

Anac: per il sottosoglia, il Decreto Semplificazioni prevale sulle norme ordinarie

2 Febbraio 2022

Con delibera n. 4 del 12 gennaio 2022, nell'ambito di un procedimento di precontenzioso avviato da un'impresa di costruzioni, l'ANAC ha affermato che la disciplina derogatoria contenuta nell'art. 1 del D.L. n. 76/2020 (cd "Decreto Semplificazioni", convertito in legge n. 120 del 2020), **prevale sulla disciplina dei contratti sotto soglia** prevista dall'articolo 36 del D.lgs. n. 50/2016, dichiarando – con speciale riferimento all'esclusione automatica delle offerta anomale – la **sostituzione automatica della clausole della legge di gara incompatibili con le previsioni del Decreto.**

Nel particolare caso di specie, l'impresa istante contestava, nell'ambito della gara indetta dalla S.A. (un'impresa pubblica operante nei settori speciali), la legittimità della scelta di **non procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale**, secondo quanto previsto **dall'art. 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020** (cd "Decreto Semplificazioni", convertito in legge n. 120 del 2020). Tale norma, infatti, per le procedure negoziate di importo inferiore alle soglie UE, dispone, fino al 30 giugno 2023 (termine così prorogato dal successivo Decreto "Semplificazioni-bis", D.L. n. 77/2021, conv. in l. n. 108/2021) **la mancata operatività dell'esclusione automatica nel solo caso in cui il numero delle offerte ammesse alla gara è inferiore a 5** (e non inferiore a 10 come ordinariamente previsto dall'articolo 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016) e **la sua applicabilità, invece, per il caso di numero di offerte ammesse superiore a 5.**

Secondo l'impresa istante, poiché nella procedura in questione erano state ammesse nove offerte, avrebbe dovuto procedersi all'esclusione automatica, con conseguente aggiudicazione del contratto all'operatore stesso.

A parere, invece, della S.A. – che aveva agito ai sensi dell'articolo 36, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, che, per gli acquisti di importo inferiore alla soglia comunitaria, consente alle imprese pubbliche operanti nei settori speciali di **applicare un proprio regolamento** – nella disciplina di gara era stata disposta «*l'applicazione della procedura di esclusione automatica delle offerte di cui all'articolo 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 (...)*», e in sede di gara, essendo state ammesse soltanto nove offerte, l'esclusione automatica non era stata applicata.

L'Amministrazione sosteneva quindi di non essere tenuta ad applicare l'articolo 1 del D.L. n. 76/2020, in ragione del fatto che il rinvio della *lex specialis* alle norme del Codice, costituendo volontario **autovincolo**, dovesse essere interpretato in senso restrittivo, applicando in modo rigoroso **la sola norma recepita**, ovverosia l'art. 97, comma 8, del Codice.

La *vexata quaestio*, pertanto, riguardava la possibilità di ritenere applicabile l'art. 1, comma 3 del D.L. n. 76/2020, relativa all'esclusione automatica delle offerte anomale, anche ad una procedura indetta sulla base di un regolamento interno e di una *lex specialis* richiamante la sola disciplina di cui all'articolo 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, senza contemplare espressamente anche la modifica legislativa introdotta dal Decreto Semplificazioni.

Devoluta la questione all'Autorità, quest'ultima ha rilevato, nella parte motiva della delibera, che, secondo l'orientamento interpretativo prevalente ed in corso di consolidamento (menzionando, a

supporto, ampia e recente giurisprudenza), la disciplina speciale dettata dal D.L. n. 76/2020 (convertito in legge n. 120 del 2020) **prevale sulla disciplina dei contratti sottosoglia prevista dall'articolo 36 del d.lgs. n. 50/2016, integrando e sostituendo le previsioni della *lex specialis* con essa incompatibili**, anche con riguardo a quelle in tema di verifica dell'anomalia.

L'Autorità ha quindi ritenuto di **aderire a tale orientamento**, spiegando che, nell'adottare la disciplina derogatoria di cui al D.L. n. 76/2020, il legislatore ha inteso privilegiare la **maggiore celerità nella definizione delle procedure ad evidenza pubblica**, allo scopo di agevolare la rapidità dell'erogazione delle risorse pubbliche per sostenere l'economia in un periodo emergenziale.

In quest'ottica, quindi, si inserisce anche la scelta di prevedere (al comma 3 dell'art. 1), l'adozione di soluzioni meccaniche per snellire alcune fasi procedurali, come nel caso del giudizio di anomalia. Si tratta di una previsione derogatoria, giustificata dall'esigenza di far fronte ad una congiuntura economica resa particolarmente difficile dalla pandemia.

Conseguentemente - chiarisce l'Autorità - **la deroga riguardante il numero minimo di offerte ammesse** necessario per fare scattare l'obbligo di esclusione automatica **ha natura imperativa e, pertanto, sostituisce di diritto la clausola del bando difforme**.

Per tali ragioni, l'ANAC ha stabilito che, nella vicenda esaminata, nonostante gli atti della gara in commento richiamino il solo art. 97 del Codice (temporaneamente "quiescente", fino al 30 giugno 2023), la S.A. è comunque tenuta ad applicare la disciplina contenuta nel D.L. n. 76/2020, vigente al momento dell'indizione della procedura e, in particolare, quella relativa all'esclusione automatica delle offerte anomale.

Infatti, il rinvio della *lex specialis* all'articolo 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, dev'essere inteso come effettuato **alla disposizione in vigore al momento dell'indizione della gara**, ossia quella risultante dalla modifica normativa introdotta dal Decreto Semplificazioni.

In conclusione, secondo l'Autorità la S.A. ha agito illegittimamente laddove ha omesso di dare attuazione all'art. 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020, non applicando l'esclusione automatica delle offerte anomale in una procedura di gara che prevedeva un numero di partecipanti superiore a cinque.

Fonte:ANCE

[Parere_Precontenzioso_4_2022649](#)