sistema di mobilità integrato nel comprensorio Etna Nord – Alcantara”, formulava un Atto di indirizzo all'Ufficio Tecnico Comunale per la redazione di un Bando Pubblico per la fruizione turistica della pista alto montana Etna Nord, di cui l'Ente è proprietario, nel tratto B – C di planimetria in territorio di Castiglione di Sicilia;
- con Determinazione n. 25 del 18.02.2021 di questo Settore, si dava avvio all'indizione della gara d'appalto con procedura aperta per l'affidamento della “*Fruizione turistica della pista altomontana Etna Nord, che da accesso ai crateri sommitali del vulcano Etna nel tratto B – C di planimetria in territorio del Comune*”

di Castiglione di Sicilia”, contestualmente assegnando alla Centrale Unica di Committenza - Società ASMEL Consortile S.C. a r.l. i servizi di cui agli artt. 37 e 39 del vigente Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii.), da realizzare tramite la piattaforma telematica Asmecomm, in forza dell’avvenuta adesione con Delibera G.M. n. 2 del 28.01.2017 e del successivo acquisto di quote societarie della medesima CUC, giusta Delibera G.M. n. 4 del 31.01.2017;

- con Delibera di G.M. n. 16 del 02.03.2021, l’Amministrazione Comunale, dopo alcune comunicazioni chiarificatrici della C.U.C. prescelta, modificava l’Atto di indirizzo di cui alla Delibera di G.M. n. 15 del 15.05.2020 per sopravvenute valutazioni di interesse pubblico, impartendo un ulteriore atto di indirizzo all’Ufficio Tecnico Comunale per la redazione di un Bando Pubblico avente il medesimo oggetto del precedente;
- con Determinazione n. 49 del 17.03.2021 del Settore, si procedeva all’annullamento in autotutela del precedente atto n. 25 del 18.02.2021 e della procedura di indizione della gara d’appalto, contestualmente dando atto dell’impegno dell’Ufficio a redigere successiva Determinazione di indizione della gara d’appalto con procedura aperta per l’affidamento di cui all’oggetto;
- con Delibera di G.M. n. 33 del 08.06.2021, l’Amministrazione Comunale approvava lo schema di Protocollo d’intesa con il Comune di Linguaglossa ed il Parco dell’Etna per l’utilizzo della via di accesso ai crateri sommitali del vulcano Etna Nord mediante sistema autorizzatorio;
- con Delibera di G.M. n. 46 del 15.07.2021, l’Amministrazione Comunale, a seguito della stipula del Protocollo di cui sopra, formulava un nuovo atto di indirizzo all’Ufficio Tecnico Comunale inerente alla redazione del bando pubblico di cui all’oggetto;
- con scheda di gara n. 1142 del 15/02/2022 prot. n. 2022/56, si è dato inizio alla relativa procedura di gara con la citata Centrale Unica di Committenza - Società ASMEL Consortile S.C. a r.l., tramite la piattaforma telematica Asmecomm;
- con propria Determinazione n. 74 del 09.04.2022, è stato adottato l’atto avente ad oggetto *“Attivazione dei servizi della Struttura stabile di supporto al RUP ASMEL Consortile S.C. a r.l. per la procedura aperta per l’affidamento di n. 8 Concessioni per l’accesso per finalità turistico-ricreative alla pista altomontana Etna Nord di proprietà del Comune di Castiglione di Sicilia”* – CIG: Z1435F4FF3, affidando a detta società di committenza ausiliaria tutte le attività di supporto al RUP ex art. 31, co. 7 e 9 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii., necessarie per il corretto svolgimento della menzionata procedura di gara;

- con propria Determinazione n. 75 del 09.04.2022, è stato adottato l'atto avente ad oggetto *“Indizione gara d'appalto con procedura aperta per l'affidamento di n. 8 Concessioni per l'accesso per finalità turistico-ricreative alla pista altomontana Etna Nord di proprietà del Comune di Castiglione di Sicilia”*. – CUP: H59J21000090007 – CIG: 9181403D6E”;
- con propria Determinazione n. 76 del 09.04.2022, è stato adottato l'atto avente ad oggetto *“Rettifica Determinazione n. 75 del 09/04/2022 avente ad oggetto Indizione gara d'appalto con procedura aperta per l'affidamento di n. 8 Concessioni per l'accesso per finalità turistico-ricreative alla pista altomontana Etna Nord di proprietà del Comune di Castiglione di Sicilia”*. – CUP: H59J21000090007 – CIG: 9181403D6E”;
- con propria Determinazione n. 84 del 26.04.2022, a seguito dei chiarimenti presentati sulla piattaforma Asmecom, nonché dell'atto di indirizzo del Sindaco prot. n. 4887 del 26.04.2022 formulato sulla scorta di quanto previsto all'art. 79, commi 1-3 del vigente Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii.), sono stati prorogati i termini di scadenza del bando di gara avente ad oggetto *“Appalto a procedura aperta per l'affidamento di n. 8 – Concessioni per l'accesso per finalità turistico-ricreative alla pista altomontana Etna Nord di proprietà del Comune di Castiglione di Sicilia”*, fino alle ore 12:00 del 24.05.2022;
- *medio tempore*, questo Ufficio, nella qualità di RUP, con mail inviata il 5 maggio 2022 all'esperto tecnico di riferimento della piattaforma telematica Asmecom, ha chiesto delucidazioni riguardo ad alcuni profili del bando, inerenti, in particolare, alle modalità di partecipazione alla gara nel caso di scelta di più lotti ad opera di uno stesso partecipante. In particolare, è stata rilevata la circostanza che la piattaforma telematica non consentisse allo stesso operatore economico intenzionato a concorrere per più lotti (fino ad un massimo di tre), di inserire più di un'offerta tecnica ed economica separatamente, in linea con quanto, peraltro, indicato all'art. 5, par. 5.3 rubricato *“Condizioni speciali e specifiche di specie”* (secondo cui *“ogni partecipante potrà partecipare alla gara per l'assegnazione di un numero massimo di 3 autorizzazioni in maniera separata”*), né dalla lettura degli articoli 12 (sezione rubricata *“Forma di partecipazione”*) e 13.2.1 (rubricato *“Deposito della documentazione di gara”*, ai punti B e C) si evincono indicazioni chiare sulle modalità operative da seguire qualora ricorra quest'ultima ipotesi;
- con nota dell'11.05.2022 indirizzata alla stazione appaltante, un operatore economico, presumibilmente interessato a presentare un'offerta plurima, ha fatto presente come *“dalla simulazione effettuata sulla suddetta piattaforma informatica di gara, a seguito di registrazione, sembrerebbe che non sia possibile partecipare*

contestualmente a più di 1 lotto in quanto non esiste alcuna predisposizione che distingue i diversi lotti di gara. Né, evidentemente, si ritiene plausibile caricare le offerte tecniche, relative al 2° e al 3° lotto, all'interno di un'unica procedura di gara, riferita ad un unico CIG, in quanto non sarebbe possibile la distinzione delle varie offerte tecniche (che potrebbero anche essere differenti tra di loro), così come non sarebbe possibile effettuare offerte economiche/tecniche differenti per ogni lotto”;

- con mail del 20.05.2022 Asmecom, per tramite di un suo esperto assegnato a questa stazione appaltante per l'assistenza tecnica sulla presente procedura di gara, ha dato riscontro alla nota inviata dall'Ufficio il 5 maggio 2022, già precedentemente richiamata, affermando che, nel caso di presentazione di offerte plurime, lo stesso operatore economico avrebbe potuto caricarle su piattaforma mediante un unico file zip, seppur si trattasse di offerte separate. In particolare:

- per quanto riguarda la “documentazione amministrativa”, *“l'operatore economico partecipante dovrà inserire all'interno della cartella zip un'autodichiarazione con la quale indica il numero di concessioni per le quali intende concorrere, specificando anche che si tratta di una concessione per diversamente abili”;*

- per quanto concerne la “documentazione tecnica”, *“l'operatore economico partecipante dovrà inserire all'interno della cartella zip una unica offerta tecnica valida per tutte le concessioni per le quali intende concorrere”;*

- sull'“offerta economica”, *“l'operatore economico partecipante dovrà presentare una unica percentuale di rialzo valida per tutte le concessioni per le quali intende concorrere;*

Il primo in graduatoria risulterà aggiudicatario di un numero massimo di tre concessioni.

Le rimanenti concessioni saranno assegnate poi al secondo, al terzo, ecc... fino ad esaurimento delle assegnazioni”;

- alla scadenza prevista dal bando di gara in oggetto (ore 12:00 del 24.05.2022), è pervenuta una sola domanda, acquisita su piattaforma telematica in data 23 maggio 2022 con protocollo n. 1491564, da parte dell'operatore economico denominato M. S.r.l., nella sua qualità di mandatario di un costituendo consorzio;

CONSIDERATO che

- a giudizio di questa stazione appaltante, i chiarimenti forniti da Asmecom con la citata mail del 20.05.2022, oltre a non avere valore provvedimento, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica al bando di gara, che è *lex specialis*, non sono stati sufficienti a superare le perplessità di natura

tecnica e operativa sollevate da diversi operatori economici interessati a partecipare (come risulta dalle relative e-mail pervenute alla stazione appaltante, alcune delle quali richiamate precedentemente, e conservate agli atti del fascicolo). Semmai, tali chiarimenti hanno messo in risalto la sostanziale inapplicabilità, che si manifesta all'atto del compimento delle operazioni di caricamento delle offerte plurime su piattaforma telematica, del Bando di gara nella parte in cui (art. 5, par. 5.3 rubricato "Condizioni speciali e specifiche di specie") prescrive che "ogni partecipante potrà partecipare alla gara per l'assegnazione di un numero massimo di 3 autorizzazioni in maniera separata";

- per quanto sopra illustrato, ha potuto presentare domanda di partecipazione alla gara, riuscendo a completare le procedure di caricamento su piattaforma telematica della documentazione richiesta, un soggetto (colui che ha proposto il ricorso giudiziale cui si è fatto riferimento in precedenza) che si trovava nella condizione di concorrere per una sola concessione, come risulta espressamente dal ricorso dallo stesso introdotto (a pag. 3, dove si enuncia "*in particolare ha partecipato per una concessione*"), non incorrendo, conseguentemente, nella problematica di caricamento di un'offerta plurima;
- per le ragioni esposte, lo scrivente, nella qualità di RUP della gara in oggetto, con avviso pubblico del 23 maggio 2022, tempestivamente pubblicato all'Albo pretorio online del Comune di Castiglione di Sicilia contenuto nel sito web dove sono accessibili gli altri documenti di gara, ai sensi dell'art. 74, co.1 del vigente Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii.), ha comunicato che il termine di scadenza per la ricezione delle offerte è stato sospeso *sine die* per il periodo di tempo necessario a consentire al gestore della piattaforma telematica di risolvere la problematica di funzionamento tecnico riscontrata impeditiva della corretta presentazione delle offerte plurime, in ossequio a quanto previsto sia dall'art. 79, co.5 bis, del medesimo Codice dei contratti pubblici, sia dal bando di gara, all'art. 12, rubricato "Modalità "telematica" di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara", paragrafo "Modalità di sospensione o annullamento" ("*In caso di malfunzionamento o difetto degli strumenti hardware, software e dei servizi telematici utilizzati dalla Stazione Appaltante, dal Gestore della Piattaforma e dal Supporto Tecnico al Gestore del sistema per la gara, con conseguente accertamento di anomalie nella procedura, la gara potrà essere sospesa e/o annullata*");

PRESO ATTO che

- ad oggi il gestore della piattaforma telematica non ha dato riscontro a questa stazione appaltante circa la risoluzione della problematica tecnica sollevata, incidente sulla piena applicabilità delle norme indicate nel bando di gara;
- l'unico operatore economico partecipante ha notificato a questo Ente, con nota pec acquisita al protocollo generale n. 10709 del 01.09.2022, previo atto extragiudiziale di diffida (acquisito al protocollo dell'Ente n. 7793 del 27.06.2022), ricorso ex art. 117 c.p.a. al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, avverso il Comune di Castiglione di Sicilia e la C.U.C. - Società ASMEL Consortile S.C. a r.l., *“per l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato”* da questa stazione appaltante nel procedimento di gara telematica in oggetto, con la società di committenza ausiliaria sopra indicata, *“nonché per il conseguenziale accertamento dell'obbligo di concludere il suddetto procedimento, mediante l'adozione dei relativi provvedimenti espressi previsti dal bando e dalla vigente normativa in materia”*, e, ove occorra, *“per l'annullamento dell'avviso pubblico del 23 maggio 2022... e di ogni atto presupposto, connesso e/o consequenziale”*;

VALUTATO che

- la superiore sospensione del bando di gara, resa pubblica il 23 maggio 2022 con l'avviso richiamato, è stata effettuata dalla stazione appaltante in via prudenziale, al fine di assicurare la regolarità della procedura nel rispetto dei principi di cui all'art. 30 del vigente Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii.), in particolare per non incorrere nel pericolo di limitare la concorrenza e favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici, così come previsto dal comma 2 del medesimo articolo;
- in assenza di riscontro del gestore della piattaforma telematica alla data odierna, si rende necessario e urgente definire la presente procedura di gara;

ACCERTATO che

- questa stazione appaltante ha mantenuto la segretezza dell'unica offerta pervenuta, nel pieno rispetto del citato all'art. 79, co.5 bis del vigente Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui dispone che, nei casi di sospensione e proroga di cui sopra, *“...la stazione appaltante assicura che, fino alla scadenza del termine prorogato, venga mantenuta la segretezza delle offerte inviate”*, e che, ad oggi, la busta relativa a detta offerta non è stata aperta;
- non è stata nominata la Commissione giudicatrice, ai sensi dell'art. 216, co. 12, del vigente Codice dei Contratti pubblici, come previsto dall'art. 19 del Bando di gara;

RITENUTO, pertanto, allo stato degli atti, di non poter proseguire l'iter di gara di cui all'oggetto, in quanto la sostanziale inapplicabilità, per le motivazioni sopra descritte, di una

clausola del bando di gara, viola alcuni principi di diritto di derivazione comunitaria cardini della contrattualistica pubblica, ossia quelli di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione;

CONSIDERATO che, sussistendo le ragioni di interesse pubblico, concreto e attuale, ricorrono, nel caso di specie, i presupposti per l'annullamento d'ufficio in autotutela, entro un termine ragionevole, del bando in oggetto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-*nonies* della l. 7 agosto 1990, n. 241 e ss.mm.ii., alla cui applicazione rinvia pure l'art. 36 della legge regionale 21 maggio 2019, n. 7, in quanto illegittimo per violazione di legge, ossia per violazione dei principi di diritto di derivazione comunitaria di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione;

CONSIDERATO che sussiste in capo all'amministrazione che indice la gara, l'obbligo di chiarezza, espressione del più generale principio di buona fede, la cui violazione comporta, in applicazione del principio di autoresponsabilità, che le conseguenze derivanti dalla presenza di incongruenze nella *lex specialis*, ossia il bando di gara, non possono ricadere sul concorrente che, in modo incolpevole, abbia fatto affidamento su di esse (*ex multis* Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497);

CONSIDERATO che, secondo la giurisprudenza costante, nella materia specifica delle procedure ad evidenza pubblica, fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva, l'annullamento del bando di gara e degli atti correlati, in presenza di motivi che rendano illegittimo l'atto, rientra nell'ampia potestà discrezionale della PA, potendo vantare il partecipante ad una gara solo un'aspettativa non qualificata o di mero fatto alla conclusione del procedimento, conseguentemente attenuandosi anche l'onere motivazionale facente carico alla PA. Ciò vale nei confronti dell'aggiudicatario provvisorio, *a fortiori* nei confronti colui che riveste (ancora) la posizione di partecipante ad una gara;

RAVVISATA la propria competenza nell'adozione del presente provvedimento, nella qualità di Responsabile del Settore in intestazione, giusta Determinazione sindacale n. 1 del 25.01.2022, e di RUP della gara in argomento, giusta Determinazione sindacale n. 69 del 04/04/2022;

VISTI

- il D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e ss.mm.ii.;
- l'O.A.EE.LL. vigente nella Regione siciliana;
- il D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii.;
- la L. 7 agosto 1990, n. 241 e ss.mm.ii.;

D E T E R M I N A

- 1) La superiore premessa costituisce parte integrante e sostanziale del presente Atto.

- 2) **Di annullare in autotutela**, ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-*nonies* della l. 7 agosto 1990, n. 241 e ss.mm.ii., alla cui applicazione rinvia pure l'art. 36 della legge regionale 21 maggio 2019, n. 7, per le motivazioni indicate nelle superiori premesse, con efficacia *ex tunc*, il bando di gara avente ad oggetto "Appalto a procedura aperta per l'affidamento di n. 8 Concessioni per l'accesso per finalità turistico-ricreative alla pista altomontana Etna Nord di proprietà del Comune di Castiglione di Sicilia" - CUP: H59J21000090007 – CIG: 9181403D6E, nonché gli atti correlati.
- 3) **Di provvedere** agli adempimenti consequenziali previsti dal vigente Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii.).
- 4) **Di dare atto** che il presente atto di ritiro non comporterà per questa stazione appaltante alcun impegno di spesa ulteriore rispetto ai costi già previsti dal bando di gara nell'eventualità del verificarsi di ipotesi come quella in argomento.
- 5) **Di prendere atto** che il presente provvedimento è urgente e di immediata esecutività.
- 6) **Di pubblicare** il presente atto sul profilo del committente, in Albo pretorio online e nella sezione Amministrazione trasparente, ai sensi e per gli effetti del D.lgs. 33/2013 e ss.mm.ii.
- 7) **Di impegnarsi** a trasmettere tempestivamente il presente provvedimento ad ASMEL Consortile S.C. a r.l., per il seguito di competenza.

IL RESPONSABILE DEL SETTORE IV - UFFICIO TECNICO COMUNALE
(Dott. Ing. Leotta Salvatore)

