



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,
la sottoscritta Lorella GALLI, nella qualità di Legale Rappresentante dell’Impresa VIVAI GILARDI MARCO & FIGLI SERVICE S.R.L., con sede legale in San Mauro T.se (TO), in relazione all’esito delle operazioni di gara di cui alla procedura aperta in oggetto, intende evidenziare quanto segue:

Risulta dal Vs. Verbale del 13/09/2021 che sia stata individuata, ai sensi dell'Art. 97 comma 2 del D.L. 32/2019 (e succ. conversione in legge 55/2019), una **soglia di anomalia pari a 20,842%**.

Di conseguenza, la nostra offerta, con un ribasso del 28,15% ha finito per risultare non aggiudicataria. Di contro, l'Impresa Tekno Green s.r.l., con un ribasso del 19,434%, risultava la migliore offerente.

Tuttavia, le operazioni di gara risultano viziate da un'errata applicazione del criterio di calcolo della soglia di anomalia, presumibilmente dovuto ad un'erronea interpretazione del criterio di aggiudicazione.

Infatti giova ricordare che L'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, a seguito della modifica apportata dal "c.d. Sblocca cantieri", dispone che "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**".

L'esclusione automatica delle offerte anomale, anche con più di cinque offerte, non si applica alle procedure aperte. Lo ha stabilito l'Autorità nazionale anticorruzione con la **determina del 9 marzo 2021** in cui esamina la previsione di cui all'articolo 1, comma 3, del dl n. 76/2020, il cosiddetto decreto Semplificazioni, convertito con modificazioni con la legge n. 120/2020, secondo la quale, in caso di aggiudicazione in base al criterio del minor prezzo, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica «anche qualora il numero delle offerte ammesse sia superiore o pari a cinque».

Il caso esaminato dall'Anac riguardava una procedura aperta, sottosoglia, in cui veniva però eccitata, con istanza di precontenzioso, la mancata applicazione da parte della stazione appaltante della disposizione di cui all'articolo 1, comma 3, ultimo periodo dl n. 76/2020 (**Semplificazioni**), convertito con modificazioni con legge n. 120/2020, relativa alla esclusione automatica delle offerte anomale quando il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a cinque. Circostanza che, se applicata, avrebbe determinato l'aggiudicazione del contratto all'impresa istante.

La questione che si poneva riguardava quindi la possibilità di applicare l'esclusione automatica indistintamente a tutte le procedure purché sottosoglia, a prescindere che queste siano procedure negoziate o aperte.

L'Autorità affronta quindi la questione aderendo ad una lettura sistematica della norma del decreto 76, per effetto della quale la disposizione di cui al comma 3 dell'articolo 1 si applica specificamente alle procedure introdotte in virtù della nuova disciplina, ovvero alle procedure di cui all'articolo 1, comma 2, lettere a) e b) e non anche ad altre procedure, quale quella aperta ai sensi dell'articolo 60 del d.lgs n. 50/2016. Pertanto, nell'ambito della lettura sistematica della disposizione e del necessario bilanciamento dei plurimi interessi in gioco, non viene ritenuto possibile ammettere una interpretazione della disciplina in deroga che non consideri il contesto normativo in cui è inserita, tra cui l'articolo 36 comma 1 del d.lgs n. 50/2016, non inciso dalla

deroga, che sancisce, anche negli affidamenti sottosoglia, il necessario rispetto, oltre che del principio di rotazione, dei principi di cui all'articolo 30, comma 1 (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, ma anche libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità), principi che come noto sono di diretta applicazione dei principi europei.

Trattandosi di una disciplina derogatoria all'interno della nuova temporanea segmentazione delle soglie per gli affidamenti dei contratti pubblici è confermata la non applicabilità della norma a procedure differenti da quelle considerate dalla disposizione. (Allegato n° 1)

A pag. 3 del Vs. Bando di Gara e a Pag. 20 del Vs. Disciplinare di Gara, per un mero refuso, è stato riportato che troverà applicazione l'esclusione automatica qualora vi sia un numero di offerte pari o superiori a cinque. (Allegato n° 2 e 3)

Presumibilmente il refuso risiede nell'aver "confuso" l'esclusione automatica con il calcolo della soglia di anomalia, che deve avvenire sempre qualora il numero delle offerte sia pari o superiore a cinque. Al di sotto di tale numero minimo non è necessario procedere all'individuazione della soglia di anomalia.

Ad ulteriore conferma di quanto sopra si allega Disciplinare di gara (Procedura Aperta) dell'ACEA PINEROLESE S.p.A., dal quale in modo inequivocabile (Pag. 28) si evince che nell'ambito delle Procedure Aperte il limite per l'applicazione della Soglia di Anomalia è di 10; mentre per quanto riguarda le Procedure Negoziato questo limite si riduce a 5 (regime derogatorio fino al 31/12/2021). (Allegato n° 4)

Pertanto, appurato quanto sopra enunciato, il calcolo deve 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". (Allegato n° 5).

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.***

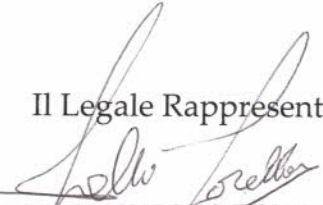
Si chiede di ricevere un sollecito quanto cortese riscontro, in modo da poter provvedere con congruo termine, alla presentazione di un Parere congiunto di Precontenzioso all'ANAC, o alla redazione del Ricorso giurisdizionale in caso di rigetto della presente istanza.

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.

Con osservanza.

San Mauro Torinese (TO), 15/09/2021

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