

Il calcolo dell'anomalia dell'offerta nel sistema di aggiudicazione del prezzo più basso

di Margherita Galletti

Data di pubblicazione: 26-8-2018

1. Anche con la nuova disciplina dettata dall'art. 97, comma 2, lett. a), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel caso in cui il sistema di aggiudicazione è quello del prezzo più basso il taglio delle ali per verificare l'anomalia dell'offerta va effettuato secondo il c.d. criterio del blocco unitario (detto anche criterio relativo), cioè procedendo all'accorpamento delle offerte di egual valore vuoi che si collochino al margine delle ali, vuoi che si collochino all'interno delle stesse, e non con il cd. criterio assoluto, tenendo cioè conto di tutte le offerte presenti all'interno delle ali singolarmente considerate.

In senso conforme: Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2018, n. 3821; Cons. Stato, Ad. Plen. 19 settembre 2017, n. 5.

In senso difforme: *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2014, n. 4429.

Guida alla lettura

Il Consiglio di Stato torna nuovamente, con la sentenza in esame, sul tema del calcolo dell'offerta anomala nel sistema di aggiudicazione del prezzo più basso aderendo all'indirizzo espresso dall'Adunanza Plenaria 5/2017.

La problematica riguarda l'ipotesi in cui all'interno delle offerte da escludere dal calcolo del valore dell'anomalia, mediante lo strumento del taglio delle ali, che consente di non includere le offerte recanti rispettivamente un maggiore ed un minore ribasso rispetto ai valori medi di ribasso offerti in sede di gare, vi siano offerte dello stesso valore. Con riferimento in particolare a queste ultime si è posta la questione se, debbano essere computate atomisticamente, o se invece devono essere considerate come un'unica offerta (c.d. blocco unitario), posto che in tale ultimo caso si paleserebbe l'eventualità di una possibile esclusione di un numero di offerte superiore alla percentuale del 10 % delle offerte di maggiore o minor ribasso. Trattasi di un dibattito ben noto ed oggetto di contrasti giurisprudenziali.

Secondo un primo orientamento ogni offerta deve essere considerata una ad una (c.d. criterio assoluto) in quanto una soluzione differente comporterebbe il superamento del limite del 10% fissato dal legislatore nel nuovo art. 97 Dlgs 50/2016.

A questo orientamento si è contrapposto un indirizzo ermeneutico diverso, seguito dall'Adunanza Plenaria, secondo cui le offerte identiche devono essere considerate come un'offerta unica, c.d. criterio unitario. Tale soluzione è idonea ad ostacolare le condotte collusive in sede di formulazione delle percentuali di ribasso ed in particolare ad evitare che medesimi ribassi possano limitare l'utilità dell'accantonamento ed ampliare in modo eccessivo la base di calcolo delle medie di gara.

Nella sentenza in esame l'appellante sostiene che alla luce della formulazione letterale della norma contenuta nell'art. 97, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 (diversa rispetto a quella dell'art. 86 d.lgs. n. 86 del 2016) e della sua ragione giustificatrice, la soluzione accolta dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2017 vada rimodulata, venendo meno le esigenze che avevano portato a un'interpretazione teleologicamente orientata - non vi sarebbe ragione per non privilegiare ora il prioritario criterio letterale, alla cui stregua – in conformità al c.d. *criterio assoluto* – ogni offerta caratterizzata da identico ribasso andrebbe computata, ai fini del taglio delle ali, singolarmente e non (più) cumulativamente.

Il Collegio rigetta tale tesi, evidenziando che la regola del c.d. *blocco unitario* continui a trovare applicazione anche nel vigore del *Codice degli appalti pubblici* del 2016. In particolare, tale criterio appare convergente alla medesima *ratio* antiturbativa, la cui rilevanza non è diminuita nel nuovo complesso meccanismo introdotto dalla novellata disciplina dell'art. 97 del Codice in tema di esclusione automatica.

Nel silenzio del d.lgs. n. 50 del 2016 il miglior criterio ermeneutico, anche per esigenze di sicurezza giuridica, risulta dunque essere, fino a dimostrazione di una volontà contraria del legislatore, l'orientamento della consolidata giurisprudenza con i conseguenti presidi di funzionalità, efficienza, trasparenza e concorrenzialità dei procedimenti di evidenza pubblica.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1963 del 2018, proposto da

Atac Civitanova s.p.a. unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Leonardo Archimi, Sara Sileoni, con domicilio digitale

come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Matteo Oresti in Roma, via Guido D'Arezzo, 2;

contro

Impresa Edumol Costruzioni e Impianti di Molinaro Eduardo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Cesaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Monte Santo, 25;

nei confronti

Edilwal Costruttori s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Strano, Enrico Gai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luigi Strano in Roma, via degli Scipioni 288;

Rbn Engineering s.r.l. non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 00157/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Impresa Edumol Costruzioni Impianti di Molinaro Eduardo e di Edilwal Costruttori s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2018 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Sara Sileoni, Luigi Cesaro e Luigi Strano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Viene in decisione l'appello proposto dalla ATAC Civitanova s.p.a. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche n. 157/2018, pubblicata in data 28 febbraio 2018, che ha accolto il ricorso proposto dall'impresa Edumol avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva alla società Edilwal della procedura indetta dalla stessa ATAC per l'affidamento dell'appalto dei lavori di rifacimento del collettore fognario di fondovalle Montecosaro-Civitanova Marche.

2. L'oggetto del contendere riguarda la legittimità del calcolo dell'anomalia effettuato dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 97, comma 2, lettera a) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella

misura in cui il taglio delle ali è stato effettuato tenendo conto di tutte le offerte presenti all'interno delle ali singolarmente considerate, non procedendo pertanto all'accorpamento delle offerte di egual valore (cd. criterio del blocco unitario), secondo l'indicazione fornita dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5/2017 in relazione alla previgente normativa.

3. Il Tribunale amministrativo regionale ha, in particolare, ritenuto che, anche rispetto al metodo di calcolo di anomalia previsto dal d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56, non sussisterebbero ragioni per superare l'indirizzo espresso, con riferimento al previgente quadro normativo, dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5/2017.

La sentenza appellata ha conseguentemente rilevato che il taglio delle ali mediante accorpamento delle offerte uguali avrebbe determinato una diversa soglia di anomalia e l'aggiudicazione a favore della ricorrente Edumol, il cui ricorso è stato così accolto.

4. Si è costituita in giudizio la società Edumol, rappresentando le proprie ragioni difensive a contrasto delle censure dell'appellante ATAC.

5. Si è costituita in giudizio anche Edilwal, difendendo invece l'operato della stazione appaltante e rivendicando la piena legittimità dell'aggiudicazione disposta a proprio favore.

6. Alla pubblica udienza del 5 luglio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. L'appello non merita accoglimento.

8. Il ricorso solleva la questione, già oggetto di divergenti ricostruzioni interpretative nel vigore del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, (da ultimo superate dalla sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 19 settembre 2017, n. 5), della corretta procedura di determinazione della soglia di anomalia delle offerte, giusta il criterio del c.d. taglio delle ali, per le procedure da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso.

È noto che nell'alternativa tra il criterio del c.d. *blocco unitario* (c.d. *criterio relativo*, che impone di considerare, ai fini della determinazione matematica della soglia di anomalia, le offerte con identico ribasso quali offerta unica, vuoi che si collochino al margine delle ali, vuoi che si collochino all'interno delle stesse) e il c.d. *criterio assoluto* (che impone, all'incontro, la distinta considerazione delle singole offerte, pur quando caratterizzate dal medesimo ribasso) – la richiamata decisione dell'Adunanza plenaria (che peraltro non si pronuncia sulle previsioni – comunque non applicabili *ratione temporis* al caso deciso) ha preferito il primo in ragione di diversi argomenti: *a)* sia di carattere testuale (discendenti dalla comparazione del primo e del secondo periodo dell'articolo 121, comma 1, primo e secondo periodo, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, dal cui confronto emerge la distinzione tra le offerte intermedie, escluse dal "taglio delle ali" – per le quali opera il c.d. *criterio assoluto* – e le offerte estreme o marginali, interessate dal "taglio delle ali", per le quali opera invece il c.d. *criterio relativo*); *b)* sia di carattere sistematico (connesse alla finalità complessiva di salvaguardare l'interesse pubblico al corretto svolgimento delle gare e a prevenire manipolazioni delle gare e dei relativi esiti, ostacolando condotte collusive in sede di formulazione delle percentuali di ribasso).

9. La tesi dell'appellante assume che, alla luce della formulazione letterale della norma ora contenuta nell'art. 97, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 (diversa rispetto a quella dell'art. 86 d.lgs. n. 86 del 2016) e della sua ragione giustificatrice, la soluzione accolta dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2017 vada rimodulata, venendo meno (con il nuovo *Codice degli appalti pubblici* e la corrispondente attenuazione dei rischi di manipolazione della gara derivanti da non prevedibilità del metodi di calcolo della soglia di anomalia), le esigenze che avevano portato a un'interpretazione teleologicamente orientata: sicché non vi sarebbe ragione per non privilegiare ora il prioritario criterio letterale, alla cui stregua – in conformità al c.d. *criterio assoluto* – ogni offerta caratterizzata da identico ribasso andrebbe computata, ai fini del taglio delle ali, singolarmente e non (più) cumulativamente.

10. Detta conclusione muove, in particolare, da un duplice e convergente tratto argomentativo:

a) per un verso (in negativo) l'abrogazione dell'art. 121 d.P.R. n. 207 del 2010 avrebbe caducato il solo riferimento positivo e testuale al *criterio assoluto*, così esprimendo un'intenzione del legislatore nei sensi della innovazione;

b) per altro verso (e in positivo), l'introduzione di una regola anticollusiva e proconcorrenziale (incentrata sulla estrazione a sorte tra più, alternativi criteri di individuazione dell'anomalia e sulla consequenziale "incalcolabilità" preventiva ad opera delle imprese concorrenti) avrebbe eliso la forza e la concludenza dell'argomento teleologico.

11. La tesi in esame non merita condivisione.

12. Devono, al riguardo, richiamarsi le considerazioni sulla base delle quali questa Sezione (cfr. Cons. Stato, V, 21 giugno 2018, n. 3821) ha già evidenziato che la regola del c.d. *blocco unitario* continui a trovare applicazione anche nel vigore del *Codice degli appalti pubblici* del 2016.

12.1. Anzitutto, è manifesto che l'abrogazione dell'art. 121 è coerente con la sostituzione del *Codice dei contratti pubblici* di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 con il d.lgs. n. 50 del 2016, non accompagnata da una disciplina secondaria esecutiva ed attuativa (a quella preferendo ora la legge il sistema delle linee guida): il che rende l'abrogazione indifferente rispetto al criterio in esame. Del resto, la citata disposizione regolamentare si limitava ad esplicitare una regola logica che la giurisprudenza amministrativa aveva ricavato dal sistema normativo ancor prima della sua introduzione.

12.2. A sua volta, l'introduzione di altri strumenti anticollusivi non vale, di suo, a dare per superate le esigenze a suo tempo ritenute da Cons. Stato, Ad. plen., 19 settembre 2017, n. 5 che privilegiano, perché più confacente allo scopo, il c.d. *criterio assoluto*. Per quanto alla luce della normativa sopravvenuta, appaia meno facile figurare – mediante l'indebito concordamento delle modalità di formalizzazione delle offerte – un'alterazione anticoncorrenziale della determinazione della soglia di anomalia, resta comunque che il criterio del blocco unitario appare convergente al medesimo scopo, la cui rilevanza non è diminuita nel nuovo contesto (nel senso che *"la condivisibile ratio 'antiturbativa' non [possa] considerarsi venuta meno solo per effetto del complesso meccanismo introdotto dalla novellata disciplina*

dell'art. 97 del Codice in tema di esclusione automatica", cfr., parere 361/2018 della Commissione speciale di questo Consiglio di Stato sull'aggiornamento, in parte qua, delle linee guida ANAC).

12.3. Piuttosto – nel silenzio del d.lgs. n. 50 del 2016 – miglior criterio ermeneutico, anche per basilari esigenze di sicurezza giuridica, appare il mantenere, fino a dimostrazione di una volontà contraria del legislatore, l'orientamento della consolidata giurisprudenza e con essa gli acquisiti presidi di funzionalità, di efficienza, di trasparenza e concorrenzialità dei procedimenti di evidenza pubblica.

13. Tali considerazioni di ordine logico e sistematico impongono dunque di interpretare l'art. (art. 97, comma 2, lett. a) d.lgs. n. 50 del 2016, coerentemente con la *ratio legis* e, dunque, in senso sostanziale e non meramente formale o letterale, dovendosi quindi ritenere che il termine "offerte" di maggiore o minore ribasso contenuto nella suddetta norma vada inteso in senso logico e non in senso numerico.

14. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello deve, pertanto, essere respinto.

La novità della questioni di diritto esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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