



# DELIBERA N. 714

27 ottobre 2021.

## Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società SURON Srl – Lavori di manutenzione ordinaria, straordinaria e pronto intervento per gli immobili dell'ASP di Palermo ricompresi nell'AREA 4 Distretti 38 e 40, P.O. "Dei Bianchi" di Corleone e P.T.A. di Palazzo Adriano (PA)" – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 950.000,00 – S.A.: Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo.

**PREC 191/2021/L**

## Riferimenti normativi

*Artt. 32, comma 5 e 33, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016*

*Artt. 21-quinquies e 21-nonies della legge n. 241/1990*

## Parole chiave

Gara telematica al minor prezzo – Revoca proposta di aggiudicazione – Poteri e limiti dell'autotutela amministrativa.

## Massima

**Gara telematica al minor prezzo – Tipologia di offerta richiesta– Discordanza tra previsione della *lex specialis* (percentuale di ribasso sui prezzi unitari) e RDO (valore economico complessivo) – Nuove esigenze organizzativo-gestionali della SA – Ampliamento oggetto dell'affidamento – Revoca proposta di aggiudicazione – Poteri e limiti dell'autotutela amministrativa.**

In ragione della natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili, tipica della proposta di aggiudicazione, rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara, senza dovere sottostare alle forme proprie dell'autotutela decisoria. Inoltre, non essendo prospettabile alcun affidamento dell'operatore



economico dal momento che l'aggiudicazione provvisoria non è l'atto conclusivo del procedimento, non è neppure richiesto un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 27 ottobre 2021

## DELIBERA

**VISTA** l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0063530 del 31.8.2021, con la quale la società Suron Srl, la cui offerta è risultata la migliore dopo il termine delle operazioni di gara (svolta attraverso il portale MePA), chiede parere in ordine alla legittimità del successivo provvedimento di revoca dell'intera procedura di gara in oggetto, disposta dalla Stazione appaltante poiché *«è stato richiesto erroneamente il VALORE ECONOMICO dell'offerta al posto del corretto valore di PERCENTUALE DI RIBASSO da applicarsi ai listini per i contratti applicativi di accordo quadro»;*

**CONSIDERATO** che a giudizio della società istante la giustificazione addotta dall'Amministrazione appare immotivata e del tutto priva di validi presupposti giuridici, in quanto *«L'espressione del valore economico dell'offerta non impedisce la tutela di alcun interesse pubblico e men che meno impedisce di "trasformare" il detto valore nella corrispondente percentuale di ribasso, trattandosi di semplice operazione matematica facilmente eseguibile. La qualcosa non comporta alcuna operazione manipolativa o di adattamento dell'offerta, ma il risultato di una mera operazione aritmetica; essa, pertanto, non rappresenta la manifestazione di nuova e diversa volontà dell'offerente, ma la conferma di quanto già dichiarato in sede di offerta»;*

**CONSIDERATO** che la Stazione appaltante ritiene di aver operato correttamente atteso che la tipologia di offerta richiesta sulla piattaforma MePA era in contrasto con gli atti di gara e che sulla base di costante giurisprudenza in materia *«l'aggiudicazione provvisoria è ad effetti instabili e dunque ben può l'Amministrazione rivalutare le sue decisioni in autotutela senza che la controparte possa nutrire aspettative di sorta»;*

**VISTO** l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 13.9.2021;

**VISTA** la documentazione in atti e le memorie delle parti;

**RITENUTO**, preliminarmente, che l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0067520 del 17.9.2021, presentata dal geom. Antonino Leto, in qualità di RUP della procedura di gara in esame, sia inammissibile ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. b) del Regolamento di precontenzioso, in quanto sottoscritta e inoltrata da soggetto *“non legittimato ad esprimere all'esterno la volontà dei soggetti che possono richiedere il parere ai sensi dell'art. 211, comma 1, primo periodo, del codice”;*

**CONSIDERATO** che la Stazione appaltante, nonostante apposita richiesta di integrazione istruttoria comunicata con nota prot. ANAC n. 0071398 del 1.10.2021, non ha rinnovato l'istanza suddetta a firma di soggetto legittimato come previsto dalla disposizione sopra citata, e pertanto l'istanza indicata in oggetto sarà trattata ai sensi dell'art. 4 del Regolamento (parere non vincolante);



**CONSIDERATO**, nel merito, che il Disciplinare di gara, in ordine all'offerta economica (punto 1), prevedeva la presentazione di una «*offerta incondizionata di ribasso sui prezzi unitari, in percentuale espressa in cifre e in lettere (in caso di discordanze, vale il prezzo indicato in lettere) debitamente sottoscritta dal Legale rappresentante, corredata di copia di documento d'identità in corso di validità*», mentre, a causa di un errore materiale commesso dal RUP nella compilazione della RDO, sulla piattaforma telematica utilizzata per la gestione della gara veniva invece richiesto il valore economico complessivo dell'offerta;

**RILEVATO** che, da quanto emerge dalla documentazione acquisita al fascicolo istruttorio, la Stazione appaltante, avvedutasi dell'errore commesso successivamente all'avvenuta individuazione della migliore offerta, ovvero quella dell'odierno istante, in un primo momento avrebbe deciso di revocare l'intera procedura di gara proprio a causa della discordanza tra tipologie di offerta sopra descritta;

**RILEVATO**, altresì, che dalla successiva Delibera D.G n. 1033 del 3 settembre 2021 risulta invece che la revoca della gara sarebbe stata disposta soprattutto per fronteggiare nuove esigenze organizzativo-gestionali dell'ASP determinate anche dalla necessità di «*riprogrammare le attività manutentive anche per la perdurante emergenza pandemica COVID-19*», con la conseguente necessità di bandire una nuova gara per estendere le attività manutentive ordinarie e straordinarie e il pronto intervento per gli immobili dell'ASP di Palermo anche all'AREA 6, al Distretto 42 e a tutti i Dipartimenti compresi nel territorio assegnato (oltre all'AREA 4 e ai Distretti 38 e 40 cui si limitava la gara oggetto di contestazione);

**CONSIDERATO** che è pacifico in giurisprudenza che la procedura di gara si conclude solo con l'aggiudicazione definitiva e, pur restando ancora salva la facoltà per la Stazione appaltante di manifestare il proprio ripensamento – in questo caso secondo le forme proprie dell'autotutela decisoria – per contro, prima di questo momento l'amministrazione resta libera di intervenire sugli atti di gara con manifestazioni di volontà di segno opposto a quello precedentemente manifestato senza dovere sottostare a dette forme (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 4.1.2019 n. 107). In altri termini – in ragione della natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili, tipica dell'aggiudicazione provvisoria, e della non tutelabilità processuale di quest'ultima ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241/1990 (v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 9.11.2018 n. 6323; Cons. Stato, Sez. V, 20.8.2013 n. 4183) – rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara; inoltre non è neppure richiesto un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario dal momento che l'aggiudicazione provvisoria (o la proposta di aggiudicazione, come attualmente sarebbe più corretto definirla ai sensi degli artt. 32, comma 5 e 33, comma 1 del Codice) non è l'atto conclusivo del procedimento;

**RILEVATO** che i presupposti del valido esercizio dello *ius poenitendi* sono definiti dall'art. 21-*quinquies* (per come modificato dall'art. 25, comma 1, lett. b-*ter*, l. n. 164/2014) con formule lessicali volutamente generiche e consistono nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) e in una rinnovata (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario (tranne che per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici) e che sebbene la novella del 2014 abbia inteso accrescere la tutela del privato da un arbitrario e sproporzionato esercizio del potere di autotutela in questione (per mezzo dell'esclusione dei titoli abilitativi o attributivi di vantaggi economici dal catalogo di quelli revocabili in esito a una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico originario), il potere di revoca resta pur sempre connotato da un'ampia discrezionalità (Cons. St., Sez. III, 6 maggio 2014 n. 2311);



**RILEVATO**, altresì, che la natura giuridica di atto generale del bando e di atto endoprocedimentale della aggiudicazione provvisoria (ora, proposta di aggiudicazione) non consentono di applicare la disciplina dettata dai citati artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* in tema di revoca e annullamento d'ufficio (Cons. St., Sez. V, 20 agosto 2013 n. 4183): la revoca dell'aggiudicazione provvisoria (ovvero, la sua mancata conferma), al pari della revoca della *lex specialis* che ne è a monte non è, difatti, qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario (Cons. St., Sez. V, 20 aprile 2012 n. 2338);

**CONSIDERATO** che, a differenza di una legittima aggiudicazione definitiva, in cui le esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, la revoca per la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o per una rinnovata valutazione di quelle originarie) esige una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi, nella controversia in esame non c'è stata alcuna aggiudicazione, ma soltanto una "proposta di aggiudicazione" al concorrente che aveva presentato l'offerta risultata più conveniente e che conseguentemente tali parametri motivazionali sono attenuati, cosicché le diverse ragioni pur frammentariamente esposte dalla Stazione appaltante nelle proprie determinazioni appaiono comunque sufficienti a supportare le decisioni adottate;

**RITENUTO** che, poiché nelle determinazioni di revoca la valutazione dell'interesse pubblico consiste in un apprezzamento discrezionale non sindacabile nel merito, salvo che non risulti viziato sul piano della legittimità per manifesta ingiustizia ed irragionevolezza, nella specie, non emergono siffatte circostanze nel quadro complessivo delle valutazioni operate dall'Ente,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alle disposizioni normative in materia di revoca e annullamento dei provvedimenti amministrativi e quindi delle procedure ad evidenza pubblica.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 novembre 2021

Per Il Segretario Valentina Angelucci

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente