



## DELIBERA N. 46

2 febbraio 2022.

### Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da [OMISSIS] S.r.l., congiunta per adesione del Comune di Cava de' Tirreni e della A. Manzoni & C. S.p.A. – Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per il servizio di pubblicità legale bandi e avvisi sulla GUUE, GURI e sui quotidiani a diffusione nazionale e locale ai sensi degli artt. 72, 73 e 98 del D. Lgs n. 50/2016, per la durata di anni due, mediante stipula di accordo quadro con un solo operatore economico ex art. 54 c. 3 del D. Lgs. n. 50/2016 - Importo a base di gara euro: 39.800,00 - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Comune di Cava de' Tirreni (SA)

**PREC 9/2022/S**

### Riferimenti normativi

Art. 97 d.lgs. 50/2016

### Parole chiave

Esclusione automatica offerte anomale; eterointegrazione

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 2 febbraio 2022

## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 914 del 10 gennaio 2022 con la quale la Soc. [OMISSIS] S.r.l. ha chiesto un parere all'Autorità sulla legittimità della Determinazione Dirigenziale n. 2576 del 23 dicembre 2021,



con cui il Comune di Cava de' Tirreni ha disposto la revoca della procedura di gara in oggetto e la sua riedizione, al fine di prevedere, nel nuovo bando, la clausola espulsiva automatica delle offerte anomale di cui all'art. 97, comma 8, del d.lgs. 50/2016, assente negli atti di gara della procedura *de qua*; secondo l'istante, l'esclusione automatica delle offerte anomale troverebbe applicazione anche quando gli atti di gara erroneamente richiamino il procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, con la conseguenza che, nel caso di specie, la Stazione appaltante, lungi dal disporre la revoca della procedura - di cui, in ogni caso, difetterebbero i presupposti - avrebbe dovuto applicare *sic et simpliciter* l'art. 97, comma 8, del d.lgs. 50/2016, dichiarando, per tale via, l'aggiudicazione del servizio in proprio favore;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 1996 del 13 gennaio 2022;

VISTE le memorie acquisite ai prot. nn. 2411 del 14 gennaio 2022 e 3603 del 19 gennaio 2022, con cui il Comune di Cava de' Tirreni, nell'aderire all'istanza di precontenzioso, ha rappresentato che la decisione di revocare la procedura e disporre la riedizione è stata dettata dalla necessità di adeguare gli atti di gara alla previsione normativa di cui all'art. 1, comma 3, del d.l. 76/2020, *"assicurando, al contempo, la massima partecipazione a tutti gli operatori economici, nella piena consapevolezza delle prescrizioni di gara (non garantita dalla precedente formulazione della lex specialis recante, sul punto, una previsione di segno contrario, condizionante la formulazione delle offerte) attraverso il richiamo nel nuovo bando, della clausola espulsiva automatica delle offerte anomale ex art. 97 co. 8 de d.lgs n. 50/2016 e s.m.i."*; secondo la Stazione appaltante, militerebbe nel senso della riedizione della procedura anche l'esigenza di recepire negli atti di gara le indicazioni fornite nel Decreto Ministeriale Infrastrutture e Trasporti 2 dicembre 2016 recante *"Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del d.lgs. n. 50 del 2016"*, nonché le indicazioni fornite dall'ANAC nel comunicato del Presidente del 16 giugno 2021 recante *"Indicazioni in merito all'affidamento del servizio di pubblicazione sui quotidiani nazionali e locali degli estratti di bandi e/o avvisi di gara"* e tanto anche al fine di assicurare la partecipazione degli operatori del settore interessati, nel rispetto del cosiddetto principio di equivalenza;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 3016 del 17 gennaio 2022, con cui la A. Manzoni & C S.p.A., prima graduata nella procedura di gara in oggetto, ha comunicato la propria adesione all'istanza di precontenzioso; nel merito, l'impresa ha rappresentato, per un verso, che il procedimento di verifica dell'anomalia attivato dalla Stazione appaltante consente un effettivo risparmio economico, non conseguibile in caso di ricorso al meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale in quanto gli operatori si attesterebbero su ribassi meno consistenti; sotto altro profilo, ha rilevato che l'eventuale aggiudicazione del servizio in favore della [OMISSIS] S.r.l. richiederebbe, in ogni caso, la previa verifica della conformità dell'offerta presentata alle richieste dell'Ente e ai criteri indicati dall'ANAC nel Comunicato del Presidente del 16 giugno 2021 recante *"Indicazioni in merito all'affidamento del servizio di pubblicazione sui quotidiani nazionali e locali degli estratti di bandi e/o avvisi di gara"*;

VISTA la memoria acquisita al prot. 3034 del 18 gennaio 2022, con cui la [OMISSIS] s.r.l., nel reiterare le proprie contestazioni avverso il provvedimento di revoca della procedura di gara, per carenza dei presupposti di cui all'art. 21-*quinquies* della L. 241/90, ha richiamato alcune pronunce giurisprudenziali in forza delle quali il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale, costituendo un obbligo in tutte le procedure di gara sotto soglia, è destinato ad eterointegrare gli atti di gara e ad essere applicato anche quando non espressamente richiamato dal bando;

RILEVATO che l'adesione della Stazione appaltante e dell'impresa A. Manzoni & C. S.p.A. ha determinato la necessità di adottare la procedura ordinaria in luogo di quella semplificata di cui all'art. 11, comma 1 e



2 del vigente Regolamento sul precontenzioso; pertanto, il procedimento, inizialmente avviato come PREC-DIR 8/2022/S è stato rinumerato come PREC 9/2022/S;

CONSIDERATO che le questioni sottoposte all'esame dell'Autorità possono essere così riassunte: a) se, in una procedura sotto soglia comunitaria, l'esclusione automatica delle offerte anomale sia destinata a trovare applicazione anche quando non espressamente richiamata negli atti di gara; b) se, nel caso di specie, ricorressero i presupposti per disporre la revoca della procedura di gara; ragioni di pregiudizialità logica e di economia procedimentale suggeriscono di esaminare, *in primis*, la questione sub a);

VISTO l'art. 97, comma 8, del d.lgs. 50/2016 a mente del quale "Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, e che non presentano carattere transfrontaliero, la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci";

VISTO l'art. 1, comma 3, del d.l. 76/2020, conv. nella L. 120/2020, che così statuisce "...Nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque";

CONSIDERATO che, con riferimento all'ampiezza della deroga al comma 8 dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 disposta dall'art. 1, comma 3, terzo periodo, d.l. n. 76/2020, l'Autorità ha già avuto occasione di osservare che essa va interpretata alla luce della necessaria compatibilità della normativa nazionale con quella eurounitaria, per cui essa deve ritenersi circoscritta alla deroga espressa del numero minimo di offerte ammesse (che passa da dieci a cinque), dovendosi per il resto ritenere applicabile la disciplina dettata dall'art. 97, comma 8, ivi compresa la necessità di rendere nota l'insorgenza dell'obbligo di procedere all'esclusione automatica a fronte del carattere non transfrontaliero dell'appalto (Parere di precontenzioso n. 797 del 14 ottobre 2020; Parere di Precontenzioso n. 838 del 21 ottobre 2020; Parere di precontenzioso n. 312 del 13 aprile 2021);

CONSIDERATO che tale approdo interpretativo poggia sulla considerazione che l'obbligo di procedere all'esclusione automatica (introdotto dal d.l. n. 32/2019, il c.d. "Sbloccacantieri") sorge in presenza delle condizioni previste dalla norma (valore sotto soglia, criterio del minor prezzo, carattere non transfrontaliero dell'appalto e numero di offerte ammesse almeno pari a dieci) e che il legislatore richiede che la stazione appaltante renda noto ai potenziali partecipanti l'insorgenza dell'obbligo stesso (ovvero che procederà all'esclusione automatica), a fronte della sussistenza di dette condizioni. In particolare, deve essere oggetto di valutazione preventiva da parte della stazione appaltante, in conformità ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia (Cfr Linee guida n. 4 recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"), il presupposto dell'assenza del carattere transfrontaliero dell'appalto, introdotto dal legislatore nazionale con il d.l. n. 32/2019 per "risolvere la procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia a seguito della lettera di costituzione in mora n. 2018/2273» (Relazione illustrativa per la conversione in legge del decreto-legge 18 aprile 2019 n. 32) con la quale la Commissione europea aveva evidenziato l'incompatibilità dell'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 con le disposizioni UE. Tale valutazione, per esigenze di certezza del diritto e di trasparenza dell'attività



amministrativa, va fatta in via preventiva e dell'esito di essa la stazione appaltante deve dare conto nella documentazione di gara (Parere di Precontenzioso n. 838 del 21 ottobre 2020; in senso conforme cfr. TAR Piemonte, 28 aprile 2020, n. 240, TAR Puglia Lecce, 22 gennaio 2021, n. 113);

CONSIDERATO, inoltre, che l'eterointegrazione del bando di gara, determinando l'inserimento *ex post* di cause di esclusione o condizioni di partecipazione non conosciute dai concorrenti all'atto della presentazione delle offerte, deve ritenersi ammissibile in casi eccezionali; la giurisprudenza ha da tempo chiarito che i principi di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento, di massima concorrenza e di trasparenza dell'attività amministrativa impongono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano «*chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti*» (Cfr. Adunanza Plenaria Consiglio di Stato, n. 19/2016; Corte di Giustizia, 9 febbraio 2006, La Cascina e a., C-226/04 e C-228/04);

RITENUTO, pertanto, con riferimento alla questione sub *a*), che qualora la Stazione appaltante non abbia rappresentato, negli atti di gara, di aver escluso il carattere transfrontaliero dell'appalto, si da dover ricorrere all'esclusione automatica delle offerte anomale, il meccanismo di cui all'art. 97, comma 8, del d.lgs. 50/2016 giammai potrà eterointegrare gli atti di gara ed essere, per tale via, applicato;

RITENUTO, peraltro, che non appare secondaria la valorizzazione del legittimo affidamento maturato dagli operatori economici sul rispetto delle regole fissate negli atti di gara ed in forza delle quali è stata modulata l'offerta economica presentata, tanto più quando, come nel caso di specie, il bando non risulti carente di indicazioni in merito alle modalità di verifica dell'anomalia delle offerte ma richiami espressamente il procedimento di verifica in contraddittorio;

CONSIDERATO che l'impossibilità, per le ragioni anzidette, di ricorrere all'eterointegrazione del bando di gara, applicando, *sic et simpliciter*, l'esclusione automatica delle offerte anomale di cui all'art. 97, comma 8, del d.lgs. 50/2016, rende attuale l'interesse all'esame della questione sub *b*) relativa alla non manifesta irragionevolezza o illogicità della scelta operata dalla Stazione appaltante di revocare la procedura di gara in oggetto e disporre la riedizione;

CONSIDERATO che appare necessario esaminare, preliminarmente, la natura dell'atto contestato; la giurisprudenza ha, infatti, precisato come "Gli atti amministrativi vanno interpretati non solo in base al tenore letterale, ma anche risalendo alla effettiva volontà dell'amministrazione ed al potere concretamente esercitato, cosicché occorre prescindere dal *nomen iuris* ad essi attribuito al momento della adozione. L'atto amministrativo va qualificato per il suo effettivo contenuto, per quanto effettivamente dispone, non già per la sola qualificazione che l'autorità, nell'emanarlo, eventualmente ed espressamente gli conferisca" (Cons. Stato, 9 giugno 2015, n. 2836);

RILEVATO che, nel caso di specie, la Determinazione Dirigenziale del 23 dicembre 2021, benché qualificata come provvedimento di revoca, consiste in un annullamento d'ufficio degli atti di gara ex art. 21-*novies* per vizio di legittimità; invero, la motivazione addotta dalla Stazione appaltante risiede nella mancata previsione, nel bando, della clausola espulsiva automatica delle offerte anomale e nella necessità di recepire le indicazioni fornite nel Decreto Ministeriale Infrastrutture e Trasporti 2 dicembre 2016 recante "*Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del d.lgs. n. 50 del 2016*", nonché le indicazioni fornite dall'ANAC nel comunicato del Presidente del 16 giugno 2021 recante "*Indicazioni in merito all'affidamento del servizio di pubblicazione sui quotidiani nazionali e locali degli estratti di bandi e/o avvisi di gara*" e tanto anche al



fine di assicurare la partecipazione degli operatori del settore interessati, nel rispetto del cosiddetto principio di equivalenza;

CONSIDERATO che il corretto inquadramento del provvedimento contestato, se rende superflua l'indagine sulla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21-*quinquies* per la revoca della procedura, nondimeno impone di verificare se siano state rispettate le condizioni previste dal legislatore per l'annullamento d'ufficio della gara; giova al riguardo ricordare come l'art. 32, comma 8, del D. Lgs. 50/2016 s.m.i. faccia salvo l'esercizio dei poteri di autotutela della stazione appaltante anche all'esito dell'aggiudicazione, divenuta efficace, e sino alla sottoscrizione del contratto. Tanto allo scopo di "ritirare" il bando, le singole operazioni di gara o lo stesso provvedimento di aggiudicazione, ancorché definitivo, in presenza di vizi dell'intera procedura ovvero a fronte di ragioni di salvaguardia dell'interesse pubblico tali da rendere inopportuna o anche solo da sconsigliare la prosecuzione della gara (Cons Stato, Sez. V, 9 novembre 2018, n. 6323, e la giurisprudenza ivi citata). Trattasi di un potere discrezionale "di riesame critico", poiché la proposta di concludere il contratto, qual è l'atto di indizione della gara, sebbene espressa in forma pubblicistica e condizionata all'osservanza delle regole procedurali per la scelta del contraente, è pur sempre revocabile sino a che l'accordo negoziale non sia stipulato (Cons. di St., V, 23.2.2012, n. 1054; id., 12.2.2010, n. 743). Ebbene, nel caso in cui la pubblica amministrazione intenda fare ricorso alla cennata autotutela, mediante annullamento della procedura di gara, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 s.m.i., dovrà verificare la sussistenza di valide, chiare e preminenti ragioni di interesse pubblico. Il detto potere di autotutela dovrà, poi, intervenire entro *un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione* (art. 6, comma 1, lett. d) della Legge 7 agosto 2015 n. 124) e previa valutazione degli interessi dei destinatari dell'atto da rimuovere. Al riguardo, appare opportuno segnalare che, secondo un indirizzo giurisprudenziale, quando l'annullamento d'ufficio interviene a breve distanza di tempo dall'adozione del provvedimento illegittimo, nessun ragionevole affidamento può ritenersi ingenerato in capo al privato; in tali casi, non sarebbe neppure necessaria l'esplicitazione nel provvedimento di secondo grado dell'interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento, né la comparazione di tale interesse con l'interesse privato sacrificato, posto che in presenza di tale circostanza l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto illegittimo può considerarsi *in re ipsa* (cfr. T.A.R. Campania, sez. II, 7 agosto 2018, n. 5220; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 5 aprile 2012, n. 3141; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 1 marzo 2011, n. 585);

RILEVATO che, nel caso di specie, il provvedimento di annullamento è stato adottato in data 23 dicembre 2021, a distanza di soli 37 giorni dall'avvio della procedura, quando era ancora in corso la verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla A. Manzoni &C S.p.A. e, dunque, prima dell'aggiudicazione dell'appalto e che l'interesse pubblico all'annullamento è stato ampiamente valorizzato nella Determinazione Dirigenziale in tale sede contestata, avendo la Stazione appaltante non solo richiamato la necessità di adeguare gli atti al paradigma normativo di cui all'art. 97, comma 8, del d.lgs. 50/2016 – previa, si ricorda, la valutazione in merito all'interesse transfrontaliero dell'appalto – ma anche di recepire le indicazioni fornite nel Comunicato del Presidente dell'Autorità del 16 giugno 2021 in merito al cd. principio di equivalenza, sì da garantire la massima partecipazione alla procedura di gara;

#### Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che:

- In una procedura di gara sotto soglia comunitaria, l'esclusione automatica delle offerte anomale può trovare applicazione solo se espressamente richiamata negli atti di gara;



- Non appare irragionevole la decisione della Stazione appaltante di annullare la gara in oggetto e di disporre la riedizione mediante la pubblicazione di una nuova RDO, emendata dai vizi di legittimità rilevati.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 febbraio 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente l'8 febbraio 2022