



DELIBERA N. 295

17 giugno 2024

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata da [OMISSIS] – Lavori pubblici. Rinnovo dell'acquedotto Slingia - Importo a base di gara: euro 1.281.552,05 – S.A. Comune di Malles Venosta (BZ) – CIG: A03C19EE05 - istanza presentata singolarmente

UPREC-PRE 0130-2024-L-PREC

Riferimenti normativi

Art. 17, co. 5 d.lgs. n. 36/2023

Parole chiave

Offerta anomala - scorrimento – graduatoria – autotutela - annullamento

Massima

Offerta anomala – contrasto con il disciplinare - annullamento della gara – scorrimento della graduatoria – non sussiste

La potestà di autotutela consente alla stazione appaltante di porre nel nulla l'intera procedura di gara qualora tale scelta si renda necessaria o anche solo opportuna a salvaguardia del superiore interesse pubblico, a fronte del quale l'aspettativa del concorrente allo scorrimento della graduatoria non può trovare accoglimento.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17 giugno 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 51878 del 2 maggio 2024 presentata dall'operatore economico [OMISSIS], e di avere interesse allo scorrimento della graduatoria e alla conseguente aggiudicazione. In particolare, l'istante espone che il disciplinare di gara prevedeva l'applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale ma che, con chiarimento pubblicato due giorni prima della scadenza del termine



per la presentazione delle offerte la S.A. comunicava che tale meccanismo di esclusione automatica non sarebbe stato applicato. A seguito dell'approvazione dei verbali di gara e dell'aggiudicazione, la S.A. riscontrava che la mancata applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale determinava una incongruenza con il disciplinare di gara e procedeva a deliberare l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione per vizi di legittimità. L'istante [OMISSIS], contestava l'operato della S.A., affermando che essa avrebbe dovuto invece risolversi ad applicare il meccanismo di esclusione automatica previsto dal disciplinare di gara, il che avrebbe comportato l'esclusione delle prime tre graduate, e conseguentemente, nel rispetto dell'art. 17, co. 5 del d.lgs. 36/2023, disporre lo scorrimento della graduatoria a proprio favore per aver presentato la migliore offerta non anomala. Al contrario, la Giunta comunale deliberava innanzi tutto l'approvazione del preventivo del progetto aggiornato ai nuovi prezzi del 2024, e successivamente l'indizione di una nuova procedura negoziata. L'operatore economico istante ritiene che, a fronte di una chiara disciplina di gara, non vi fossero margini per l'esercizio della discrezionalità amministrativa e che, nel rispetto del principio di conservazione degli atti giuridici e onde evitare effetti distorsivi della concorrenza, la S.A. avrebbe dovuto scorrere la graduatoria. Chiede pertanto all'Autorità di esprimersi con riguardo al mancato scorrimento della graduatoria, che avrebbe comportato l'aggiudicazione a proprio favore;

VISTO l'avvio del procedimento con nota prot. n. 61204 in data 29 maggio 2024;

VISTA la memoria della stazione appaltante Comune di Malles Venosta, acquisita al prot. n. 62491 del 3 giugno 2024, con cui essa riferisce che, con delibera di Giunta n. 187 del 7 maggio 2024, veniva annullata in autotutela con effetto *ex tunc* l'intera prima procedura di gara, e non più il solo provvedimento di aggiudicazione, e che ciò dovrebbe comportare come conseguenza la sopravvenuta carenza di interesse dell'istante all'ottenimento del parere. Nel rammentare che lo scorrimento della graduatoria è espressione di discrezionalità della stazione appaltante, il Comune riferisce anche che la nuova procedura vedeva la partecipazione di un numero di operatori ancora maggiore rispetto alla prima e che le risultanze della gara sono in procinto di essere comunicate;

VISTA l'ulteriore istanza di parere prot. n. 63151 del 4 giugno 2024, integrativa della prima, presentata dall'operatore economico [OMISSIS], con cui egli eccepisce la carenza di motivazione della delibera di Giunta n. 187 del 7 maggio 2024 con cui il Comune annullava in autotutela l'intera procedura di gara, ed insiste perché la S.A. proceda allo scorrimento della prima graduatoria;

VISTA la delibera della Giunta comunale n. 83 del 29 febbraio 2024, con cui veniva disposto l'annullamento dell'aggiudicazione della prima gara per vizi di legittimità, per contrasto con il disciplinare di gara in relazione all'esclusione automatica delle offerte anomale;

VISTE le delibere successive della Giunta comunale n. 111 del 12 marzo 2024 e n. 144 del 2 aprile 2024 con cui, rispettivamente, veniva approvato il nuovo preventivo di spesa a seguito della pubblicazione del nuovo prezzario provinciale per il 2024, e veniva indetta una nuova procedura di gara negoziata senza bando ai sensi dell'art. 50, co. 1 lett. d) del d.lgs. 36/2023, con invito ad almeno dieci operatori economici;

VISTA la delibera della Giunta comunale n. 187 del 7 maggio 2024 di annullamento dell'intera procedura della prima gara, motivata dalle incongruenze riscontrate nel procedimento;

VISTO l'art. 17, co. 5 del d.lgs. 36/2023, richiamato dall'istante, a tenore del quale «l'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala»;

VISTA la giurisprudenza richiamata dall'istante (Cons. Stato, Sez. IV, 11 novembre 2021, n. 7533) nella quale viene richiamato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui «una volta annullata l'aggiudicazione precedente, la stazione appaltante non ha affatto l'obbligo di rinnovare l'intera



procedura di gara ma deve procedere allo scorrimento della graduatoria». Si osserva, tuttavia, che, nel delimitare la portata applicativa di tale principio, la giurisprudenza ha precisato che «lo scorrimento della graduatoria costituisce oggetto di un vero e proprio obbligo per la stazione appaltante nella sola ipotesi di esecuzione in forma specifica di una sentenza di annullamento in cui la ricorrente si sia classificata seconda, sempre che non vi ostino la natura dell'appalto e lo stato di esecuzione del contratto» (Cons. Stato, Sez. II, 5 maggio 2021, n. 3504), mentre nel caso oggetto del presente parere l'annullamento dell'intera procedura derivava dall'esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione;

VISTA la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, n. 1621/2022 cit.) che ha rammentato l'orientamento consolidato per cui «la stazione appaltante, anche se sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva, conserva pur sempre il potere di non procedere alla stipulazione del contratto in ragione di valide e motivate ragioni di interesse pubblico (in tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, n. 3154/2016 e T.A.R. Lazio, Roma, Sezione II, n. 12400/2015). La potestà di autotutela consente infatti alla stazione appaltante di porre nel nulla l'intera procedura di gara qualora una siffatta scelta si renda necessaria o anche solo opportuna a salvaguardia del superiore interesse pubblico, a fronte del quale le aspettative del concorrente - ancorché già aggiudicatario e, quindi, titolare di una qualificata posizione - devono essere considerate recessive. In particolare, si è affermato come la pubblica amministrazione mantenga, anche in relazione ai procedimenti di gara per la scelta del contraente, il potere di annullare in via di autotutela sia il bando che le singole operazioni di gara, tenendo conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse, trovando l'autotutela fondamento negli stessi principi predicati dall'art. 97 della Costituzione, a cui deve sempre ispirarsi l'azione amministrativa, non ostando all'esercizio di un siffatto potere neppure il provvedimento di aggiudicazione definitiva (in tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, n. 769/2014 e Cons. Stato, Sez. V, n. 5681/2012)»;

CONSIDERATO che occorre quindi ribadire il principio accolto dalla giurisprudenza per cui la potestà di autotutela consente alla stazione appaltante di porre nel nulla l'intera procedura di gara qualora tale scelta si renda necessaria o anche solo opportuna nell'interesse pubblico, a fronte del quale le aspettative del concorrente devono essere considerate recessive;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, la stazione appaltante riteneva di annullare in autotutela la prima procedura di gara dopo aver verificato che erano emersi vizi di legittimità e incoerenze nell'intero procedimento, che rendevano necessario indire una nuova procedura emendata dei vizi riscontrati;

RITENUTO, alla luce di tutto quanto sopra considerato, che nel caso di specie l'esercizio del potere di annullamento in autotutela da parte della stazione appaltante è conforme alla normativa e all'orientamento consolidato della giurisprudenza. Non può pertanto essere condivisa la pretesa dell'istante allo scorrimento della graduatoria in proprio favore.

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- nel caso di specie, la condotta della stazione appaltante è conforme alla normativa e all'orientamento consolidato della giurisprudenza, in quanto essa esercitava il potere di annullamento in autotutela al fine di indire una nuova procedura di gara emendata dai vizi riscontrati. Non può pertanto essere condivisa la pretesa dell'istante allo scorrimento della graduatoria in proprio favore.



Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 giugno 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente