



DELIBERA N. 448

9 giugno 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Ministero della Difesa – Comando Forze Operative Nord – Sezione staccata autonoma – Perugia. Complesso monumentale “Santa Giuliana”, sede della scuola lingue estere dell’esercito. Lavori di rimaneggiamento copertura e ricostruzione parti intonaci facciate esterne - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - Importo a base di gara: 786.774,51 € - S.A.: Ministero della Difesa – Comando Forze Operative Nord – Sezione staccata autonoma

PREC 119/2021/L

Riferimenti normativi

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

Articolo 1, comma 3, d.l. n. 76/2020

Parole chiave

Esclusione automatica – Riduzione numero minimo di offerte ammesse – Norma imperativa - Eterointegrazione

Massima

Affidamento sotto soglia – Offerta anormalmente bassa - Esclusione automatica - Deroga temporanea al Codice dei Contratti – Riduzione del numero minimo di offerte ammesse – Disposizione avente natura imperativa – Eterointegrazione della previsione del bando difforme

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.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione
nell’adunanza del 9 giugno 2021

Vista l’istanza acquisita al prot. n. 36551 del 7 maggio 2021, con la quale il Ministero della Difesa ha chiesto all’Autorità di chiarire se sia legittima l’esclusione dalla gara dell’impresa Point Costruzioni S.r.l. disposta automaticamente in applicazione dell’art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, come modificato dall’art.1, comma 3, d.l. n. 76/2020, in presenza di una offerta superiore alla soglia di anomalia. L’istante ha rappresentato che l’impresa esclusa ha reclamato la riammissione perché la *lex specialis* di gara, pur prevedendo l’esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, ai sensi dell’art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, condizionava l’automatismo dell’esclusione alla presenza di un numero di offerte ammesse almeno pari a dieci mentre, nel caso di specie, le offerte ammesse sono solo cinque;

Visto l’avvio dell’istruttoria comunicato in data 13 maggio 2021 con nota prot. n. 38746;



Vista la documentazione acquisita agli atti;

Visto quanto rappresentato dalla stazione appaltante istante circa il riferimento, nella lettera d'invito, alla soglia di dieci offerte valide, anziché cinque, dovuto a un mero refuso materiale, determinato dall'utilizzo di una precedente modulistica non aggiornata alle novità introdotte dal d.l. n. 76/2020 in tema di esclusione automatica, e non da una volontà della stazione appaltante di disapplicare il medesimo d.l.;

Visto quanto rappresentato, con nota acquisita al prot. n. 39807 del 17 maggio 2021, dall'operatore economico aggiudicatario Edilizia Castellini di Castellini Roberto & C., riguardo il valore dirimente della scelta operata nella *lex specialis* in favore dell'operatività dell'esclusione automatica al ricorrere delle condizioni normativamente previste, condizioni che, in base al d.l. n. 76/2020, prevedono, fino al 31 dicembre 2021, un numero di offerte ammesse almeno pari a cinque. L'impresa ha anche richiamato la giurisprudenza formatasi successivamente al d.l. n. 76/2020, che ha sancito il principio dell'obbligatorietà dell'applicazione dell'esclusione automatica alle gare indette successivamente all'entrata in vigore del decreto, in virtù della natura derogatoria e temporanea della normativa;

Considerato che, l'Autorità ha già avuto occasione di osservare che la deroga apportata al comma 8 dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 dall'art. 1, comma 3, terzo periodo, d.l. n. 76/2020 va interpretata alla luce della necessaria compatibilità della normativa nazionale con quella eurounitaria, per cui essa deve ritenersi circoscritta alla deroga espressa del numero minimo di offerte ammesse (che passa da dieci a cinque), dovendosi per il resto ritenere applicabile la disciplina dettata dall'art. 97, comma 8, ivi compresa la necessità di rendere nota l'insorgenza dell'obbligo di procedere all'esclusione automatica a fronte del carattere non transfrontaliero dell'appalto (Parere di precontenzioso n. 797 del 14 ottobre 2020 e Parere di Precontenzioso n. 838 del 21 ottobre 2020). Ciò in quanto, l'obbligo di procedere all'esclusione automatica (introdotto dal d.l. n. 32/2019, il c.d. "Sbloccacantieri") sorge in presenza delle condizioni previste dalla norma (valore sotto soglia, criterio del minor prezzo, carattere non transfrontaliero dell'appalto e numero minimo di offerte ammesse) e che il legislatore richiede che la stazione renda noto ai potenziali partecipanti l'insorgenza dell'obbligo stesso (ovvero che procederà all'esclusione automatica), a fronte della sussistenza di dette condizioni;

Rilevato che, nel caso in esame, la stazione appaltante ha previsto espressamente nella lettera d'invito che avrebbe proceduto all'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, indicando tuttavia, come condizione necessaria per procedere in tal senso, l'ammissione di un numero minimo di offerte pari a dieci;

Ritenuto 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 non dispositiva. Le finalità di semplificazione e accelerazione degli affidamenti, proprie del d.l. n. 76/2020, perseguite tramite (per quanto in questa sede interessa) l'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'obbligo di esclusione automatica inducono, infatti, ad escludere che il legislatore abbia inteso lasciare alla stazione appaltante la facoltà di fissare un numero minimo di offerte ammesse in presenza delle quali procedere all'esclusione automatica superiore a cinque, pena il fallimento dell'obiettivo della disciplina derogatoria, e abbia al contrario predeterminato rigidamente il numero minimo di offerte necessario e sufficiente per l'automatismo espulsivo;

Ritenuto che, a fronte di una norma imperativa, la disciplina di gara difforme viene da questa eterointegrata in applicazione del principio di cui all'art. 1339 c.c. (Cons. Stato, III, n. 5069/2013), così che, nel caso in esame, la clausola della lettera di invito che prevede l'esclusione automatica, nella parte in cui indica il numero di offerte al di sotto del quale la stazione appaltante non avrebbe proceduto in tal senso, deve ritenersi sostituita di



diritto dalla prescrizione inderogabile del d.l. n. 76/2020 che prevede un numero minimo di offerte ammesse pari a cinque;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono,

- l'esclusione dalla gara dell'impresa Point Costruzioni S.r.l. conforme alla normativa di settore.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 giugno 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente