



# DELIBERA N. 1053

2 dicembre 2020.

## Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Falbo S.r.l. - Procedura negoziata sotto soglia tramite R.D.O. su piattaforma MEPA per i "Lavori di mitigazione rischio idraulico Torrente Straface" - Importo a base d'asta: euro 430.000,00 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A. Comune di Amendolara (CS)

**PREC 237/2020/L-PB**

## Riferimenti normativi

Art. 97, co. 8 d.lgs. 50/2016; art. 1, co. 3 d.l. 76/2020

## Parole chiave

Offerte anomale - esclusione automatica – norma derogatoria – vincolo *lex specialis* - autotutela

## Massima

**Esclusione automatica delle offerte anomale – vigenza della norma derogatoria – vincolo posto dalla *lex specialis* – autotutela**

La S.A. che, in vigore del decreto semplificazioni d.l. 76/2020, aveva indetto la gara ai sensi dell'art. 36, comma 2 lett. c-*bis*) del d.lgs. 50/2016, era tenuta ad applicare la legge di gara alla quale essa stessa si era autovincolata, fatta salva la possibilità di agire in autotutela mediante l'annullamento della gara stessa.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 2 dicembre 2020



## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 77416 del 17 ottobre 2020, e successive memorie, con cui l'operatore economico Falbo S.r.l. espone che la *lex specialis* della gara in oggetto prevedeva espressamente che, nel caso di numero di offerte ammesse inferiore a dieci, "non troverà applicazione il procedimento dell'esclusione automatica" delle offerte anomale, e che il RUP confermava tale previsione in sede di richiesta di chiarimenti. Tuttavia, all'esito della gara, alla quale venivano ammesse nove ditte, la S.A. si ravvedeva e riteneva di dover applicare il suddetto meccanismo di esclusione automatica in ossequio all'art. 1, co. 3 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, e di dover conseguentemente disapplicare la legge di gara. Quindi essa procedeva all'esclusione automatica delle offerte anomale e disponeva l'aggiudicazione a favore della ditta Euro Transports S.r.l.. L'istante contesta l'operato della S.A. e l'esito della gara, e chiede parere all'Autorità in ordine alla legittimità dell'aggiudicazione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 2 novembre 2020 con nota prot. 81882;

VISTA la memoria della stazione appaltante, acquisita al prot. 82203 del 3 novembre 2020, con la quale essa riferisce che, effettivamente, il disciplinare di gara prevedeva che non sarebbe stato applicato il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale. Tuttavia il RUP riteneva di disapplicare il disciplinare per la parte non conforme all'art. 1, co. 3 del d.l. 76/2020, laddove esso prevede che le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte anomale, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque;

CONSIDERATO che la gara veniva indetta «ai sensi dell'articolo 36, comma 2 lett. c-*bis*) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50», pur essendo in vigore la normativa speciale derogatoria di cui al d.l. 76/2020;

CONSIDERATO che l'art. 14 del disciplinare di gara, pubblicato il 25 agosto 2020 e quindi in vigore del d.l. 76/2020, prevedeva che «non troverà applicazione il procedimento dell'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 97, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016»;

CONSIDERATO che il disciplinare di gara è in linea con il disposto l'art. 97, co.8 del d.lgs. 50/2016 laddove prevede che l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci;

VISTO l'art. 1, co. 3 del d.l. 76/2020 ("Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale"), nel testo entrato in vigore il 17 luglio 2020, e poi confermato dalla legge di conversione n. 120/2020, a tenore del quale «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 31 dicembre 2021». Per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, la norma prevede che «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 decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque»;

VISTO il documento predisposto dall'Anac recante osservazioni e proposte in ordine alle disposizioni inserite con il citato d.l. 76/2020, con il quale si esprimevano dubbi di legittimità ed opportunità proprio con riferimento alla previsione dell'esclusione automatica nel caso in cui il numero delle offerte ammesse fosse pari o superiore a cinque. Infatti, a seguito della procedura di infrazione n. 2018/2273 con cui la Commissione europea aveva rilevato l'incompatibilità dell'art. 97, co. 8, d.lgs. 50/2016 con le disposizioni UE, tale articolo era stato modificato prevedendo l'esclusione automatica soltanto in presenza dei presupposti sopra evidenziati e comunque non quando il numero delle offerte ammesse fosse inferiore a dieci. L'Autorità aveva anche modificato le proprie Linee Guida n. 4 per adeguarle alle nuove previsioni;

CONSIDERATO l'orientamento della giurisprudenza nel senso che, in sede di gara, «la Pubblica Amministrazione è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la *lex specialis* della gara, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non conformi al paradigma normativo (ad es., allo *jus superveniens*), salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela» (Cons. Stato Sez. IV, 7 settembre 2010, n. 6485; Sez. V, 11 luglio 1998, n. 224; id., 3 settembre 1998, n. 591). Ne consegue che «l'Amministrazione è tenuta, nell'espletamento del procedimento di gara, ad applicare le regole contenute nel bando, anche nel caso, ad esempio, di sopravvenuta abrogazione o modifica della disciplina vigente al momento della sua adozione, e che, al contempo, le è precluso di derogare al regolamento di gara per come cristallizzato nella *lex specialis*, quand'anche fosse in contrasto con le norme vigenti al momento del bando (salva, naturalmente, l'impugnativa del bando a causa di tale contrasto)» (Cons. Stato Sez. IV, 7 settembre 2010, n. 6485; Sez. V, 23 giugno 2010, n. 3964; Sez. V, 15 novembre 2001, n. 5843; Sez. V, 3 ottobre 2002, n. 5206);

#### Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- alla luce dei principi sopra esposti, la S.A., che in vigenza del decreto semplificazioni d.l. 76/2020 aveva indetto la gara ai sensi dell'art. 36, comma 2 lett. c-*bis* del d.lgs. 50/2016, era tenuta ad applicare la legge di gara alla quale essa stessa si era autovincolata, fatta salva la possibilità di agire in autotutela mediante l'annullamento della gara stessa.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 dicembre 2020

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente