

N. 00005/2017REG.PROV.COLL.

N. 00003/2017 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3 di A.P. del 2017, proposto dalla Costruzioni Cinquegrana S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Rallo e Michele Lopiano, con domicilio eletto presso lo studio Claudio Petrucci in Roma, via Polonia, 7

contro

Azienda Ospedaliera Padova, Regione Veneto, non costituite in giudizio

nei confronti di

Impresa Ing. Leopoldo Castelli S.p.a., non costituita in giudizio

per la riforma della sentenza in forma semplificata del T.A.R. del Veneto, Sezione III, n. 1089/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2017 il Cons. Claudio Contessa e udito l'avvocato Rallo per l'appellante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

L'odierna appellante Cinquegrana Costruzioni s.r.l. ha preso parte alla gara, indetta dall'Azienda Ospedaliera di Padova con bando del 30 marzo 2016, per l'affidamento dei lavori di manutenzione biennale delle opere edili ed affini dei fabbricati della stessa Azienda, con importo a base d'asta pari ad euro 4.120.000,00.

Il criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante era quello del prezzo più basso, previa esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, ai sensi degli artt. 86, comma 1, e 122, comma 9, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (ratione temporis applicabile all'intera vicenda per cui è causa), ragione per cui l'aggiudicazione doveva essere disposta in favore dell'offerta collocata immediatamente al di sotto della soglia di anomalia e, cioè, alla prima offerta non anomala.

Alla gara partecipavano 346 concorrenti.

Per quanto rileva ai fini del presente giudizio, con il verbale n. 8 del 31 maggio 2016, la Commissione di gara, dopo aver proceduto all'apertura delle offerte economiche, rilevava l'avvenuta presentazione di 344 offerte valide.

Essa dunque elencava in ordine crescente i ribassi e procedeva poi all'esclusione del dieci per cento delle offerte presentate, ai fini di cui al comma 1 dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163 del 2006, cit. (si tratta delle 34 offerte recanti rispettivamente il maggiore e il minore ribasso percentuale).

Partendo dalla media aritmetica dei ribassi percentuali delle offerte escluse dal 'taglio delle ali' (28,436) e applicando lo scarto medio aritmetico dei ribassi (1,686), per come previsto dall'art. 86, comma 1, del decreto legislativo n. 163 del 2006, la Commissione di gara determinava inizialmente la soglia di anomalia nel valore di 30,122 ed aggiudicava la gara, in via provvisoria, all'appellante Costruzioni Cinquegrana s.r.l., la quale esponeva un ribasso del 30,111 per cento (risultando in un primo momento la prima delle offerte non anomale).

Seconda graduata risultava Innova Costruzioni s.r.l., con il ribasso del 30,102 per cento, e terza l'Ing. Leopoldo Castelli s.p.a., con il ribasso del 30,087 per cento.

Con il successivo verbale n. 9 del 15 giugno 2016, tuttavia, la Commissione rilevava, su segnalazione della Ing. Leopoldo Castelli s.p.a., che all'interno dell'ala dei maggiori ribassi sarebbero state conteggiate due offerte – quella dell'ing. Antonio Buono s.r.l. e quella della Rialto Costruzioni s.p.a. – che esponevano entrambe il medesimo ribasso del 39,999 per cento.

La stazione appaltante, nel condividere tale segnalazione, rilevava che, ai sensi della richiamata previsione codicistica, le due offerte in questione avrebbero dovuto essere considerate in modo unitario ai fini: i) del dimensionamento del dieci per cento delle offerte caratterizzate da maggior ribasso e ii) del conseguente computo delle medie di gara.

La stazione appaltante decideva, quindi, di annullare la precedente aggiudicazione provvisoria e procedeva a ricalcolare la soglia di anomalia, considerando le due richiamate offerte come un'unica offerta da accantonare nell'ambito della soglia del dieci per cento delle offerte aventi maggiore ribasso, prevista dall'articolo 86, comma 1 del decreto legislativo n. 163 del 2006,

In seguito all'accorpamento delle due offerte, dunque, la soglia di anomalia veniva rideterminata nella misura del 30,089 per cento, con l'esclusione della odierna appellante (risultata anomala ed esclusa in via automatica dalla gara) e con la formazione di una nuova graduatoria finale, che vedeva aggiudicataria provvisoria la Ing. Leopoldo Castelli s.p.a. la quale, come accennato, aveva offerto un ribasso del 30,087 per cento.

Infine, con la determinazione n. 662 del 24 giugno 2016, il Commissario dell'Azienda approvava gli atti di gara e aggiudicava definitivamente la stessa, per l'importo di euro 2.548.199,87, alla Ing. Leopoldo Castelli s.p.a., in luogo della precedente aggiudicataria provvisoria Costruzioni Cinquegrana s.r.l.

Quest'ultima impugnava dinanzi al T.A.R. del Veneto gli atti di gara e la nuova aggiudicazione, in epigrafe indicati, censurando le operazioni matematiche seguite dalla stazione appaltante in sede di ricalcolo della soglia di anomalia.

La ricorrente deduceva in primo grado due distinte censure.

Con la prima, in particolare, lamentava la violazione dell'articolo 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010, relativo al c.d. "taglio delle ali", per avere la Commissione aggiudicatrice considerato in modo unitario, anziché atomistico, le offerte di uguale valore situate all'interno dell'ala dei maggiori ribassi.

Costruzioni Cinquegrana s.r.l. sosteneva che l'accorpamento delle offerte con medesimo ribasso collocate all'interno delle 'ali' da tagliare determinasse un illegittimo ampliamento delle 'ali' medesime e il superamento del limite del dieci per cento della fascia di appartenenza (quella dei maggiori ribassi o dei minori ribassi) prevista dalla legge e dal bando e deduceva che le offerte identiche fossero da considerare come un'offerta unica (c.d. 'blocco unitario') solo nel caso in cui ricadano "a cavallo" del dieci per cento dei maggiori e minori ribassi (cc.dd. 'ali'), e non anche nel caso in cui si collochino "all'interno delle ali", poiché per le offerte situate all'interno delle 'ali' opera il c.d. 'criterio assoluto' che impone la considerazione distinta delle singole offerte, pur se aventi il medesimo ribasso.

Con una seconda censura, infine, Cinquegrana Costruzioni s.r.l. deduceva che la Commissione di gara non potesse tornare sui propri passi, avendo già esaurito i propri compiti con l'adozione della (prima) aggiudicazione provvisoria e che fosse, inoltre, mancata la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento d'ufficio dell'originaria aggiudicazione provvisoria.

Si costituivano nel primo grado del giudizio la stazione appaltante e la controinteressata Ing. Leopoldo Castelli s.p.a., sostenendo la correttezza delle operazioni di gara e precisando che l'operato dell'Amministrazione – che aveva accorpato, cioè considerato come un'offerta unica, due offerte aventi il medesimo valore di ribasso all'interno delle ali – risultasse conforme alla più recente giurisprudenza amministrativa in materia, oltre che al pertinente paradigma normativo di riferimento.

Il T.A.R. per il Veneto, con la sentenza n. 1089 del 29 settembre 2016 resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., ha respinto entrambi i motivi di ricorso e ha compensato le spese di lite per la complessità delle questioni esaminate.

Quanto al primo motivo, il T.A.R. per il Veneto, che ha richiamato la più recente giurisprudenza – di cui si dirà – di questo Consiglio, ha ritenuto che le offerte con uguale ribasso, sia quando si collochino all'interno delle ali (ovvero nel dieci per cento delle offerte con maggior ribasso o in quello delle offerte con minor ribasso), sia quando si trovino a cavallo di esse, devono essere sempre accorpate e considerate come "un'unica entità economica", «per cui devono essere non solo accantonate, ma anche conteggiate come una sola entità (con conseguente possibilità per la stazione appaltante di scartare, ai fini dell'individuazione della soglia di anomalia, un numero di offerte superiore al 10 per cento dei maggiori o minori ribassi), essendo di carattere generale la finalità di evitare che identici ribassi, a cavallo o all'interno delle ali, limitino l'utilità dell'accantonamento e amplino

eccessivamente la base di calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico, rendendo inaffidabili i risultati» (pagg. 8-9 della sentenza impugnata).

Quanto al secondo motivo, infine, il T.A.R. ha rilevato che la funzione della Commissione di una gara di appalto si esaurisce soltanto con l'approvazione del proprio operato da parte degli organi competenti dell'amministrazione appaltante e, cioè, con il provvedimento di c.d. aggiudicazione definitiva e che, nel periodo intercorrente tra tali atti, sussiste comunque il potere della Commissione stessa di riesaminare, nell'esercizio del potere di autotutela, il procedimento di gara già espletato, anche riaprendo il procedimento di gara per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi (v., sul punto, Cons. Stato, IV, 5 ottobre 2005, n. 5360).

Secondo i primi Giudici, i principi di pubblicità e trasparenza, che devono presiedere allo svolgimento delle pubbliche gare, sono stati nel caso di specie rispettati, risultando in atti che la ricorrente avesse ricevuto a mezzo PEC l'avviso di convocazione della seduta di gara durante la quale è stata rideterminata la soglia di anomalia e si è dato corso a una nuova aggiudicazione provvisoria (pag. 9 della sentenza impugnata).

Avverso tale sentenza ha proposto appello Cinquegrana Costruzioni s.r.l., la quale ha lamentato l'erroneità della pronuncia per avere i primi Giudici disatteso le due censure sopra ricordate – che ha quindi riproposto – e ne ha chiesto, previa sospensione, la riforma, con conseguente annullamento degli atti impugnati in primo grado e aggiudicazione della gara in proprio favore.

Non si sono costituite né l'Amministrazione appellata né la controinteressata, aggiudicataria della gara.

Con l'ordinanza n. 5641 del 15 dicembre 2016 la Terza Sezione di questo Consiglio, pur ritenendo che la questione circa il calcolo della soglia di anomalia non fosse del tutto sprovvista di fumus boni iuris e che essa dovesse costituire oggetto di maggiore approfondimento nel merito, ha tuttavia respinto la domanda di sospensione della sentenza impugnata alla luce di un ragionevole bilanciamento tra i contrapposti interessi e ha fissato, per la trattazione del merito, l'udienza pubblica del 2 marzo 2017.

Con ordinanza 13 marzo 2017, n. 1151 la medesima Terza Sezione, dopo aver ricostruito in modo ampio e dettagliato gli aspetti della questione e ravvisando obiettivi dubbi in ordine alla corretta interpretazione del comma 1 dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e del comma 1 dell'articolo 121 del d.P.R. 207 del 2010, ha rivolto a questa Adunanza plenaria (articolo 99 del cod. proc. amm.) i seguenti quesiti:

a) se nel calcolo del 10 per cento delle offerte aventi maggiore e/o minore ribasso, ai sensi dell'articolo 86, comma 1, del decreto legislativo n. 163 del 2006, occorra computare tutte le offerte aventi medesimo valore (e, dunque, medesimo ribasso) singolarmente una ad una o, invece, quale unica offerta (c.d. blocco unitario), facendo detta disposizione riferimento, letteralmente, all'esclusione del 10 per cento delle offerte aventi maggiore e minore ribasso e non dei singoli ribassi;

b) se la disposizione regolamentare dell'articolo 121, comma 1, secondo periodo, del d.P.R. n. 207 del 2010, nel prevedere che «qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del Codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia», intenda o, comunque, presupponga che le offerte aventi eguale valore rispetto a quelle da accantonare siano considerate, "accantonate" e accorpate come un'unica offerta o, invece, si limiti a prevedere solo che debbano essere escluse ("accantonate") dal calcolo della soglia di anomalia le

offerte che, pur non rientrando nella quota algebrica del 10 per cento, abbiano tuttavia eguale valore rispetto a quelle da accantonare e cioè, per logica necessità, a quelle situate al margine estremo delle ali (c.d. offerte a cavallo).

Alla pubblica udienza del 24 maggio 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione di questa Adunanza plenaria il ricorso in appello proposto dalla società Costruzioni Cinquegrana s.r.l., attiva nel settore delle costruzioni (la quale aveva partecipato alla gara di appalto indetta dall'Azienda Ospedaliera di Padova per l'aggiudicazione di alcuni lavori di manutenzione degli immobili dell'Azienda e si era classificata inizialmente al primo posto – salvo poi essere scavalcata ed esclusa a seguito della rideterminazione della soglia di anomalia -), avverso la sentenza del T.A.R. del Veneto con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui la stazione appaltante

– ha disposto l'accantonamento di ulteriori offerte nell'ambito del c.d. 'taglio delle ali' (comma 1 dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163 del 2006);

– ha conseguentemente rideterminato la soglia di anomalia;

– ha quindi escluso l'appellante (in un primo momento aggiudicataria) la cui offerta, a seguito di tale rideterminazione, risultava essere anomala.

2. Come emerge dalla narrativa, la principale quaestio iuris sottoposta al Collegio consiste nello stabilire se, nell'effettuare il c.d. 'taglio delle ali', propedeutico al calcolo delle medie e alla determinazione della soglia di anomalia (ai sensi del comma 1 dell'articolo 86 del previgente 'Codice dei contratti' e ai sensi del comma 1 dell'articolo 121 del relativo Regolamento di esecuzione ed attuazione), l'amministrazione debba considerare come 'offerta unica' (c.d. 'blocco unitario')

– soltanto le offerte con eguale ribasso che si trovino 'a cavallo' delle ali da tagliare;

– ovvero anche le offerte con eguale ribasso che si collochino all'interno delle ali.

3. Fatto salvo quanto in appresso si dirà, fra i principali argomenti a sostegno della tesi dell'appellante (maggioritaria in giurisprudenza sino a tempi piuttosto recenti ma attualmente minoritaria) si possono richiamare i seguenti:

i) non è in via generale condivisibile un'opzione volta ad ampliare l'ambito applicativo del criterio del dieci per cento, che risulta fissato in via generale dal Legislatore (in tal senso: Cons. Stato, V, sent. 4429 del 2014);

ii) la *litera legis* (comma 1 dell'articolo 86, cit.) sembra deporre nel senso che – salvo espresse previsioni di legge – le offerte recanti un identico ribasso debbano essere valutate in modo distinto (c.d. 'criterio del blocco assoluto');

iii) l'unica possibile eccezione all'insuperabilità del criterio del dieci per cento è rappresentata dall'ipotesi in cui le due offerte identiche siano poste 'a cavallo' del margine delle ali (in tal senso: Cons. Stato, V, sent. 3953 del 2012).

Agli argomenti a sostegno di tale orientamento l'ordinanza di rimessione (la quale ne condivide gli assunti conclusivi) aggiunge alcuni ulteriori argomenti fra i quali (fermo quanto in appresso si dirà) si possono qui richiamare:

iv) il fatto che la 'sterilizzazione' di un maggior numero di ribassi identici non appare ex se idonea ad impedire accordi collusivi o la valorizzazione di offerte inaffidabili, in quanto operatori in mala fede ben potrebbero sortire il medesimo effetto presentando offerte diversificate fra loro in modo infinitesimale;

v) il fatto che il comma 1 dell'articolo 121, cit. non richiama alcun 'accorpamento' ma si limita – diversamente – a disporre l'accantonamento di offerte identiche a quelle già accantonate.

3.1. Fra i principali argomenti a sostegno della diversa tesi sostenuta dal T.A.R. del Veneto (e attualmente maggioritaria nella giurisprudenza di questo Consiglio) si possono richiamare:

i) il diffuso orientamento volto ad ostacolare e a prevenire la presentazione di ribassi di identico ammontare (in quanto potenzialmente volti ad alterare le medie di gara e a renderne inaffidabili gli esiti);

ii) il disposto letterale del comma 1 dell'articolo 121 del d.P.R. 207 del 2010 (il quale non sembra aver differenziato l'ipotesi in cui i ribassi di identico ammontare siano collocati 'a cavallo' delle ali, ovvero al loro interno – in tal senso: Cons. Stato, V, sent. 2813 del 2015 -);

iii) l'insussistenza di un principio legale che sancisca l'insuperabilità 'fisica' del dieci per cento delle offerte oggetto di accantonamento e quindi la fisiologica possibilità che l'accantonamento riguardi un numero di offerte superiore al venti per cento di quelle presentate;

iv) il fatto che le medesime ragioni sistematiche che hanno indotto ad estendere l'accantonamento alle offerte identiche poste 'a cavallo' delle ali depongono altresì nel senso di includervi anche le offerte poste 'all'interno' delle ali medesime (in entrambi i casi la ratio sottesa all'estensione è quella di sterilizzare la valenza statistica che può essere sortita da offerte molto lontane dai valori medi, con la conseguenza di rendere nel complesso inaffidabili la determinazione delle medie di gara e della stessa soglia di anomalia);

v) più in generale, la tendenza dell'ordinamento ad ostacolare possibili condotte collusive fra i partecipanti in sede di determinazione delle percentuali di ribasso (in tal senso: Cons. Stato, IV, sent. 2813 del 2015) e ad evitare che identici ribassi (posti sia 'a cavallo' delle ali, sia al loro interno) limitino l'utilità stessa dell'accantonamento e amplino in modo eccessivo la base di calcolo delle medie di gara, rendendo inaffidabili i relativi risultati (in tal senso: Cons. Stato, IV, sent. 818 del 2016)

4. Ad avviso del Collegio, pur dandosi atto della complessità della questione, prevalenti ragioni testuali e sistematiche depongono nel senso dell'adesione al prevalente orientamento secondo il quale, ai fini del comma 1 dell'articolo 86 del previgente 'Codice' e del comma 1 dell'articolo 121 del relativo Regolamento di esecuzione ed attuazione, le offerte di identico ammontare debbono essere accantonate sia nel caso in cui si collochino al margine delle ali, sia nel caso in cui si collochino all'interno di esse (si tratta della tesi che, sia pure con qualche inevitabile semplificazione, è stata ricondotta all'etichetta definitoria del 'criterio relativo' o del 'blocco unitario').

5. Va premesso al riguardo che non si ritiene di desumere alcun argomento (a favore o contro la tesi in parola) dalle previsioni di cui al nuovo 'Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile

2016, n. 50), il quale – come è noto – detta una disciplina in tema di determinazione delle soglie di anomalia diversa rispetto a quella del previgente ‘Codice’ e non reca una disposizione analoga a quella del comma 1 dell’articolo 121 del previgente ‘Regolamento’.

Potrebbe lungamente disquisirsi in ordine al se tale scelta normativa sia idonea ad arrecare elementi di convincimento in relazione alla questione qui controversa (palesando, a seconda dei punti di vista, elementi di continuità o di discontinuità rispetto al recente passato).

Il Collegio ritiene tuttavia che l’oggettiva opinabilità dei risultati che potrebbero trarsi dall’esegesi fondata sul nuovo ‘Codice’ del 2016 (pacificamente non applicabile alla vicenda per cui è causa) induca a ritenere tale corpus normativo del tutto irrilevante ai fini della presente decisione.

Per le medesime ragioni, il Collegio ritiene non rilevanti ai fini del decidere le osservazioni svolte al punto 11.3 dell’ordinanza di rimessione in ordine al disposto di cui al ‘nuovo’ articolo 197, comma 2, relativo al sorteggio dei criteri matematici volti a determinare la soglia di anomalia.

6. Ad avviso del Collegio militano in favore dell’adesione alla tesi del c.d. ‘blocco unitario’ elementi di carattere testuale e di carattere teleologico.

7. Un primo argomento di carattere testuale è desumibile dal secondo periodo del comma 1 dell’articolo 121 del previgente ‘Regolamento’ secondo cui – come si è già accennato – “qualora nell’effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all’articolo 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia”.

E’ evidente al riguardo come la disposizione in esame sancisca il generalizzato obbligo di accantonare le offerte che presentino identico valore rispetto ad altre oggetto di accantonamento e che la stessa non legittimi (se non all’esito di complesse operazioni logiche che non rinvergono agevole conforto nella disposizione in questione) un’interpretazione volta a limitare l’accorpamento alla sola ipotesi di offerte collocate ‘al margine’ dell’ala e ad escluderlo nel caso di offerte collocate ‘all’interno’ dell’ala medesima.

Non sembra quindi sussistere in radice (e già dal punto di vista letterale) il dubbio interpretativo richiamato ai punti da 9.1 a 9.5 dell’ordinanza di rimessione.

Al riguardo ci si limita ad osservare che la richiamata disposizione regolamentare declina in modo adeguato la previsione primaria di riferimento (i.e.: il comma 1 dell’articolo 86 del previgente ‘Codice’) e che ne attua in modo coerente le previsioni e la complessiva ratio di fondo.

Sul punto ci si soffermerà nel prosieguo della presente decisione, laddove si esaminerà la corretta interpretazione da riconoscere alla locuzione “offerte” contenuta nella disposizione primaria da ultimo richiamata.

8. Un secondo argomento di carattere testuale che depone nel medesimo senso è desumibile dalla comparazione fra il primo e il secondo periodo del più volte richiamato articolo 121.

In particolare:

– il primo periodo (secondo cui “ai fini della individuazione della soglia di anomalia di cui all’articolo 86, comma 1 del codice, le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese distintamente nei loro singoli valori in considerazione sia per il calcolo della media aritmetica, sia per il calcolo dello

scarto medio aritmetico”) richiama, sì, in modo espresso l’applicazione di un criterio di carattere ‘assoluto’, ma si riferisce espressamente al solo caso – che qui non rileva – delle offerte diverse da quelle ‘estreme’ in relazione alle quali operare il c.d. ‘taglio delle ali’. In definitiva, il periodo in questione stabilisce che le offerte diverse da quelle interessate dal ‘taglio’ (e in relazione alle quali si opererà il computo delle medie di gara) vadano considerate in modo distinto e, per così dire, ‘atomistico’ ai fini di tale computo;

– il secondo periodo, invece (il cui testo è stato dinanzi richiamato) richiama in modo espresso l’applicazione del c.d. ‘criterio relativo’ in relazione al caso – che qui rileva – delle offerte ‘estreme’ (senza peraltro legittimare distinzioni di sorta fra il caso di offerte poste al margine e di offerte poste all’interno delle ali).

Ora, in presenza della richiamata ed evidente distinzione disciplinare, l’interprete deve ispirare la propria attività ermeneutica al principio trasfuso nel brocardo “ubi lex distinguit et nos distinguere debemus”. Occorre quindi riconoscere e mantenere l’evidente diversità disciplinare che caratterizza le due richiamate ipotesi, astenendosi dall’operare vere e proprie commistioni quali quelle proposte dalla tesi ad oggi minoritaria (la quale, a ben vedere, postula il concomitante operare sia del criterio c.d. ‘assoluto’, sia del criterio c.d. ‘relativo’ all’interno di ipotesi sotto ogni aspetto omogenee, quali quelle relative alle offerte marginali interessate dal c.d. ‘taglio delle ali’).

8.1. Del resto (anticipando qui alcune considerazioni che saranno ulteriormente sviluppate nella parte della presente decisione dedicata alle valutazioni di ordine sistematico e teleologico), è del tutto coerente che la più volte richiamata disposizione regolamentare abbia operato una distinzione fra:

– (da un lato) le offerte intermedie – escluse dal ‘taglio delle ali’ -, per le quali opera il c.d. ‘criterio assoluto’ e

– (dall’altro) le offerte estreme – interessate dal ‘taglio delle ali’ – per le quali opera invece il c.d. ‘criterio relativo’.

In particolare, la complessiva ratio sottesa all’articolo 121 è quella:

i) di evitare che offerte di contenuto identico (siano esse poste all’interno o al margine delle ali) finiscano per limitare l’utilità stessa dell’accantonamento, ampliando in modo eccessivo la base di calcolo delle medie di gara e, in ultima analisi, rendendo inaffidabili i risultati dell’operazione nel suo complesso (in tal senso, il parere dell’AVCP n. 87 dell’8 maggio 2014). Ciò giustifica pienamente una disposizione (quale l’articolo 121, cit., secondo periodo) volta a sterilizzare tutte le offerte – numericamente intese – le quali possano contribuire a determinare un tale negativo risultato e ad applicare a tal fine un criterio di carattere ‘relativo’, ma – allo stesso tempo –

ii) di consentire (una volta individuate in modo adeguato le offerte da tenere in considerazione ai fini del calcolo delle medie di gara – al netto, quindi, di quelle oggetto di accantonamento -) che alla determinazione di tali medie partecipino tutte le offerte non accantonate. Ciò giustifica pienamente una disposizione (quale l’articolo 121, cit., primo periodo) volta ad ammettere che tutte le offerte ‘intermedie’, residue dal c.d. ‘taglio delle ali’ e quindi collocate in un’area di complessiva affidabilità possano contribuire a determinare le medie di gara attraverso l’applicazione di un criterio di individuazione ‘assoluto’.

8.2. Restando sugli aspetti di carattere testuale il Collegio ritiene di non poter condividere l’argomento, pur plausibile e motivato, contenuto al punto 10 dell’ordinanza di rimessione, secondo cui il più volte richiamato articolo 121 non contemplerebbe alcun ‘accorpamento’ delle offerte aventi

identico valore in un'unica offerta, limitandosi piuttosto a richiamare il semplice accantonamento di eventuali offerte di ammontare identico a quelle già accantonate.

Al riguardo si osserva che la questione non deve essere affrontata nei suoi aspetti terminologici e definitivi, ma secondo un'ottica di carattere sostanziale. E se questo è il corretto angolo visuale attraverso cui esaminare la questione, ne risulta che la locuzione 'accorpamento' non costituisce altro, se non una formulazione (senz'altro sintetica e in parte a-tecnica ma nondimeno chiara nei suoi connotati di fondo) volta ad indicare l'obbligo ex lege di accomunare nell'accantonamento le offerte caratterizzate da identici ribassi.

9. In favore della tesi qui condivisa militano inoltre numerosi argomenti di carattere sistematico, che sono stati peraltro posti in rilievo da un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale

9.1. In primo luogo, come lealmente rilevato in sede di ordinanza di rimessione, l'orientamento qui condiviso risulta maggiormente idoneo a 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 (in tal senso – ex multis -: Cons. Stato, V, 8 giugno 2015, n. 2813)

9.2. E' stato altresì osservato (e in modo parimenti condivisibile) che l'approccio volto a riguardare le offerte identiche poste all'interno (o al margine) delle ali come un'offerta unica contribuisca a conseguire la finalità, di interesse generale, di evitare che identici ribassi possano limitare l'utilità dell'accantonamento ed ampliare in modo eccessivo la base di calcolo delle medie di gara, in tal modo rendendo inaffidabili i relativi risultati (in tal senso – ex multis -: Cons. Stato, IV, 29 febbraio 2016, n. 818).

La sentenza da ultimo richiamata ha condivisibilmente precisato che, se la ratio sottesa ai richiamati articoli 86 e 121 è quella di 'sterilizzare' (attraverso il noto meccanismo dell'accantonamento) la valenza di offerte dal contenuto 'estremo' (e in quanto tali tendenzialmente inaffidabili), è del tutto coerente con tale approccio coinvolgere nell'accantonamento non tanto (e non solo) un numero di offerte pari al dieci per cento del totale inteso in senso 'capitario', ma coinvolgervi un analogo ammontare di offerte intese in senso 'valoriale e numerico' (i.e.: riferendosi al valore dell'offerta in quanto tale).

Si tratta, del resto, di un'interpretazione del tutto coerente con la previsione testuale di cui al comma 1 dell'articolo 86, atteso che la locuzione ivi utilizzata ("offerte di maggior ribasso [e di] minor ribasso") può e deve essere intesa come riferita al contenuto e al valore delle offerte e non al numero assoluto di esse (inteso, come si è già detto, in senso puramente 'capitario').

9.3. La sentenza da ultimo richiamata ha altresì sottolineato (e ancora una volta in modo condivisibile) che, se l'interesse pubblico sotteso alla disciplina di settore è nel senso di selezionare l'aggiudicatario sulla base di un'offerta nel suo complesso affidabile e se a tal fine è strumentale la determinazione di soglie di anomalia depurate da un numero significativo di offerte nel complesso tendenzialmente inaffidabili, ne consegue che non sarebbe coerente con il perseguimento di tale interesse consentire che possano concorrere a tale determinazione offerte di contenuto identico ad altre collocate nell'area della potenziale inaffidabilità.

9.4. Né può ritenersi che l'adesione alla tesi qui condivisa presenti aspetti di a-sistematicità per ampliare in modo incongruo il novero delle offerte interessate dalle richiamate operazioni di sterilizzazione/accantonamento.

Si osserva in primo luogo al riguardo che, laddove ai interpreti il comma 1 dell'articolo 86 nel senso (che appare più corretto) di riferire la nozione di 'offerte' al relativo valore/contenuto (e non al relativo numero assoluto), diviene allora del tutto fisiologica la possibilità che il numero assoluto di offerte da accantonare possa essere maggiore rispetto al decimo (rectius: al quinto) di quelle in assoluto presentate.

In definitiva, la disposizione in questione (nell'interpretazione che se ne è offerta) non perviene all'effetto – non condiviso – di alterare il dimensionamento delle ali, bensì all'effetto – condiviso – di determinarne in modo esatto e congruo il dimensionamento, coerentemente con la lettera e la ratio della normativa di settore.

Si osserva in secondo luogo che la possibilità per cui l'accantonamento riguardi un numero di offerte superiore al decimo (rectius: al quinto) di quelle capitarmente presentate costituisce un'evenienza la quale, lungi dal presentare profili di a-sistematicità, risulta invece del tutto coerente con la ratio di carattere sostanziale che caratterizza la più volte richiamata previsione codicistica.

Si osserva in terzo luogo che l'obiezione trasfusa nell'ordinanza di rimessione (secondo cui l'adesione alla tesi qui condivisa finirebbe in ultima per dimensionare 'le ali' in modo diverso da quanto richiesto dal Legislatore) non costituisce altro, se non il coerente sviluppo di una premessa logico-concettuale non condivisa: quella secondo cui la nozione di 'offerte' di cui al comma 1 dell'articolo 86, cit. sarebbe riferita al numero assoluto delle offerte (inteso in senso capitario) e non al valore effettivo delle stesse (secondo la complessiva e qui condivisa ratio di sistema).

9.5. La giurisprudenza maggioritaria di questo Consiglio ha altresì osservato (ancora una volta, in base a un approccio di carattere teleologico) che l'adesione al criterio c.d. 'assoluto' potrebbe consentire ad operatori non seri di presentare una pluralità di offerte di identico e inaffidabile ribasso (ma consapevolmente contenute nel limite numerico del dieci per cento di quelle capitarmente presentate) di vanificare la ricerca – sottesa alla formulazione dell'articolo 86, cit. – di un indicatore ragionevole e attendibile della soglia di anomalia, in tal modo frustrando la ratio stessa della normativa di settore, che mira in definitiva all'individuazione del migliore contraente per la pubblica amministrazione (in tal senso, Cons. Stato, IV, sent. 818 del 2016, cit.).

9.5.1. L'ordinanza di rimessione ha obiettato sul punto che l'argomento in parola – in qualche misura – 'provi troppo', in quanto il medesimo obiettivo finale potrebbe comunque essere conseguito da operatori non seri semplicemente predisponendo numerose offerte differenziate fra loro da differenze di carattere infinitesimale (al solo scopo di sottrarsi ai rigori sottesi all'applicazione del 'criterio relativo').

L'obiezione, certamente plausibile, non induce tuttavia a trarre conclusioni diverse da quelle sin qui esposte.

Si osserva in primo luogo al riguardo che la possibilità per cui un criterio di grande rigore applicativo (e volto a contrastare fenomeni collusivi) sia esso stesso esposto al rischio di tentativi di elusione non esclude ex se la condivisibilità del criterio medesimo. I fenomeni giuridici devono infatti essere riguardati, fin dove possibile, attraverso l'angolo visuale della fisiologia e non attraverso quello della patologia.

Si osserva in secondo luogo che, anche a voler considerare l'ipotesi formulata in sede di ordinanza di rimessione, l'applicazione del c.d. 'blocco unitario' a fronte di offerte caratterizzate da differenze minime renderebbe comunque molto meno agevole il conseguimento di obiettivi collusivi rispetto a quanto sarebbe possibile a fronte della presentazione di offerte di contenuto del tutto identico.

Nel secondo caso, infatti, il concorrente che (in ipotesi) sia in grado di orientare un numero di offerte pari al dieci per cento di quelle ‘capitariamente’ in gara, avrebbe la sostanziale certezza di poter vanificare la corretta determinazione del numero di offerte da accantonare mentre nel primo caso vi sarebbe solo una probabilità in tal senso.

10. Il Collegio ritiene di riservare una notazione finale al contenuto del Comunicato dell’ANAC del 5 ottobre 2016 (recante ‘Indicazioni operative in merito alle modalità di calcolo della soglia di anomalia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso’).

Si tratta di un atto che è stato richiamato: i) sia in sede di ordinanza di rimessione (punti da 11.5 a 11.7); ii) sia nella memoria dell’appellante in data 8 febbraio 2017.

In particolare, viene qui in rilievo il passaggio del comunicato in cui (dopo aver dato atto del recente superamento del sistema normativo di cui all’articolo 121 del d.P.R. 207 del 2010 e della sua mancata riproposizione nell’ambito del nuovo ‘Codice’) l’ANAC afferma che, nel nuovo sistema normativo, “il mancato accantonamento di un’offerta identica a quella presentata da altro concorrente e accantonata per il calcolo della soglia di anomalia non produce discriminazioni fra gli operatori economici ammessi alla gara”.

In sede di ordinanza di rimessione si è affermato (punto 11.7) che le implicazioni recate dal comunicato in parola risultino rilevanti in particolare con riferimento alle gare soggette all’applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici, laddove venga sorteggiato il metodo di cui all’articolo 97, comma 2, lettera a) del medesimo ‘Codice’ (coincidente con quello di cui all’articolo 86, comma 1 del decreto legislativo n. 163 del 2006).

Nella memoria dell’appellante Costruzioni Cinquegrana si è affermato che il richiamato passaggio del recente Comunicato dell’ANAC sia riferibile anche alle vicende che – al pari di quella per cui è causa – siano sorte nella vigenza dei più volte richiamati articoli 86 e 121.

10.1. Tanto premesso, nel ribadire quanto già osservato retro, sub 5, il Collegio osserva che il contenuto del più volte richiamato Comunicato non risulti rilevante ai fini della soluzione della presente vicenda contenziosa in quanto emanato nella vigenza di un diverso sistema normativo e pertanto inidoneo a fornire dirimenti elementi in favore dell’una o dell’altra delle tesi in capo.

Si osserva poi che, pur condividendo in via generale la preoccupazione sottesa in parte qua all’ordinanza di rimessione (la quale auspica un chiarimento in ordine al regime applicabile in sede di anomalia delle offerte per le gare cui si applica il ‘nuovo’ articolo 197), nondimeno si tratta di una questione che potrà trovare adeguato componimento nelle pronunce che riguarderanno le gare indette successivamente all’entrata in vigore del decreto legislativo n. 50 del 2016.

Si osserva, infine, che è semplicemente infondata in punto di fatto l’affermazione contenuta alla pagina 3 della memoria in data 8 febbraio 2017 laddove si afferma che il Comunicato dell’ANAC del 5 ottobre 2016 farebbe riferimento anche alle gare che (al pari di quella che qui rileva) siano state indette anteriormente all’entrata in vigore del nuovo ‘Codice’.

Anche per tale ragione i pur rilevanti argomenti desumibili dal più volte richiamato comunicato non possono essere assunti a fondamento della presente decisione.

11. In base a quanto sin qui esposto, devono essere enunciati i seguenti principi di diritto, che corrispondono ai (due) quesiti articolati nell’ambito dell’ordinanza di rimessione:

1) il comma 1 dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163 del 2006 deve essere interpretato nel senso che, nel determinare il dieci per cento delle offerte con maggiore e con minore ribasso (da escludere ai fini dell'individuazione di quelle utilizzate per il computo delle medie di gara), la stazione appaltante deve considerare come 'unica offerta' tutte le offerte caratterizzate dal medesimo valore, e ciò sia se le offerte uguali si collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse;

2) il secondo periodo del comma 1 del d.P.R. 207 del 2010 (secondo cui "qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia") deve a propria volta essere interpretato nel senso che l'operazione di accantonamento deve essere effettuata considerando le offerte di eguale valore come 'unica offerta' sia nel caso in cui esse si collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse.

12. Il primo motivo di appello deve quindi essere respinto in quanto correttamente la stazione appaltante ha proceduto a rideterminare le medie di gara, avendo ritenuto che le due concorrenti che avevano offerto un identico ribasso del 39,999 per cento andassero considerate, ai fini della più volte richiamata disciplina, quale 'offerta unitaria'.

13. Il Collegio ritiene invece di rimettere alla Sezione rimettente l'esame puntuale del secondo motivo di ricorso, con il quale la Cinquegrana Costruzioni ha lamentato sotto diversi profili l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della Leopoldo Castelli s.p.a. in ragione della lamentata illegittimità della procedura di gara.

14. Per le ragioni esposte l'Adunanza plenaria, non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, respinge il primo motivo di appello e rimette per il resto la questione alla Sezione rimettente.

Spese al definitivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge il primo motivo di ricorso e rimette per il resto la questione alla Sezione rimettente.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Francesco Bellomo, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Fabio Taormina, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

IL PRESIDENTE

Alessandro Pajno

L'ESTENSORE

Claudio Contessa

IL SEGRETARIO