

DELIBERA N. 312 del 13 aprile 2021

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da SICIL TECNO PLUS Srl – Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per la realizzazione di una elisuperficie H24 in località Piano Battaglia in Petralia Sottana (PA) - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro: 363.408,70 – S.A.: Regione Siciliana - Dipartimento Regionale della Protezione Civile

PREC 73/2021/L

Riferimenti normativi

Art. 97, d.lgs. n. 50/2016

Art. 1, d.l. n. 76/2020 conv. in l. n. 120/2020

Parole chiave

Regime in deroga emergenza Covid-19 - Procedura negoziata - Criterio del minor prezzo – Offerte anormalmente basse – Esclusione automatica

Massime

Regime in deroga per emergenza Covid-19 – Criterio del minor prezzo – Offerte anomale – Esclusione automatica

L'art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020, conv. in l. 120/2020 nella parte in cui prescrive che 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, d.lgs. n. 50/2016, "anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque", deve applicarsi secondo la disciplina generale dettata dall'art. 97 del Codice per l'esclusione automatica, eccetto che per la deroga relativa al numero di offerenti pari o superiore a cinque, piuttosto che pari o superiore a dieci come previsto al comma 8 della norma.

Le stazioni appaltanti sono tenute a valutare i presupposti, ivi compresa la rilevanza transfrontaliera o meno dell'appalto, per l'applicazione o meno dell'esclusione automatica delle offerte alla luce delle condizioni indicate dalla normativa generale al momento della redazione della lex specialis di gara cosicché sono vincolate rispetto alla scelta compiuta nel rispetto dei principi di *par condicio*, trasparenza e certezza delle prescrizioni di gara.

Art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020 conv. in l. n. 120/2020

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

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 aprile 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di precontenzioso presentata da SICIL TECNO PLUS Srl nella procedura di gara in oggetto, indetta dalla Regione Siciliana – Dipartimento Regionale della Protezione Civile, con la quale l'istante contesta la proposta di aggiudicazione in favore dell'operatore economico CO.FER. S.r.l. adottata con determina n. 26 del 29/01/2021, confermata con nota del 17/02/2021, sostenendo che il provvedimento e la lettera di invito su cui si basa siano in contrasto con la disciplina in deroga di cui all'art. 1, comma 3, ultimo periodo, d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020, in base alla quale l'offerta dell'operatore economico avrebbe dovuto essere automaticamente esclusa dalla procedura di gara in quanto anormalmente bassa senza poter essere ammessa a verifica di congruità vista l'ammissione in gara di un numero di offerenti pari o superiore a cinque;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 22686 del 17/03/2021;

VISTE le memorie e i documenti trasmessi in atti dalle parti interessate;

RITENUTO che l'istante, contrariamente a quanto rileva l'aggiudicatario nella memoria trasmessa, fosse nei termini per la presentazione della richiesta di parere, non essendo tenuto a presentarla al tempo della trasmissione della lettera di invito, in assenza di una lesione concreta derivante dall'agire pubblico;

VISTO l'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 che detta la seguente disciplina in ordine all'esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia nelle procedure di gara di importo inferiore alla soglia comunitaria: «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»;

VISTO l'art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020, conv. in l. 120/2020 che, in deroga all'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, prescrive per gli affidamenti di cui all'art. 1, comma 2, lettera b), d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020, 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»;

CONSIDERATO che, con lettera di invito prot. n. 59562/S.02/DRPC Sicilia del 04/11/2020, la Regione Siciliana - Dipartimento Regionale della Protezione Civile indiceva una procedura negoziata ex art. 63, d.lgs. n. 50/2016 così come derogato dall'art. 1 comma 2 lett. b) della Legge 120/2020, ai fini dell'affidamento di un contratto avente ad oggetto la realizzazione di una elisuperficie H24 in località Piano Battaglia in Petralia Sottana (PA), per un importo a base di gara pari a euro 363.408,70, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso;



CONSIDERATO che l'art. 7 della lettera di invito, rubricato "Criterio di aggiudicazione", disponeva: «l'aggiudicazione sarà effettuata mediante il criterio del prezzo più basso inferiore a quello posto a base della procedura negoziata, al netto degli oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza, fatta salva l'esclusione automatica di offerte anormalmente basse secondo le indicazioni dell'art. 97 comma 8 del *Codice*. In particolare, la congruità delle offerte sarà valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata ai sensi dei commi 2 – 2bis e 2ter del medesimo art. 97. Il metodo per il calcolo di cui al comma 2 – 2bis e 2ter dell'art. 97 sarà effettuato, ai sensi dell'art. 97, comma 3-bis del *Codice*, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a 5. La facoltà di esclusione automatica non sarà esercitata nel caso in cui il numero delle offerte ammesse sarà inferiore a dieci, ma la stazione appaltante ha comunque la facoltà di sottoporre a verifica le offerte che presentino un carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione (art. 97, comma 8, ultimo periodo del *Codice*)»;

CONSIDERATO che, nella seduta della commissione di gara del 25/11/2020, erano ammessi n. 9 concorrenti; aperte le buste virtuali contenenti le offerte economiche e verificate le stesse, attuando le prescrizioni contenute nella lettera di invito che escludevano l'esclusione automatica nel caso di offerte pervenute in numero inferiore a 10, come previsto dall'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, la commissione di gara procedeva alla verifica della congruità rispetto a 3 offerte risultate anomale rispetto alla soglia di anomalia calcolata; quindi, verificata la congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 97, commi 1 e 5, d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante adottava la proposta di aggiudicazione nei confronti della CO.FER. Sr.l. con determina n. 26 del 29/01/2021, confermata con nota del 17/02/2021 in riscontro a istanza di autotutela presentata dalla odierna istante con nota del 01/02/2021;

CONSIDERATO che, in ordine a fattispecie soggette all'applicazione dell'art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020 e dell'esclusione automatica in caso di ammissione alla gara di un numero di offerenti superiore a 5, si rinviene giurisprudenza amministrativa che ha ritenuto conforme alla normativa l'applicazione da parte delle stazioni appaltanti della norma in deroga anche in assenza di previsioni nella *lex specialis* di gara; come osservato da TAR Piemonte, 17/11/2020, n. 736: «(...) se l'intero obiettivo della disciplina è quello di semplificare l'andamento delle gare (...), l'esclusione automatica sottosoglia risulta certamente coerente con tale obiettivo», concludendo nel senso che «ritiene il collegio che la gara si collochi nell'alveo di una disciplina emergenziale che ha imposto alla stazione appaltante, al ricorrere di determinate circostanze qui verificatesi, l'esclusione automatica da una procedura negoziata e che tale effetto, per il contesto e la limitata durata temporale in cui è stato posto, non possa essere censurato»; secondo il TAR Lazio, 19/02/2021, n. 2104, espressosi su fattispecie in cui la stazione appaltante disattendeva le previsioni della *lex specialis* di gara per applicare l'esclusione automatica ai sensi dell'art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020: «nelle procedure prese in considerazione da quest'ultima previsione il meccanismo di esclusione automatica ivi configurato opera obbligatoriamente, senza necessità di inserimento negli atti di indizione delle procedure stesse; in altri termini, esso non è oggetto di una facoltà liberamente esercitabile dalla stazione appaltante, come si desume dal chiaro tenore letterale della norma e, in via sistematica, dal favor per la procedura negoziata ricavabile dall'art. 1, co. 2, d.l. cit. (come rilevato dalla parte controinteressata, ipotizzare l'introduzione di una mera facoltà vanificherebbe lo scopo di semplificazione sotteso alla normativa in esame, posto che alla riduzione del numero di operatori invitati non conseguirebbe la possibilità di ricorrere a un automatismo per escludere le offerte anomale: la norma sarebbe, infatti, posta a tutela del duplice interesse a garantire l'affidabilità dei contraenti con la pubblica amministrazione e ad assicurare che tale affidabilità sia accertata "in tempi compatibili con un sollecito svolgimento della procedura di gara"; in questa ottica, non giova alla ricorrente invocare la circolare Mit del 18.11.2020, n. 45113, nella parte in cui afferma che per gli appalti sotto soglia "è stata ampliata la possibilità di esclusione automatica", trattandosi di una precisazione che, se intesa nel senso voluto dalla ricorrente medesima, sarebbe da disapplicare»;

RITENUTO, d'altro canto, che l'art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020, conv. in l. 120/2020 deroga l'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 per quanto concerne il numero di offerenti ammessi alla procedura, consentendo l'esclusione automatica ove sia pari o superiore a cinque, debba trovare applicazione secondo la disciplina generale dettata dall'art. 97, comma 8, del Codice, quindi tenendo conto delle condizioni in esso previste, inclusa la natura non transfrontaliera dell'appalto;

RITENUTO di confermare l'orientamento espresso dall'ANAC con Delibera n. 797 del 14/10/2020, richiamata nella memoria della stazione appaltante, secondo cui le stazioni appaltanti sono tenute a valutare i presupposti dell'applicazione o meno dell'esclusione automatica delle offerte in presenza delle condizioni indicate all'art. 97, comma 8, del Codice in via preventiva, i cui principi devono ritenersi applicabili anche nell'ambito di una procedura espletata ai sensi dell'art. 1, d.l. n. 76/2020 conv. con mod. nella l. n. 120/2020, cosicché operata una scelta da parte della stazione appaltante non era possibile per la commissione di gara procedere diversamente rispetto a quanto previsto dalla lex specialis di gara;

RITENUTO che tale orientamento, oltre a garantire la tutela dell'affidamento degli operatori economici, della trasparenza e della certezza delle prescrizioni di gara, sia anche coerente con i precedenti della Corte di giustizia, come richiamati nella sentenza del TAR Piemonte, sez. II, 28/04/2020, n. 240 che ha considerato: «*la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha rilevato la contrarietà alle norme fondamentali del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché al principio generale di non discriminazione di una "normativa nazionale che, per quanto concerne gli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria e che presentano un interesse transfrontaliero certo, imponga tassativamente alle amministrazioni aggiudicatrici, qualora il numero delle offerte valide sia superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione da fornire, in base all'applicazione di un criterio matematico previsto da tale normativa, precludendo alle suddette amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi possibilità di verificare la composizione di tali offerte richiedendo agli offerenti interessati precisazioni in merito a queste ultime"* (Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2008, C-147/06, C-148/06; v. altresì la lettera della Commissione Europea del 24.1.2019, avente ad oggetto "Costituzione in mora – Infrazione n. 2018/2273" in cui viene affermata la contrarietà dell'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016, nella previgente formulazione, all'articolo 69, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2014/24/UE e all'articolo 84, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2014/25/UE in quanto essa si applica a prescindere dal fatto che l'appalto presenti o no un interesse transfrontaliero certo ed in quanto la soglia di dieci offerte fissata dall'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016 non è ritenuta sufficientemente elevata, in particolare con riferimento alle grandi amministrazioni aggiudicatrici)»;

RITENUTO, pertanto, che la commissione di gara abbia correttamente operato, in ossequio al principio dell'autovincolo, in conformità alle prescrizioni della *lex specialis* di gara e alla scelta compiuta dalla stazione appaltante nella predisposizione degli atti della procedura,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante sia conforme alla lex specialis di gara e ai principi generali della normativa di settore.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 23 aprile 2021
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente