



DELIBERA N. 4

del 12 gennaio 2022

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 presentata da Due T Gestioni e Costruzioni S.r.l. - Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara Comune di Cossano C.se (prog. 11944). Sostituzione rete idrica in amianto cemento. Rif. APP_39/pn/2021 - CIG 8817802866 - CUP G41B21004610005 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - Importo a base di gara: 708.453,89 euro –S.A.: Società Metropolitana Acque Torino S.p.A.

PREC 221/2021/L – PB

Riferimenti normativi

Articolo 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 1, comma 3, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con modificazioni in L. 11 settembre 2020 n. 120)

Parole chiave

Anomalia dell'offerta - Esclusione automatica - Ambito di applicazione della disciplina di cui all'articolo 1, comma 3, del D.L. Semplificazioni - Eterointegrazione della *lex specialis*

Massima

Le disposizioni normative contenute nell'art. 1 del decreto legge n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020, contengono una disciplina derogatoria, temporalmente limitata e giustificata dall'esigenza di far fronte ad una congiuntura economica resa particolarmente difficile dalla pandemia da COVID-19, che come tale prevale sulla disciplina dei contratti sotto-soglia prevista dall'articolo 36 del Codice appalti, con la conseguenza che le previsioni della *lex specialis* con essa incompatibili, con specifico riferimento alla disciplina dell'esclusione automatica delle offerte anomale, devono essere integrate e sostituite.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 12 gennaio 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 75712 del 19 ottobre 2021, presentata da Due T Gestioni e Costruzioni S.r.l., relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante contestava la legittimità della scelta della stazione appaltante di non procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale, in applicazione della disciplina introdotta dal



D.L. n. 76/2020 che, per le procedure negoziate di importo inferiore alle soglie UE, fino al 30.6.2023, dispone la mancata operatività dell'esclusione automatica nel solo caso in cui il numero delle offerte ammesse alla gara è inferiore a 5 (e non inferiore a 10 come previsto "ordinariamente") e la sua applicabilità invece per il caso di numero di offerte ammesse superiore a 5: nella procedura in questione, secondo l'istante, essendo state ammesse nove offerte avrebbe dovuto procedersi all'esclusione automatica con conseguente aggiudicazione del contratto all'operatore stesso;

CONSIDERATO che la gara è stata indetta come "*procedura negoziata in applicazione del Regolamento per l'affidamento degli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie comunitarie, adottato ai sensi dell'art. 36, comma 8, del d.lgs. 50/2016*", con criterio di aggiudicazione al minor prezzo;

VISTA la disciplina di gara che nella sezione "*Criteri di aggiudicazione*" disponeva: «*si applica la procedura di esclusione automatica delle offerte di cui all'articolo 97, comma 8 del d.lgs. 50/2016. La soglia di anomalia sarà individuata secondo quanto previsto nell'articolo 97 citato in presenza di almeno 5 offerte ammesse; l'anomalia sarà calcolata fino alla 6^a cifra decimale. L'esclusione automatica non sarà esercitata nel caso in cui il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 97, comma 8, del Codice*» e che nella sezione "*Condizioni generali*" prevedeva: «*Tutte le norme richiamate negli atti di gara si intendono aggiornate ai testi vigenti alla data di invio della lettera di richiesta offerta*»;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 9 novembre 2021, con nota prot. n. 80842;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

VISTA, in particolare, la memoria della stazione appaltante che, a sostegno della legittimità del proprio operato, rappresentava di essere impresa pubblica operante nei settori speciali, abilitata, ai sensi dell'articolo 36, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 per gli acquisti di importo inferiore alla soglia comunitaria, a dotarsi e ad applicare un proprio regolamento, la cui disciplina è soggetta unicamente al rispetto dei principi comunitari a tutela della concorrenza. In ragione di ciò, nella disciplina di gara era stata disposta «*l'applicazione della procedura di esclusione automatica delle offerte di cui all'articolo 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, salvo il caso in cui il numero di offerte ammesse sia inferiore a dieci ai sensi di quanto previsto dall'articolo 97, comma 8 del Codice*» e, in sede di procedura, «*essendo state ammesse 9 offerte non era stata applicata l'esclusione automatica*». L'amministrazione, sulla base di tali argomentazioni, sosteneva pertanto di essere vincolata al solo regolamento interno e non anche all'articolo 1 del d.l. n.76/2020, in ragione del fatto che «*il rinvio [alle norme del Codice], costituendo volontario autovincolo, deve essere interpretato in senso restrittivo e applicando in modo rigorosamente conforme alla lettera della norma recepita*»;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla applicabilità ad una gara, la cui disciplina faccia riferimento all'articolo 97, comma 8 del Codice nella versione previgente al D.L. 76/2020, del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale nel caso in cui il numero degli offerenti ammessi sia pari o superiore a cinque di cui all'articolo 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020 (convertito con modificazioni con la legge n. 120/2020);

CONSIDERATO che con il decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76 (cd. "*Decreto Semplificazioni*"), recante "*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*", convertito con modificazioni con L. 11 settembre 2020, n. 120) sono state introdotte, nel Titolo I, Capo I - "*Semplificazioni in materia di contratti pubblici*", alcune rilevanti novità in materia di contratti pubblici, finalizzate ad incentivare gli investimenti



pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché a fronteggiare le ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19. Nello specifico, all'articolo 1, «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», viene introdotto un regime (parzialmente e) temporaneamente derogatorio rispetto a quello dettato dall'articolo 36 del d.lgs. n. 50/2016 applicabile alle «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 31 luglio 2021» (cfr. ANAC, delibera n. 840 del 21 ottobre 2020; delibera n. 31 del 20 gennaio 2021);

CONSIDERATO che l'articolo 1 del D.L. n. 76/2020 (convertito con modificazioni con la legge n. 120/2020), rubricato «*Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia*», rimodula la disciplina dell'affidamento dei contratti pubblici sotto la soglia euro-unitaria, introducendo un regime parzialmente e temporaneamente derogatorio rispetto a quello dettato dall'articolo 36 del d.lgs. n. 50/2016, 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» (cfr. ANAC delibera del 4 agosto 2020, recante «*Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale» in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione*»; ANAC delibera n. 840 del 21 ottobre 2020; n. 31 del 20 gennaio 2021, n. 23 del 10 febbraio 2021);

CONSIDERATO che il comma 2 del menzionato articolo 1, come modificato dalla legge n. 120/2020, in vigore dal 15 settembre 2020, delinea la nuova temporanea segmentazione delle soglie disponendo che: «Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del d.lgs. n. 50/2016, 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 d.lgs. n. 50/2016 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 75.000 euro; b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del d.lgs. n. 50/2016, 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 75.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del d.lgs. n. 50/2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno quindici operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del d.lgs. n. 50/2016»;

RISCONTRATO che il successivo comma 3 dell'articolo 1 in questione dispone espressamente che: «Gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga gli elementi descritti nell'articolo 32, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016. Per gli affidamenti di cui al comma 2, lettera b), le stazioni appaltanti, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016, 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 d.lgs. n. 50/2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque»;

RILEVATO che nel primo periodo dell'articolo 1, comma 1, del D.L. n. 76/2020, come modificato in sede di conversione, il legislatore ha espressamente stabilito che le disposizioni derogatorie in tema di affidamenti sotto soglia «si applicano [al]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» (termine differito dall'articolo 51, comma 1, lettera a, sub 1) della legge n. 108/2021);

CONSIDERATO che, sulla base di tali considerazioni, l'Autorità ha già avuto modo di precisare come anche la previsione di cui al comma 3 dell'articolo 1, che estende l'applicabilità del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale in presenza di cinque offerenti (in luogo di dieci, di cui all'articolo 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016), si applica agli affidamenti diretti (ex articolo 1, comma 2, lettera a del D.L.) e/o alle procedure negoziate (ex articolo 1, comma 2, lettera b del D.L.) la cui determina a contrarre o atto equivalente è stata adottata dal 17 luglio 2020 al 31 dicembre 2021, [ora 30 giugno 2023]. Tale disposizione non trova, invece, applicazione nelle procedure di gara pendenti alla data di entrata in vigore del Decreto. Il legislatore ha, infatti, individuato un preciso *dies a quo* come momento che cristallizza temporalmente la disciplina applicabile alle procedure di affidamento di contratti sotto soglia, definendo nella adozione della determina a contrarre (cfr. ANAC, delibera n. 840 del 21 ottobre 2020; n. 31 del 20 gennaio 2021; n. 23 del 10 febbraio 2021);

RISCONTRATO che la questione controversa attiene alla possibilità di ritenere applicabile la disposizione di cui al comma 3, ultimo periodo, relativa all'esclusione automatica delle offerte anomale anche ad una procedura indetta sulla base di un regolamento interno e di una *lex specialis* che richiamano la disciplina di cui all'articolo 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 senza contemplare la modifica legislativa di cui al menzionato D.L. n. 76/2020;

RILEVATO che l'orientamento interpretativo prevalente ed in corso di consolidamento secondo cui la disciplina speciale dettata dal D.L. n. 76/2020, convertito in legge n. 120 del 2020, prevale sulla disciplina dei contratti sottosoglia prevista dall'articolo 36 del d.lgs. n. 50/2016, integrando e sostituendo le previsioni della *lex specialis* con essa incompatibili, anche con riguardo a quelle in tema di verifica dell'anomalia (cfr. TAR Veneto, Sez. I, 21 luglio 2021, n. 960; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 12 febbraio 2021, n. 2104; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 24 maggio 2021, n. 3429; TAR Piemonte, Sez. I, 17 novembre 2020, n. 736; TAR Basilicata, 14 novembre 2020, n. 720);

RILEVATO, altresì, che secondo tale ormai prevalente orientamento «la norma di cui all'art. 1 del decreto legge n. 76 del 2020 convertito in legge n. 120 del 2020, costituisce la consapevole scelta del legislatore di privilegiare la finalità di maggiore celerità nella definizione delle procedure ad evidenza pubblica in favore della rapidità dell'erogazione delle risorse pubbliche per sostenere l'economia in un periodo emergenziale. In questo senso l'incipit dell'art. 1 del menzionato decreto legge afferma che, senza lasciare margini di scelta alla stazione appaltante, "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". In quest'ottica si iscrive anche la scelta di prevedere al comma 3 della norma menzionata, ancora senza lasciare margini di scelta alla stazione appaltante, forme di gara più snelle con l'adozione di



soluzioni meccaniche per alcune fasi procedurali, come avviene con riguardo al giudizio di anomalia. Si tratta di una previsione derogatoria, temporalmente limitata e giustificata dall'esigenze di far fronte ad una congiuntura economica resa particolarmente difficile dalla pandemia» (così, da ultimo, TAR Veneto, Sez. I, 21 luglio 2021, n. 960);

RILEVATO altresì che l'Autorità ha anche avuto modo di precisare che la deroga temporanea introdotta dal d.l. n. 76/2020 riguardante il numero minimo di offerte ammesse (ridotto a cinque) necessario per fare scattare (in presenza delle rimanenti condizioni) l'obbligo di esclusione automatica ha natura imperativa e pertanto sostituisce di diritto la clausola del bando difforme (delibera n. 448 del 9 giugno 2021);

RITENUTO di poter aderire all'orientamento interpretativo sopra riportato, nel senso che sebbene negli atti di gara vi sia il richiamo agli articoli del Codice temporaneamente abrogati fino al 30 giugno 2023 dal D.L. n. 76/2020, convertito con la legge n. 120/2020, la stazione appaltante è tenuta ad applicare la disciplina vigente al momento dell'indizione della procedura e, in particolare, quella relativa all'esclusione automatica delle offerte anomale;

RITENUTO che le motivazioni addotte dalla stazione appaltante non sia conferenti in ragione del fatto che, sebbene la procedura sia indetta ai sensi del regolamento interno sopra richiamato, il rinvio operato nel regolamento prima e nella *lex specialis* poi all'articolo 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 debba essere inteso alla disposizione in vigore al momento dell'indizione della gara, ovvero quella effetto della modifica normativa sopra menzionata di cui al D.L. 76/2020;

RITENUTO pertanto che nel caso di specie la disciplina di gara debba ritenersi eterointegrata alla nuova formulazione dell'articolo 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 e che, conseguentemente, debba trovare applicazione il nuovo regime giuridico, transitoriamente previsto, per l'esclusione automatica delle offerte anomale, anche in considerazione della clausola delle "condizioni generali" secondo cui: «*Tutte le norme richiamate negli atti di gara si intendono aggiornate ai testi vigenti alla data di invio della lettera di richiesta offerta*»;

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alle disposizioni normative contenute nel D.L. n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020 relative all'esclusione automatica delle offerte anomale.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio il 19 gennaio 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

