



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

*ex artt. 38 e 60 Cod. proc. amm.*

sul ricorso numero di registro generale 2848 del 2018, proposto da Regione Umbria, in persona del Presidente in carica *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Natascia Marsala, domiciliata in Roma, alla via Barberini, 11;

***contro***

Rillo Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi, 5;

***nei confronti***

Marinelli Costruzioni s.r.l., non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Umbria (Sezione Prima) n. 147/2018, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Rillo Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2018 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Marsala Natascia, Abbamonte Andrea;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm.;

Letto l'atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, con il quale la Regione Umbria, come in atti rappresentata difesa:

a) esponeva che, in seguito degli eventi sismici del 24 agosto 2016, aveva predisposto, in via d'urgenza, un progetto per l'urbanizzazione delle aree colpite, cui aveva fatto seguito la determinazione dirigenziale n. 13232 del 22 dicembre 2016, con cui aveva indetto apposita procedura evidenziale per l'aggiudicazione, giusta il criterio del prezzo più basso, dei necessari lavori, per la quale erano pervenute n. 276 offerte;

b) precisava che, dopo la rituale verifica della documentazione amministrativa delle imprese partecipanti, era stato ritualmente sorteggiato il metodo per la determinazione della soglia di anomalia, risultando estratto il criterio di cui all'art. 97, comma 2, lett. e) d. lgs. n. 50 del 2016 (che prevede il riferimento alla «*media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla giudicatrice o, in mancanza, dal RUP*»);

c) aggiungeva che, verificata l'integrità delle buste economiche, si era provveduto all'apertura e – essendo la soglia di anomalia risultata, giusta il rammentato criterio, pari al 25,699% – si era proceduto all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentavano una percentuale di ribasso pari o superiore alla stessa e, di conserva, alla aggiudicazione alla miglior offerta non anomala, in concreto

formulata dalla Marinelli Costruzioni s.r.l.;

d) puntualizzava che, con ricorso notificato il 7 marzo 2017, la Rillo Costruzioni s.r.l. aveva chiesto l'annullamento degli esiti della gara, sul ventilato assunto della erroneità del calcolo della soglia di anomalia operato dalla stazione appaltante: la quale – *in thesi* – avrebbe dovuto escludere soltanto ventisette delle offerte con il minor ribasso (ossia un numero di offerte pari al 10%, arrotondato all'unità superiore), dovendo, a tal fine, considerare le offerte identiche *uti singulae* e non unitariamente;

e) lamentava che – accogliendo sul punto l'articolato gravame – il Tribunale amministrativo aveva annullato la disposta aggiudicazione e, consequenzialmente, condannato essa Regione – pur riconosciuta esente da colpa – al risarcimento del danno, quantificato in complessivi € 74.320,00, a maggiorarsi di interessi e rivalutazione;

f) impugnava la detta statuizione, per violazione e falsa applicazione dell'art. 97, comma 2, lett. e) d. lgs. n. 50 del 2016, per violazione e falsa applicazione del principio di diritto affermato da Cons. Stato, Ad. plen., n. 5/2017, oltreché per malgoverno dei principi generali in punto di responsabilità risarcitoria;

Considerato che, nella resistenza di parte intimata, la causa – chiamata alla camera di consiglio del 10 maggio 2018 per la delibazione della articolata istanza cautelare – veniva assunta in decisione, giusta avviso alle parti e nella ritenuta ricorrenza dei relativi presupposti, per la immediata definizione con statuizione in forma semplificata;

Ritenuto che l'appello – che ripropone la questione, già oggetto di divergenti ricostruzioni interpretative, da ultimo superate dalla sentenza Cons. Stato, Ad. plen., n. 5/2017, 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, in forza delle considerazioni che seguono, fondato e merita di essere accolto;

Considerato 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 *criterio c.d. 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 – del *Codice degli appalti pubblici* di cui al d. lgs. n. 50 del 2016, in ordine alle quali ha evidenziato la presenza di elementi di continuità e di discontinuità) ha preferito il primo a causa di vari 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);

ritenuto, per contro, che la sentenza appellata ha tratto dalla sopravvenuta abrogazione della normativa regolamentare dell'art. 121 d.P.R. n. 207 del 2010 e dalla riformulazione, nell'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016, dell'abrogato art. 86 d.lgs. n. 163 del 2006, che, sia sul piano letterale che su quello della corrispondente ragione, la soluzione meritasse di essere rimodulata, venendo meno (con l'entrata in vigore del nuovo *Codice degli appalti* e della corrispondente attenuazione dei rischi di manipolazione della gara derivanti dalla 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 criterio c.d. assoluto – ogni offerta caratterizzata da identico ribasso andrebbe computata, ai fini del taglio delle ali, singolarmente e non (più) cumulativamente;

Ritenuto che detta conclusione, valorizzata in prime cure, muove da un duplice e convergente tratto argomentativo:

a) che, per un verso (e *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 manifestandosi una intenzione del legislatore nei sensi della sua deliberata modificazione;

b) che 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 concluzione dell'argomento teleologico;

Considerato per il Collegio la decisione merita di essere rimodulata, in quanto:

a) è, anzitutto, manifesto che l'abrogazione dell'art. 121 cit. 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, sostituzione avvenuta senza essere accompagnata da una disciplina secondaria esecutiva ed attuativa (a quella preferendo ora la legge il sistema delle *linee guida*): il che rende l'abrogazione, quanto al criterio in esame, indifferente;

b) 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., n. 5/2017 che privilegiano, perché più confacente allo scopo, il criterio c.d. 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);*

c) piuttosto – nel silenzio del d.lgs. n. 50 del 2016 – miglior criterio ermeneutico (cui sono altresì sottese, dal lato delle stazioni appaltanti, *commendevoli ragioni di certezza operativa*) appare il *conservare e preservare, fino a dimostrazione dell'espressa od implicita volontà contraria del legislatore, tutti gli acquisiti presidi di funzionalità, di efficienza, di trasparenza e concorrenzialità dei procedimenti di evidenza pubblica;*

Ritenuto che, su tali basi, l'appello merita di essere accolto, e con travolgimento della pedissequa condanna al risarcimento del danno, che trae fondamento – nell'appellata sentenza – dall'asserita illegittimità della aggiudicazione. Sicché, in riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado va definitivamente respinto;

Ritenuto che la complessità delle questioni trattate e la relativa novità della questione giustificano, di per sé, la compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Giovanni Grasso**

**IL PRESIDENTE**

**Giuseppe Severini**

**IL SEGRETARIO**