



DELIBERA N. 536

21 novembre 2023.

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da Unione dei Comuni del Lago Maggiore - Procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di qualificazione aree a lago zona "la Rotonda" in Comune di Oggebbio - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Unione del Lago Maggiore.

UPREC/PRE/0765 /2023/L/PREC

Riferimenti normativi

Artt.54 e 110 D.lgs.36/2023; All.II.2 lett.A)

Parole chiave

Verifica anomalia- Calcolo della soglia di anomalia-Ribasso pari alla soglia- Esclusione- Legittimità

Massima

Appalto pubblico – Lavori – Verifica dell'anomalia- Calcolo della soglia dell'anomalia- Ribasso offerto- Ribasso pari alla soglia- Esclusione –Legittimità.

Nel procedimento di esclusione automatica delle offerte anomale secondo il metodo di calcolo di cui alla lett. A) All.II.2 richiamato dall'art. 54 D.lgs.36/2023, l'offerta che presenta un ribasso pari alla soglia di anomalia deve essere esclusa.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 novembre 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al protocollo generale Anac n. 89179 del 11 ottobre 2023 con cui la Unione dei Comuni del Lago Maggiore chiede all'Autorità se l'offerta che presenta un ribasso pari alla soglia di anomalia vada esclusa o sia da ritenere la prima offerta valida; chiede inoltre se il provvedimento di aggiudicazione deve essere emesso dal Comune di Oggebbio (stazione appaltante non qualificata) o dalla centrale di committenza Unione del Lago Maggiore qualificata;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 92193 del 18 ottobre 2023;



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

VISTO preliminarmente che il secondo quesito posto non è ammissibile per una istanza di parere precontenzioso in quanto non attiene a questione controversa tra le parti, a titolo di mera collaborazione istituzionale, si conferma la scelta dell'istante di procedere, in qualità di stazione appaltante qualificata, ad emanare il provvedimento di aggiudicazione. Infatti, per potere operare dal 1° gennaio 2024, con l'entrata in vigore a pieno regime dell'E-procurement, la stazione appaltante deve essere obbligatoriamente qualificata, come prevede il Comunicato Presidente dell'ANAC del 17 maggio 2023 in cui è stato chiarito che in data 1° luglio 2023 scatta l'obbligo di qualificazione delle stazioni appaltanti, in base agli artt. 62 e 63 D.Lgs. n.36/2023, di conseguenza, le stazioni appaltanti non qualificate vedranno bloccato il rilascio del CIG (codice identificativo gara). Nel frattempo dovranno ricorrere a una centrale di committenza qualificata come nel caso di specie la centrale di committenza Unione dei Comuni del Lago Maggiore per conto del Comune di Oggebbio;

RILEVATO che la gara è stata gestita tramite piattaforma telematica con procedura negoziata e le offerte sono state valutate secondo il criterio di aggiudicazione del minor prezzo con esclusione automatica delle offerte anomale come prevede l'art. 54 D.lgs.36/2023 nel caso di offerte in numero pari o superiore a cinque;

RILEVATO che, a seguito dell'invito inoltrato agli operatori economici individuati, sono pervenute cinque offerte, tutte ammesse a seguito di procedura di integrazione documentale tramite soccorso istruttorio per carenze nel DGUE da parte di tre delle imprese partecipanti; per il calcolo della soglia di anomalia si è applicato, come era previsto dal disciplinare di gara all'art. 8, il Metodo A) di cui all'allegato II.2 del D.lgs.36/2023;

RILEVATO che il ribasso offerto dalla Prini S.r.l. coincide con la soglia di anomalia calcolata nel 4,32% del prezzo a base di gara;

RILEVATO che l'offerta della Prini S.r.l. è stata giudicata anomala ed esclusa insieme a quella della ditta Grassi Emanuele recante un ribasso del 5,35% ed è stata proposta l'aggiudicazione dell'appalto all'impresa Amigliarini Adolfo S.n.c. che aveva offerto un ribasso del 2,22%;

CONSIDERATO che l'impresa Prini S.r.l., a sostegno delle proprie argomentazioni interpretative, ha trasmesso un parere di commento al Codice in cui l'ANCE conclude richiamando il punto 3) dell'All.II.2 richiamato dall'art.54 co.2 del D.lgs.36/2023: *"tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore"* che sembrerebbe indurre alla conseguenza della legittima aggiudicazione in favore dell'impresa Prini invece esclusa per anomalia dell'offerta;

CONSIDERATO che, come specificato nella relazione resa dal Consiglio di Stato al nuovo Codice: *"la direttiva europea 2014/24/EU, sulla scia di pronunciamenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea, vieta l'applicazione di qualsiasi forma di automatismo per l'automatica esclusione delle offerte che sulla base, ad esempio, di un algoritmo matematico, siano classificate come anomale. Nell'ambito dei contratti di importo inferiore alle soglie europee, tuttavia, la giurisprudenza della Corte di Giustizia (v. la sentenza CJEU n. C-147/06, SECAP vs. Santorso) ammette che possa essere accettabile ricorrere a sistemi di esclusione automatica, ma soltanto per appalti non di interesse transfrontaliero, al ricorrere di un numero indebitamente elevato di offerte e in presenza di elevati costi e significativi ritardi che la valutazione in contraddittorio di un numero tanto elevato di offerte potrebbe causare"*;



CONSIDERATO che, in consonanza con la scelta di ritenere residuale e applicabile soltanto a determinate ipotesi l'esclusione automatica, il Codice ne ammette l'applicabilità unicamente alle procedure di affidamento che rispondono ai seguenti tre criteri: a) vengono aggiudicate con il criterio del prezzo più basso; b) hanno un importo inferiore alle soglie di rilevanza europea; c) non presentano un interesse transfrontaliero certo. Se la procedura risponde a tutti e tre i criteri, nel caso le offerte ammesse siano cinque o più di cinque, la Stazione Appaltante deve inserire negli atti di gara le modalità di esclusione delle offerte anomale. Gli atti di gara dovranno inoltre dichiarare il metodo di calcolo della soglia di anomalia che verrà impiegato per escludere in automatico le offerte anormalmente basse, selezionando uno dei tre metodi contenuti nell'allegato II.2 del Codice;

CONSIDERATO che si tratta di una disposizione che riproduce, seppur con alcune rilevanti differenze, quella recata dall'art. 97, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016. La citata disposizione, a differenza di quanto previsto dalla nuova norma, si applicava anche agli appalti di forniture e prevedeva che l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci;

CONSIDERATO inoltre che l'esclusione automatica deve essere espressamente prevista negli atti di gara in quanto deroga al dettato normativo dell'art. 110 che affida alle stazioni appaltanti il compito di individuare le offerte che sollevano dubbi di congruità, tenendo in considerazione non soltanto il prezzo, ma il contesto complessivo (mercato di riferimento, risultati di gara, ecc.);

CONSIDERATO che a proposito del il Metodo di calcolo della soglia di anomalia di cui alla lett. A) dell'All. II.2, applicato al caso di specie, nella relazione illustrativa al Codice il Consiglio di Stato afferma: "*Questo metodo replica esattamente il metodo introdotto, all'art. 97, commi 2 e 2-bis, del decreto legislativo n. 50 del 2016, dalla lett. u), n. 1), dell'art. 1, comma 20, del decreto-legge n. 32 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 55 del 2019*"; poche righe dopo afferma che tale metodo è stato indicato tra gli altri proprio per la conoscenza che ne hanno le stazioni appaltanti, infatti: "*riduce le complessità di adeguarsi nell'immediato a sistemi potenzialmente più efficaci, ma anche più complessi quali quelli dei due metodi presentati di seguito come Metodo B e Metodo C*";

CONSIDERATO che al punto 1) relativo al Metodo A) nel predetto allegato si afferma che "*la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia*" al successivo punto 3), in apparente contraddizione, si prevede che "*Tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore*" e la differente espressione linguistica scelta nel comma 3 che ribadisce sconti *superiori* e non cita più quelli *pari alla soglia* genera il dubbio in merito alla sorte dell'offerta con ribasso pari alla soglia di anomalia, se vada esclusa o vada considerata come prima offerta non anomala;

CONSIDERATO che nella citata relazione al Codice, il Consiglio di Stato sottolinea che il predetto articolo *rispecchia la disciplina già contenuta nell'art. 1, comma 3, ultimo periodo, del decreto-legge n. 76/2020, che diviene, con la disposizione in esame, disciplina a regime e non più transitoria, anche con riferimento all'estensione della portata applicativa a tutte le ipotesi in cui le offerte ammesse siano, come sopra ricordato, almeno cinque*";

CONSIDERATO, inoltre, che la stessa Relazione illustrativa, a titolo esemplificativo, riporta il seguente esempio: "*Per quanto concerne il Metodo A, date le 15 offerte ammesse alla gara, vengono accantonate le 2 offerte di minor ribasso e le 2 offerte di maggiore ribasso (ovvero le offerte delle imprese A, B, O, P) per calcolare la somma e la media, rispettivamente pari a 110,00% e 10%. Dalle cinque offerte non accantonate con ribasso superiore alla media, viene calcolato lo scarto aritmetico medio, pari a 3%.*"



*Siccome il numero di offerte ammesse alla gara è pari a 15, si individua la soglia di anomalia aggiungendo alla media lo scarto aritmetico medio decrementato dello 0%, dove tale valore percentuale è ottenuto moltiplicando fra loro la prima e la seconda cifra decimale della somma delle offerte non accantonate (ovvero $0 \times 0 = 0$). Si ottiene dunque una soglia di anomalia pari a 13%, dalla quale risulta vincitrice l'impresa K con un ribasso di aggiudicazione pari a 12%. Vengono escluse le imprese con offerte **pari o superiori** alla soglia di anomalia, cioè le imprese L, M, N, O, P."*

RITENUTO quindi che un'interpretazione sistematica della normativa non induce a rintracciare la volontà del legislatore di compiere un'inversione di tendenza nelle modalità applicative dell'istituto ma al contrario, come sottolineato più volte nella relazione di accompagnamento, si coglie l'intento di salvaguardare la continuità con la previgente normativa;

RITENUTO che, l'offerta che presenta un ribasso percentuale pari alla soglia di anomalia, calcolata dalla stazione appaltante secondo il metodo prescelto, andrà esclusa automaticamente insieme alle offerte di ribassi superiori, come avveniva in costanza della disciplina previgente.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che nel caso di specie l'operato della stazione appaltante sia corretto e conforme alla normativa vigente.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 novembre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente