



OPERA PIA ASILO SAVOIA, PIO ISTITUTO DELLA SS. ANNUNZIATA, LASCITO GIUSEPPE E MARGHERITA ACHILLINI

Raggruppamento Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza
Legge 6972 del 17 luglio 1890 – D.G.R. 190 del 24 aprile 2018

DETERMINAZIONE N. 11 DEL 3 LUGLIO 2018

**OPERA PIA ASILO SAVOIA - PROCEDURA NEGOZIATA AI SENSI DELL'ART. 36
COMMA 2 DEL D.LGS 50/2016 PREVIO AVVISO DI INDAGINE DI MERCATO
FINALIZZATO ALL'INDIVIDUAZIONE DI UNA ASD/SSD QUALE "INCUBATORE" PER
LE ATTIVITÀ DI PROMOZIONE DEI DIRITTI DI CITTADINANZA ED EDUCAZIONE
ALLA LEGALITA' MEDIANTE LA COSTITUZIONE DI UNA FORMAZIONE
CALCISTICA VOLTA ALL'INCLUSIONE SOCIALE DI SOGGETTI SVANTAGGIATI
NELL'AMBITO DEL PROGRAMMA TALENTO & TENACIA. CRESCERE NELLA
LEGALITÀ – C.I.G. 7502076CF3 – RITIRO AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA DI CUI
ALLA DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE N. 03 DELL'8 GIUGNO 2018**

IL SEGRETARIO GENERALE

VISTO lo Statuto dell'Ente approvato con Regio Decreto 21 febbraio 1926 e ss. mm. ii;

VISTA la D.G.R. n. 190 del 24 aprile 2018 che ha istituito il Raggruppamento delle II.PP.A.B. Opera Pia Asilo Savoia, Pio Istituto della SS. Annunziata e Lascito Giuseppe e Margherita Achillini, individuando quale Organo di Amministrazione dello stesso il Consiglio di Amministrazione dell'Opera Pia Asilo Savoia;

PREMESSO CHE:

- con Deliberazione del Consiglio di Amministrazione dell'Asilo Savoia n. 10 del 29 marzo 2018 si è proceduto alla revisione ed all'aggiornamento degli indirizzi programmatici del Programma "*Talento & Tenacia. Crescere nella Legalità*", demandando al Segretario Generale ed ai dipendenti Uffici dell'Ente l'adozione degli atti inerenti e conseguenti alla presente deliberazione, inclusa la stesura e l'approvazione del relativo piano attuativo ai fini della sua strutturazione così come definita a livello amministrativo, organizzativo e funzionale dai summenzionati indirizzi programmatici;
- con Determinazione Dirigenziale dell'Asilo Savoia n. 20 del 29 marzo 2018, in esecuzione del sopracitato Provvedimento, è stato approvato il piano attuativo del programma di inclusione sociale, formazione, promozione dei diritti di cittadinanza e inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati mediante la promozione della pratica sportiva denominato "*Talento & Tenacia. Crescere nella legalità*";



- nell'ambito del citato piano attuativo di cui alla citata D.D. 20/2018 l'Azione n. 3 lettera b) afferente *"Promozione dei diritti di cittadinanza ed educazione alla legalità mediante la costituzione di una formazione calcistica volta all'inclusione sociale di soggetti svantaggiati"* rappresenta lo strumento mediante il quale il soggetto proponente intende correttamente programmare e realizzare non una semplice gestione di una qualsivoglia formazione calcistica, seppure blasonata e in grado di dare visibilità all'Ente promotore, né di una attività sostanzialmente corrispondente ad una sponsorizzazione – ma piuttosto la costruzione di un modello di intervento che utilizza il contenitore "squadra di calcio" e in genere l'attività agonistica di un campionato per promuovere in maniera organica la costruzione di percorsi di educazione alla cittadinanza, alla responsabilità e alla inclusione sociale, in territori soggetti a degrado, utilizzando lo sport e il calcio in particolare quale "agente del cambiamento" sia rispetto alle storie personali dei ragazzi che entreranno nella formazione, ma anche all'ambiente nel suo complesso, in una più generale azione di riqualificazione sociale delle aree periferiche della Capitale e di quelle, anch'esse soggette ad impoverimento culturale e sociale, della Città Metropolitana. E' un obiettivo ambizioso e come detto mai organicamente perseguito da Istituzione Pubblica e con una progettualità che individua nei ragazzi non dei meri destinatari di servizi ma dei co-protagonisti del Programma;
- con Determinazione Dirigenziale dell'Asilo Savoia n. 33 del 7 maggio 2018 è stato indetto un Avviso recante *"Indagine di mercato, ai sensi dell'art. 36 del D.Lgs. 50/2016 finalizzato all'acquisizione di manifestazioni di interesse per l'individuazione di una ASD/SSD quale "incubatore" per le attività di promozione dei diritti di cittadinanza ed educazione alla legalità mediante la costituzione di una formazione calcistica volta all'inclusione sociale di soggetti svantaggiati nell'ambito del Programma Talento & Tenacia. Crescere nella Legalità"*;
- con Determinazione Dirigenziale dell'Asilo Savoia n. 36 del 23 maggio 2018 in esito all'indagine di mercato di cui alla citata D.D. n. 33/2018 è stata approvata la lettera d'invito recante: *"procedura negoziata ai sensi dell'art. 36 comma 2 del D. Lgs. 50/2016 previo avviso di indagine di mercato finalizzato all'individuazione di una ASD/SSD quale "incubatore" per le attività di promozione dei diritti di cittadinanza ed educazione alla legalità mediante la costituzione di una formazione calcistica volta all'inclusione sociale di soggetti svantaggiati nell'ambito del Programma Talento & Tenacia. Crescere nella Legalità"*;
- con Determinazione Dirigenziale Raggruppamento delle II.PP.A.B. ex DGR 190/2018 n. 3 dell'8 giugno 2018, per le motivazioni ivi esplicitate che si intendono integralmente richiamate nel presente Provvedimento ed in esito alla procedura negoziata di cui alla citata D.D. n. 36/2018 è stata aggiudicata provvisoriamente, l'esecuzione delle attività di promozione dei diritti di cittadinanza ed educazione alla legalità mediante la costituzione di una formazione calcistica volta all'inclusione sociale di soggetti svantaggiati nell'ambito del programma *"Talento & Tenacia. Crescere nella Legalità"* alla A.S.D. Audace con sede in San Vito Romano (RM) - Via Governo Vecchio, 12 C.F. 12487921004;

DATO ATTO:

- che questa Pubblica Amministrazione in data 8 giugno 2018 ha iniziato le procedure di verifica di Legge in ordine all'accertamento dei requisiti dell'aggiudicatario provvisorio;



- che in data 15 giugno 2018 è stato ottenuto il certificato dei carichi pendenti e della visura presso il Casellario giudiziario del Tribunale di Roma verso il Legale Rappresentante delle A.S.D. partecipanti che hanno restituito esito negativo in quanto a carico degli stessi non vi è presso il Tribunale alcun carico pendente o condanna passata in giudicato;
- che al fine di procedere ad ultimare le richiamate verifiche si è altresì provveduto in data 19 giugno 2018 a formulare apposita istanza di verifica sulle A.S.D. partecipanti al fine di accertare eventuali procedimenti pendenti o in essere presso la Procura Federale della Federazione Italiana Giuoco Calcio, competente sede di giustizia sportiva, a tutt'oggi non riscontrata;
- che sono conseguentemente tuttora in corso, nonostante i solleciti effettuati, le citate verifiche in ordine agli eventuali carichi pendenti o condanne presso la Procura Federale della Federazione Italiana Giuoco Calcio rispetto alle A.S.D. partecipanti, in assenza del cui riscontro l'Istituzione deve agire conformandosi ai principi di cautela e buon andamento, al fine di preservare il Programma e l'immagine stessa dell'Ente da potenziali danni di immagine conseguenti a eventuali procedimenti della giustizia sportiva comportanti la responsabilità oggettiva dell'ASD;
- che in data 15 giugno 2018, tenuto conto del vincolo temporale previsto dal Comitato Regionale della Lega Nazionale Dilettanti per l'approvazione della modifica della denominazione della Squadra prevista dall'Avviso di che trattasi, ed essendo tutt'ora in fase di completamento gli adempimenti istruttori necessari l'adozione dell'eventuale Provvedimento di aggiudicazione definitiva è stata trasmessa una bozza di Accordo all'ASD risultante provvisoriamente aggiudicataria, al fine di abbreviare le tempistiche degli eventuali adempimenti conseguenti;
- che in data 20 giugno 2018 l'ASD Audace con email acquisita in atti al prot. n. 1004 in pari data esponeva una serie di quesiti e avanzava formale richiesta di integrazioni e modifiche alla predetta bozza di Accordo, esaminati i quali il Responsabile del Procedimento con propria nota acquisita in atti al prot. n. 1031 del 26 giugno 2018, rilevava che: *"In conclusione, tenuto conto del tenore delle richieste di modifica presentate si rappresenta che le stesse, oltre a denotare l'intendimento dell'ASD di non osservare, in caso di aggiudicazione definitiva, le clausole alla base dell'Avviso indetto dall'IPAB, configurano, ipso facto, un formale e sostanziale inadempimento delle prescrizioni contenute nell'Avviso in oggetto, le quali peraltro, oltre ad inerire a contenuti valoriali costituenti la base stessa del Programma, discendono a loro volta dagli atti di indirizzo e di programmazione adottati dall'Ente nell'ambito dell'autonomo esercizio delle funzioni Istituzionali riconosciute dallo Statuto e dalla normativa vigente ed in quanto tali non risultano in alcun modo attenuabili, modificabili o eludibili."*;

ATTESO CHE

- la procedura di cui trattasi non riveste in alcun modo carattere vincolante per l'Ente così come evidenziato più volte nei relativi Atti;
- l'"aggiudicazione provvisoria" contemplata nel pregresso sistema di cui al D. Lgs. n. 163 del 2006 equivale alla "proposta di aggiudicazione" ai sensi del combinato disposto degli articoli 32 e 33 comma 1, del D.Lgs. 50/2016;



- conseguentemente, ai fini della eventuale revoca o annullamento della “*proposta di aggiudicazione*”, non sussiste un obbligo di avviso di avvio del procedimento, trattandosi di una pre-decisione (ex plurimis: Cons. Stato, Sez. III, 05/10/2016, n. 4107);
- la possibilità che all’aggiudicazione provvisoria della gara d’appalto pubblico non segua quella definitiva è evento fisiologico, inidoneo ad ingenerare un affidamento tutelabile all’aggiudicazione definitiva, con il conseguente obbligo risarcitorio, *«e non spetta neppure l’indennizzo di cui all’art. 21-quinquies della l. n. 241 del 1990 poiché in tale caso si è di fronte al mero ritiro di un provvedimento, che ha per sua natura efficacia destinata ad essere superata dal provvedimento conclusivo del procedimento, non a una revoca di un atto amministrativo ad effetti durevoli, come previsto dalla citata disposizione sulla indennizzabilità della revoca»* (Cons. St., sez. V, 19 luglio 2016, n. 3646);
- l’atto di aggiudicazione provvisoria non è individuabile come provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, tanto che la sua omessa impugnazione non preclude l’impugnazione dell’aggiudicazione definitiva;
- Infatti, non sussiste un onere di immediata impugnazione dell’aggiudicazione provvisoria dell’appalto, essendo una simile impugnativa rivolta contro un atto di natura endoprocedimentale e, quindi, non immediatamente lesivo (ex plurimis: Cons. Stato, Sez. IV: 19.3.2015, n. 1512 e 7.11.2014, n. 5497; TAR Calabria, Reggio Calabria, 26.2.2015, n. 188);
- Tale ordine di valutazione appare ancora più rafforzato nella vigenza dell’art. 204 del D. Lgs. 18.4.2016 n. 50 (“*Codice dei contratti pubblici*”), che ha introdotto il comma 2-bis dell’art. 120 del c.p.a. sul rito speciale degli appalti, in forza del quale è “*inammissibile l’impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività*”;

CONSIDERATO che per quanto sopra esposto:

- In caso di ritiro dell’aggiudicazione provvisoria la stazione appaltante non è obbligata né al risarcimento del danno né all’indennizzo;
- Il Consiglio di Stato, nella decisione n. 3359/2017, recepisce un orientamento consolidato ed evidenzia che non si configura un affidamento tutelabile all’aggiudicazione definitiva, qualora non sussista illegittimità nell’operato dell’Amministrazione. Si tratta, infatti, del mero ritiro di un provvedimento la cui efficacia è superata dall’emanazione di quello conclusivo del procedimento e non della revoca di un atto amministrativo a effetti durevoli per la quale è dovuto l’indennizzo, come previsto dall’articolo 21 quinquies della legge 241/1990 (Consiglio di Stato - Sezione V - decisioni 3453/2015, 1600/2016);
- L’aggiudicazione provvisoria si concretizza in un atto interno alla procedura di scelta del contraente, inidoneo, al contrario dell’aggiudicazione definitiva, ad attribuire in modo stabile il bene della vita e a ingenerare il legittimo affidamento che impone l’instaurazione del contraddittorio procedimentale. L’aggiudicatario provvisorio, pertanto, vanta solo un’aspettativa non qualificata o di mero fatto alla conclusione del procedimento. La non conferma o revoca dell’aggiudicazione provvisoria non costituisce attività di secondo grado, ma rientra nell’unico



procedimento di gara. Per questa ragione quando la stazione appaltante procede in autotutela al ritiro di una gara d'appalto non deve darne preventiva comunicazione al destinatario dell'aggiudicazione provvisoria in base all'articolo 7 della legge 241/1990;

- La proposta di aggiudicazione resta un atto interno sottoposto a verifica e approvazione della stazione appaltante prima di arrivare all'aggiudicazione definitiva;
- La giurisprudenza ha sottolineato che il ritiro dell'aggiudicazione provvisoria può essere censurato oltre che per violazione della legge, eventualmente invocata dalla stazione appaltante a fondamento della decisione, soltanto in caso di manifesta illogicità o irrazionalità della scelta amministrativa (Tar Milano, sentenza 900/2017). Ha ribadito poi che ai fini della revoca o dell'annullamento della proposta di aggiudicazione non sussiste un obbligo di avviso di avvio del procedimento, trattandosi di una pre-decisione (sentenze Consiglio di Stato 4107/2016 e Tar Roma 1194/2017). Occorre considerare, nondimeno, che l'articolo 204 del D.Lgs. 50/2016 ha aggiunto il comma 2 bis all'articolo 120 del Codice di giustizia amministrativa, in base al quale è inammissibile impugnare la proposta di aggiudicazione, se disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività. Con la sentenza del 12 luglio 2017 n. 1153, infatti, il Tar Salerno ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso la sola proposta di aggiudicazione in quanto provvedimento non definitivo. I giudici hanno rilevato che il verbale della commissione di gara contenente la proposta di aggiudicazione provvisoria è impegnativo nei soli confronti dell'aggiudicatario e non anche della stazione appaltante in base all'articolo 33, comma 1, del D.Lgs. 50/2016;
- la proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è di trenta giorni, decorsi i quali la proposta di aggiudicazione si intende approvata. Quindi si forma tacitamente solo l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, non quella definitiva. Per quest'ultima, l'articolo 32, comma 5, del D.Lgs. 50/2016 esige un provvedimento espresso, in considerazione dei complessi interessi sottesi e delle esigenze che intende soddisfare;
- È legittima la revoca dell'aggiudicazione provvisoria adottata senza preventiva comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 l. n. 241 del 1990, in quanto, al pari di ogni altra manifestazione provvedimento di volontà dell'amministrazione pubblica, l'aggiudicazione provvisoria è comunque suscettibile di revoca, ancorché si tratti di provvedimento ad effetti interinali. La revoca incide infatti sull'atto, nel senso del suo ritiro, e non già sugli effetti con esso prodottisi. Inoltre e, per altro verso, il carattere meramente interinale e non conclusivo del procedimento di gara dell'aggiudicazione provvisoria comporta la non applicabilità delle garanzie partecipative tipiche del potere di autotutela di cui alla legge n. 241 del 1990 quali la comunicazione di avvio del procedimento (Tra le più recenti pronunce espressive di questo indirizzo: Sez. III, 27 novembre 2014, n. 5877, 24 maggio 2013, n. 2838, 11 luglio 2012, n. 4116; Sez. V, 23 ottobre 2014, n. 5266, 28 dicembre 2011, n. 6951, 20 aprile 2012, n. 2338). Consiglio di Stato, Sezione 5, Sentenza 31 agosto 2016, n. 3746;

TENUTO CONTO



- che dalla disamina dei fatti offerta dal RUP nella citata nota prot. 1031 del 26 giugno 2018, si evidenzia la sopravvenuta indisponibilità dell'ASD Audace a svolgere le funzioni previste dall'Avviso in questione in considerazione dell'espressa e formale volontà di apportare modifiche sostanziali all'eventuale rapporto giuridico tali da configurare un formale e sostanziale inadempimento delle prescrizioni contenute nell'Avviso di cui trattasi, ponendosi con ciò in contrasto sia con le finalità e gli obiettivi del Programma che rispetto agli specifici e vincolanti indirizzi emanati dall'Ente con appositi provvedimenti amministrativi in adempimento delle funzioni istituzionalmente riconosciute in capo all'Organo di Amministrazione dell'IPAB;
- che pertanto l'assunzione del presente Provvedimento in ordine alla procedura di che trattasi non configura alcuna *"manifesta illogicità o irrazionalità della scelta amministrativa (Tar Milano, sentenza 900/2017)"* risultando correlata ad oggettive valutazioni e peraltro originata dall'espressa e manifesta volontà dell'ASD Audace formalizzata con la citata nota;

PRESO ATTO:

- che l'A.S.D. Audace con propria nota acquisita in atti al prot. n. 1067 del 3 luglio 2018, tenuto conto dei vincoli di mandato posti dall'Assemblea dei Soci, ha nuovamente ribadito le argomentazioni già espresse nella citata nota del 20 giugno 2018, e conseguentemente non ha ritenuto opportuno esprimere parere favorevole alla sottoscrizione dell'eventuale accordo afferente la procedura di che trattasi;
- che l'A.S.D. seconda classificata, sulla base di informazioni ufficiali, ha proceduto in data 21 giugno 2018, ad una fusione societaria con altra ASD assumendone la relativa denominazione e che pertanto non può più corrispondere ai requisiti previsti dall'Avviso di cui trattasi;

RITENUTO per quanto in narrativa argomentato, di dover procedere al ritiro dell'aggiudicazione provvisoria di cui alla Determinazione Dirigenziale n. 03 dell'8 giugno 2018 e di non procedere in sostituzione ad assegnazione alcuna nell'ambito del procedimento di cui trattasi per carenza di ulteriori soggetti aventi titolo;

VISTA la Legge 17 luglio 1890 n. 6972;

VISTO il Regio Decreto del 5 febbraio 1891 n. 99;

VISTO il Decreto Legislativo del 4 maggio 2001 n. 207;

VISTO il Decreto Legislativo del 18 aprile 2016 n. 50;

per quanto in premesse:

DETERMINA

1. di procedere al ritiro dell'aggiudicazione provvisoria di cui alla Determinazione Dirigenziale n. 03 dell'8 giugno 2018, per quanto in narrativa argomentato;



2. di non procedere in sostituzione ad assegnazione alcuna in relazione alla *“procedura negoziata ai sensi dell’art. 36 comma 2 del D. Lgs. 50/2016 previo avviso di indagine di mercato finalizzato all’individuazione di una ASD/SSD quale “incubatore” per le attività di promozione dei diritti di cittadinanza ed educazione alla legalità mediante la costituzione di una formazione calcistica volta all’inclusione sociale di soggetti svantaggiati nell’ambito del Programma Talento & Tenacia. Crescere nella Legalità”* per documentata carenza di soggetti aventi titolo;
3. di demandare ai competenti uffici dell’Ente l’adozione di tutti gli atti necessari alla esecuzione della presente Determinazione.

La Determinazione assume il n. 11 delle determinazioni dell’anno **2018**.

IL SEGRETARIO GENERALE

Domenico Giraldi

