



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N.1135 del 4 dicembre 2019

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da ANCE AIES Salerno – Affidamento in finanza di progetto (art. 183, commi 1-14 d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.) del contratto di concessione afferente la progettazione esecutiva, l'esecuzione nonché la successiva gestione dell'intervento "Strada di collegamento della viabilità interna con la S.S. 163 Amalfitana Km 32+500 e relativi parcheggi pubblici e pertinenziali" - Importo a base di gara: euro 13.000.000,00 – S.A.: Comune di Minori.

PREC 172/19/L

Il Consiglio

VISTA l'istanza singola di parere acquisita al prot. n. 93382 del 14 novembre 2018, con la quale l'ANCE AIES di Salerno ha contestato la legittimità del bando di gara per l'affidamento, tramite la procedura di *project financing* di cui all'art. 183, commi 1-14 del d.lgs. n. 50/2016, dei lavori indicati in epigrafe, nonché la successiva istanza acquisita al prot. n. 99692 del 4 dicembre 2018 recante motivi aggiunti, con la quale è stata censurata la delibera di indizione della procedura negoziata adottata successivamente dalla stazione appaltante, a fronte della circostanza che la gara era andata deserta;

CONSIDERATO che, con la prima istanza, l'ANCE ha contestato la legittimità del bando sotto diversi profili ed, in particolare, per l'asserita mancanza dell'equilibrio economico e finanziario nel progetto di fattibilità posto a base di gara; mentre, con la seconda istanza, sono state estese le medesime censure nei confronti della delibera di indizione della procedura negoziata (Delibera n. 98 del 15 novembre 2018) contestando altresì la decisione della stazione appaltante di indire la gara senza modificare le condizioni del bando, lasciandone inalterate le criticità;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato con nota prot. n. 83063 del 21 ottobre 2019;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti interessate;

RILEVATO preliminarmente che il presente procedimento possa essere definito ai sensi del nuovo 'Regolamento in materia di pareri precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50', pubblicato in G.U. n. 22 del 26 gennaio 2019, il quale, a norma dell'art. 14, comma 2, è applicabile alle "*istanze pervenute prima della sua entrata in vigore per le quali non sia stato ancora avviato il relativo procedimento*";

CONSIDERATO che la prima istanza di precontenzioso vada dichiarata inammissibile, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), del sopra citato Regolamento, in quanto è diretta a fare valere l'illegittimità di un atto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

della procedura di gara (*i.e.* il bando) autonomamente impugnabile, i cui termini di impugnazione erano inutilmente decorsi alla data di presentazione dell'istanza; basti considerare che il bando di gara è stato pubblicato nella G.U.U.E. n. S135 del 17 luglio 2018 mentre l'istanza *de qua* è stata presentata il 14 novembre 2018, vale a dire in un momento in cui il bando era divenuto inoppugnabile;

CONSIDERATO che, invece, la seconda istanza di precontenzioso appaia tempestiva, in quanto è stata presentata in data 3 dicembre 2018, entro trenta giorni dalla conoscenza della delibera di indizione della procedura negoziata oggetto di contestazione (Delibera n. 98 del 15.11.2018);

RITENUTO, tuttavia, che la predetta istanza vada dichiarata improcedibile, ai sensi dell'art. 7, comma 3, lett. c) del sopra citato Regolamento, per sopravvenuta carenza di interesse alla sua disamina, per i motivi di seguito esplicitati;

RILEVATO, infatti, che nel corso dell'istruttoria procedimentale (vedasi memoria presentata dall'ANCE acquisita al prot. n. 84878 del 25.10.2019, nonché memoria del Comune di Minori acquisita al prot. n. 85027 del 25.10.2019), è emerso che: *i)* con Determina n. 24 del 21 giugno 2018, il Comune di Minori ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, tramite finanza di progetto, della progettazione esecutiva, dell'esecuzione dei lavori e della successiva gestione della strada di collegamento meglio specificata in oggetto e che in data 17 luglio 2018 è stato pubblicato il bando di gara prevedendo come termine di presentazione delle offerte il 12 ottobre 2018, successivamente prorogato al giorno 11 novembre 2018; *ii)* entro il predetto termine nessun operatore ha formulato offerte; *iii)* con Determina n. 98 del 15 novembre 2018, il Comune ha preso atto della circostanza che la procedura aperta era andata deserta e “*tenuto conto che permane la ferma determinazione dell'Amministrazione Comunale a realizzare l'opera infrastrutturale de qua, ritenuta strategica e prioritaria (...)*” ha deliberato l'indizione di una procedura negoziata senza la previa pubblicazione del bando, ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. a) del Codice; *iv)* nel mese di gennaio 2019 la stazione appaltante ha consultato 83 operatori economici in possesso dei requisiti di qualificazione prescritti dal bando ai fini del successivo invito; tuttavia solo un operatore ha manifestato l'interesse a partecipare alla selezione; *v)* entro il termine previsto nella lettera di invito (29 aprile 2019) anche la suddetta impresa non ha presentato alcuna offerta; *vi)* con Delibera n. 76 del 5 agosto 2019, il Comune ha, infine, preso atto del fatto che anche la procedura negoziata è andata deserta, nonostante la consultazione diretta di n. 83 operatori economici in possesso dei requisiti di qualificazione, stabilendo al contempo di demandare al Responsabile del Servizio Lavori Pubblici del Comune, di concerto con il professionista esterno di supporto al RUP “*l'adozione degli atti necessari e consequenziali per l'avvio e lo svolgimento delle necessarie procedure*”. In particolare, con la citata Determina n. 76/2019, l'Amministrazione comunale ha deliberato di dare avvio ad una nuova procedura ad evidenza pubblica, pur non chiarendo se ed in quali termini intenda modificare la disciplina di gara, limitandosi a rilevare che “*al fine di dare certezza all'individuando operatore economico circa la concreta volontà dei potenziali assegnatari, debba essere attivata specifica manifestazione d'interesse, rivolta ai cittadini aventi titolo all'assegnazione di un box pertinenziale interrato*”;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO che la decisione della stazione appaltante di indire una nuova procedura di gara (il cui bando non risulta ad oggi pubblicato) rende non può attuale e concreto l'interesse dell'Associazione istante ad ottenere un pronunciamento sulla legittimità sulla precedente determina a contrarre, i cui effetti giuridici si sono *medio tempore* esauriti. In questo contesto, laddove l'ANCE intenda contestare i presupposti di legittimità del nuovo bando di gara che verrà adottato dal Comune di Minore, potrà presentare una nuova istanza di precontenzioso, ai sensi del sopra menzionato Regolamento nonché della delibera n. 195 del 13 marzo 2019;

RITENUTO, in ogni caso, per completezza, di dovere sottolineare l'opportunità che la stazione appaltante valuti - ai fini dell'indizione della nuova gara e allo scopo di perseguire l'interesse ad una maggiore concorrenza - le contestazioni sollevate dall'ANCE di Salerno, con particolare riferimento alla corretta previsione degli oneri posti a carico del concessionario (cfr. Delibera dell'Autorità n. 267 del 14.03.2018), all'effettivo trasferimento del rischio di domanda e del rischio operativo in capo all'operatore economico (cfr. Linee Guida ANAC n. 9 recanti "*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*", approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 318 del 28 marzo 2018), nonché alla compiuta e preventiva istruttoria circa la fattibilità del progetto posto a base di gara.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei termini di cui in motivazione, che:

- l'istanza acquisita al prot. n. 93382 del 14 novembre 2018, sia inammissibile ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) del Regolamento;
- l'istanza recante motivi aggiunti di cui al prot. n. 99692 del 4 dicembre 2018 sia improcedibile, ai sensi dell'art. 7, comma 3, lett. c) del Regolamento.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 dicembre 2019

Il Segretario, *Rosetta Greco*