



DELIBERA N. 837

21 dicembre 2021.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal Comune di Borgetto – Lavori di risanamento strutturale di fondazioni, pilastri in c.a., rimozione di cornicioni pericolanti, verifica dell'impianto antincendio del plesso scolastico 'Salamone Marino' e sostituzione grondaia, collocazione di vetrate e porte antipanico nel plesso scolastico 'G. Verga'– Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 32.872,61– S.A.: Comune di Borgetto (PA).

PREC 227/2021/L

Riferimenti normativi

Artt. 36, comma 2, lett. b) e comma 9-bis, 95, comma 4) e 97, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016

Artt. 21-octies e 21-nonies della legge n. 241/1990

Parole chiave

Esclusione automatica delle offerte anomale – Eterointegrazione della *lex specialis* di gara – Annullamento aggiudicazione definitiva – Poteri e limiti dell'autotutela amministrativa.

Massima

Gara telematica al minor prezzo – Disposizioni contenute nella *lex specialis* e normativa applicabile – Esclusione automatica delle offerte anomale – Decreto Semplificazioni – Disciplina derogatoria temporalmente limitata – Numero delle offerte ammesse pari o superiore a cinque – Obbligo di integrazione della legge di gara – Annullamento dell'aggiudicazione – Poteri e limiti dell'autotutela amministrativa.

Le disposizioni normative contenute nell'art. 1 del decreto legge n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020, contengono una disciplina derogatoria, temporalmente limitata e giustificata dall'esigenze di far fronte ad una congiuntura economica resa particolarmente difficile dalla pandemia da COVID-19, che come tale prevale sulla disciplina dei contratti sotto-soglia prevista dall'art. 36 del Codice appalti, con la



conseguenza che le previsioni della *lex specialis* con essa incompatibili devono essere integrate e sostituite, anche con riguardo a quelle in tema di verifica dell'anomalia.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 dicembre 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0083513 del 19.11.2021, con la quale il Comune di Borgetto, in qualità di Stazione appaltante, chiede parere in ordine alla legittimità delle determinazioni adottate a seguito del reclamo presentato al seggio di gara dalla ditta Di Fiore Rita, anch'essa partecipante alla RDO e risultata provvisoriamente terza classificata;

CONSIDERATO, più specificamente, che, successivamente all'aggiudicazione dell'appalto in esame alla ditta Impresa Costruzioni EDILMAT di Matina Giovanni, la ditta Di Fiore Rita deduceva l'illegittimità dell'art. 2 della lettera d'invito (che prevedeva l'aggiudicazione al prezzo più basso ai sensi dell'art. 95 comma 4 lett. b) del d.lgs. 50/2016 e s.m.i.), sostenendo che nella procedura di aggiudicazione dovesse trovare applicazione la previsione di cui all'art. 1 comma 3 del decreto legge n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020, secondo cui si procede all'esclusione automatica dalla gara delle offerte anomale qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque e che il Comune di Borgetto, con la determinazione n. 253 del 26/10/2021, aderendo alla tesi della ditta Di Fiore, è pervenuto all'annullamento d'ufficio della determinazione di aggiudicazione n. 225 del 29/09/2021;

CONSIDERATO che, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e alla riconvocazione del seggio di gara «*per procedere alle operazioni di calcolo della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 2-bis del Codice, e conseguentemente della proclamazione della relativa aggiudicazione provvisoria*», l'impresa EDILMAT faceva pervenire al Comune di Borgetto informativa di ricorso chiedendo l'annullamento del provvedimento di riconvocazione del seggio di gara e la riconferma dell'aggiudicazione dell'appalto in oggetto;

CONSIDERATO che a giudizio di suddetta impresa il provvedimento con cui l'Amministrazione precedente ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria in proprio favore è illegittimo per le motivazioni di seguito sintetizzate:

- a) evidente carenza d'interesse della ditta Di Fiore, in quanto la stessa, avendo partecipato alla gara e non avendo fatto rilevare nulla fino all'esito della procedura selettiva, avrebbe tacitamente accettato le regole della lettera d'invito per poi (illegittimamente) contestarle, com'è avvenuto, in caso di mancata aggiudicazione;
- b) il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione è illegittimo perché è stato adottato senza l'avviso di avvio del procedimento in palese violazione dell'art. 7 della L. 241/90 e s.m.i. trattandosi di una aggiudicazione definitiva e non provvisoria come sostenuto dalla Stazione appaltante;
- c) assenza dei presupposti di legge per l'annullamento dell'aggiudicazione poiché la determinazione n. 253 del 26/10/2021, al di là del mero richiamo alle sentenze indicate dalla ditta Di Fiore, nulla dice o motiva sulla discrezionalità esercitata dall'amministrazione;
- d) gli atti regolatori della procedura (manifestazione d'interesse e lettera d'invito) non contenevano alcun riferimento né all'art. 97 del d.lgs. 50/2016, né alla legge 120/2020, né era stato previsto il



meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte, quindi, non potendo trovare applicazione ciò non è stato previsto dalla *lex specialis* perché la modifica del criterio di aggiudicazione determinerebbe una gravissima alterazione delle regole del gioco in corso di gara e senza nessun legittimo preavviso, di talché la gara sarebbe iniziata con alcune regole (alle quali sono state informate le offerte) e si concluderebbe con altre quando ormai le offerte erano state depositate, il Comune di Borgetto avrebbe potuto disattendere le regole da esso stesso fissate, dovendo semmai valutare la possibilità, nell'esercizio del potere di autotutela, di annullamento d'ufficio del bando ed eventualmente l'indizione di una nuova gara;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 23.11.2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO il contenuto delle disposizioni di cui agli artt. 36, comma 2, lett. b), 95, comma 4) e 97, comma 8 del Codice;

CONSIDERATO che l'art. 1, comma 1 del decreto legge n. 76/2020, convertito, con modificazioni, in legge n. 120/2020 (recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali"-c.d. Decreto Semplificazioni) dispone che *«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, in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici, si applicano 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 30 giugno 2023»* e che il comma 2 stabilisce che *«[...] 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 decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità:*

- a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro [...];*
- 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, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, 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 di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro [...];*

CONSIDERATO, altresì, che l'art. 1, comma 3 del medesimo decreto prevede che *«Per gli affidamenti di cui al comma 2, lettera b), le stazioni appaltanti, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, 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 decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque»;*

RILEVATO, alla luce delle disposizioni sopra menzionate, che sia il richiamo all'art. 36, comma 2, lett. b), contenuto nella lettera di invito, sia il riferimento all'applicazione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b) sono incongruenti con la procedura effettivamente posta



in essere, atteso che l'Amministrazione non ha effettuato un affidamento diretto (qual è quello previsto dall'art. 36, comma 2, lett. b) bensì una procedura negoziata ai sensi dell'art. 63 del Codice (per come richiamato dall'art. 1, comma 2, lett. b) del Decreto Semplificazioni) e che l'appalto in oggetto riguarda lavori e non servizi o forniture (di cui all'art. 95, comma 4, lett. b);

RILEVATO che l'orientamento interpretativo prevalente ed in corso di consolidamento (cfr. TAR Veneto, Sez. I, 21/ 07/ 2021, n. 960; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 12 febbraio 2021, n. 2104; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 24 maggio 2021, n. 3429; TAR Piemonte, Sez. I, 17 novembre 2020, n. 736; TAR Basilicata, 14 novembre 2020, n. 720) secondo cui la disciplina speciale dettata dal decreto legge n. 76 del 2020, convertito in legge n. 120 del 2020, prevale sulla disciplina dei contratti sottosoglia prevista dall'art. 36 del Codice appalti, integrando e sostituendo le previsioni della *lex specialis* con essa incompatibili, anche con riguardo a quelle in tema di verifica dell'anomalia;

RILEVATO, altresì, che secondo tale ormai prevalente orientamento «*la norma di cui all'art. 1 del decreto legge n. 76 del 2020 convertito in legge n. 120 del 2020, costituisce la consapevole scelta del legislatore di privilegiare la finalità di maggiore celerità nella definizione delle procedure ad evidenza pubblica in favore della rapidità dell'erogazione delle risorse pubbliche per sostenere l'economia in un periodo emergenziale. In questo senso l'incipit dell'art. 1 del menzionato decreto legge afferma che, senza lasciare margini di scelta alla stazione appaltante, "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, in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici, si applicano 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 30 giugno 2023". In quest'ottica si iscrive anche la scelta di prevedere al comma 3 della norma menzionata, ancora senza lasciare margini di scelta alla stazione appaltante, forme di gara più snelle con l'adozione di soluzioni meccaniche per alcune fasi procedurali, come avviene con riguardo al giudizio di anomalia. Si tratta di una previsione derogatoria, temporalmente limitata e giustificata dall'esigenze di far fronte ad una congiuntura economica resa particolarmente difficile dalla pandemia» (così, da ultimo, il TAR Veneto sopra citato);*

RITENUTO di poter aderire all'orientamento interpretativo sopra riportato, nel senso che sebbene negli atti di gara vi sia il richiamo agli articoli del Codice abrogati temporaneamente fino al 30 giugno 2023 dalla legge n. 120/2020, la Stazione appaltante deve procedere all'applicazione della legge medesima e nel caso di specie all'esclusione automatica delle offerte anomale che superano la soglia di anomalia e che le pronunce di senso contrario menzionate nelle memorie della EDILMAT o sono inconferenti, poiché riguardano una fattispecie affatto diversa (Delibera ANAC n. 797 del 14.10.2020), oppure rappresentano una posizione minoritaria, piuttosto isolata, della giurisprudenza (TAR Puglia, Lecce, sentenza del 22.1.2021, n. 113);

RITENUTO di rigettare le eccezioni sollevate dalla EDILMAT di cui ai sopraindicati punti c) e d) sulla base delle precedenti considerazioni;

RITENUTO di rigettare l'eccezione di cui al punto a) e che a tal fine è sufficiente rilevare che la giurisprudenza ha da tempo evidenziato che nelle gare pubbliche l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e 113 comma 1, Cost., ovvero nella



esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale. È chiaro, in siffatta prospettiva, che accettare (senza fare acquiescenza) e contestare (riservandosi l'impugnazione) sono due facce della stessa medaglia: in ogni caso, il concorrente non può vedersi preclusa (nel primo caso) la successiva impugnazione e (nel secondo caso) la partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 2507/2016);

RITENUTO, relativamente all'eccezione di cui al punto b), che, pur apparendo condivisibile l'argomentazione sostenuta dalla EDILMAT secondo la quale il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione sarebbe illegittimo in quanto, trattandosi di aggiudicazione definitiva e non provvisoria, l'Amministrazione procedente avrebbe dovuto effettuare una comunicazione di avvio procedimento, ai sensi dell'art. 7 della legge 241/90, nondimeno a norma del successivo art. 21-*octies* «Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» e stante – come visto – la natura vincolata del provvedimento derivante dall'obbligo di eterointegrazione della *lex specialis* con la disposizione di cui all'art. 1 comma 3 del decreto legge n. 76/2020;

RITENUTO, in definitiva, alla luce di tutto quanto precede e per rispondere al quesito posto dal Comune istante, che la previsione dell'art. 2 della lettera di invito debba intendersi necessariamente integrata dalla disposizione di cui all'art. 1 comma 3 del decreto legge n. 76/2020, in particolare nella parte in cui prevede 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», con la conseguenza che dovrà essere disposta l'esclusione automatica delle offerte che risulteranno superiori alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 97, comma 2-*bis*,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alle disposizioni normative contenute nel decreto legge n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020 e in materia di annullamento dei provvedimenti amministrativi ai sensi degli artt. 21-*octies* e 21-*nonies* della legge 241/90.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 dicembre 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente