

APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Procedura negoziata - Art. 36, comma 2, lett. c), Dlgs. n. 50 del 2016 - Criterio del minor prezzo - Offerte - Percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia - Nel caso di offerte ammesse in numero pari o superiore a 5 - Esclusione - Va disposta.

Tar Veneto - Venezia, Sez. I, 21 luglio 2021, n. 960

“[...] 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 cod. proc. amm., integrando e sostituendo le previsioni della lex specialis con essa incompatibili, anche con riguardo a quelle in tema di verifica dell’anomalia.

Come è stato osservato infatti 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 procedimentali, 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.

La norma 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”.

Ciò premesso - e tenuto conto che la disciplina del decreto legge n. 76 del 2020, convertito in legge 120 del 2020, sostituisce, ove sia ravvisabile una relazione di incompatibilità tra norme, quella

preesistente di cui all'art. 97, comma 8, del D.lgs. n. 50 del 2016 – nel caso in esame deve ritenersi che, contrariamente a quanto sostenuto dalla stazione appaltante, la previsione dell'art. 14.2 della lettera di invito debba essere annullata e conseguentemente, per il principio di eterointegrazione della lex specialis, debba essere disposta l'esclusione automatica dell'offerta della controinteressata risultata superiore alla soglia di anomalia in una procedura in cui sono pervenute più di cinque offerte [...].

FATTO e DIRITTO

La centrale unica di committenza di Bussolengo e dei Comuni convenzionati ha avviato un'indagine di mercato, per conto del Comune di Sant'Ambrogio di Valpolicella, al fine di individuare dieci operatori qualificati da invitare per lo svolgimento di una procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c), del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, da aggiudicare con il criterio del minor prezzo.

Oggetto della procedura sono i lavori per la realizzazione di un percorso pedonale protetto all'interno del centro abitato del capoluogo per un importo stimato a base di gara di Euro 232.000,00 oltre iva, di cui Euro 2.000,00 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso.

Al termine della procedura la ditta Clemente Costruzioni s.r.l. (d'ora in poi Clemente Costruzioni), si è classificata al primo posto con un ribasso del 24,45%, mentre l'odierna ricorrente Italbeton s.r.l. (d'ora in poi Italbeton), si è classificata al secondo posto con un ribasso del 21%.

L'art. 14.2. della lettera di invito prevede che *“ai sensi dell'art. 97, comma 8 del Codice, qualora il numero delle offerte valide sia almeno pari a 10, si procederà all'esclusione automatica delle offerte di ribasso pari o superiori alla soglia di anomalia individuata ai sensi dei commi 2, 2-bis e 2-ter del medesimo articolo”*.

In applicazione di tale previsione la stazione appaltante, dopo aver stabilito al 22,67% la soglia di anomalia, non ha proceduto all'esclusione automatica dell'offerta della controinteressata, poiché ne erano state presentate otto, in un numero inferiore a dieci.

Dopo aver sottoposto a verifica di congruità l'offerta della prima classificata, con determinazione n. 319 del 25 maggio 2021, la centrale di committenza ha aggiudicato definitivamente l'appalto a Clemente Costruzioni.

Con il ricorso in epigrafe l'aggiudicazione, unitamente alla lettera di invito, è impugnata da Italbeton, seconda classificata, la cui offerta presenta un ribasso inferiore alla soglia di anomalia, con un unico motivo.

La ricorrente lamenta la violazione dell'art. 1, comma 3, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120, il difetto di motivazione e l'insussistenza dei presupposti per poter considerare "ordinaria" la procedura negoziata controversa, la perplessità ed il difetto di istruttoria.

La ricorrente sostiene che è illegittimo e deve essere annullato l'art. 14.4 della lettera di invito nella parte in cui prevede che si proceda all'esclusione automatica delle offerte anomale qualora il loro numero sia almeno pari a 10, e deve invece trovare applicazione la previsione di cui all'art. 1, comma 3, del decreto legge n. 76 del 2020, convertito in legge n. 120 del 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.

La stazione appaltante si è costituita in giudizio replicando alle censure proposte e concludendo per la reiezione del ricorso.

In estrema sintesi la centrale unica di committenza sostiene che deve essere data un'interpretazione di carattere sistematico alla normativa speciale e derogatoria introdotta decreto legge n. 76 del 2020, convertito in legge n. 120 del 2020, per far fronte alle ricadute economiche negative derivanti dall'emergenza sanitaria globale, che tenga conto dell'eccezionalità dell'istituto dell'esclusione automatica rispetto ai principi comunitari in materia di gare pubbliche.

In particolare la parte resistente premette che anche nel vigente contesto normativo vi è la possibilità per la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 36, comma 2, del D.lgs. n. 50 del 2016, di ricorrere alle procedure ordinarie in alternativa alle procedure negoziate con riguardo agli appalti sotto soglia, e che pertanto a maggior ragione deve ritenersi che rientri nella facoltà della stazione appaltante, quand'anche la stessa proceda secondo le procedure negoziate, di scegliere nella *lex specialis* se recepire o meno la regola dell'esclusione automatica delle offerte anomale secondo la disciplina prevista dall'art. 97, comma 8, cod. proc. amm., o secondo quella prevista dall'art. 1 del decreto legge n. 76 del 2020, convertito in legge n. 120 del 2021.

In conclusione la stazione appaltante ritiene che, ove la *lex specialis* - come nel caso in esame - non abbia espressamente previsto l'applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, ovvero non abbia espressamente richiamato il decreto legge n. 76 del 2020, convertito in legge n. 120 del 2021, devono trovare applicazione esclusivamente l'art. 36, comma 2, lett. c), e l'art. 97, comma 8, cod. proc. amm..

Alla camera di consiglio del 14 luglio 2021, avviate le parti della possibile definizione della controversia con sentenza resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60, cod. proc. amm., la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso deve essere accolto.

Il Collegio aderisce all'orientamento interpretativo prevalente ed in corso di consolidamento (cfr. (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 12 febbraio 2021, n. 2104; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 24 maggio 2021, n. 3429; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 17 novembre 2020, n. 736; T.A.R. 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 cod. proc. amm., integrando e sostituendo le previsioni della *lex specialis* con essa incompatibili, anche con riguardo a quelle in tema di verifica dell'anomalia.

Come è stato osservato infatti 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 procedimentali, 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.

La norma 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”*.

Ciò premesso - e tenuto conto che la disciplina del decreto legge n. 76 del 2020, convertito in legge 120 del 2020, sostituisce, ove sia ravvisabile una relazione di incompatibilità tra norme, quella preesistente di cui all'art. 97, comma 8, del D.lgs. n. 50 del 2016 – nel caso in esame deve ritenersi che, contrariamente a quanto sostenuto dalla stazione appaltante, la previsione dell'art. 14.2 della lettera di invito debba essere annullata e conseguentemente, per il principio di eterointegrazione della *lex specialis*, debba essere disposta l'esclusione automatica dell'offerta della controinteressata risultata superiore alla soglia di anomalia in una procedura in cui sono pervenute più di cinque offerte.

Nonostante l'esito del giudizio la novità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nel senso precisato in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio tenutasi da remoto il 14 luglio 2021 in modalità videoconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere, Estensore

Filippo Dallari, Referendario