



COMUNE DI APPIGNANO DEL TRONTO

Provincia di Ascoli Piceno

COPIA DI DETERMINAZIONE
SERVIZIO UFF. SEGRETERIA

N.21 del 26-01-2021	OGGETTO: ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA DETERMINAZIONE UFFICIO SEGRETERIA N.20-PROVVEDIMENTI
------------------------	---

F. to Richiamata la propria determina n.20 del 25.01.2021, esecutiva ai sensi di legge;

Rilevato che con l'atto sopra citato si disponeva quanto appresso:

"Di approvare il verbale n.1 del 16.01.2021 e n.2 del 25.01.2021 relativi alla procedura di gara in oggetto;

Di escludere l'operatore economico RISTORANTE LO SCOIATTOLO SOCIETA' COOPERATIVA per non avere regolarizzato, a seguito di ricorso al soccorso istruttorio, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 83, comma 9, del D.lgs.n.50/2016, nei termini assegnati, le dichiarazioni essenziali, mancanti, per quanto in premessa meglio esplicitato;

DI AMMETTERE al proseguo delle operazioni di gara il restante operatore economico Nenè service società cooperativa sociale per documentazione amministrativa regolare e conforme alle prescrizioni di gara;

DI COMUNICARE quanto di cui alla presente agli operatori economici concorrenti, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 76 comma 2bis del D. Lgs n. 50/2016, entro i termini di cui al comma 5 del medesimo articolo;

DI PUBBLICARE il presente provvedimento nella sezione "amministrazione trasparente" del Comune committente ai sensi dell'art. 29 comma 1 del più volte citato D. Lgs. n. 50/2016."

Vista la comunicazione dell'operatore economico Lo scoiattolo Soc.Coop. arl acquisita al protocollo dell'ente in data 26.01.2021 al n.477 con la quale si invita il Rup della procedura di selezione dell'appalto in oggetto, al riesame della determinazione sopra citata, per le motivazioni nell'atto stesso riportate, quale preavviso di ricorso giurisdizionale;

Emerso che nella nota citata, tra le varie considerazioni, una appare di natura apprezzabile poiché la candidata rileva che la dichiarazione mancante nel Dgue, per la quale è stata esclusa, è rintracciabile in un altro documento di gara reso dalla stessa e specificatamente nella dichiarazione di cui" allegato 3" ;

Verificato che in tale dichiarazione l'operatore economico concorrente ha dichiarato esattamente quanto appresso:

" di non incorrere nelle cause di esclusione di cui all'art.80, comma 1 lettera a), b), b-bis), comma 3, comma 4, comma 5 lettera b), c-bis), c-quater), f-bis e f-ter, comma 10 e 10 bis del codice;

Dato atto quindi della dichiarazione di cui all'art.80 comma 5 lettera b) del codice degli appalti come di seguito esplicitata:

b) l'operatore economico sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dagli articoli 110 del presente Codice e 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

E che la stessa è riconducibile alla dichiarazione mancante nella parte III sezione C nelle lettere b), c), d) del DGUE ;

Emerso che nelle procedure di appalto alcune varie pronunce dei Tar e del Consiglio di Stato confermano un orientamento di tipo sostanziale della giustizia amministrativa;

Che l'azione amministrativa si orienta, pertanto, verso un'esigenza di correttezza sostanziale riconducibile ai suoi caratteri tipici di imparzialità, di buon andamento, del giusto procedimento e di leale collaborazione;

Che il mutamento di prospettiva incide sull'assetto sostanziale e sull'approccio metodologico di regolazione degli appalti pubblici, nonché nell'interpretazione e nell'applicazione della relativa disciplina. Per un verso, la visione 'contabilistica' della disciplina degli appalti pubblici pretende un reticolo fitto di regole rigide di tipo 'command and control'. Per altro verso, la visione pro concorrenziale di matrice comunitaria lascia maggiori spazi di flessibilità alle stazioni appaltanti introducendo anche momenti di regolazione cooperativa, cioè di interazione con i privati al fine di ridurre le asimmetrie informative;

Che, per quanto sopra, la richiesta di regolarizzazione della documentazione trasmessa dall'operatore economico in sede di gara, con attivazione del soccorso istruttorio, da parte del Rup, sarebbe stata solo diretta a colmare la dichiarazione relativa al subappalto, tra l'altro regolarizzata nei termini, e non anche la dichiarazione di cui all'articolo 80, comma 5, lettera b) del codice degli appalti;

Vista la legge 241 del 7 agosto 1990 che stabilisce che: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza»;

Richiamato in merito l'annullamento d'ufficio di un atto amministrativo disciplinato dall'art. 21-nonies, comma 1, l. n. 241/90 che reca:

“..Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo”;

Considerato che l'annullamento è l'espressione dell'autonomo potere di riesame riconosciuto alla Pubblica Amministrazione nell'ambito dell'autotutela decisoria spontanea, la quale costituisce la regola dell'azione amministrativa nei casi in cui l'Amministrazione agisce come autorità (in ossequio al principio costituzionale di buon andamento, imparzialità e legalità dell'azione amministrativa art. 97).

Che tale strumento si traduce nella facoltà, trattandosi di potere discrezionale, per la p.a. di ritornare sulle proprie decisioni al fine di dare soluzione a conflitti reali o potenziali sorti con l'interesse pubblico a causa di provvedimenti adottati dalla stessa, che risultino ad un più attento esame affetti da un vizio di legittimità originario (annullamento d'ufficio) o affetti da un vizio di merito dell'azione amministrativa, sopravvenuto o originario (revoca) determinato da sopravvenienze legate a nuovi motivi di interesse pubblico, o al mutamento delle condizioni di fatto, ovvero ancora da una rivisitazione dell'interesse pubblico originario;

Che è intento del Rup agire con un procedimento di riesame , come sopra riportato, applicando il potere di autotutela decisoria, ovvero il potere della pubblica

amministrazione di riesaminare, senza l'intervento del giudice, dei propri atti sul piano della legittimità, al fine di confermarli, modificarli o annullarli;

Che il riesame amministrativo determina un procedimento di secondo grado, a iniziativa d'ufficio, che incide su un provvedimento (di primo grado) già adottato;

Atteso che il provvedimento di secondo grado è giustificato da un interesse pubblico concreto;

Che in ordine alla legittimità dell'esercizio del potere di autotutela, mediante l'adozione di un provvedimento di annullamento degli atti posti in essere, ed in particolare del provvedimento di esclusione di un concorrente, è stato premesso in giurisprudenza, che costituisce legittimo esercizio del potere di autotutela di cui una Stazione Appaltante dispone, anche dopo l'aggiudicazione non efficace;

Che il potere di autotutela rappresenta esplicazione del principio di buon andamento dell'attività amministrativa, alla stregua del quale l'Amministrazione, chiamata ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, può pertanto riesaminare i provvedimenti adottati, dando esplicita e puntuale contezza del potere esercitato (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 1625 del 25 marzo 2004);

Precisato quindi che la Stazione Appaltante detiene, un potere/dovere di autotutela da esplicarsi in qualunque momento della procedura di gara in cui si sono manifestati vizi determinanti per l'individuazione del contraente e che l'aggiudicazione provvisoria (aggiudicazione non efficace) non costituisce atto conclusivo del procedimento, bensì meramente preparatorio, ad effetti prodromici, instabili e interinali, essendo adottato nell'ambito del procedimento, volto all'emanazione dell'aggiudicazione definitiva (aggiudicazione con efficacia, che in ogni caso, ai sensi dell'articolo 32 e 33 del D.Lgs. 50/2016, è espressione di un'ulteriore valutazione della Stazione Appaltante circa la regolarità dello svolgimento della procedura e la convenienza della stipulazione del contratto), rientra nella potestà discrezionale della Stazione Appaltante porre nel nulla con un atto successivo gli atti medio tempore adottati e non procedere all'aggiudicazione definitiva (alla dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione) (ex multis, TAR Lazio, sez III ter, sentenza n. 11146 del 9 dicembre 2008, parere AVCP n. 74 del 9 luglio 2009);

Che ferma restando, pertanto, la sussistenza di un fondamento giuridico al potere di autotutela della Stazione Appaltante, giustificato da un nuovo apprezzamento della fattispecie e connesso ad una facoltà dell'Amministrazione che non si inserisce in alcun rapporto contrattuale, ma attiene ancora alla fase di scelta del contraente;

Atteso che tale esercizio deve essere sorretto da adeguata motivazione in ordine allo specifico interesse pubblico che lo giustifica, non riconducibile alla mera esigenza di ripristino della legalità violata, dando conto delle anomalie riscontrate, della loro gravità, della loro incidenza sul procedimento di gara e soprattutto della sussistenza di vizi di legittimità che lo rendano necessario e quindi della presenza di un interesse pubblico giustificativo del sacrificio del privato;

Che al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha osservato che l'attualità e la specificità dell'interesse pubblico ad annullare un provvedimento in autotutela devono essere calibrate in funzione della fase procedimentale in cui esso interviene e, in

definitiva, dell'affidamento ingenerato nel privato avvantaggiato dal provvedimento ritirato; pertanto, diverso è l'onere motivazionale richiesto per procedere all'annullamento degli atti di gara a seconda che sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, ovvero il procedimento di conclusione della gara non sia giunto completamente a termine (cfr. TAR Lazio, sez. II ter, sentenza n. 11146 del 9 dicembre 2008);

Che inoltre, la giurisprudenza ha altresì precisato che, stante la natura instabile ed interinale del provvedimento di aggiudicazione provvisoria a fronte del quale non possono configurarsi situazioni di vantaggio stabili in capo al beneficiario, l'Amministrazione ha altresì il potere di provvedere all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria in via implicita senza obbligo di motivazione (cfr in tal senso la recente sentenza TAR Lazio, sez. II ter, n. 10991 del 9 novembre 2009);

Che nel caso di specie, il provvedimento di autotutela, di cui alla presente, è adottato a solo un giorno di emanazione dell'atto di primo grado, ed è inserito nella prima fase di valutazione della documentazione amministrativa, ed è motivato dall'applicazione dei principi di buon andamento, economicità ed imparzialità dell'azione amministrativa e del principio di libera concorrenza;

Che al riguardo si può sostenere che, in materia di contratti pubblici, la partecipazione dei soggetti interessati al relativo procedimento è garantita dalla pubblicazione dell'avviso di gara con il quale viene delineato lo svolgimento dell'iter procedimentale che si conclude con la stipula del contratto; dal momento che il riesame delle operazioni già svolte non è configurabile come un nuovo procedimento, l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria non impone l'inoltro all'aggiudicatario di una specifica comunicazione di avvio del procedimento (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 6140 del 30 novembre 2007).;

Visto pertanto il verbale n.3 del 26.01.2021 con il quale si è proceduto al riesame ;

Per tutto quanto sopra espresso;

DETERMINA

Che le premesse siano parte integrante e sostanziale del presente atto;

Di annullare, in autotutela, per le motivazioni in premessa espresse, la determinazione dell'ufficio di segreteria n.20 del 25.01.2021;

di annullare il verbale n.2 del 25.01.2021 per quanto di cui alla presente;

di approvare il verbale n.1 del 16.01.2021;

di approvare il nuovo verbale n.3 del 26.01.2021 con le risultanze di cui alla presente;

di ammettere l'operatore economico Lo Scoiattolo Soc.Coop arl al proseguo delle operazioni di gara;

di comunicare quanto di cui alla presente agli operatori economici concorrenti;

di pubblicare l'atto di che trattasi sul sito trasparenza dell'ente, nella sezione bandi di gara e contratti;

ufficio segreteria

Il Responsabile

Dott.ssa Susy Simonetti

ATTESTATO DI PUBBLICAZIONE

Della suesesa determinazione viene iniziata oggi la pubblicazione all'Albo Pretorio on line sul sito web istituzionale di questo Comune per 15 giorni consecutivi .

Appignano del Tronto 26-01-2021

Il Responsabile del Servizio Albo Pretorio on line
F.to Dott.ssa Susy Simonetti
