



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 79

DEL 29 gennaio 2020

OGGETTO: Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Spedservice S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento dei servizi integrati di movimentazione via terra/mare/aerea e relative operazioni doganali e accessorie, dei materiali necessari all'attuazione delle spedizioni italiane in Antartide – Importo a base di gara: euro 1.500.000,00 – S.A.: Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile (ENEA).

PREC 201/19/S-PB

Provvedimento di mancata aggiudicazione – potere discrezionale della stazione appaltante – sindacato – limiti.

Provvedimento di mancata aggiudicazione - criterio di aggiudicazione del prezzo più basso – valutazione di non convenienza dell'unica offerta rimasta in gara – motivazione – confronto con i prezzi di mercato e con il prezzo offerto dallo stesso operatore in altra gara - legittimità.

Ai sensi dell'art. 95, comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante ha la facoltà discrezionale di non aggiudicare la gara (anche in caso di unica offerta) quando nessuna offerta sia ritenuta conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, purché tale facoltà sia indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito (tale ultimo inciso è stato introdotto dal nuovo Codice, in un'ottica di maggiore trasparenza e di valorizzazione della *lex specialis*). Tale potere ha carattere amplissimo ed altamente discrezionale, sindacabile solo qualora sia manifestamente illogico o viziato da travisamento dei fatti, in quanto è conseguenza di un apprezzamento riservato alla stazione appaltante.

Anche nel caso di gara da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso, la stazione appaltante ha il potere discrezionale di effettuare una valutazione di convenienza economica dell'unica offerta rimasta in gara. Infatti, nonostante tale potere sia sensibilmente più ampio nel caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non può a priori escludersi che, a prescindere dal giudizio di anomalia o di congruità dell'offerta, la stazione appaltante possa pervenire ad una valutazione di non convenienza dell'offerta nonostante il ribasso formulato sull'importo posto a base di gara. Nell'ambito di tale giudizio, è legittimo che la stazione appaltante effettui un'indagine di mercato per comparare l'offerta con i prezzi medi di mercato, nonché con quelli praticati dallo stesso operatore nell'ambito di altra gara relativa all'affidamento di prestazioni analoghe.

Art. 95, comma 12, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere, acquisita al prot. n. 90282 del 12 novembre 2019, con la quale la Società Spedservice S.r.l. ha contestato il provvedimento di non aggiudicazione della gara indicata in epigrafe,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

nella parte in cui l'ENEA ha valutato la propria offerta (unica rimasta in gara) non conveniente ed idonea ai sensi dell'art. 95, comma 12, del Codice. In particolare, l'istante deduce l'illegittimità del giudizio formulato dalla stazione appaltante, in quanto: 1) detto giudizio risulta basato su un importo complessivo dell'offerta superiore rispetto a quello indicato dall'operatore nel modulo di gara (al quale è stata sommata una voce asseritamente non contemplata nella cifra finale indicata dalla società); 2) l'Amministrazione avrebbe illegittimamente confrontato il prezzo offerto dalla società con presunti prezzi di mercato senza fornire rilievi oggettivi sull'istruttoria condotta; 3) l'istruttoria sarebbe stata espletata senza un confronto con l'operatore; 4) nel caso di gara da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, l'Amministrazione sarebbe vincolata a valutare solo l'importo complessivo offerto, senza analizzare la convenienza e/o la congruità dei prezzi unitari. Ad ogni modo, secondo l'istante, in presenza di un unico operatore rimasto in gara, l'Amministrazione sarebbe tenuta a disporre l'aggiudicazione in proprio favore, il cui diritto viene "rivendicato" in sede di precontenzioso;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato con nota prot. 93876 del 22 novembre 2019;

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

RITENUTO che la questione può essere decisa secondo la procedura semplificata di cui all'art. 11, comma 5, 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;

PREMESSO che con provvedimento del 16 ottobre 2019 (di cui alla Disposizione n. 329/2019/PRES) ENEA ha disposto di non procedere all'aggiudicazione della procedura indicata in epigrafe, ai sensi dell'art. 95, comma 12, del Codice e, contestualmente, di indire una nuova procedura per l'affidamento del servizio di movimentazione suddivisa in due lotti funzionali, uno relativo ai trasporti aerei e marittimi e l'altro alle spedizioni via aerea e mediante corriere espresso, per i materiali necessari all'attuazione delle spedizioni italiane in Antartide del PNRA, per una durata di 36 mesi e per un importo complessivo presunto di € 1.500.000,00. Dalla motivazione del suddetto provvedimento si evince che la decisione della stazione appaltante è basata su due concorrenti ed autonome motivazioni (di cui solo la prima viene contestata dall'odierno istante): 1) la valutazione di non convenienza dell'offerta economica presentata da Spedservice S.r.l. (unico concorrente rimasto in gara), che ha condotto il RUP a proporre al Presidente di ENEA di non aggiudicare la gara; 2) l'analisi di mercato effettuata in data 4.10.19 dal Responsabile dell'Unità Tecnica Antartide, il quale, riscontrate alcune criticità nella procedura in esame, ha proposto di indire una nuova gara, suddividendo il servizio in due lotti funzionali aggiudicabili anche separatamente e riesaminando le specifiche tecniche di gara. Le principali criticità evidenziate dal Responsabile dell'Unità Tecnica Antartide (nella relazione allegata al provvedimento di non aggiudicazione) riguardano: i) il fatto che nelle more dell'espletamento della procedura in epigrafe, considerata l'urgenza di affidare il servizio per le esigenze della XXXV Spedizione Antartica, l'ENEA ha indetto una procedura negoziata ed ha aggiudicato l'appalto alla Spedservice S.r.l. ad un prezzo inferiore rispetto a quello formulato dalla



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

medesima società nella gara in oggetto; *ii*) le modalità di formulazione dell'offerta economica previste nell'ambito della procedura negoziata (ribasso sui prezzi unitari proposti dalla stazione appaltante), le quali sono risultate più adeguate per l'Amministrazione rispetto a quelle della gara *de qua* (prezzo unitario più basso offerto liberamente dal concorrente) ed hanno consentito ad ENEA un maggiore risparmio; *iii*) l'insufficiente partecipazione alla gara di sole due imprese, nonché il rilievo che, in caso di suddivisione del futuro appalto in due lotti e di contestuale riesame delle specifiche tecniche, vi possa essere un ampliamento della concorrenza;

CONSIDERATO che l'art. 95, comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016 (che trova il suo antecedente normativo nell'art. 81, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006) attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di non aggiudicare la gara quando nessuna offerta sia ritenuta, a giudizio discrezionale dell'Amministrazione, *“conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto”*, purché tale facoltà sia indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito (tale ultimo inciso è stato introdotto dal nuovo Codice, in un'ottica di maggiore trasparenza e di valorizzazione della *lex specialis*). Nel caso in esame, l'art. 21 del disciplinare (secondo periodo), prevede espressamente che: *“si procederà all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta formalmente valida. Qualora nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, l'ENEA si riserva la facoltà di non procedere all'aggiudicazione ai sensi dell'art. 95, comma 12, del Codice”*;

CONSIDERATO che, secondo consolidata giurisprudenza, la facoltà di non aggiudicare una gara, in caso di ritenuta non convenienza economica o di idoneità tecnica dell'offerta, risponde ad un'immanente valutazione dell'interesse pubblico attuale da parte del committente che trova fondamento nel principio generale di buon andamento, che impegna le Pubbliche Amministrazioni all'adozione di atti quanto più possibile coerenti e proporzionali alle esigenze effettive di provvista per i loro compiti (cfr. TAR Veneto, sez. I, 7 gennaio 2019, n. 20; Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2018, n. 6725; Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 2009 n. 1986; Sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2838; si vedano anche il Parere dell'Autorità n.79 del 9 maggio 2013, con riferimento all'art. 81, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, nonché, in relazione al potere dell'Amministrazione di non aggiudicare una gara prima dell'entrata in vigore del Codice del 2006, A.V.C.P., Determinazione n. 17/2001 del 26 luglio 2001 avente ad oggetto *“Ammissibilità di aggiudicazione della gara in presenza di un'unica offerta valida”*). Inoltre, è stato di recente precisato che, nonostante il D.Lgs. n. 50/2016 non abbia riprodotto l'art. 55, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 (che consentiva alla stazione appaltante di prevedere nella legge di gara che non si sarebbe proceduto all'aggiudicazione nel caso di unica offerta valida), la facoltà di non aggiudicare, contemplata dal citato comma 12 dell'art. 95 del vigente Codice, si applica anche in caso di unica offerta (come nel caso di specie), purché ricorrano i presupposti ivi previsti (cfr. Cons. Stato, n. 6725/2018, cit., nonché, in termini generali, sui presupposti per non aggiudicare una gara, si veda Corte Giust. UE, 11 dicembre 2014, n. 440-13);

RILEVATO che il potere in esame ha *“carattere amplissimo”* ed altamente discrezionale, sindacabile solo qualora sia manifestamente illogico o viziato da travisamento dei fatti, in quanto è conseguenza di un apprezzamento di merito riservato alla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2018,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

n. 6725; Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1766; TAR Lazio, sez. III, 1 febbraio 2010, n. 1258; Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2838; Id., sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2838). È stato, in particolare, evidenziato che la facoltà in esame non è riconducibile all'esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante, in quanto la mancata aggiudicazione non deriva dai vizi che inficiano gli atti di gara né da una rivalutazione dell'interesse pubblico che con essi si voleva perseguire, ma dipende da una negativa valutazione delle offerte presentate che, pur rispondendo formalmente ai requisiti previsti dalla *lex specialis* di gara, non sono ritenute dall'organo decidente idonee a soddisfare gli obiettivi perseguiti con la gara (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2017, n. 3553; Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3721; Cons. Stato, sez. III, 16 ottobre 2012, n. 5282; Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2012, n. 2848; Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1766; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 29 novembre 2017, n. 791; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 30 maggio 2013, n. 1427). Si tratta di un giudizio di convenienza sul futuro contratto che, come rilevato in diversi precedenti giurisprudenziali, “*consegue, tra l'altro, ad apprezzamenti sull'inopportunità economica del rapporto negoziale per specifiche ed obiettive ragioni di interesse pubblico ed anche alla luce, se del caso, di una generale riconsiderazione dell'appalto, nell'esercizio ampio di poteri in funzione di controllo, non condizionati, quindi, dalle valutazioni tecniche del seggio di gara*” (cfr. Consiglio di Stato, III, 4 settembre 2013 n. 4433; nonché TAR Lombardia, Milano, sez. I, 3 novembre 2011, n. 2611). La giurisprudenza ha, inoltre, precisato che la motivazione del provvedimento di mancata aggiudicazione deve consentire di ricostruire l'iter logico con cui la stazione appaltante è pervenuta al giudizio di non convenienza o inidoneità dell'offerta, “*dovendo risultare in termini puntuali e specifici gli elementi di inidoneità che giustificano la mancata aggiudicazione (cfr. Consiglio di Stato, V, 11 giugno 2013, n. 3215 e id., III, 20 aprile 2015, n. 1994), allo scopo di rendere palesi i risultati dell'istruttoria e le modalità con le quali questa è stata condotta (cfr. Consiglio di Stato, III, 10 agosto 2016, n. 3599)*” (Cons. Stato, n. 6725/2018, cit.);

CONSIDERATO inoltre che, per quanto concerne i due presupposti alternativi richiesti dall'art. 95, comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016 per l'esercizio di tale potere (“*non convenienza*” o “*inidoneità*” dell'offerta in relazione all'oggetto del contratto), il concetto di non convenienza dell'offerta va riferito ad elementi di tipo prettamente economico, mentre quello della non idoneità ha una portata più ampia, in quanto attiene alla non conformità dell'offerta rispetto alla soddisfazione delle esigenze per le quali la procedura era stata bandita;

RILEVATO che – diversamente da quanto sostenuto dall'istante – anche nel caso di gara da aggiudicarsi secondo il criterio più basso (come quella in esame), la stazione appaltante ha sempre il potere discrezionale di effettuare una valutazione di convenienza economica dell'unica offerta rimasta in gara. Infatti, nonostante il potere dell'Amministrazione sia sensibilmente più ampio nel caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. C.G.A.R.S. 28 dicembre 2017, n. 576), non può a priori escludersi che, a prescindere dal giudizio di anomalia o di congruità dell'offerta presentata dall'unico operatore rimasto in gara, la stazione appaltante possa pervenire ad una valutazione di non convenienza dell'offerta nonostante questa presenti un ribasso rispetto all'importo posto a base di gara. Sotto tale profilo, il Consiglio di Stato (con sentenza n. 6725/2018, cit. pronunciata nei confronti della società



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

odierna istante) ha precisato che, anche nel caso di applicazione del criterio del prezzo più basso, è legittimo che la stazione appaltante tenga conto “*dei prezzi di mercato per prestazioni analoghe, nonché dei prezzi praticati dalla stessa offerente, gestore uscente del servizio, seguendo il metodo del confronto su base esclusivamente economica, e non qualitativa*” (in termini, sempre in una gara al prezzo più basso, si veda Cons. Stato, sez. VI, 7 aprile 2010, n. 1974, il quale, riformando la sentenza di primo grado, ha ritenuto legittimo il confronto operato dalla stazione appaltante tra i ribassi offerti dallo stesso operatore in due gare di identico oggetto vicine temporalmente);

RITENUTO che, sulla scorta delle coordinate ermeneutiche dianzi tracciate, il provvedimento di non aggiudicazione della gara in oggetto non sia affetto da difetto di motivazione né da difetto di istruttoria, non risultando manifestamente illogico o viziato da travisamento dei fatti il giudizio di non convenienza economica dell’offerta economica della società Spedservice S.r.l. Invero, fermo restando che non è sindacabile (in quanto espressione di una scelta di merito della P.A.) la decisione di ENEA di indire una nuova procedura aperta suddivisa in due lotti funzionali e con diverse specifiche tecniche, si osserva che anche la valutazione economica relativa all’offerta dell’istante è esente da censure, apparendo adeguatamente motivata la decisione assunta dall’Amministrazione, in coerenza con i principi sanciti sia dalla giurisprudenza che dall’Autorità dianzi citati, nonché con l’art. 95, comma 12, del Codice;

RITENUTO, inoltre, con riferimento alle singole censure sollevate dalla società istante, di evidenziare quanto segue:

- 1) come rilevato dal RUP (nella relazione allegata al provvedimento di mancata aggiudicazione sub doc. n. 1), dall’esame dell’offerta economica presentata da Spedservice S.r.l. nella gara *de qua*, si evince che la società non abbia considerato la voce relativa alle spedizioni aeree nell’ambito dell’importo complessivo offerto (€ 1.049.371,25). Infatti, l’indicazione di tale importo (con la specifica previsione secondo la quale le spedizioni via aerea avranno un costo pari a zero) non risulta coerente con la previsione del ribasso percentuale sulle tariffe IATA dello 0% (indicato nella tabella E del foglio excel dell’offerta), che avrebbe dovuto indurre l’operatore a computare nell’importo finale offerto i valori delle tariffe IATA non ribassati, piuttosto che computare un valore pari a zero. La suddetta contraddittorietà (o quantomeno incertezza all’interno dell’offerta) non è stata chiarita dalla società istante (né in sede di gara né nelle memorie presentate in sede di procedimento di precontenzioso), per cui non si ravvisano elementi per confutare il giudizio espresso dal RUP;
- 2) nell’ambito della valutazione tecnico-discrezionale sulla convenienza economica dell’offerta – diversamente da quanto sostenuto dall’istante – è legittimo che la stazione appaltante effettui un’indagine di mercato per comparare l’offerta con i prezzi medi di mercato, nonché con quelli praticati dallo stesso operatore nell’ambito di altra gara relativa all’affidamento di prestazioni analoghe (cfr. Cons. Stato, sentenze n. 6725/2018 e n. 1974/2010). Nel caso di specie, dal raffronto tra l’offerta presentata da Spedservice nella gara *de qua* e quella formulata nella procedura negoziata indetta dalla stessa Amministrazione (nelle more dell’affidamento della procedura aperta), nonostante la vicinanza temporale delle due gare, si evince che l’offerta della procedura negoziata risulta più conveniente per l’ENEA. Analogo rilievo fa fatto comparando i prezzi offerti dall’operatore nella precedente procedura aperta di gara;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- 3) l'analisi svolta dal RUP ha evidenziato che i prezzi unitari offerti dalla Spedservice S.r.l. per i trasporti stradali effettuati con ognuna delle diverse tipologie di veicolo, per l'uso del cartellone e per le spedizioni effettuate tramite corriere espresso “*risultano essere ben al di sopra dei corrispondenti importi che è possibile riscontrare sul mercato del settore, e soprattutto molto superiori ai valori praticati dalla stessa Spedservice nel contratto con ENEA appena giunto a scadenza*”. Sotto tale profilo, la società istante non ha dimostrato che i prezzi offerti fossero in linea con i prezzi di mercato, non avendo allegato prezziari, tabelle o precedenti contratti da cui desumere elementi per inficiare la valutazione tecnico-discrezionale dell'Amministrazione o quantomeno per evidenziarne l'inattendibilità;
- 4) l'esercizio della facoltà di non aggiudicazione, in quanto atto finale di un procedimento già avviato, non necessita di una comunicazione di avvio del procedimento (Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2006, n. 6332) né richiede l'instaurazione di un contraddittorio sulla non convenienza economica dell'unica offerta rimasta in gara. Peraltro, nel caso di specie non si ravvisano gli estremi di una violazione dei principi sanciti dalla L. 241/90 in tema di partecipazione al procedimento amministrativo, in quanto dalla documentazione in atti risulta che (prima dell'adozione del provvedimento di mancata aggiudicazione) la società ha ricevuto una richiesta di chiarimento da parte di ENEA (si veda la comunicazione del 26.07.2019), per cui è stata messa nelle condizioni di dimostrare sia la congruità e sostenibilità complessiva della propria offerta che la conformità ai prezzi di mercato dei prezzi unitari praticati per le singole tipologie di trasporto e di spedizione.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei termini di cui in motivazione, che, nel caso di specie, il provvedimento di non aggiudicazione della gara in oggetto, adottato ai sensi dell'art. 95, comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016, sia legittimo, in quanto la valutazione di non convenienza economica dell'unica offerta rimasta in gara appare adeguatamente motivata e non viziata da manifesta illogicità o da travisamento di fatti, nonché coerente con i principi sanciti sia dalla giurisprudenza che dall'Autorità *in subiecta materia*.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 febbraio 2020

Il Segretario Maria Esposito