



DELIBERA N. 31

20 gennaio 2021

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal Comune di Orbetello - Procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera c) - bis del d.lgs. 50 del 2016 e ss.mm.ii. - Lavori di realizzazione di percorso ciclopedonale lungo la SP Giannella – Orbetello – I stralcio funzionale - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: 632.797,50 euro – S.A.: Comune di Orbetello

PREC 259/2020/S

Riferimenti normativi

Articolo 1, comma 3, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con modificazioni in L. 11 settembre 2020, n. 120).

Parole chiave

Anomalia dell'offerta - Esclusione automatica – diritto intertemporale

Massima

In materia di contratti pubblici sotto soglia, la previsione di carattere temporaneo di cui all'art. 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020 (convertito con modificazioni con la L. n. 120/2020), che ha esteso l'applicabilità del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale in presenza di cinque offerenti (in luogo di dieci, di cui all'art. 97, comma 8, del lgs. n. 50/2016), si applica agli affidamenti diretti e/o alle procedure negoziate (di cui all'art. 1, comma 2, del cit. D.L.) la cui determina a contrarre o atto equivalente è stata adottata dal 17 luglio 2020 al 31 dicembre 2021. Tale disposizione non trova, invece, applicazione nelle procedure di gara pendenti alla data di entrata in vigore del Decreto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 gennaio 2021



DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 92829 del 4 dicembre 2020, presentata dal comune di Orbetello relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante chiedeva all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità del provvedimento di aggiudicazione disposto nei confronti della _____OMISSIS_____s.r.l., contestato dalla _____OMISSIS_____, per non conformità all'articolo 97;

RILEVATO che l'amministrazione istante evidenziava di aver indetto con determinazione a contrarre del 20 febbraio 2020 una procedura negoziata ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera c -bis) del d. lgs. 50/2016, previa indagine di mercato, su piattaforma telematica START della Regione Toscana, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, per un importo pari a 632.797,50 euro, di aver pubblicato l'avviso di indagine di mercato dal 25 febbraio 2020 al 5 giugno 2020 e, successivamente, in data 31 luglio 2020 di aver bandito la procedura negoziata invitando i 15 operatori sorteggiati, con termine di scadenza per la presentazione delle offerte l'11 agosto 2020; termine entro il quale avevano presentato offerta otto operatori economici;

CONSIDERATO che in esito alle operazioni di gara la stazione appaltante ha rappresentato di aver formulato la proposta di aggiudicazione in favore della impresa _____OMISSIS_____S.r.l., avendo presentato «*la migliore offerta immediatamente inferiore alla soglia di anomalia, calcolata ai sensi dell'articolo 97, comma 8 del Codice, così modificato dall'art. 1, comma 3 del DL 76/2020, che prevede l'obbligo di applicare l'esclusione automatica quando il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a cinque*» e di aver, al contempo, avviato la procedura di verifica dei giustificativi sui prezzi nei confronti dell'impresa _____OMISSIS_____S.r.l. che aveva presentato il maggior ribasso sull'importo posto a base di gara e dell'impresa _____OMISSIS_____S.r.l. in quanto operatore che aveva presentato la migliore offerta non anomala;

RILEVATO che in esito a tali operazioni l'amministrazione formulava proposta di aggiudicazione nei confronti della _____OMISSIS_____S.r.l., che l'impresa _____OMISSIS_____ _____OMISSIS_____s.r.l. contestava in quanto «*la lex specialis, in relazione al calcolo delle offerte anormalmente basse, richiamava il disposto di cui all'art. 97, comma 8, nonché le sue "successive modifiche e integrazioni", riferito alla normativa antecedente alla entrata in vigore del D.L. 76/2020 e quindi l'utilizzo dei riferimenti alla esclusione automatica qualora il numero delle offerte ammesse fosse pari o superiore a dieci. Applicando tale principio _____OMISSIS_____ _____OMISSIS_____ sarebbe risultata aggiudicataria, in quanto impresa che aveva presentato il ribasso più alto rispetto alle altre sette concorrenti. Applicando l'esclusione automatica, così come previsto dall'art. 97, comma 8, modificato dall'art. 1, comma 3 ultimo periodo del D.L. 76/2020, che prevede l'obbligo di applicare l'esclusione automatica quando il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a cinque (in luogo di dieci) invero la stessa offerta della _____OMISSIS_____ _____OMISSIS_____ è risultata superiore alla soglia individuata ai sensi dell'art. 97, comma 2-bis), e quindi anomala*»;

CONSIDERATO che l'amministrazione precisava, dal suo canto, di aver avviato la procedura «*successivamente alla pubblicazione in GU del Decreto Legge n. 76 del 16 luglio 2020, cosiddetto*



“decreto Semplificazioni”, entrato in vigore il 17 luglio 2020» e che la stessa «seguendo il principio giurisprudenziale *tempus regit actum*, ha operato nel rispetto della normativa introdotta dal Decreto Semplificazioni» applicando l'esclusione automatica delle offerte anomale ivi previsto;

VISTA la documentazione di gara depositata in atti;

CONSIDERATO che la *lex specialis* prevedeva che l'amministrazione avrebbe proceduto «in applicazione di quanto previsto dall'art. 97, co. 8, del D.lgs. 50/2016, all'esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 o comma 2-bis del citato art. 97; pertanto, risulterà primo in graduatoria il concorrente che avrà presentato l'offerta il cui valore più si avvicina (senza uguagliarlo o superarlo) al valore della suddetta soglia di anomalia. Ai sensi del citato art. 97, co. 8, l'esclusione automatica non sarà esercitabile qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a 10: in tal caso risulterà miglior offerente il concorrente che avrà offerto il ribasso più conveniente per l'amministrazione»;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 17 dicembre 2020, con nota prot. n. 96110;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla applicabilità alla gara del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale in presenza di cinque offerenti di cui all'art. 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020 (convertito con modificazioni con la L. n. 120/2020);

CONSIDERATO che, sul punto, l'Autorità ha già avuto modo di chiarire, in una fattispecie analoga alla presente che «in materia di contratti pubblici sotto soglia, la previsione di carattere temporaneo di cui all'articolo 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020 (convertito con modificazioni con la L. n. 120/2020), che ha esteso l'applicabilità del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale in presenza di cinque offerenti (in luogo di dieci, di cui all'articolo 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016), si applica agli affidamenti diretti e/o alle procedure negoziate (di cui all'articolo 1, comma 2, del citato decreto) la cui determina a contrarre o atto equivalente è stata adottata dal 17 luglio 2020 al 31 dicembre 2021. Tale disposizione non trova, invece, applicazione nelle procedure di gara pendenti alla data di entrata in vigore del Decreto» (cfr. ANAC, delibera n. 840 del 21 ottobre 2020);

CONSIDERATO che con il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (cd. “Decreto Semplificazioni”, recante “*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*”, convertito con modificazioni con L. 11 settembre 2020, n. 120) sono state introdotte, nel Titolo I, Capo I (Semplificazioni in materia di contratti pubblici), alcune rilevanti novità in materia di contratti pubblici, finalizzate ad incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché a fronteggiare le ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19. Nello specifico, all'articolo 1 «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» viene introdotto un regime (parzialmente e) temporaneamente derogatorio rispetto a quello dettato dall'articolo 36 del Codice applicabile alle «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 31 luglio 2021» (cfr. ANAC, delibera n. 840 del 21 ottobre 2020);



RILEVATO che in applicazione del principio di cui all'articolo 11 delle Preleggi secondo cui «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo», nonché della disciplina in tema di decreti-legge (di cui all'articolo 77 Costituzione e all'articolo 15 della L. 23 agosto 1988, n. 400) secondo cui tali atti aventi forza di legge entrano in vigore immediatamente dopo la loro pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e stante il tenore letterale dell'articolo 65 del D.L. 76/2020 che dispone: «il presente decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana» (vale a dire il 17 luglio 2020, atteso che è stato pubblicato nella GURI il 16 luglio 2020);

RILEVATO che nel primo periodo dell'articolo 1, comma 1, del D.L. n. 76/2020 il legislatore ha espressamente stabilito che le disposizioni derogatorie in tema di affidamenti sotto soglia «si applicano [a]lle 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 31 luglio 2021» (termine differito al 31 dicembre 2021, in sede di conversione). Sicché dal combinato disposto delle richiamate disposizioni si evince che anche la previsione di cui al comma 3 dell'articolo 1, che estende l'applicabilità del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale in presenza di cinque offerenti (in luogo di dieci, di cui all'articolo 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016), si applica agli affidamenti diretti (ex articolo 1, comma 2, lettera a del D.L.) e/o alle procedure negoziate (ex articolo 1, comma 2, lettera b del D.L.) la cui determina a contrarre o atto equivalente è stata adottata dal 17 luglio 2020 al 31 dicembre 2021. Il legislatore ha, infatti, individuato un preciso *dies a quo* come momento che cristallizza temporalmente la disciplina applicabile alle procedure di affidamento di contratti sotto soglia, definendo nella adozione della determina a contrarre (cfr. ANAC, delibera n. 840 del 21 ottobre 2020);

CONSIDERATO che, dalla documentazione in atti, la procedura in questione è stata avviata prima dell'entrata in vigore del decreto "Semplificazioni", dal momento che l'amministrazione ha adottato la determina a contrarre in data 20 febbraio 2020: data che, in ragione delle sopra richiamate argomentazioni, costituisce *dies a quo* per l'applicazione della disciplina di cui al D.L. 76/2020 in materia di contratti sotto soglia, sebbene la procedura negoziata sia stata poi avviata in data 31 luglio 2020, con invito ai concorrenti sorteggiati a presentare l'offerta;

RILEVATO che la previsione di cui alla *lex specialis* in ordine all'applicazione dell'esclusione automatica richiamava la disciplina di cui all'articolo 97, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016 e che la stessa, in coerenza con quanto sostenuto dall'Autorità nella delibera n. 840 del 21 ottobre 2020, «vale a cristallizzare i quattro presupposti cumulativi (appalto sotto soglia, carattere non transfrontaliero dell'affidamento, aggiudicazione secondo il criterio del minor prezzo, ammissione di almeno 10 offerte) in presenza dei quali si applica il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse come eccezione alla regola che impone la verifica in contraddittorio delle offerte sospette di anomalia (cfr. anche ANAC, delibera n. 492 del 10 giugno 2020 e la giurisprudenza ivi citata);

CONSIDERATO, infine, che l'applicazione "retroattiva" del meccanismo dell'esclusione automatica ad una procedura con un numero di offerenti inferiori a dieci (come previsto dall'articolo 97, comma 8, del Codice *ratione temporis* applicabile) si porrebbe in contrasto con i principi di *par condicio*, concorrenza, correttezza e proporzionalità, di cui all'articolo 30 del Codice (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 e DELIBERA N. 797 14 ottobre 2020);

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che la previsione di cui all'articolo 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020 (convertito con modificazioni con la L. n. 120/2020) – secondo la quale, in caso di aggiudicazione in base al criterio del minor prezzo, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica "anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque" – si applichi alle procedure di affidamento di cui al comma 2 della richiamata previsione indette con determina a contrarre adottata dopo la data di entrata in vigore del D.L. n. 76/2020, ovvero il 17 luglio 2020, e fino al dicembre 2021. Tale previsione non trova, invece, applicazione nelle procedure di gara pendenti alla data di entrata in vigore del Decreto, come nel caso della gara di cui alla presente controversia e per tale ragione l'operato della stazione appaltante non è conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 gennaio 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente