



DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE
N. E1096_005 DEL 30/03/2023

Oggetto: *Procedura aperta per la concessione pluriennale, con scadenza 31/12/2027, del servizio di illuminazione votiva ed ambientale nei cimiteri cittadini del Comune di Napoli. Annullamento d'ufficio - ai sensi dell'art. 21-nonies delle Legge 241/90 - degli atti di gara approvati con le determinazioni dirigenziali n. E1096_06 del 05/10/2022 e n. E1096_07 del 4/11/2022 e conseguentemente della successiva aggiudicazione definitiva di cui alla determinazione dirigenziale n. E1096_02 del 19/01/2023.*

Deliberazione ANAC n. 34 del 25 gennaio 2023.

PREC 160/2022/S – Fasc. ANAC 4938/2022.

Premesso che

- con Deliberazione di Giunta Comunale n. 328 del **09/09/2022** è stato *proposto al Consiglio Comunale di stabilire, ai sensi dell'art. 42 comma 2 lettera e) del D.Lgs. 267/2000 e dell'Art. 53 dello Statuto comunale, che il servizio di illuminazione votiva ed ambientale nei cimiteri cittadini, sino al 31/12/2027, sia gestito mediante affidamento in concessione a terzi;*
- con Deliberazione di Consiglio Comunale n. 40 del **16/09/2022** è stata approvata la suddetta proposta della Giunta Comunale;
- con determinazione dirigenziale n. E1096_06 del **05/10/2022** si è proceduto all'approvazione degli atti progettuali e di gara della procedura in oggetto ed a manifestare la relativa volontà dell'Amministrazione a contrarre. Il Bando (gara pubblica europea) prevedeva quale scadenza originaria di presentazione delle offerte le ore 12:00 del 09/11/2022;
- con PEC del **29/10/2022** la società Zanetti s.r.l. (nel seguito anche solo ZANETTI) formulava "*Istanza alla S.A. di annullamento/revoca in autotutela del bando di gara e atto di significazione e diffida*";
- con determinazione dirigenziale n. E1096_07 del **04/11/2022**, al fine di rimuovere alcune criticità emerse a seguito delle richieste di chiarimento di alcuni operatori economici, si è ritenuto necessario procedere alla rettifica degli atti progettuali e di gara e ad aggiornare i termini di scadenza di presentazione delle offerte al 29/11/2022;
- con nota del **04/11/2022**, indirizzata ad ANAC e Comune di Napoli, la ditta ZANETTI formulava istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, D.Lgs. 50/2016;
- analoga richiesta del **05/11/2022** perveniva anche dalla società SAIE S.p.A. (nel seguito anche solo SAIE);
- in data **15/11/2022**, a seguito delle citate istanze presentate dalla SAIE e dalla ZANETTI, l'ANAC avviava apposito procedimento *-PREC 160/2022/S FASC. 4938/2022-* invitando detti operatori economici e la Stazione Appaltante a voler trasmettere eventuali memorie e/o documenti. Veniva altresì richiesto di *non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino al rilascio del parere;*
- con PG/836875 del **18/11/2022**, la S.A. provvedeva a trasmettere all'ANAC apposite memorie. Ritenendo che gli atti pregiudizievoli erano da individuarsi nella stipula del contratto e che le tre doglianze poste dagli operatori economici erano superate e/o infondate, le avviate operazioni di gara non venivano sospese anche in virtù dell'originaria scadenza con il gestore p.t. del servizio votivo fissata al 31/12/2022. Nel contempo con nota PG/870226 del 30/11/2022 e PG/901490 del 13/12/2022 si è proceduto a tenere costantemente aggiornata l'ANAC sull'operato dell'Amministrazione e sullo svolgimento delle operazioni di gara;
- in data **01/12/2022** il Rup ha proceduto all'apertura delle buste amministrative;
- con disposizione dirigenziale n. I1096_31 del **06/12/2022**, ai sensi dell'art. 77 del D.lgs. 50/2016, si è proceduto alla nomina della commissione giudicatrice;
- in data **23/12/2022**, in seduta di gara (pubblica), si è conclusa la valutazione delle offerte (tecniche ed economiche) e si è proceduto ad approvare la graduatoria dei concorrenti. Dalle operazioni di gara è risultato primo in graduatoria il costituendo raggruppamento composto da EDISON NEXT GOVERNMENT S.R.L. (capogruppo mandataria) - ELETTRONIT S.r.l. (mandante) (nel seguito anche solo EDISON) la cui offerta è risultata sospettata di anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 3, del D.lgs. 50/2016. Pertanto, in pari data il RUP ha invitato il costituendo RTI EDISON a fornire i giustificativi dell'offerta di cui al suddetto art. 97 del D.lgs. 50/2016, comunicando l'intenzione di avvalersi della commissione di gara ai fini della relativa valutazione;
- con nota del **10/01/2023**, il costituendo RTI EDISON ha trasmesso i giustificativi richiesti;
- nella seduta riservata del **11/01/2023** il RUP e la commissione di gara procedevano all'esame dei citati giustificativi, ritenendo congrua la relativa offerta;
- nella seduta pubblica del **12/01/2023** veniva formulata la proposta di aggiudicazione in favore del costituendo RTI EDISON;

- nelle more del completamento delle verifiche dei requisiti, non avendo avuto alcun ulteriore riscontro in merito al citato procedimento di precontenzioso (erano trascorsi oltre due mesi dal 15/11/2022), è stata adottata la Determinazione Dirigenziale n. E1096_02 del **19/01/2023** avente ad oggetto “*l’approvazione della proposta di aggiudicazione e aggiudicazione della gara in favore del costituendo R.T.I. Edison Next Government S.r.l. (mandataria) – Elettrovit S.r.l. (mandante)*”;
- con PEC del **01/02/2023** l’ANAC comunicava che in data 25 gennaio 2023 il Consiglio dell’Autorità ha approvato la deliberazione n. 34/2023 **richiedendo nel contempo, entro 60 giorni dalla citata data, le determinazioni adottate.** Nel merito, l’Autorità ha ritenuto, per le motivazioni nella stessa contenute:
 - *lo schema di PEF incompleto, nella parte in cui non contempla i costi per l’accertamento della rispondenza alla normativa vigente degli impianti elettrici esistenti e per i lavori di adeguamento dei medesimi impianti e, per tale motivo, inidoneo a rappresentarne la corretta allocazione dei rischi e la loro sostenibilità;*
 - *gli eventuali futuri aumenti del prezzo dell’energia elettrica dipendenti dall’eccezionale crisi energetica in corso, se incidenti sull’equilibrio del PEF, idonei a comportare la revisione del piano ai sensi dell’art. 165, comma 6, d.lgs. 50/2016.*
- con PG/125317 del **13/02/2023** la S.A., prendeva atto che l’ANAC riteneva fondata la doglianza degli operatori economici SAIE e ZANETTI relativamente alla *mancata contabilizzazione nel PEF dei costi di messa a norma degli impianti elettrici presi in gestione*, eccedendo in ordine all’inidoneità dello stesso ad inquadrare il connesso rischio operativo della concessione. Nella medesima nota venivano forniti all’Autorità ulteriori elementi istruttori in quanto, attesa la delicatezza della tematica è totale interesse della scrivente Stazione Appaltante, ..., **acclarare come la medesima abbia mosso i propri passi entro binari connotati dalla massima correttezza in ordine agli atti di gara.** In virtù di ciò, pertanto si è chiesta una rivisitazione sul punto 1 della Deliberazione n. 34 del 25/01/2023, restando disponibili, se del caso, a una diretta audizione direttamente presso l’Autorità.
- con nota PG/150533 del **21/02/2023** avente ad oggetto “*Alfano Luce s.r.l. e Soc. Italiana Lampade Votive Elettriche n.q. di mandataria e di mandante del costituendo R.T.I. tra Alfano Luce s.r.l. e la Soc. Italiana Lampade Votive Elettriche – Ricorso al T.A.R. Campania del 20/02/2023 avverso -previa sospensiva- la Det. Dir. n. E1096_02 del 19/01/2023 “di approvazione della proposta di aggiudicazione e aggiudicazione della gara indetta mediante procedura aperta, ai sensi dell’art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016 per l’affidamento della concessione pluriennale del servizio di illuminazione votiva ed ambientale nei cimiteri cittadini sino al 31/12/2027 in favore del costituendo R.T.I. Edison Next Government S.r.l. (mandataria) – Elettrovit S.r.l. (mandante)” pubblicata sull’Albo Pretorio del Comune di Napoli in data 20/01/2023 e notificata a mezzo pec, in data 09/02/2023; nonché per l’annullamento di altri atti connessi e conseguenti.*” il Servizio Difesa Giuridica Amministrativa trasmetteva il relativo ricorso. La camera di consiglio veniva poi fissata nel giorno 08/03/2023;
- con PEC del **09/03/2023** perveniva la nota *UPREC-PRE-0490-2023/S/PREC-RIESAME* con la quale l’ANAC comunicava che in data 08/03/2023 il Consiglio dell’Autorità **ha confermato la Deliberazione n. 34/2023 integrandola con ulteriori osservazioni;**
- in data **10/03/2023** il TAR Campania, a seguito della camera di consiglio del giorno 08/03/2023, pubblicava l’Ordinanza n. 460/2023 con la quale accoglieva l’istanza cautelare di sospensiva fissando la trattazione di merito all’udienza pubblica del 03/05/2023.

Precisato che

- l’Autorità in data 01/02/2023 ha invitato le parti, ai sensi dell’art. 13 comma 2 del Regolamento in materia di pareri precontenzioso di cui all’art. 211 del D.Lgs. 50/2016 approvato dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 10 nell’adunanza del 09/01/2019 e modificato con delibera n. 528 del 12/10/2022, a voler far conoscere le proprie determinazioni conseguenti alla Deliberazione n. 34/2023 (*proposizione di ricorso, provvedimenti assunti, acquiescenza*), entro 60 giorni dal

ricevimento;

- con nota PG/232901 del **16/03/2023**, l'Ente ha provveduto ad inoltrare ai tre operatori economici che hanno partecipato alla gara, all'ANAC ed agli operatori che hanno formulato istanza di parere di precontenzioso, comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela delle *determinazioni dirigenziali n. E1096_06 del 05/10/2022, n. E1096_07 del 04/11/2022 e conseguentemente della determinazione dirigenziale n. E1096_02 del 19/01/2023 a seguito del riscontro ANAC del 09/03/2023 in merito alla Deliberazione ANAC n. 34 del 25/01/2023*, specificando che entro il termine massimo di 10 giorni avrebbero potuto presentare eventuali memorie scritte e documenti;
- hanno trasmesso memorie gli operatori ALFANO (pec del 24/03/2023) e ZANETTI (pec del 27/03/2023).

Considerato che

- l'ANAC ritiene,
 - per le motivazioni contenute nella Deliberazione n. 34/2023 ***“lo schema di PEF incompleto, nella parte in cui non contempla i costi per l'accertamento della rispondenza alla normativa vigente degli impianti elettrici esistenti e per i lavori di adeguamento dei medesimi impianti e, per tale motivo, inidoneo a rappresentare la corretta allocazione dei rischi e la loro sostenibilità”*** e
 - per quanto riportato nella nota UPREC-PRE-0490-2023/S/PREC-RIESAME del 09/03/2023 che *“... è possibile rilevare ulteriormente che l'oggettiva difficoltà nel ricostruire in via interpretativa l'oggetto dell'affidamento -dipendente dalla mancata necessaria completezza nella definizione dei lavori di messa a norma- discende a sua volta dal vizio originario della procedura, che si ritiene essere responsabile di tutte le criticità emerse già in fase di espletamento della gara, ovvero la mancata predisposizione da parte di codesto comune della progettazione, anche solo a livello di progetto di fattibilità tecnico economica, dei lavori di adeguamento normativo degli impianti.*

Ed ancora l'ANAC scrive:

Oltre a costituire una violazione di legge, ciò ha ricadute, oltre che sui costi posti a carico del concessionario, sulla definizione dei requisiti di qualificazione, che codesta stazione appaltante individua parametrando al valore minimo dei lavori di manutenzione indicato nella bozza di PEF, e non ai lavori effettivamente progettati e offerti dai concorrenti, e anche, come rilevato dal Consiglio di Stato, sulla esecuzione dei lavori, sul loro controllo e sul collaudo finale, che, peraltro lo schema di convezione neppure prevede (disciplinando solo la verifica di conformità dei servizi)”;

- la memoria dell'operatore **ALFANO** trasmessa con PEC del 24/03/2023, tra le altre, pone obiezione sulla condotta del Comune di Napoli, che ha azionato con la nota PG/232901 del 16/03/2023, apposito procedimento di annullamento in autotutela; ciò laddove, secondo quanto asserito, l'Ente, a fronte della conferma dei contenuti della precitata Deliberazione ANAC n. 34/2023 e pur non dovendo soggiacere a un parere di natura non vincolante, avrebbe irragionevolmente receduto dal difendere le proprie posizioni, in particolar modo perché ciò non era dovuto laddove i contenuti della Deliberazione risulterebbero basati su presupposti erronei (cfr. punti da XXI a XXX, punto XXXIII) ovvero destituiti di fondamento (cfr. punto XXXI). Pertanto, ritiene la condotta dell'Ente erronea, illogica e, quindi, certamente illegittima nonché disposta in aperta contraddizione con le proprie precedenti determinazioni - altresì dichiarando che le conclusioni cui era pervenuta l'Autorità sarebbero non corrette, non condivisibili e, comunque, certamente non vincolanti - richiedendo che la procedura relativa al procedimento di annullamento in autotutela attivato venisse archiviata.

Giova precisare che, con riferimento a quanto asserito al punto XVIII, l'avvio del procedimento di annullamento di cui alla nota PG/232901 del 16/03/2023 è conseguenza diretta della nota di RIESAME dell'ANAC del 09/03/2023;

- la memoria dell'operatore **ZANETTI** trasmessa con PEC del 27/03/2023, ribadisce quanto già rappresentato sia nell'ambito di propria istanza di annullamento del 29/10/2022 sia in seno all'istanza di parere di precontenzioso ex art. 211 comma 1 del D.lgs. 50/2016 del 07/11/2022 (prot. ANAC 90281/2022), dichiarando **di fare proprie le conclusioni cui l'A.N.A.C. è giunta**. Ha pertanto invitato la scrivente Amministrazione a voler provvedere all'annullamento del bando di gara in oggetto in uno con tutte le operazioni di gara da esso conseguenti, rappresentando che l'aggiudicazione esperita non si è consolidata. Altresì ha comunicato che, in difetto, *si riserva di adire nelle sedi competenti per il ristoro del danno da perdita di chance*.

Ritenuto che

- in virtù della sopraggiunta nota dell'ANAC del 09/03/2023, **confermativa ed integrativa** della deliberazione n. 34/2023, le memorie pervenute dall'operatore ALFANO, come corroborate da apposita relazione tecnica, non forniscono ulteriori elementi che possano *acclarare come la Stazione Appaltante abbia mosso i propri passi entro binari connotati dalla massima correttezza in ordine agli atti di gara* (obiettivo dell'Amministrazione esplicitato nella richiesta di riesame dell'Amministrazione PG/125317 del 13/02/2023 ben prima che la Stazione Appaltante avesse conoscenza del ricorso proposto dall'operatore ALFANO);
- l'Amministrazione ha formulato richiesta di riesame (PG/125317 del 13/02/2023) proprio perché, per la delicatezza della concessione in oggetto, necessitava (e necessita) di avere piena certezza sulla correttezza del proprio operato messo in discussione con la Deliberazione n. 34/2023; pertanto il dover valutare di allinearsi al parere dell'ANAC da parte dell'Amministrazione rappresenta un elemento di coerenza anziché un'azione contraddittoria; figuriamoci all'esito dei contenuti del riscontro ANAC UPREC-PRE-0490-2023/S/PREC-RIESAME del 09/03/2023, che evidenziano la presenza di ulteriori criticità, tantomeno in assenza di motivazioni di segno contrario. Ciò, attesa la delicatezza del tema in uno all'esigenza di palesare come la medesima intenda muoversi secondo percorsi di specchiata liceità e scevri da qualsivoglia margine di possibile incompatibilità con il quadro normativo che sottende alle caratteristiche degli atti di gara delle concessioni.
- rileva la natura discrezionale del provvedimento di annullamento in autotutela degli atti di gara e di quanto ne è conseguito (aggiudicazione definitiva), alla stregua dei principi generali dell'ordinamento giuridico (ragioni d'interesse pubblico, termine ragionevole dall'adozione degli atti, interessi dei destinatari e dei contro interessati), i quali, oltre che espressamente codificati dall'art. 21 nonies della Legge 241/90, trovano fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 della Costituzione, ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa;

Pertanto, tutto ciò premesso e considerato e per quanto meglio precisato nella sopra richiamata nota ANAC del 09/03/2023 e nella deliberazione n. 34 del 25/01/2023, a salvaguardia dell'interesse pubblico e in ossequio ai principi di buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione ex art. 97 della Costituzione e dell'art. 21-nonies della Legge 241/90, al fine di allinearsi alle conclusioni cui è giunta l'Autorità, si ritiene di dover annullare gli atti di gara della procedura *de qua -approvati con le determinazioni dirigenziali n. E1096_06 del 05/10/2022 e n. E1096_07 del 04/11/2022-* e conseguentemente annullare anche la determinazione dirigenziale n. E1096_02 del 19/01/2023 *di approvazione della proposta di aggiudicazione e aggiudicazione per l'affidamento della concessione pluriennale del servizio di illuminazione votiva ed ambientale nei cimiteri cittadini sino al 31/12/2027 in favore del costituendo R.T.I. Edison Next Government S.r.l. (mandataria) – Elettrovit S.r.l. (mandante)* precisando che quest'ultima non è mai divenuta efficace per mancato completamento della verifica dei prescritti requisiti.

Visti

- gli atti richiamati;
- il TUEL, approvato con D.lgs n. 267/2000;
- la Legge n. 241/90;
- il D.lgs. 50/2016.

Attestato

- la regolarità e la correttezza dell'attività amministrativa e contabile, ai sensi dell'art. 147 bis del D.Lgs. 267/2000, come modificato ed integrato dal D.L. n. 174 del 10/10/2012 convertito in legge n.213 del 07/12/2012 nonché degli artt. 13, co. 1 lett. b) e 17, co. 2 lett. a) del “Regolamento del Sistema dei Controlli Interni del Comune di Napoli”, approvato con deliberazione di C.C. n. 4 del 28/02/2013;
- ai sensi dell'art. 6 bis della Legge 241/1990 e s.m.i, degli artt. 6 e 7 del “Regolamento recante il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici” di cui al DPR 14/04/2013 n. 62 e degli artt. 7 e 9 del “Codice di comportamento dei dipendenti pubblici del Comune di Napoli” l'assenza di situazioni di conflitto di interesse tali da impedirne l'adozione;
- l'istruttoria necessaria ai fini dell'adozione del presente provvedimento è stata espletata dal Responsabile Unico del Procedimento funz. ing. Christian Capriello;
- ai sensi del regolamento dei controlli interni, il presente atto rispetta i principi di efficacia, efficienza ed economicità di cui all'art. 147 del D.Lgs. 267/2000;
- che il presente provvedimento rientra nella previsione normativa di cui agli artt. 23 e 37 del D.lgs. 33/2013, all'art. 29 del D.lgs. 50/2016 e all'art. 1 comma 32 della Legge 190/2012, come riportato nella predetta sezione del P.I.A.O. e, pertanto, una volta ottenuta la relativa esecutività, sarà oggetto di pubblicazione nella sezione Amministrazione Trasparente del sito del Comune di Napoli;

Si attesta altresì che ai sensi della direttoriale PG/633269 del 30/08/2021 la presente determinazione dirigenziale contiene dati personali trattati in conformità alle condizioni di liceità di cui all'art. 6 del Regolamento UE 2016/679 e pubblicati nel rispetto delle relative norme di legge.

DETERMINA

per le motivazioni di cui in narrativa, di

- 1) **annullare** in autotutela – in ossequio ai principi di buona amministrazione ex art. 97 della Costituzione e ai sensi dell'art. 21 nonies della legge n. 241/1990 - le determinazioni dirigenziali n. E1096_06 del 05/10/2022 e n. E1096_07 del 04/11/2022 con le quali sono stati approvati gli atti progettuali e di gara ritenuti dall'ANAC illegittimi e conseguentemente annullare l'aggiudicazione definitiva disposta in favore del costituendo RTI EDISON NEXT GOVERNMENT – ELETTROVIT SRL di cui alla determinazione dirigenziale n. E1096_02 del 19/01/2023;
- 2) **pubblicare** la presente determinazione dirigenziale all'Albo Pretorio del Comune di Napoli.
- 3) **notificare** il presente atto a mezzo pec ai seguenti operatori economici:
EDISON NEXT GOVERNMENT s.r.l. pec: nextgovernment@pec.edison.it
ALFANO LUCE s.r.l. pec: alfanoluce@postacert.it
TRE FIAMMELLE soc. coop. pec: certificata@pec.trefiammelle.it
ZANETTI s.r.l. pec: zanettisrl@postecert.it
SAIE s.p.a. pec: saie@certimprese.it
- 4) **trasmettere** la presente determinazione all'ANAC pec: protocollo@pec.anticorruzione.it in ottemperanza della deliberazione n. 34/2023.

Avverso la presente determinazione è possibile ricorrere entro 30 giorni dalla notifica al TAR Campania ovvero entro 120 giorni proporre ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Sottoscritta digitalmente da
Il dirigente
ing. Arnaldo STELLA

La firma, in formato digitale, è stata apposta sull'originale del presente atto ai sensi dell'art. 24 del D.Lgs. 7/3/2005, n. 82 e s.m.i. (CAD). La presente determinazione è conservata in originale negli archivi informatici del Comune di Napoli, ai sensi dell'art. 22 del D.Lgs. 82/2005.