



Via Rivodora, 44
10099 SAN MAURO TORINESE (TO)
P. IVA 11552100015
☎/Fax 011/822.59.51 - cell. 345 3456199
E-mail : vivaigilardi@libero.it

Spett.le
COMUNE DI SAN MAURO TORINESE
SERVIZIO MANUTENZIONE
Via Ronchi, 22
10099 – San Mauro Torinese (TO)

Alla C.A. del Responsabile Unico del Procedimento Geom. Katia RENDA

protocollo@cert.comune.sanmaurotorinese.to.it
servizio.manutenzione@comune.sanmaurotorinese.to.it
ut@comune.sanmaurotorinese.to.it

OGGETTO: PROCEDURA APERTA PER L’AFFIDAMENTO DEL “SERVIZIO DI MANUTENZIONE VERDE AGOSTO 2021 – DICEMBRE 2023”. C.I.G. 8756283950

IMPORTO COMPLESSIVO DELL’APPALTO EURO 335.645,71

Istanza di modifica in autotutela delle risultanze di gara.

Spett.le Amministrazione,
a seguito della Vs. PEC del 20 settembre 2021, intendo osservare e ribadire quanto segue:

*Quanto da voi asserito in merito all’Art. 14 del Bando di Gara: “... qualora sussistano i presupposti di legge in ordine al numero minimo delle offerte ammesse (numero di offerte ammesse pari o superiori a cinque ai sensi dell’art. 1 comma 3 della Legge 120/2020), il procedimento dell’esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell’art. 97, comma 2, 2-bis, 2-ter del D.Lgs. n. 50/2016 s.m.i.” è un **mero refuso** in quanto per quanto concerne le **PROCEDURE APERTE** (come nel caso in questione) c’è l’obbligo di applicazione dell’esclusione automatica quando il numero delle offerte è pari o superiore a 10.*

Per meglio comprendere quanto sopra basti leggere il testo dell'Art. 97 comma 8 che cita in modo inequivocabile: "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 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.

L'Appalto in oggetto tra l'altro non rientra neanche nell'ipotesi sopracitata in quanto supera per importo la Soglia di cui all'Art. 35 comma 1 lettera c) che – per quanto concerne i Servizi – prevede un importo massimo di € 214.000,00; per effetto di ciò, gli unici criteri di aggiudicazione adottabili sarebbero stati quello dell'Offerta Economicamente più Vantaggiosa ovvero quello del Minor Prezzo senza applicazione dell'esclusione automatica (Allegato 1 pag. 1, Allegato 2 pag. 23 e Allegato 3 Pag. 4)

Inoltre non può trovare accoglimento da parte nostra la Vs. asserzione in merito "all'accettazione, senza condizione o riserva alcuna, di tutte le norme....." in virtù del fatto che, trattandosi di un criterio di aggiudicazione "CONTRA LEGEM", non possa e non debba assolutamente essere applicato in quanto Lex Superior derogat Legi Inferiori.

Nell'ipotesi di antinomie – ossia di incompatibilità di precetti – tra norme appartenenti a livelli gerarchici diversi lex superior derogat legi inferiori, ossia prevale la norma di grado superiore, la quale non può essere derogata da quella di grado inferiore.

Per semplificare quanto appena enunciato basti immaginare un Bando/Disciplinare di Gara che prevedano all'interno un Criterio di Aggiudicazione "ante Sblocca-Cantieri".

Il solo fatto che sia previsto dal Bando di gara non autorizza la Stazione Appaltante ad applicarlo in quanto – ovviamente – CONTRA LEGEM (Allegato 4 Pag. 7 e Allegato 5 Pag. 2); anzi, avvedutasi dell'errore, ha annullato i provvedimenti presi a seguito dell'aggiudicazione provvisoria e ha riformulato la graduatoria ai sensi dell'Art. 97 comma 2.

Merita a proposito di essere segnalata la Sentenza del Tar Veneto (Sez. 1 n° 960 del 21/07/2021) in quanto ribadisce che il Decreto Semplificazioni 2020 prevale sulla Lex Specialis contenente disposizioni incompatibili.

Il Collegio aderisce all'orientamento interpretativo prevalente ed in corso di consolidamento (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 12 febbraio 2021, n. 2104; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 24 maggio 2021, n. 3429; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 17 novembre 2020, n. 736; T.A.R. Basilicata, 14 novembre 2020, n. 720) secondo cui la disciplina speciale dettata dal decreto legge n. 76 del 2020, convertito in legge n. 120 del 2020, prevale sulla disciplina dei contratti sottosoglia prevista dall'art. 36 cod. proc. amm., integrando e sostituendo le previsioni della lex specialis con essa incompatibili, anche con riguardo a quelle in tema di verifica dell'anomalia.

E per concludere riteniamo che abbiate frainteso il testo dell'Art. 1 commi 2 e 3 della Legge 120/2020 che cita:

Art. 1 comma 2: Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità:

a) **affidamento diretto** per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione. (lettera così sostituita dall'art. 51, comma 1, lettera a), sub. 2.1), legge n. 108 del 2021)

b) **procedura negoziata, senza bando**, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, la cui pubblicazione nel caso di cui alla lettera a) non è obbligatoria per affidamenti inferiori ad euro 40.000, contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

Art. 1 comma 3: Gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga gli elementi descritti nell'articolo 32, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016. **Per gli affidamenti di cui al comma 2, lettera b), le stazioni appaltanti, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono, a loro scelta, all'aggiudicazione dei relativi appalti, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso. 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.

Da quanto sopra si evince quindi che l'applicazione dell'esclusione automatica quando il numero delle offerte sia pari o superiore a cinque si applica solamente nel caso delle PROCEDURE NEGOZiate (comma 2 lettera b).

Infatti l'Art. 1 comma 1 della Legge 120/2020 cita: "Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, **in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici, si applicano le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 30 giugno 2023.**

L'art. 36 comma 2 cita: "Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e **salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie**, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità.....

L'appalto di cui all'oggetto è stato bandito come Procedura Aperta, quindi non si rende applicabile la disciplina derogatoria dettata dall'Art. 1 della Legge 120/2020.

Pertanto, si ribadisce che il calcolo debba essere riformulato nel modo seguente:

- 1) Numero offerte ammesse: 5
- 2) Numero offerte da accantonare (10%): 2
- 3) Media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10%, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso (17,648), incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media (3,194).
- 4) Essendo il rapporto tra scarto medio e media aritmetica pari a 0,181 (quindi > 0,15), la soglia di anomalia è pari alla media aritmetica (17,648) + la media degli scarti (3,194) = 20,842.

La gara viene aggiudicata al massimo ribasso e il vincitore è la scrivente Impresa **VIVAI GILARDI MARCO & FIGLI SERVICE S.R.L.** con il ribasso del **28,150%**.

Tutte le aziende con ribasso superiore alla soglia di anomalia (20,842) dovranno giustificare i prezzi ai sensi dell'Art. 97 comma 4 e 5 del "Codice".

Alla luce di quanto sopra e in merito al grave ed irreparabile danno si evidenzia che l'eventuale sottoscrizione del contratto e la consegna dei lavori all'attuale aggiudicataria provvisoria comprometterebbe irrimediabilmente l'interesse della ricorrente ad ottenere l'affidamento dei lavori.

Inoltre, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria/definitiva non costituisce di per sé ostacolo giuridicamente insormontabile al suo stesso annullamento, anche in autotutela, oltre che all'annullamento degli atti amministrativi che ne costituiscono il presupposto.

La legittimità del provvedimento di autotutela è subordinata, oltre che alla comunicazione di avvio del procedimento, anche ad una adeguata motivazione circa la natura e la gravità delle anomalie verificatesi, la sussistenza di un interesse pubblico attuale alla sua eliminazione (che non può ridursi all'esigenza del mero ripristino della legalità violata), la comparazione tra quest'ultimo e la contrapposta posizione consolidata dell'aggiudicatario e la ragionevole durata del tempo intercorso tra l'atto illegittimo e la sua rimozione.

Questo il principio ribadito dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 4027 del 17 agosto 2017.

Nelle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici vige il principio dell'autotutela decisoria che consente all'amministrazione di riesaminare, annullare e rettificare gli atti invalidi in presenza di gravi vizi dell'intera procedura.

Più volte è stato ribadito che, anche se nei contratti della pubblica amministrazione l'aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, segna normalmente il momento dell'incontro delle volontà dell'amministrazione e del privato in ordine alla conclusione del contratto (volontà che per quanto riguarda la posizione dell'amministrazione si è manifestata con la individuazione dell'offerta ritenuta migliore), non è tuttavia precluso all'amministrazione di procedere con successivo atto (e con un richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico) all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione (tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, n. 8554 del 2010, sez. V, n. 7273 del 2010; sez. IV, n. 5374 del 2006).

Tale potere di autotutela trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, cui deve essere improntata l'attività della pubblica amministrazione, ai sensi dell'articolo 97 Cost., in attuazione dei quali l'amministrazione deve adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire. Tuttavia, anche in considerazione del legittimo affidamento eventualmente ingeneratosi nel privato, è necessario che il potere di autotutela sia esercitato correttamente.

In particolare, affinché il provvedimento di autotutela possa considerarsi legittimo è necessario che:

- sia data informazione all'interessato dell'avvio del procedimento, al fine di rendere effettive le garanzie procedurali;*
- sia valutata la ragionevole durata del tempo intercorso tra l'atto illegittimo e la sua rimozione;*
- sia fornita adeguata motivazione sulla natura e la gravità delle anomalie verificatesi e sulla sussistenza un interesse pubblico attuale, distinto dal mero interesse alla eliminazione dell'atto illegittimo, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario.*

Parimenti, si ritiene che sia altresì interesse della Vs. Spett.le Amministrazione prendere una decisione cautelare (in regime di autotutela) nel tempo più breve possibile in vista della certezza dell'affidamento della gara in oggetto.

Tutto quanto premesso e considerato, e con riserva di proporre ulteriori motivi si

chiede

*la rettifica del calcolo della soglia di anomalia e l'annullamento in autotutela dei Verbali con la riaggiudicazione in capo all'Impresa **VIVAI GILARDI MARCO & FIGLI SERVICE S.R.L.***

Si chiede di ricevere un sollecito quanto cortese riscontro, in modo da poter provvedere con congruo termine, alla presentazione di un Parere congiunto di Precontenzioso all'ANAC, o alla redazione del Ricorso giurisdizionale in caso di rigetto della presente istanza.

Restiamo disponibili ad un'eventuale chiarimento da presentare - in forma congiunta - all'ANAC per dirimere la questione.

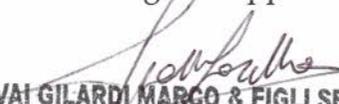
In caso di mancato riscontro, ovvero di successiva aggiudicazione in favore di altro concorrente, la stazione appaltante verrà esposta al risarcimento dei danni subiti dal concorrente che si riserva altresì di segnalare la vicenda alla Procura presso la Corte dei Conti affinché valuti la responsabilità aggravata dell'Ente e del responsabile del Servizio.

Rimaniamo a Vs. completa disposizione per ogni eventuale chiarimento in merito, chiedendoVi di contattare il ns. Consulente in materia di Appalti Dr. Corrado Ottaviano al seguente numero: 335-1304012 oppure a mezzo mail: info@goingappalti.com

Con osservanza.

San Mauro Torinese (TO), 23/09/2021

Il Legale Rappresentante


VIVAI GILARDI MARCO & FIGLI SERVICE S.R.L.
Via Rivodora, 44 - 10099 SAN MAURO T.SE (TO)
Tel./Fax 011.8225951 - Cell. 345.3456199
e-mail : vivaigilardi@libero.it
C.F./P.I. 11552100015