Pubblicato il 03/05/2023

N. 00405/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00215/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte
(Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 215 del 2023, proposto da (Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati S. P. L. e T. P. L., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
contro
(Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato B. S., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
nei confronti
(Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati E. A. B. e M. C., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
per l'annullamento
previa sospensione, del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria in favore della ricorrente e degli atti ad esso consequenziali

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio (Omissis) e di (Omissis);
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2023 la dott.ssa Valentina Caccamo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La (Omissis) ha partecipato alla gara per l'affidamento dei lavori di "*Riqualificazione Area Lago Losetta*" indetta (Omissis) , in qualità di stazione unica appaltante, mediante "*procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs n. 50/2016 e della legge n. 120 dell'11 settembre 2020*", da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso e per un valore complessivo di euro 785.444,84.
2. Ammesse tutte le otto imprese partecipanti all'esito della positiva verifica della documentazione amministrativa, sono state valutate le offerte economiche con i ribassi offerti dai concorrenti. Il Seggio di Gara ha determinato la soglia di anomalia dell'offerta nel 12,59% e, conseguentemente, ha disposto l'esclusione automatica delle due imprese che avevano presentato un ribasso superiore alla predetta soglia, ovvero (Omissis) (con ribasso pari al 17,65%) e (Omissis) (con ribasso pari al 17,17%), ai sensi dell'art. 97, comma 2 bis e 3 bis, del d.lgs n. 50/2016; (Omissis) risultata quindi prima graduata, avendo offerto un ribasso dell'11,64%.
3. Nella seduta del 20.2.2023, il seggio di gara ha accolto la richiesta di autotutela di (Omissis) e, annullando la precedente determinazione, ha riammesso quest'ultima alla gara, ritenendo che la

disposizione relativa all'esclusione automatica delle offerte anomale nel caso in cui alla gara vi fossero almeno cinque partecipanti si applicherebbe alle sole procedure negoziate di cui all'art. 1, comma 2, del D.L. n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020, non anche alle procedure aperte qual è quella in discussione.
4. Con determinazione n. 48/2023 del 10.3.2023, la gara è stata aggiudicata a (Omissis), che ha offerto il prezzo più basso.
5. Avverso tale provvedimento, unitamente agli altri atti in epigrafe indicati, è insorta la ricorrente per chiederne l'annullamento e per far conseguentemente dichiarare la validità ed efficacia dell'aggiudicazione provvisoria disposta in suo favore con il verbale della seconda seduta di gara del 9.2.2023. A sostegno del gravame sono state articolate censure di violazione e falsa applicazione dell'art. 1 del D.L n. 76/2020, eccesso di potere per difetto di presupposti, sviamento, travisamento, violazione della *lex specialis* e della *par condicio* tra i partecipanti.
6. Alla camera di consiglio del 13 aprile 2023, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, la causa è stata trattenuta in decisione, previo avviso alle parti della possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 c.p.a..
7. Il ricorso è infondato nei termini di seguito illustrati.
8. Con il primo mezzo, (Omissis) deduce che l'art. 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020, secondo cui il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale si applica "*anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque*" – in deroga a quanto previsto dall'art. 97, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 che ne stabilisce l'operatività laddove le offerte siano pari o superiori a 10 – avrebbe carattere imperativo, dovendo essere applicato dalla stazione appaltante senza margini di scelta e anche in caso di procedura aperta, prevalendo, altresì, sulle disposizioni eventualmente difformi.
Di conseguenza, poiché la stazione appaltante sarebbe obbligata ad aggiudicare attraverso la procedura negoziata senza bando, laddove per errore indicesse una gara aperta – come in questo caso – dovrebbe comunque soggiacere alle ulteriori disposizioni vincolanti previste dalla normativa speciale e, dunque, anche all'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte in caso di cinque o più offerte.
Il motivo non è fondato.
8.1. La ricostruzione di parte ricorrente muove dal presupposto, non condiviso dal Collegio, che per gli affidamenti sotto soglia comunitaria - qual è quello *sub iudice* - la stazione appaltante debba obbligatoriamente fare applicazione della disciplina contenuta nel D.L. n.76/2020 quale unica modalità di affidamento, senza possibilità di fare ricorso alle procedure aperte.
La lettura sistematica delle disposizioni introdotte dalla citata novella legislativa, tuttavia, non supporta l'argomentazione sopra richiamata.
8.2. L'art. 1, comma 2, D.L. n. 76/2020, infatti, ha introdotto previsioni derogatorie con finalità acceleratorie, funzionale al rapido affidamento degli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria, riscrivendo, con efficacia limitata nel tempo, la regolamentazione dell'affidamento diretto e della procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016. Non revocando o sospendendo la disciplina ordinaria, la norma in rilievo non ha sottratto alla discrezionalità della stazione appaltante la scelta della procedura di aggiudicazione, né ha escluso la possibilità che la stessa decida di adottare, anche per gli affidamenti di valore inferiore alla soglia comunitaria, il modello della procedura aperta (cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 14.05.2021, n. 1536).
8.3. L'obbligatorietà della disciplina di cui al D.L. n. 76/2020 deve quindi essere intesa nel senso che essa si impone solo sulle modalità di affidamento ordinarie di cui al citato art. 36, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016, poiché il perimetro della deroga non può estendersi, con effetto sostitutivo, oltre la disciplina che ne è oggetto. In sostanza, quando la stazione appaltante stabilisce di procedere tramite affidamento diretto o procedura negoziata di valore inferiore alla soglia comunitaria, deve necessariamente seguire le modalità semplificate recate dal D.L. n. 76/2020. Ciò non comporta, tuttavia, che questi siano i soli moduli procedimentali per gli affidamenti alla cui adozione le stazioni appaltanti debbano sempre imperativamente fare ricorso, potendo esse, al contrario, applicare le

modalità della procedura aperta laddove lo richiedano la natura dell'affidamento o altre esigenze dell'amministrazione (cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 14.05.2021, n. 1536).
8.4. In tal senso depone il contenuto letterale dell'art. 1, comma 1, del D.L. n. 76/2020, in base al quale "*in deroga agli articoli 36, comma 2 e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici*" – cioè la disciplina degli affidamenti sottosoglia e degli incarichi di progettazione di non particolare rilevanza – "*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*". La prevista deroga assume carattere "puntiforme", andando a sostituire le sole modalità procedurali per l'affidamento diretto e lo svolgimento della procedura negoziata. L'art. 1 del D.L. n. 76/2020, quindi, opera con effetto derogatorio ed efficacia temporalmente limitata, costituendo una norma di carattere eccezionale che deve essere applicata in conformità al canone interpretativo dell'art. 14 delle preleggi, in base al quale essa non si applica "*oltre i casi e i tempi in esse considerati*".
8.5. Quanto precede ha trovato conferma nelle osservazioni rese dell'ANAC in commissione al Senato prima della approvazione del testo di legge. Sul punto è stato rilevato che sebbene l'art. 1 del D.L. n. 76/2020 non abbia fatto salva la richiamata facoltà della stazione appaltante – espressamente riconosciuta dall'art. 36, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 – di ricorrere alle procedure ordinarie anziché a quelle semplificate, "*la perdurante applicabilità dei principi di cui al comma 1 dell'art. 30 induce a ritenere che il regime in deroga non abbia privato, pur nella situazione eccezionale creatasi a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale, le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla più ampia concorrenza qualora appaiano le più idonee a soddisfare il proprio fabbisogno*" (cfr. parere ANAC del 3.09.2020 "*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*", rielaborazione delle osservazioni e proposte di modifica normativa inviate alla Commissione Lavori Pubblici del Senato il 3.08.2020).
8.6. Non rileva, in senso contrario, la circostanza che i documenti di gara facciano riferimento oltre che all'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016 anche alla legge n. 120/2020, poiché la *lex specialis* non solo non fa applicazione delle altre disposizione ivi contenute, ma è anche elaborata in relazione alla struttura propria di una gara aperta. Il richiamo alla legge n. 120/2020, pertanto, deve essere inteso alla stregua di un refuso che non può introdurre, all'interno della regolamentazione di gara, i contenuti propri di detta disciplina.
8.7. Né vale valorizzare il tema della celerità delle procedure di cui alla legge n. 120/2020, poiché tale aspetto rileverebbe quanto alla tempistica dell'appalto, cioè un profilo che non inficia la legittimità della procedura, ma eventualmente può essere fonte di responsabilità per gli organi dell'amministrazione in ordine alla tempestività dell'affidamento e dell'avvio dell'esecuzione. Peraltro, nella fattispecie l'appalto è stato aggiudicato senza che constino ritardi o che siano state sollevate doglianze in tal senso.
9. Ferme restando le coordinate teoriche sopra delineate, sul piano operativo, la previsione dell'art. 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020, in base alla quale, negli appalti aggiudicati con il criterio del minor prezzo, si procede all'esclusione automatica in presenza di un numero di offerte ammesse "*pari o superiore a cinque*" ha una precisa ragione pratica che ne rivela più chiaramente la portata. A ben vedere, tale disposizione – non riferibile all'affidamento diretto, che prescinde da modalità competitive e neppure richiede la consultazione di più operatori economici – trova applicazione per la procedura negoziata senza bando di cui all'articolo 63 del D.L. n. 50/2016, richiamata dall'art. 1, comma 2, lettera b), del D.L. n. 76/2020 per l'aggiudicazione di appalti sottosoglia. Difatti, l'art. 1, comma 3, secondo periodo del citato decreto introduce la disciplina ivi contemplata proprio "*per gli affidamenti di cui al comma 2, lettera b)*".
9.1. In questo caso, la procedura negoziata senza bando si svolge "*previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti*", diversamente dalla disciplina "ordinaria" di tale modalità di affidamento che non prevede alcun tipo di confronto tra più partecipanti, atteso che i presupposti

per la sua applicazione sono l'infungibilità dell'operatore economico, la mancanza di offerte o di domande di partecipazione alla gara o la sussistenza di ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili non imputabili alla stazione appaltante.
9.2. Di conseguenza, poiché la procedura negoziata ex art. 1, comma 2, lettera b) del D.L. n. 76/2020 può essere svolta "consultando" un minimo di cinque operatori – cioè invitandoli a partecipare al confronto – l'esclusione automatica delle offerte anomale non può che riferirsi al medesimo numero di offerte ammesse, atteso che risulterebbe del tutto inefficace mantenere la previsione ordinaria dell'esclusione automatica in presenza di dieci o più offerte ammesse quando la procedura può essere svolta con un minor numero di partecipanti.
9.3. Tale conclusione è stata sostenuta più volte anche dall'ANAC. In particolare, nella delibera n. 148/2022, l'Autorità ha riconosciuto che "*in una procedura aperta per l'affidamento di lavori di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, da aggiudicare al prezzo più basso, non si applica il regime derogatorio introdotto dall'art. 1, comma 3, ult. parte, del d.l. 70/2020, conv. in L. 120/2020; l'esclusione automatica delle offerte anomale deve ritenersi consentita, ex art. 97, comma 8, del Codice, in presenza di un numero di offerte ammesse pari almeno a 10*".
Analogamente, anche nella precedente delibera n. 222 del 9.03.2021 si dà atto che l'esclusione automatica a fronte di almeno cinque offerte ammesse si applica alle procedure di affidamento di cui al comma 2, lett.b) dell'art. 1 del D.L. n. 76/2020 (cioè la procedura negoziata senza bando), ma "*non trova, invece, applicazione nelle procedure di gara non contemplate dal regime transitorio e parzialmente derogatorio introdotto dal D.L. semplificazioni, come nel caso di una procedura aperta di cui all'articolo 60 d.lgs. n. 50/2016*".
In conclusione, il motivo non può essere accolto.
10. Con il secondo mezzo, (Omissis) lamenta che il Seggio di Gara avrebbe illegittimamente ignorato la circostanza che l'applicazione del meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale di cui all'art. 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020 era stata espressamente recepita dal bando di gara, per cui la stazione appaltante non avrebbe potuto disapplicare la disposizione della *lex specialis*.
La prospettazione non è condivisibile.
10.1. Va premesso che l'art. 9.2.2 del disciplinare stabilisce che "*il soggetto che presiede il Seggio di gara procederà quindi all'esclusione automatica (nel caso di numero di offerte pari o superiore a 5) delle offerte anomale applicando i metodi, alternativi, di cui all'art. 97, commi 2 e 2 bis, del codice dei contratti pubblici*".
10.2. Come dedotto dall'amministrazione resistente, la stazione appaltante ha legittimamente non applicato la succitata previsione in quanto in contrasto con le disposizioni dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art.1 del D.L. n. 70/2020, in base alle quali, secondo l'interpretazione sopra propugnata, l'esclusione automatica prevista in presenza di almeno cinque offerte ammesse opera solo per le procedure negoziate e non per quelle aperte, tra cui rientra la gara in esame.
10.3. L'art. 9.2.2 del disciplinare, dunque, deve considerarsi una clausola nulla che la stazione appaltante è tenuta a disapplicare, poiché, in considerazione dei suoi effetti rispetto alla posizione dei concorrenti e dell'automatismo applicativo che la caratterizza, introduce una ipotesi di esclusione automatica dalla gara non prevista dal D.Lgs. n. 50/016, in violazione del noto principio di tassatività delle cause escludenti di cui all'art. 83, comma 8, del medesimo decreto.
10.4. A ulteriore conferma di tale conclusione, va considerato che la Corte di Giustizia ha rilevato il contrasto dell'istituto in questione con il diritto europeo per il vulnus che cagiona ai principi di libera concorrenza, non discriminazione, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, limitandone l'ammissibilità alle sole ipotesi di affidamenti di valore inferiore alla soglia comunitaria che non presentino un interesse transfrontaliero certo, laddove l'elevato numero di offerte potrebbe eccedere la capacità amministrativa della stazione appaltante o compromettere la realizzazione del progetto (cfr. Corte di Giustizia del 15.05.2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06; cfr., altresì, lettera della Commissione Europea del 24.1.2019, avente ad oggetto "Costituzione in mora – Infrazione n. 2018/2273; in materia, TAR Piemonte, Sez. II, 28.04.2020, n. 240)"

10.5. Alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia, quindi, è stato ritenuto che "*l'esclusione automatica delle offerte anomale costituisca un'eccezione rispetto alla regola generale che impone all'amministrazione una verifica in contraddittorio della congruità delle offerte (Cfr. Cons. Stato, parere n. 782 del 30.3.2017)*" (cfr. TAR Piemonte, Sez. II, 28.04.2020, n. 240).
Anche sotto questo profilo, che valorizza l'eccezionalità della disposizione e la necessità di un'interpretazione restrittiva coerentemente con i principi eurounitari, deve riconoscersi la nullità della disposizione del disciplinare di gara che introduca un'ipotesi di esclusione automatica oltre ai casi previsti dalla legge, come accade nella fattispecie attraverso l'estensione dell'art. 1, comma 3, del D.L. n. 70/2020 – cioè in presenza di almeno 5 offerte ammesse – anche alle procedure aperte.
In conclusione, la censura va disattesa.
11. Con il terzo motivo, (Omissis) contesta che la riammissione alla gara della ditta (Omissis) avrebbe alterato la *par condicio* tra le imprese partecipanti, determinando un mutamento *ex post* di un elemento in grado di incidere sulla determinazione dell'offerta, avendo la ricorrente contenuto il proprio ribasso per non incorrere nel rischio di esclusione automatica.
La doglianza è infondata.
Va premesso che gli operatori economici partecipano alla procedura di affidamento formulando la "migliore offerta" possibile in base alla propria capacità imprenditoriale e ai contenuti della commessa, secondo modalità concorrenziali che sono ampiamente valorizzate nella disciplina degli appalti.
Ciò posto, il numero dei partecipanti alla gara e vieppiù il numero delle "offerte ammesse", che costituisce il presupposto dell'esclusione automatica, sono dati non conoscibili a priori dai singoli operatori economici e, quindi, risultano del tutto ininfluenti rispetto alle valutazioni imprenditoriali sottese alla partecipazione alla gara.
12. In conclusione, il ricorso è complessivamente infondato e va respinto.
13. Sussistono giustificati motivi, in considerazione della peculiarità della questione, per disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Compensa le spese.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:
Gianluca Bellucci, Presidente
Marcello Faviere, Referendario
Valentina Caccamo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Valentina Caccamo

IL PRESIDENTE
Gianluca Bellucci

IL SEGRETARIO