



DELIBERA N. 148

30 marzo 2022.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla [OMISSIS]S.p.A. - Procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro quadriennale di manutenzione straordinaria per posa in opera di barriere stradali metalliche – Toscana - Importo a base di gara euro: 5.000.000,00 - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: ANAS S.p.A. - Direzione Generale

PREC 31/2022/L

Riferimenti normativi

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

Art. 1, comma 3 e 2, comma 4, del d.l. 70/2020, conv. nella L. 120/2020

Parole chiave

Esclusione automatica – regime derogatorio – procedura aperta – inapplicabilità – maxi deroga – verifica anomalia

Massima

Contratti pubblici – Contratti sottosoglia – esclusione automatica delle offerte – D.L. Semplificazioni – Procedura aperta – non applicabile

Appalti pubblici – In genere – Scelta del contraente – Procedura - Sopra soglia – D.L. Semplificazioni – Deroga –Verifica anomalia - Vincolo derivante dalle direttive - sussiste

La disciplina derogatoria introdotta dall'art. 1, comma 3, del d.l. 70/2020, conv. con mod. nella L. 120/2020, nella parte in cui estende il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale alle procedure con un numero di offerte ammesse pari o superiori a 5, non trova applicazione nelle procedure aperte ex art. 60 del D.lgs. 50/2016.



Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta rientra tra i vincoli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE che le Stazioni appaltanti sono tenute a rispettare qualora, avvalendosi della cd. "maxi-deroga" di cui all'art. 2, comma 4, del d.l. 70/2020, conv. con mod. nella L. 120/2020, procedano all'affidamento di lavori, servizi o forniture in deroga a ogni disposizione di legge diversa da quella penale.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 marzo 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere acquisita al prot. n. 10494 dell'11 febbraio 2022, con cui la [OMISSIS]S.p.A. ha contestato l'applicazione nella procedura di gara in oggetto del procedimento di esclusione automatica delle offerte anomale;

CONSIDERATO che l'istante ha rappresentato che ANAS S.p.a. ha indetto una procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro quadriennale di manutenzione straordinaria stradale, da aggiudicare al minor prezzo; alla procedura hanno preso parte n. 7 concorrenti. Il disciplinare di gara, all'art. 17, prescriveva che si sarebbe proceduto, ai sensi dell'art. 97, comma 8, del Codice, all'esclusione automatica delle offerte risultate anormalmente basse " *qualora il numero delle offerte sia pari o superiore a cinque ai sensi dell'art. 1, comma 3, del D.L. Semplificazioni così come da ultimo derogato ed integrato dal D.L. 77/2021 (c.d. Nuovo Decreto Semplificazioni 2021) convertito, con modificazioni, nella Legge 29 luglio 2021, n. 108, pubblicata sulla GURI n. 181 del 30 luglio 2021.*" La Commissione ha proceduto al calcolo della soglia di anomalia e, con nota del 21.01.2022, in applicazione dell'art. 17, ha disposto l'esclusione della [OMISSIS]S.p.a. per anomalia dell'offerta;

RILEVATO che, secondo l'istante, l'art. 17 del disciplinare di gara recherebbe una prescrizione illegittima; invero, la disciplina derogatoria introdotta dall'art. 1, comma 3, del D.L. Semplificazioni, sarebbe destinata a trovare applicazione solo nelle procedure disciplinate dal comma 2 (affidamento diretto e procedura negoziata) e non nel caso di procedure aperte, in relazione alle quali l'esclusione automatica delle offerte anomale continuerebbe ad essere normata dalla disciplina ordinaria contenuta all'art. 97, comma 8, del Codice (numero delle offerte ammesse pari almeno a 10);

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 13242 del 22 febbraio 2022;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 14721 del 28 febbraio 2022, con cui ANAS S.p.A., ha contestato, in via preliminare, la mancata impugnazione nei termini di legge dei documenti di gara, ai quali l'istante avrebbe prestato acquiescenza mediante la sottoscrizione dell'allegato 1, "Lettera ufficiale d'invio dell'offerta", nonché dell'allegato 4 "Dichiarazione di offerta economica", del Disciplinare di gara. Solo successivamente all'apertura delle offerte economiche e alla conseguente formazione della graduatoria (quando erano ormai spirati i termini per l'impugnazione della *lex specialis*), l'istante ha fatto rilevare la presunta illegittimità delle prescrizioni contenute al par. 17 del Disciplinare di gara. Nel merito, ANAS ha rappresentato di aver fatto ricorso alla procedura aperta per tutti gli appalti di lavori di manutenzione straordinaria di importo inferiore alla soglia comunitaria, pubblicate a partire da luglio 2020, applicando, il regime derogatorio previsto dall'art. 1 del Decreto Semplificazioni, stante la *ratio* sottesa al Decreto



medesimo e considerato proprio il fine ultimo di incentivare gli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale. Peraltro, le Stazioni appaltanti sarebbero titolari di un'ampia discrezionalità riconosciuta dalla c.d. "Maxi Deroga per gli Appalti Anti Crisi", prevista all'art. 2 comma 4 del medesimo D.L., secondo la quale: "*Nei casi di cui al comma 3 e nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, delle infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche [...] per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo, le stazioni appaltanti, per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti, operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE [...]*". Conseguentemente, la deroga di cui sopra avrebbe consentito ad ANAS di estendere alle procedure aperte gli istituti di semplificazione previsti dalla disciplina eccezionale delle procedure negoziate, tra i quali l'esclusione automatica delle offerte anomale nel caso in cui il numero di offerte ammesse sia pari almeno a 5;

RITENUTO, in via preliminare, di dover disattendere l'eccezione di tardività sollevata da ANAS S.p.A.; secondo l'insegnamento offerto dal Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4/2018, sussiste l'onere d'immediata impugnazione del bando di gara solo nel caso in cui si intendano contestare clausole che siano ostative all'ammissione dell'interessato o che siano impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, ovvero che rendono ingiustificatamente più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara, difettando, in tutti gli altri casi, l'interesse diretto, concreto ed attuale all'impugnazione; nel caso di specie, l'art. 17 del disciplinare, recante le modalità di applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale, non costituisce una clausola escludente e, pertanto non sussisteva alcun onere di immediata impugnazione;

RITENUTO, parimenti, che l'accettazione delle regole di partecipazione mediante la sottoscrizione degli atti di gara non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che siano, in ipotesi, illegittime; come chiarito dalla giurisprudenza "una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza alle clausole del procedimento, che per un verso si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e, 113 comma 1, Cost., e, per altro verso, condurrebbe all'inaccettabile conclusione che, per poter partecipare alla gara, l'operatore economico dovrebbe necessariamente prestare acquiescenza a tutte le clausole, con conseguente esclusione della relativa possibilità di tutela giurisdizionale. Peraltro, in via di principio, l'intenzione di prestare acquiescenza ad un atto amministrativo deve risultare in modo chiaro ed irrefutabile dal compimento di atti ovvero da comportamenti assolutamente inconciliabili con una volontà del tutto diversa" (Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2016, n. 2359);

CONSIDERATO, nel merito, che l'Autorità ha già avuto modo di chiarire come la disciplina derogatoria introdotta dall'art. 1, comma 3, del D.L. 76/2020, conv. con mod. nella L. 120/2020, - nella parte in cui estende l'esclusione automatica delle offerte anomale alle procedure con un numero di offerte ammesse pari o superiore a 5 - trova applicazione esclusivamente nelle procedure derogatorie disciplinate dal comma 2 del suddetto articolo, ovvero in caso di affidamento diretto e di procedura negoziata, e non anche nelle procedure aperte, in relazione alle quali, ai sensi dell'art. 97, comma 8 del d.lgs. 50/2016, l'esclusione automatica continua a trovare applicazione solo nel caso in cui le offerte ammesse risultino



pari almeno a 10. In particolare si è osservato 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») (Delibera ANAC, n. 222 del 9 marzo 2021);

RITENUTO che le argomentazioni svolte dalla Stazione appaltante non consentono di addivenire a diverse conclusioni;

CONSIDERATO, infatti, che le modalità per incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici e per fronteggiare le ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell’emergenza sanitaria globale del COVID-19 non sono state rimesse, dal legislatore, all’apprezzamento discrezionale delle Stazioni appaltanti. Con precipuo riferimento alle procedure sottosoglia comunitaria, l’art. 1 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, conv. in L. 120/2020, ha introdotto un regime (parzialmente e temporaneamente derogatorio rispetto a quello dettato dall’art. 36 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, prevedendo che le Stazioni appaltanti procedano all’individuazione del soggetto aggiudicatario mediante affidamento diretto o procedura negoziata (in ragione degli importi) e dettando, contestualmente, disposizioni specifiche in merito ai presupposti per l’applicazione dell’esclusione automatica delle offerte anomale. Non è, quindi, ammissibile – oltre che illogico – un modello “ibrido”, in cui la Stazione appaltante scelga di ricorrere ad una procedura ordinaria per l’affidamento di lavori sottosoglia comunitaria, richiamando, tuttavia, per lo svolgimento delle operazioni di gara, istituti derogatori introdotti dal D.L. Semplificazioni;

CONSIDERATO, altresì, che risulta del tutto inconferente il richiamo all’art. 2, comma 4, del D.L. Semplificazioni;

RILEVATO, infatti, in via preliminare, che la procedura indetta da ANAS S.p.A. ha ad oggetto l’affidamento di lavori di importo inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria mentre l’art. 2 del d.l. 70/2020, conv. con mod. nella L. 120/2020 e ss.m.i., contiene disposizioni relative alle “*Procedure per l’incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all’aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia*”;

RILEVATO, inoltre, che l’Autorità ha già espresso il proprio orientamento in merito all’interpretazione dell’art. 2, comma 4, del d.l. 70/2020, sottolineando come la possibilità di agire in deroga alle disposizioni del Codice vada giustificata in ragione dell’urgenza dei lavori da affidare. In particolare, nel parere AG 2/2020, si è chiaramente espresso l’avviso che “*le disposizioni dell’art. 2, comma 4 del d.l. 76/2020 conv. in l.n. 120/2020, debbano essere lette in combinato disposto con le previsioni dei commi 2 e 3 della stessa norma, consentendo quindi alle stazioni appaltanti, per l’affidamento degli appalti nei settori ivi indicati, di procedere alternativamente: - ai sensi del comma 2, mediante le procedure ordinarie ivi indicate; - ai sensi del comma 3, con procedura negoziata ex art. 63 del Codice, nella misura strettamente*



necessaria, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi dell'emergenza sanitaria in corso; - ai sensi del comma 4, per ragioni di urgenza ex comma 3 e nei settori ivi indicati, in regime deroga." Nel caso di specie, la tipologia di lavori oggetto di affidamento, afferenti alla manutenzione delle strade di competenza di ANAS S.p.A., non appare rientrare nel novero dei lavori "urgenti" né una tale urgenza appare compatibile con la tipologia di procedura (quella ordinaria) prescelta dall'Amministrazione per l'individuazione del soggetto aggiudicatario;

CONSIDERATO, infine, che il prefato art. 2, comma 4, del decreto, se, per un verso, consente alle stazioni appaltanti di agire in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, dall'altra fa salvo il rispetto, tra l'altro, "dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE". Nella direttiva n. 2014/24/UE non è contemplato il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale; al contrario l'art. 69 descrive il procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte in contraddittorio, stabilendo espressamente che "Le amministrazioni aggiudicatrici impongono agli operatori economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse rispetto a lavori, forniture o servizi". Pertanto, l'art. 2, comma 4, del d.L. Semplificazioni non potrebbe giammai costituire la base normativa per l'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale, né per l'estensione dell'art. 1, comma 3, ult. Parte, del d.l. Semplificazioni a procedure diverse dall'affidamento diretto e dalla procedura negoziata;

RITENUTO, pertanto, in via conclusiva, 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;

RILEVATO che nella procedura in oggetto sono state ammesse n. 7 offerte;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, l'operato della stazione appaltante non conforme alla normativa di settore, in quanto nella procedura in oggetto non poteva trovare applicazione l'esclusione automatica delle offerte anomale.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 aprile 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Firmato digitalmente