



# DELIBERA N. 507

8 novembre 2023.

## Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Edil Cava Santa Maria La Bruna S.r.l. – Procedura negoziata aperta mediante RdO sulla piattaforma MePA per l'affidamento del "Servizio per l'esecuzione di indagini ambientali finalizzate all'accertamento della reale quota del piano di campagna con caratterizzazione del suolo nonché per la rimozione previa caratterizzazione dei rifiuti anche pericolosi illecitamente abbandonati sulla superficie dell'area sita in Acerra alla Contrada Lenza – rif. Cat. Fg. 3 p.IIa 70 – coord. 40° 59'43.54" n, 14° 22'50.65" ed aree adiacenti" - Importo a base di gara: Euro 56.867,71 - S.A.: Comune di Acerra (NA).

**UPREC - PREC 737/2023**

## Riferimenti normativi

Art. 97 del d.lgs. 50/2016; art. 1 della l. n. 120/2020, di conversione del d.l. n. 76/2020.

## Parole chiave

R.d.O. aperta, procedura negoziata, esclusione automatica delle offerte.

## Massima

**Appalto pubblico – Contratti sotto-soglia - Servizi – Scelta del contraente – Procedura – Gara - Mercato elettronico - R.d.O. aperta – Qualificazione – Procedura negoziata – Esclusione automatica delle offerte – Applicazione – Sussiste.**

*Il meccanismo di esclusione automatica delle offerte previsto dall'art. 1, comma 3, della L. n. 120/2020 è applicabile anche ad una R.d.O. aperta (con invito a presentare l'offerta rivolto a tutti gli operatori iscritti ad una determinata categoria merceologica), qualificabile come procedura negoziata senza bando.*



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 8 novembre 2023

## DELIBERA

VISTA l'istanza di parere, acquisita al prot. n. 78361 del 21 settembre 2023, con la quale la Società Edil Cava Santa Maria La Bruna S.r.l. ha contestato l'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte, in presenza di 8 concorrenti ammessi, trattandosi di una R.d.O. "aperta" sul Me.PA., da qualificare come procedura aperta e non come procedura negoziata;

RILEVATO che la Società istante ha esposto di essere stata illegittimamente esclusa dalla selezione a causa dell'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte in una procedura da qualificare come aperta con un numero di offerte ammesse inferiore a dieci, in violazione degli artt. 97, comma 8, 83, comma 8, del D.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 1, comma 3, della L. n. 120/2020. L'istante ha precisato che in mancanza dell'applicazione di tale istituto sarebbe risultata aggiudicataria, avendo offerto il maggiore ribasso percentuale (38,88%), laddove, invece, la gara è stata aggiudicata alla B. Energy S.p.A. (che ha offerto un ribasso del 24%, inferiore alla soglia di anomalia del 26,22%);

VISTO l'avvio del procedimento, comunicato con nota prot. n. 85183 del 4 ottobre 2023;

VISTA la documentazione in atti;

RILEVATO che non sono pervenute memorie in seno al presente procedimento;

VISTA la nota del RUP del 18 settembre 2023, con la quale (riscontrando la contestazione dell'odierno istante) è stato rappresentato che la procedura *de qua* è stata posta in essere sulla piattaforma Me.PA. con R.d.O. n. 3481951 ed è da inquadrare come "procedura negoziata senza pubblicazione del bando". Il RUP ha evidenziato che *"la predetta piattaforma telematica prevede l'iscrizione ai bandi di qualificazione suddivisi in specifiche sotto-categorie, alle quali gli operatori economici devono obbligatoriamente aderire per poter essere invitati (...). Nel caso di specie, sono stati invitati esclusivamente tutti gli operatori economici abilitati alla categoria "Servizi di gestione rifiuti speciali con presenza di rifiuti speciali classificabili come pericolosi" restando preclusa la partecipazione alla suddetta procedura a tutti gli altri operatori economici del mercato"*. Il termine R.d.O. aperta utilizzato nel disciplinare è, piuttosto, indicativo della volontà di allargare l'invito a tutti gli operatori iscritti ad una determinata categoria merceologica del Me.PA. Di conseguenza – secondo il RUP – è corretta l'applicazione dell'art. 1, comma 3, della L. n. 120/2020, che prevede il ricorso all'esclusione automatica delle offerte anche qualora il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a cinque;

CONSIDERATO che la questione centrale da dirimere riguarda la natura giuridica e, dunque, la qualificazione della gara in oggetto, come procedura aperta ovvero negoziata, dal momento da tale inquadramento discende la possibilità di applicare o meno il meccanismo di esclusione automatica delle offerte previsto dal Decreto Semplificazioni e, di riflesso, la legittimità o meno dell'esclusione dalla gara dell'odierno istante;

RILEVATO che dalla documentazione in atti si evince che la procedura in oggetto riguarda una Richiesta di Offerta sul Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione, qualificata dal disciplinare di gara come *"procedura negoziata aperta mediante RdO sulla piattaforma MePA"*, da aggiudicare secondo il



criterio del minor prezzo. L'art. 1.8 del disciplinare prevede che sono soggetti ammessi "gli operatori economici invitati alla presente R.D.O. e regolarmente iscritti al MePA nella sezione del catalogo "Servizi di gestione rifiuti speciali con presenza di rifiuti speciali classificabili come pericolosi". Dal verbale di gara n. 2 si evince che sono state ammesse 8 offerte e che, ai sensi dell'art. 97, comma 2-bis, del D.lgs. n. 50/2016, la soglia di anomalia è stata individuata nel 26,2290%. L'Amministrazione ha escluso automaticamente dalla gara sia l'odierna istante (con un ribasso del 38,8800%) che la GF Service S.r.l. (con un ribasso del 26,7650%), aggiudicando la gara alla B. Energy S.p.A. (con un ribasso del 24%), in applicazione dell'art. 1, comma 3, della L. n. 120/2020;

CONSIDERATO che l'art. 1 della L. 120/2020 (di conversione del d.l. n. 76/2020) applicabile *ratione temporis*, al comma 2, prevede che le Stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti sotto-soglia mediante: "a) affidamento diretto [...]; b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 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 [...] di importo pari o superiore a 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 [...]" e, al comma 3 stabilisce 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 decreto legislativo n. 50 del 2016. Per gli affidamenti di cui al comma 2, lettera b), le stazioni appaltanti [...] 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 decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque";

RILEVATO che l'Autorità si è più volte espressa sui limiti di applicazione del meccanismo di esclusione automatica in presenza di cinque offerte ammesse (anziché di dieci, come previsto dall'art. 97, comma 8, del Codice) alle procedure sotto-soglia. È stato precisato che il meccanismo di esclusione automatica di cui all'art. 1, comma 3, del richiamato Decreto Semplificazioni è applicabile alle sole procedure negoziate senza bando di cui all'art. 1, comma 2, lett. b) del citato d.l. n. 76/2020, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e le offerte ammesse sono pari o superiori a cinque (Delibera Anac n. 159 del 19 aprile 2023). Tale istituto, invece, non può trovare applicazione in presenza di un affidamento diretto c.d. puro ex art. 1, comma 2, lett. a) del d.l. n. 76/2020, non preceduto da alcun confronto concorrenziale (Delibera Anac n. 281 del 14 giugno 2022), nonché in caso di indizione di una procedura aperta ex art. 60 del D.lgs. n. 50/2016 (Delibere ANAC, n. 222 del 9 marzo 2021, n. 148 del 30 marzo 2022). Sotto quest'ultimo profilo, anche recentemente (con Delibera n. 443 del 16 settembre 2023) l'Autorità ha affermato che la disciplina derogatoria introdotta dall'art. 1, comma 3, del Decreto Semplificazioni, 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 è applicabile nelle procedure aperte ex art. 60 del D.lgs. n. 50/2016, anche se prevista nella *lex specialis* di gara;

CONSIDERATO che, sempre in un caso di R.d.O. aperta sul Me.PA. con invito rivolto a ben 896 operatori economici (di cui 9 partecipanti), l'Autorità ha ritenuto legittima l'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte di cui all'art. 1, comma 3, del Decreto Semplificazioni, evidenziando che, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato nella disciplina di gara (in quel caso "affidamento diretto"),



la R.d.O. è qualificabile come procedura negoziata di cui all'art. 1, comma 2, lett. b) del d.l. cit. (Delibera n. 281/2022 cit.);

RITENUTO che la R.d.O. (Richiesta di offerta) sul Mercato elettronico di Consip presenti tutte le caratteristiche per essere annoverata tra le procedure negoziate senza bando ex art. 1, comma 2, lett. b) del Decreto Semplificazioni. Si tratta, infatti, di uno strumento di negoziazione attraverso il quale la Stazione appaltante seleziona il fornitore di una specifica prestazione tra gli operatori abilitati al Me.PA. per una determinata categoria o sottocategoria merceologica. La peculiarità della R.d.O. c.d. aperta - rispetto a quella definita "ad invito" (in cui una SA, prima di trasmettere gli inviti, opera una ulteriore selezione, in base a criteri predefiniti, tra gli operatori con cui negoziare) - consiste nel fatto che l'invito a presentare l'offerta viene rivolto indistintamente a tutti i fornitori abilitati alla categoria merceologica di interesse, nonché a coloro che entro i termini per la presentazione dell'offerta ottengono l'abilitazione. Si tratta di una procedura che va tenuta distinta dalla procedura ordinaria aperta di cui all'art. 60 del D.lgs. n. 50/2016, alla quale non è applicabile (come detto) il meccanismo di esclusione automatica delle offerte previsto dal Decreto Semplificazioni. Nel caso di R.d.O. "aperta" è, infatti, del tutto carente la pubblicazione preliminare di un bando di gara o di un avviso di preinformazione previsto per le procedure ordinarie *tout court* ed in particolare le procedure aperte di cui all'art. 60, inoltre è preclusa a priori la possibilità di formulazione dell'offerta da parte degli operatori economici non iscritti al Me.PA.;

RITENUTO che, con riferimento alla questione in esame, non è pertinente la giurisprudenza invocata dalla Società istante relativa al "carattere aperto" della R.d.O. sul Me.PA. ai fini dell'esclusione dell'applicabilità del principio di rotazione degli inviti. Va considerato che *ratio* sottesa all'applicazione o meno di tale principio è diversa rispetto a quella afferente il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale. La *ratio* della rotazione è quella di favorire la massima concorrenza e l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese, aumentando la distribuzione delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei ad eseguire il contratto ed evitando la cristallizzazione di rapporti esclusivi tra la stazione appaltante ed un solo operatore. Il meccanismo di esclusione automatica delle offerte (la cui applicazione è subordinata alla sussistenza di tutti i tassativi presupposti previsti dal legislatore: appalto sotto-soglia dal carattere non transfrontaliero, criterio del minor prezzo, ammissione di cinque o dieci offerte, a seconda dell'applicazione o meno del D.l. Semplificazioni) risponde, invece, all'esigenza di semplificare ed accelerare le procedure di affidamento dei contratti sotto-soglia, evitando che la SA debba procedere alla verifica in contraddittorio di un numero elevato di offerte che appaiono inaffidabili sotto il profilo economico. Per tale ragione, l'applicazione del principio di rotazione è esclusa non solo in presenza di procedure ordinarie ex art. 60 del Codice, ma anche di procedure che presentano una fase di apertura al mercato, posto che si tratta di procedure che soddisfano *ex se* l'esigenza di massima concorrenza che l'applicazione della rotazione mira a realizzare (come evidenziato nelle Linee guida Anac n. 4, par. 3.6 "*La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione*"). Di contro, ai fini dell'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte di cui all'art. 1, comma 3, della L. 120/2020, avuto riguardo alla sua differente *ratio* di semplificazione e di accelerazione della procedura, la valutazione da compiere è differente ed attiene alla verifica della sussistenza dei presupposti codificati nella richiamata normativa di carattere emergenziale e derogatorio del Codice;



RILEVATO sotto tale profilo che la R.d.O. "aperta" (vale a dire con invito rivolto a tutti gli operatori abilitati sul Me.PA. ad una determinata categoria merceologica) è qualificabile come " *procedura negoziata senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori*" individuati " *tramite elenchi di operatori economici*" sublett. b) del comma 2 del citato art. 1 del D.l. Semplificazioni. Il carattere di iniziale "apertura al mercato" che presenta tale procedura - derivante dalla circostanza (più volte sottolineata dall'istante) che tutti gli operatori in possesso delle caratteristiche richieste per una categoria merceologica, possono chiedere l'abilitazione sul Me.PA. per essere successivamente invitati dalle Stazioni appaltanti che utilizzano la piattaforma - non la rende assimilabile ad una procedura aperta ex art. 60, ai fini della non applicabilità dell'esclusione automatica, mancando la pubblicazione del bando di gara o dell'avviso di preinformazione. D'altra parte, sarebbe illogico applicare il meccanismo *de quo* in caso di procedure negoziate precedute da un avviso di indagine di mercato (che parimenti comporta una apertura alla concorrenza, espressamente contemplate nella cit. lett. b) ed escluderlo in caso di R.d.O., nella quale è addirittura assente la pubblicazione di avviso per manifestare l'interesse all'invito.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore, in quanto il meccanismo di esclusione automatica delle offerte previsto dall'art. 1, comma 3, della L. n. 120/2020 è applicabile anche ad una R.d.O. aperta (con invito a presentare l'offerta rivolto a tutti gli operatori iscritti ad una determinata categoria merceologica), qualificabile come procedura negoziata senza bando.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 novembre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente