



DELIBERA N. 840

21 ottobre 2020.

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da Rossetti Costruzioni S.r.l. – Appalto di lavori di Consolidamento di un'area in frana a Lugnola in Via della Fontana nel Comune di Configni mediante procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, lett. c-*bis*) del D.lgs. n. 50/2016, come modificato dal D.L. n. 32/2019 conv. con modificazioni in Legge n. 55/2019 - Importo a base di gara: Euro 384.032,98 -S.A.: Comune di Configni.

PREC 195/2020/L-PB

Riferimenti normativi

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

Parole chiave

Anomalia, Esclusione automatica delle offerte.

Massima

Contratti sotto soglia – Esclusione automatica delle offerte – Art. 1, comma 3, del Decreto Semplificazioni - Applicazione in presenza di almeno cinque offerte – Diritto intertemporale.

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 D.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 21 ottobre 2020



DELIBERA

VISTA l'istanza di parere, acquisita al prot. n. 67749 del 15 settembre 2020, con la quale la società Rossetti Costruzioni S.r.l. ha contestato il provvedimento di esclusione automatica disposto dalla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020, sulla base del presupposto (ritenuto erroneo) che il meccanismo di esclusione delle offerte anormalmente basse – come disciplinato dal menzionato D.L. che ne ha previsto l'applicabilità "*anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque*" – sia applicabile anche alla procedura di gara in oggetto, nella quale la Richiesta di Offerta è stata pubblicata in data 13 luglio 2020, anteriormente all'entrata in vigore del D.L. n. 76/2020 (17 luglio 2020). L'istante lamenta l'applicazione retroattiva del suddetto meccanismo (in mancanza del quale sarebbe risultata aggiudicataria) e chiede all'Autorità se la disposizione introdotta dalla decretazione d'urgenza sia applicabile anche alle procedure di gara pendenti al momento dell'entrata in vigore del Decreto;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato con nota prot. n. 70839 del 28 settembre 2020;

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

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. L'art. 1 del citato Decreto (rubricato "*Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia*"), "*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*", rimodula la disciplina dell'affidamento dei contratti pubblici sotto le soglie di rilevanza europea, introducendo un regime (parzialmente e) temporaneamente derogatorio rispetto a quello dettato dall'art. 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*";

CONSIDERATO che le principali novità in tema di contratti sotto-soglia riguardano: *i)* i termini di conclusione della procedura (due mesi in caso di affidamento diretto, quattro mesi in presenza di una procedura negoziata); *ii)* la rimodulazione delle procedure di affidamento, che diventano da quattro (previste dall'art. 36, comma 2, del Codice) a due, vale a dire affidamento diretto "puro" e procedura negoziata senza bando previa consultazione di un numero di operatori economici (da 5 a 15) crescente all'aumentare dell'importo dell'appalto); *iii)* l'innalzamento dell'importo per procedere all'affidamento diretto cd. puro, cioè mediante determina a contrarre (da € 40.000,00 sino a un importo inferiore a € 150.000,00 per i lavori, mentre per i servizi e le forniture, compresi i servizi di progettazione, in sede di conversione in legge il limite massimo è stato individuato in un importo inferiore a € 75.000,00); *iv)* l'equiparazione tra il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e il criterio del minor prezzo (mantenendo, invero, una scelta già effettuata "a regime" dal legislatore con il D.L. "Sblocca-cantieri" n. 32/2019 convertito in L. n. 55/2019); *v)* l'estensione dell'applicazione del meccanismo dell'esclusione



automatica delle offerte in presenza di un numero di offerte ammesse pari o superiore a cinque, in deroga all'art. 97, comma 8, del Codice che ne circoscrive l'applicazione in presenza di almeno dieci offerte; *vi*) l'esonero della richiesta delle garanzie provvisorie di cui all'art. 93 del Codice, salvo particolari esigenze motivate dalla SA; *vii*) l'eliminazione dell'obbligo di pubblicare l'avviso sui risultati della procedura, nelle ipotesi di affidamenti di importo inferiore a € 40.000 di cui all'art. 36, comma 2, lett. a) del Codice (ai sensi dell'inciso introdotto dall'art. 1, comma 5-*bis*, della Legge di conversione n. 120/2020);

RILEVATO che, ai fini del quesito sottoposto in esame, occorre stabilire se le disposizioni contemplate nell'art. 1 del D.L. n. 76/2020 si applichino anche alle procedure di gara in corso alla data di entrata in vigore del Decreto ovvero solo a quelle indette successivamente;

RITENUTO che, a tal fine, è necessario richiamare preliminarmente i principi generali in tema di efficacia della legge nel tempo ed in particolare l'art. 11 delle Preleggi secondo cui *"la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo"*, nonché la disciplina in tema di decreti-legge (di cui all'art. 77 Cost. e all'art. 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;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, l'art. 65 del richiamato D.L. n. 76/2020 ha disposto che *"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) e che nel primo periodo dell'art. 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 [al]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 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'art. 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'art. 97, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016), si applica agli affidamenti diretti (*ex art. 1, comma 2, lett. a del D.L.*) e/o alle procedure negoziate (*ex art. 1, comma 2, lett. 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* (adozione della determina a contrarre) come momento che cristallizza temporalmente la disciplina applicabile alle procedure di affidamento di contratti sotto soglia;

CONSIDERATO, di converso, che laddove il legislatore ha inteso dettare regole di immediata applicazione anche alle procedure di gara pendenti alla data di entrata in vigore del Decreto Semplificazioni lo ha previsto espressamente (cfr. l'art. 8, comma 1, del D.L. n. 76/2020 nel quale è stato previsto che si applicano *"alle procedure pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini (...)"* le nuove disposizioni in tema di consegna in via d'urgenza, sopralluogo, termini e programmazione). Così come è stato espressamente individuato un *dies a quo* diverso dalla data di adozione della determina a contrarre (cioè la pubblicazione del bando e la trasmissione della lettera di invito) per l'applicazione delle modifiche strutturali al D.Lgs. n. 50/2016 apportate dall'art. 8, comma 5, del D.L. n. 76/2020;

RILEVATO che, dalla documentazione in atti, risulta chiaramente che la procedura in oggetto è stata avviata prima della data di entrata in vigore del Decreto "Semplificazioni". La stazione appaltante ha, infatti, pubblicato sul MEPA il 13 luglio 2020 la RDO (Richiesta di Offerta) n. 2606664; la procedura è



stata indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c-*bis*) del D.lgs. n. 50/2016, come modificato dal D.L. n. 32/2019 convertito con modificazioni in L. n. 55/2019; il termine di presentazione delle offerte previsto nella RDO era fissato dal 13 al 29 luglio 2020. Inoltre, il disciplinare di gara (art. 4), pur prevedendo l'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale, richiamava la disciplina all'epoca vigente stabilendo che: *"È altresì prevista l'esclusione automatica dalla gara ai sensi dell'art. 97, c. 8, del D.lgs. n. 50/2016, come recentemente modificato, delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dei commi 2, 2bis, oppure 2ter del predetto art. 97"*;

RITENUTO che l'esplicito richiamo all'art. 97, comma 8, contenuto nella RDO 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. di recente Parere di precontenzioso n. 492 del 10.06.2020 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'art. 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'art. 30 del Codice (richiamato dall'art. 36, comma 1, del Codice e non derogato dall'art. 1 del D.L. n. 76/2020), nonché con quanto più volte statuito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Quest'ultima, come noto, ha, infatti, rilevato la contrarietà all'ordinamento europeo dell'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse, in applicazione delle norme fondamentali del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nonché del principio generale di non discriminazione, pur consentendo limitati margini di flessibilità nelle procedure di importo inferiore alla soglia comunitaria che, oltre a non presentare un interesse transfrontaliero, vedono la partecipazione di un numero elevato di imprese, evidenziando che *"l'esclusione automatica di talune offerte a causa del loro carattere anormalmente basso potrebbe rivelarsi accettabile qualora il ricorso a tale regola sia giustificato dal numero eccessivamente elevato delle offerte, circostanza questa che potrebbe obbligare l'amministrazione aggiudicatrice interessata a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente elevato da eccedere la capacità amministrativa della detta amministrazione aggiudicatrice ovvero da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare"* (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).

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che la previsione di cui all'art. 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 (17 luglio 2020) fino al dicembre 2021. Tale previsione non trova, invece, applicazione nelle procedure di gara pendenti alla data di entrata in vigore del Decreto.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia



Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 ottobre 2020

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente