

DELIBERA N. 222

9 marzo 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata congiuntamente da Consorzio Artigiani Romagnolo società cooperativa e Comune di Borgia - Procedura aperta per l'affidamento dell'adeguamento sismico demolizione e ricostruzione edificio scolastico (corpo a) via G. Sabatini edilizia scolastica- DM (MIUR) 1007/2017, fondo di cui all'art. 1, comma 140 della legge n. 232/2016 – intervento: lavori di adeguamento sismico - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - Importo a base di gara: € 1.344.929,00 euro –S.A.: Comune di Borgia
PREC 50/2021/S

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

Massima

La previsione di cui all'articolo 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020, convertito con modificazioni con la legge n. 120/2020, secondo la quale, in caso di aggiudicazione in base al criterio del minor prezzo, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica «anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque», si applica alle procedure di affidamento di cui al comma 2 della richiamata previsione indette con determina a contrarre adottata dopo la data di entrata in vigore del D.L. n. 76/2020, ovvero il 17 luglio 2020, e fino al dicembre 2021. Tale previsione 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.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 marzo 2021



DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 12779 del 10 febbraio 2021, presentata congiuntamente dal Consorzio Artigiani Romagnolo società cooperativa e dal Comune di Borgia, relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che le parti rappresentavano che il Comune di Borgia indiceva, in data 5 ottobre 2020, una procedura aperta, ai sensi dell'articolo 60 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento dei lavori di importo pari a euro 1.344.929,00, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo e che alla stessa venivano ammesse sei delle sette imprese partecipanti, come da verbali del 21 e del ottobre 2020;

CONSIDERATO che l'amministrazione formulava proposta di aggiudicazione del contratto alla DEVI S.r.l., provvedimento che il Consorzio Artigiani Romagnolo istante contestava in ragione della asserita mancata applicazione da parte della stazione appaltante della disposizione di cui all'articolo 1, comma 3, ultimo periodo D.L. n. 76/2020, convertito con modificazioni con legge n. 120/2020, relativa alla esclusione automatica delle offerte anomale quando il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a cinque. Circostanza che, se applicata, avrebbe determinato l'aggiudicazione del contratto al Consorzio istante;

CONSIDERATO che il Comune di Borgia riteneva invece non applicabile la disposizione in parola in ragione del fatto che la procedura indetta non rientrava tra quelle di cui all'articolo 1 del D.L. n. 76/2020, convertito con modificazioni con legge n. 120/2020;

CONSIDERATO che diversamente il Consorzio istante sosteneva che la previsione di cui al richiamato articolo 1, comma 3, ultimo periodo della legge n. 120/2020 si applica indistintamente a tutte le procedure purché sotto soglia, a prescindere che queste siano procedure negoziate o aperte;

VISTA la documentazione di gara;

VISTO nello specifico il disciplinare di gara che al capo 6.6 relativo alle offerte anormalmente basse prevedeva la clausola: «Nel caso in cui il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a 10 si applicherà l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2, in applicazione del comma 8 dell'art 97 del d.lgs. n.50/2016»;

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 22 febbraio 2021, con nota prot. 15360;

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

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla applicabilità alla gara in questione 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 31 dicembre 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. 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 a procedure differenti da quelle espressamente richiamate dalla disposizione, ovvero non rientranti nel novero di cui all'articolo 1, comma 2, lettere a) e b), come una procedura aperta ai sensi dell'articolo 60 del d.lgs. n. 50/2016;

RILEVATO preliminarmente che con specifico riferimento alla esclusione automatica delle offerte anomale la norma di cui all'articolo 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 dispone che: «Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, e che non presentano carattere transfrontaliero, la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci»;

RITENUTO al riguardo che, alla luce delle sopra richiamate disposizioni normative e della *ratio legis* dell'intervento normativo di cui al D.L. Semplificazioni, volto ad introdurre un regime parzialmente e temporaneamente derogatorio rispetto a quello dettato dall'articolo 36 del d.lgs. n. 50/2016, sia necessaria una lettura sistematica dello stesso, per effetto della quale la disposizione di cui al comma 3 si applica specificamente alle procedure introdotte in virtù della nuova disciplina, ovvero alle procedure di cui all'articolo 1, comma 2, lettere a) e b) e non anche ad altre procedure, quale quella aperta ai sensi dell'articolo 60 del d.lgs. n. 50/2016;

RITENUTO infatti che, nell'ambito della lettura sistematica della disposizione in questione e del necessario bilanciamento dei plurimi interessi in gioco, non sia possibile ammettere una interpretazione della disciplina in deroga che non consideri il contesto normativo in cui è inserita, tra cui l'articolo 36



comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, non inciso dalla deroga, che sancisce, anche negli affidamenti sotto soglia, il necessario rispetto, oltre che del principio di rotazione, dei principi di cui all'articolo 30, comma 1 (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, ma anche libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità), principi che come noto sono di diretta applicazione dei principi europei (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»*);

RILEVATO peraltro che la disposizione inerente l'esclusione automatica delle offerte anomale di cui al comma 3, ultimo periodo sopra richiamato del D.L. Semplificazioni, in ragione della lettura sistematica sopra proposta e della collocazione nel contesto normativo in argomento, sembra costituire una disciplina derogatoria all'interno della nuova temporanea segmentazione delle soglie per gli affidamenti dei contratti pubblici, circostanza idonea a confermare la sua non applicabilità a procedure differenti da quelle di cui alla normativa in parola;

RISCONTRATO peraltro che una differente interpretazione, volta ad estendere l'applicazione del regime derogatorio di recente introduzione in merito all'esclusione automatica delle offerte anomale anche a procedure non specificamente richiamate dal D.L. Semplificazioni, potrebbe costituire un *vulnus* ai principi di *par condicio*, concorrenza, correttezza e proporzionalità, di cui all'articolo 30 del d.lgs. n. 50/2016 (richiamato dall'articolo 36, comma 1, del Codice e non derogato dall'articolo 1 del D.L. n. 76/2020), nonché con quanto più volte statuito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in ordine alla contrarietà all'ordinamento europeo dell'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse e alla sua esperibilità esclusivamente in circostanze specificamente delineate (CGCE, IV, 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06; cfr. anche lettera di costituzione in mora della Commissione europea del 24 gennaio 2019 – Infrazione n. 2018/2273. Cfr. ANAC, delibera n. 840 del 21 ottobre 2020; n. 797 14 ottobre 2020; n. 31 del 20 gennaio 2021; nonché, 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»*);

RILEVATO che, nella gara oggetto di controversia, la previsione della *lex specialis* in ordine all'applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale richiamava la disciplina di cui all'articolo 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 e che tale circostanza, in coerenza con quanto sostenuto dall'Autorità «vale a cristallizzare i quattro presupposti cumulativi (appalto sotto soglia, carattere non transfrontaliero dell'affidamento, aggiudicazione secondo il criterio del minor prezzo, ammissione di almeno 10 offerte) in presenza dei quali si applica il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse come eccezione alla regola che impone la verifica in contraddittorio delle offerte sospette di anomalia (cfr. ANAC, delibera n. 840 del 21 ottobre 2020; n. 31 del 20 gennaio 2021, n. 492 del 10 giugno 2020 e la giurisprudenza ivi citata);

RITENUTO pertanto che l'operato dell'amministrazione in relazione alla disciplina dell'esclusione automatica delle offerte anomale sia conforme all'articolo 97, comma 8 del d.lgs. 50/2016 e ai principi generali in materia di contratti pubblici;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che la previsione di cui all'articolo 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020, convertito con modificazioni con la legge n. 120/2020, secondo la quale, in caso di aggiudicazione in base al criterio del minor prezzo, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica «anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore



a cinque», si applichi alle procedure di affidamento di cui al comma 2 della richiamata disposizione e non trovi, invece, applicazione nelle procedure di gara non contemplate dal regime transitorio e parzialmente derogatorio introdotto, quale è la procedura aperta sotto soglia di cui alla presente controversia e che, per tale ragione, l'operato della stazione appaltante è conforme alla normativa e ai principi in materia di contratti pubblici.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 marzo 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente