



DELIBERA N. 160

19 aprile 2023

Oggetto

Istanza presentata da (Omissis) - Procedura aperta per l'affidamento del Servizio di pulizia immobili comunali - durata anni 2 (due). Rdo Mepa (Omissis) - Cig. (Omissis). Importo a base di gara euro: 39.900,00. Criterio di aggiudicazione: minor prezzo. S.A.: Comune (Omissis)

UPREC-PRE 483/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Articolo 97, co. 8 del d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Appalto pubblico – servizi – scelta del contraente – gara – offerte anomale - esclusione automatica - sussiste.

Massima

Appalto pubblico – servizi – scelta del contraente – gara – offerte anomale - esclusione automatica - sussiste.

La stazione appaltante è tenuta ad applicare la disciplina vigente al momento dell'indizione della procedura e soprattutto ad applicare gli strumenti normativi più favorevoli che il legislatore ha introdotto al fine di incentivare gli investimenti pubblici e semplificare l'attività in materia di contratti pubblici. In funzione di ciò, anche in assenza di una espressa previsione nella lex specialis, la stazione appaltante quando il numero di offerte è superiore a 10, non sussiste un interesse transfrontaliero e l'importo dell'appalto è inferiore alle soglie di cui all'art. 35, è tenuta ad applicare l'art. 97. Co. 8 del d.lgs 50/2016.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 aprile 2023



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 16126 del 27.2.2023 con la quale la (Omissis) ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso relativamente alla mancata applicazione alla procedura bandita dal Comune di (Omissis) della disciplina prevista dal d.l. 76/2020 in merito alla esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 18004 del 6.3.2023;

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

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità verte sulla applicabilità al caso di specie della disciplina speciale di cui al d.l. n. 76/2020 che estende l'art. 97 co. 8 del d.lgs 50/2016 nel caso in cui le offerte siano pari o superiori a 5, tenuto conto che la "Procedura aperta per l'affidamento del Servizio di pulizia immobili comunali - durata anni 2 (due). Rdo Mepa (Omissis) - Cig. (Omissis)" ha un importo a base di gara di euro 39.900,00, il criterio di aggiudicazione è quello del minor prezzo e la *lex specialis* non contemplava alcun richiamo alla disciplina di cui al d.l. 76/2020 o all'art. 97 del Codice;

PRESO ATTO che la procedura *de qua* è stata emanata in data 13.1.2023 e costituisce secondo la *lex specialis* di gara, come anche evidenziato dalla stazione appaltante nelle proprie memorie difensive, una "Procedura aperta ai sensi dell'art. 60 con il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 36 comma 9 bis del D. Lgs 50/2016, svolta attraverso l'utilizzo della piattaforma telematica CONSIP";

PRESO ATTO inoltre che, come accertato sul sito istituzionale del Comune di (Omissis), sono pervenute complessivamente 24 offerte;

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);

RILEVATO che tale termine è stato ulteriormente differito alla data 30 giugno 2023 ai sensi dell'articolo 51, comma 1, lettera a, sub 1) della legge n. 108/2021;

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 Campania Napoli, sez. VIII, n. 905 del 8.2.2023; 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» (ex multis TAR Veneto, Sez. I, 21 luglio 2021, n. 960);

RILEVATO altresì che sempre da autorevole fonte giurisprudenziale è stato meglio specificato «*Posto che l'aver adottato una procedura aperta costituisce già una violazione di quanto stabilito dal più volte menzionato art. 1 del D.L. n. 76/2020, non v'è ragione per operare una ulteriore deroga al regime emergenziale quanto al meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale il cui campo di applicazione resta quello previsto dal menzionato art. 1 co.3, ultimo periodo, del D.L. n. 76/2020. Se il legislatore ha ritenuto, in chiave acceleratoria, di ridurre la discrezionalità della stazione appaltante nel valutare l'anomalia delle offerte, non è possibile che la Stazione appaltante recuperi una simile discrezionalità adottando una procedura diversa da quella stabilita dalla legge*» (cfr. TAR Campania Napoli, sez. VIII, n. 905 del 8.2.2023);

RITENUTO che la stazione appaltante è tenuta ad applicare la disciplina vigente al momento dell'indizione della procedura e soprattutto ad applicare gli strumenti normativi più favorevoli che il legislatore ha introdotto al fine di incentivare gli investimenti pubblici e semplificare l'attività in materia di contratti pubblici quale è quella di esclusione automatica delle offerte;

RILEVATO che nel caso di specie, tenuto conto della procedura adottata (prezzo più basso mediante RDO su MEPA), del modesto valore dell'appalto sotto la soglia dell'art. 35 del Codice (€ 39.900), nonché l'oggetto dello stesso (pulizia degli immobili del comune di (Omissis)), si può pacificamente escludere la presenza di un interesse transfrontaliero, che peraltro non risulta essere stato preso in considerazione negli atti di gara;

RILEVATO, quanto sopra e sulla base del numero di offerte pervenute (24) si può ritenere in ogni caso applicabile alla fattispecie in esame l'art. 97, co. 8 ancorché non previsto nella *lex specialis* in quanto



sussiste comunque in capo alla stazione appaltante l'onere di effettuare le valutazioni di cui all'art. 97 del d.lgs. 50/2016;

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alle disposizioni normative contenute nell'art. 97 del d.lgs. 50/2016.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 aprile 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente