

In disparte ogni considerazione sulla natura giuridica delle “Linee guida di ANAC”, può senz’altro affermarsi che i “comunicati del Presidente dell’ANAC” hanno natura di meri pareri, privi di qualsivoglia efficacia vincolante per le stazioni appaltanti, dai quali queste ultime possono discostarsi senza dover fornire alcuna motivazione.

Ancora in materia offerte anomale: se l’accantonamento del 10% di minor ribasso e di maggior ribasso, in caso di offerte uguali nelle “ali” debba essere effettuato singolarmente oppure considerando unitariamente le offerte uguali. Sospeso il giudizio in attesa del pronunciamento dell’Adunanza Plenaria già investita della questione dalla III Sezione il 17 marzo 2017.

REPUBBLICA ITALIANA

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Umbria
(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 76 del 2017, proposto da:

Rillo Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati ...

contro

Regione Umbria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall’avvocato ...

Regione Umbria – Giunta Regionale Servizio Provveditorato Gare e Contratti e Gestione Partecipate;

nei confronti di

Marinelli Costruzioni s.r.l.;

per l’annullamento

previa sospensiva

– della determinazione dirigenziale n. 902 del 3/2/2017 della Regione Umbria Direzione Regionale Risorse Finanziarie e Strumentali Affari Generali e Rapporti con i Livelli di Governo – Servizio Provveditorato, gare e contratti e gestione partecipate recante l’aggiudicazione definitiva, alla soc. Marinelli Costruzioni srl, della gara per l’affidamento dei lavori di realizzazione dell’intervento Opere di urbanizzazione primaria per le soluzioni abitative di emergenza (SAE), ubicate in Norcia, area industriale A lotti 1-2 (Perugia) CIG: 6927795549;

– della determinazione dirigenziale n. 495 del 24/01/2017 della Regione Umbria Direzione Regionale Risorse Finanziarie e Strumentali Affari Generali e Rapporti con i Livelli di

Governo – Servizio Provveditorato, gare e contratti e gestione partecipate recante la presa d'atto dei verbali di gara e della proposta di aggiudicazione definitiva della gara sub 1;

– se ed in quanto possa occorrere della nota della Regione Umbria Giunta regionale del 7/2/2017, a firma del RUP, con la quale la Stazione Appaltante rigetta l'istanza di autotutela presentata dalla ricorrente in data 7/2/2017 e conferma la soglia dell'anomalia dell'offerta come determinata nei verbali di gara;

– dei verbali di gara delle sedute pubbliche e private del 16/1/2017, 17/1/2017, 19/1/2017, 20/1/2017 e 23/1/2017;

– di ogni ulteriore atto presupposto, conseguente e consequenziale comunque lesivo per la ricorrente;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto stipulato in attuazione dell'illegittimo provvedimento di aggiudicazione della gara nonché per la declaratoria del diritto della ricorrente al subingresso in tale contratto ovvero, in subordine, del risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Umbria;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 79, co. 1, cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2017 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1.- Con il ricorso in epigrafe Rillo Costruzioni s.r.l. impugna gli atti inerenti la gara d'appalto indetta dalla Regione Umbria ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. 50/2016 per l'affidamento delle opere di urbanizzazione primaria per le soluzioni abitative d'emergenza presso il Comune di Norcia in seguito agli eventi sismici che hanno recentemente colpito anche il territorio umbro.

Con ordinanza n. 394 del 19 settembre 2016 a firma del Capo Dipartimento della Protezione civile, la Regione Umbria è stata indicata quale soggetto attuatore delle attività preliminari all'insediamento delle soluzioni abitative d'emergenza, anche in parziale deroga alla vigente disciplina in materia di appalti pubblici (art. 5 cit. ordinanza).

Il bando è stato pubblicato sulla G.U.R.I. V Serie Speciale Contratti Pubblici n. 151 del 30 dicembre 2016 con importo a base d'asta di 3.222.326,55 euro e criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. 50 del 2016.

Alla procedura aperta hanno partecipato 265 concorrenti (tra cui l'impresa ricorrente) e il calcolo della soglia di anomalia sorteggiato dalla Commissione è risultato quello previsto dalla [lett. e\) dell'art. 97 comma 2, del D.lgs. 50/2016](#) (c.d. taglio delle ali).

Nell'individuare le offerte con minor ribasso da accantonare nella percentuale del 10 % la Commissione escludeva 28 offerte in luogo delle 27, ritenendo come unica offerta le pervenute due offerte identiche tra quelle con minor ribasso (13,2230 % proposte da Nicolaj

s.r.l. e dall'a.t.i. Impresa Edile Magnino s.r.l.) entrambe dunque accantonate nel taglio delle ali, con conseguente determinazione della soglia di anomalia nel ribasso pari a 25,699 %.

Con determinazione dirigenziale n. 902 del 3 febbraio 2017 la gara è stata definitivamente aggiudicata in favore della Marinelli Costruzioni s.r.l. con un ribasso del 25,695 % e in data 27 febbraio 2017 è stato stipulato il contratto il quale allo stato attuale risulta in gran parte eseguito (in misura dell'85 % secondo quanto risultante dagli atti di causa e rappresentato dalla difesa regionale all'udienza pubblica).

La Rillo Costruzioni, impugna il suddetto provvedimento di aggiudicazione unitamente ai verbali di gara, deducendo il seguente unico motivo di diritto:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 comma 2, lett e) del D.lgs. 50/2016 e delle "direttive" ANAC del 5.10.2016; violazione del principio di selezione della miglior offerta in tema di gare pubbliche; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento e sviamento: lamenta la Rillo Costruzioni l'erroneità del calcolo della soglia di anomalia operato dalla stazione appaltante, poiché essa avrebbe dovuto escludere soltanto 27 delle offerte con il minor ribasso, ossia un numero di offerte pari al 10 % arrotondato all'unità superiore ($265 \times 10 \% = 26,5 = 27$) dovendo considerare le pervenute due offerte identiche "*uti singulis*" ovvero idonee ad essere considerate singolarmente ai fini della percentuale di offerte da inserire nel taglio delle ali. La Commissione e la stazione appaltante non avrebbero correttamente applicato l'art. 92 (*rectius: l'art. 97*) comma secondo lett e) del nuovo Codice degli appalti pubblici approvato con D.lgs. 50 del 2016, perpetrando nell'applicazione del criterio previsto dall'art. 121 del d.P.R. 207/2010 abrogato per effetto dell'art. 217 c. 1 lett u) del citato D.lgs. 50/16. Pertanto nel caso di offerte di ugual valore, tutte dovrebbero essere considerate come offerte singole che vanno a formare il limite massimo del 10%. La Rillo Costruzioni lamenta pertanto la lesione del proprio interesse legittimo al conseguimento dell'aggiudicazione, dal momento che laddove le imprese escluse fossero state 27 (anziché 28) la soglia di anomalia sarebbe stata pari a 25,6846, sì che la propria offerta diverrebbe con certezza quella con il minor ribasso percentuale tra le offerte non anomale. Cita a supporto della propria tesi anche il [Comunicato del Presidente dell'ANAC del 5 ottobre 2016](#) secondo cui sotto la vigenza del D.lgs. 50/2016 l'art. 121 del d.P.R. 207 del 2010 non può più essere applicato con conseguente non applicabilità del criterio c.d. relativo ivi previsto, dovendosi fare esclusivo riferimento al dato numerico delle offerte e non al valore delle stesse.

Si è costituita la Regione Umbria eccependo l'infondatezza del gravame, poiché in sintesi:

- l'art. 121 del d.P.R. 207 del 2010 avrebbe carattere non già innovativo ma di norma interpretativa dell'art. 86 comma 1, del D.lgs. 163/2006, il cui testo coincide con l'art. 97 comma 2 del D.lgs. 50/2016;
- la lettura fornita dal Presidente dell'ANAC nel comunicato del 5 ottobre 2010 sarebbe del tutto errata;
- la stessa ANAC avrebbe in realtà avallato l'operato della Regione Umbria avendo ricevuto il 20 febbraio 2017 tutta la documentazione di gara nell'ambito del protocollo d'intesa siglato con la stessa Autorità di Vigilanza senza nulla eccepire in merito al calcolo della soglia di anomalia;

- la propria assoluta mancanza di colpa in riferimento alla domanda risarcitoria *ex adverso* formulata.

Non si è costituita in giudizio l'impresa controinteressata.

Alla camera di consiglio del 21 marzo 2017 con ordinanza n. 54/2017 il Collegio ha respinto la domanda incidentale cautelare, in considerazione sia dell'imminente fissazione dell'udienza pubblica per la discussione nel merito sia della prevalenza del preminente interesse pubblico al completamento dei lavori.

Con successiva memoria la difesa della ricorrente ha chiesto il rinvio dell'udienza pubblica, per ragioni di economia processuale, all'esito della decisione recentemente rimessa all'Adunanza Plenaria ([Consiglio di Stato sez. III ord. 13 marzo 2017 n. 1151](#)) di questione simile a quella oggetto di causa, rappresentando altresì come secondo la Sezione remittente l'interpretazione più corretta da attribuire alla norma controversa coinciderebbe con quella prospettata nel ricorso. Ha altresì denunciato la violazione da parte della stazione appaltante dell'obbligo di "*stand still*" di cui all'art. 32 del D.lgs. 50 del 2016 e depositato perizia esplicativa dei danni subiti per effetto dell'illegittima aggiudicazione, comprensivi di lucro cessante e danno curriculare, per un totale di 618.823,62 euro.

Con altro ricorso (RG 80/2017) passato in decisione all'odierna udienza pubblica la Tullio Edil Calcestruzzi s.r.l., classificatasi seconda alla gara di che trattasi, impugna ai sensi dell'art. 120 cod. proc. amm. anch'essa l'aggiudicazione definitiva unitamente ai verbali di gara, con particolare riferimento alla decisione di ammissione della Marinelli pubblicata il 26 gennaio 2017 lamentandone la mancata esclusione con conseguente asserita diretta lesione del proprio interesse al conseguimento dell'aggiudicazione ed alla stipulazione del contratto.

All'udienza pubblica del 4 aprile 2017, uditi i difensori, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2.- Viene all'esame del Collegio la corretta interpretazione dell'art. 97 comma 2, lett. e) del D.lgs. 50/2016 ed in particolare la questione se nel caso di offerte recanti l'identico ribasso, ai fini del c.d. taglio delle ali, devono essere conteggiati o meno tutti i ribassi, con conseguente possibile esclusione di un numero di offerte superiore alla percentuale del 10 % delle offerte di maggiore o minor ribasso. Trattasi di questione invero ben nota in riferimento all'omologo disposto di cui all'art. 86 c. 1, del D.lgs. 163 del 2006 e relativa norma di attuazione contenuta nell'art. 121 del d.P.R. 207 del 2010, in passato oggetto di contrasti giurisprudenziali.

3. – Secondo un primo orientamento infatti, nel caso in cui siano state presentate due o più offerte aventi la medesima riduzione percentuale che si trovino nella fascia delle imprese rientranti nel 10 % ogni offerta deve essere considerata individualmente (c.d. criterio assoluto) poiché la soluzione opposta comporterebbe il superamento del limite fissato dal legislatore nel 10 % e si porrebbe in contrasto con il dato letterale dell'art. 86 c. 1, del D.lgs. 163 del 2006 in assenza di ragioni sostenibili o ispirate all'interesse pubblico (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 28 agosto 2014, n. 4429).

Al contrario, secondo un diverso orientamento giurisprudenziale avvalorato anche dai pareri della Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (cfr. parere Autorità vigilanza contratti

pubblici n. 133 del 24 luglio 2013; parere A.n.a.c. n. 87 del 23 aprile 2014), nel caso vi siano offerte portanti lo stesso ribasso nella fascia delle ali, devono essere conteggiati tutti i ribassi con conseguente possibile esclusione di un numero di offerte superiore alla percentuale del 10% delle offerte di maggiore o minore ribasso (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 giugno 2001, n. 3216; id. sez. V, 6 luglio 2012, n. 3953; 15 ottobre 2009, n. 6323; id. sez. V, 15 marzo 2006, n. 1373; C.G.A.S., 26 luglio 2006, n. 439; id. 21 luglio 2008, n. 608; 15 ottobre 2009, n. 6323; T.A.R. Liguria, sez. II, 12 aprile 2006, n. 364; T.A.R. Umbria, 11 aprile 2013, n. 230).

Si è infatti osservato che con il taglio delle ali la norma persegue l'intento di eliminare in radice l'influenza che possono avere sulla media dei ribassi, offerte manifestamente distanti dai valori medi e il ribasso, così individuato, ha natura oggettiva, nel senso che riporta ad unica categoria anche più offerte quando, casualmente o meno, esse hanno la medesima misura; pertanto l'indicazione del 10% delle offerte da escludere dalla media non deve essere inteso in senso soltanto numerico, ma anche in senso logico, cosicché a determinare il valore medio in questione concorrono offerte che, per la loro oggettiva consistenza, siano identiche ad altra ritenuta per definizione ininfluyente o fuorviante, venendo altrimenti a mancare, nello scarto degli estremi, la funzione correttiva sostanziale sia del computo della media, sia del calcolo dello scarto aritmetico medio dei ribassi percentuali, cui l'articolo 86 del Codice fa riferimento.

I dubbi interpretativi – secondo la richiamata giurisprudenza – dovevano comunque ritenersi superati alla luce della norma regolamentare di cui all'articolo 121, primo comma, del d.P.R. n. 207 del 2010, a mente del quale *“Qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'art. 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”*.

Una volta ammesso, infatti, che il tenore letterale dell'articolo 86, comma 1 del D. lgs. n. 163 del 2006 può essere superato per via interpretativa per le offerte *'a cavallo'* delle ali, non vi sono ragioni per non applicare lo stesso criterio alle offerte uguali che si collocano all'interno delle ali (entro l'ala superiore o entro l'ala inferiore, ovvero nel 10% delle offerte con maggior ribasso o nel 10% delle offerte con minor ribasso), criterio del c.d. *“blocco unitario”*.

Identificare ciascuna offerta con uno specifico ribasso (accorpendo le offerte con valori identici) consente, nella fase del taglio delle ali, di depurare la base di calcolo dai ribassi effettivamente marginali (definiti *ex lege* nel limite del 10% superiore e inferiore di oscillazione delle offerte). In questa prospettiva è irrilevante che i ribassi identici siano a cavallo o all'interno delle ali, perché si tratta comunque di valori che se considerati distintamente limitano l'utilità dell'accantonamento e ampliano eccessivamente la base di calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico, rendendo inaffidabili i risultati.

L'articolo 121, comma 1 del d.P.R. n. 207 del 2010 aveva dunque eliminato (secondo la prevalente giurisprudenza) ogni dubbio interpretativo, specificando che le offerte da accantonare sono quelle identiche, senza distinzione tra ribassi *'a cavallo'* o all'interno delle ali. Il che equivale a dire che le offerte identiche devono essere considerate, in questa fase, come un'offerta unica, mentre nella fase successiva, calcolando la media aritmetica e lo scarto medio aritmetico, si utilizzano tutte le offerte, anche quelle con valori identici.

E, infatti, quando sia stato circoscritto in modo rigoroso l'intervallo dei ribassi attendibili ai fini del calcolo della soglia di anomalia, è ragionevole che alla definizione delle medie partecipino tutte le offerte non accantonate.

Tale interpretazione, tra l'altro, è stata correttamente ritenuta più garantista dell'interesse pubblico e previene manipolazioni della gara e del suo esito ostacolando condotte collusive in sede di formulazione delle percentuali di ribasso (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. V, 8 giugno 2015 n. 2813; id. sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 818).

3.1. – Tanto premesso va evidenziato – come correttamente prospettato dalla difesa della Rillo Costruzioni – che la descritta questione è stata recentemente nuovamente posta in discussione e rimessa, ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm., all'Adunanza Plenaria (Consiglio di Stato sez. III, ord. 13 marzo 2017, n. 1151).

Precisamente sono stati proposti i seguenti quesiti:

- a) se nel calcolo del 10% delle offerte aventi maggiore e/o minore ribasso, ai sensi dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. 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% delle offerte aventi maggiore e minore ribasso e non dei singoli ribassi;
- b) se la disposizione regolamentare dell'art. 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%, 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).

3.2. – Come evidenziato dalla difesa della ricorrente trattasi di questione inerente l'applicazione dell'art. 86 comma 1, del D.lgs. 163/2006 e non già dell'art. 97 comma 2 lett. e) del nuovo Codice degli appalti pubblici approvato con Dlgs. 2016 n. 50 applicabile "ratione temporis" alla gara di che trattasi, ma nondimeno rilevante, in considerazione della sostanziale identità delle due norme.

Infatti a norma della prima "Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore 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 che superano la predetta media".

Secondo il citato art. 97 comma 2 lett. e), del citato D.lgs. 50/2016 “Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata, al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, procedendo al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi: ...omissis e) 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 che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice all’atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,8; 1; 1,2; 1,4;”

3.3. – Dovendosi dar atto della sostanziale identità di contenuto tra le due norme (fatta eccezione per l’applicazione del coefficiente sorteggiato dalla Commissione) ritiene la Rillo Costruzioni elemento decisivo l’intervenuta abrogazione (ad opera dell’art. 217 c. 1, lett. u) del D.lgs. 50 del 2016) dell’art. 121 del d.P.R. 207 del 2010, dal momento che il criterio c.d. relativo ai fini del calcolo delle ali traeva il proprio presupposto da tal innovativo disposto regolamentare.

Ritiene il Collegio la suindicata questione interpretativa particolarmente problematica.

3.4. – Infatti, da un lato potrebbe aderirsi alla motivata tesi della Regione che fa leva sul descritto orientamento pretorio formatosi prima dell’entrata in vigore del Regolamento attuativo del Codice dei Contratti pubblici del 2006, secondo cui sulla base del citato art. 86 (e ancor prima dell’art. 21 c. 1-bis della legge “Merloni” n. 109/94 e s.m.) va dato peso al valore delle offerte e non solo al relativo numero, considerando in modo unitario quelle aventi il medesimo ribasso, dando la stura alla possibile esclusione di un numero di offerte superiore alla percentuale del dieci per cento delle offerte di maggiore o minor ribasso.

La ragione di tale interpretazione era stata individuata – come visto – nella prevenzione di manipolazioni della gara frustrando altrimenti la ricerca voluta dal citato art. 86 di un indicatore ragionevole della soglia di anomalia, così vanificando in definitiva la ricerca del miglior contraente per la P.A.

Ne consegue, così opinando, la natura puramente interpretativa e non già innovativa della pur abrogata disposizione contenuta nell’art. 121 del d.P.R. 207/2010, limitandosi a chiarire il contenuto della disposizione della norma primaria secondo un significato affermatosi nella prassi e ormai diventato regola di diritto vivente.

Ne sarebbe dimostrazione poi la stessa natura esecutiva ed attuativa del Regolamento approvato con d.P.R. 207 del 2010 (Consiglio di Stato sez. affari normativi, 17 settembre 2007, n. 3262/07) si da impedire *in subiecta materia* l’introduzione di disposizioni *praeter legem*.

3.5. – Al contempo anche la tesi prospettata dalla ricorrente non manca invero di elementi persuasivi, primo fra tutti l’intervenuta abrogazione dell’art. 121 del d.P.R. 207/2010, norma che anche a non volerne riconoscere il carattere innovativo aveva comunque assunto un indubbio valore sul piano ermeneutico.

Osserva poi il Collegio come la finalità di ostacolare condotte collusive in sede di formulazione delle percentuali di ribasso e prevenire manipolazioni della gara sia in realtà già a monte affrontata e disciplinata dal nuovo Codice degli appalti pubblici approvato con D.lgs. 50/2016, dal momento che il previsto (art. 97) innovativo meccanismo di sorteggio tra ben 5 diversi metodi per il calcolo della soglia di anomalia rende oltremodo difficoltosa tale manipolazione, a beneficio della effettività del confronto concorrenziale. Con la conseguenza che venendo meno le ragioni di interesse pubblico alla base di tale lettura logico sistematica, il criterio c.d. assoluto elaborato dalla giurisprudenza potrebbe in quanto in ipotesi maggiormente aderente al tenore letterale (art. 12 comma 1 disp. Prel. c.c.) riprendere corpo (vedi sul punto le analoghe argomentazioni del Consiglio di Stato nella citata ordinanza n. 1151 del 2017).

3.6. – D'altronde nessuna decisiva rilevanza può attribuirsi al comunicato del Presidente dell'ANAC del 5 ottobre 2016 pervicacemente invocato dalla difesa della Rillo Costruzioni.

Come noto, il Codice degli appalti pubblici approvato con D.lgs. 50 del 2016 ha previsto per la relativa attuazione, in completa rottura rispetto al sistema precedente, non più un'unica fonte regolamentare avente forma e sostanza di regolamento governativo bensì una pluralità di atti, di natura eterogenea, tra cui per quello che qui interessa, le linee guida approvate dall'ANAC.

Tali linee guida, costituendo una novità assoluta nella contrattualistica pubblica, si distinguono in vincolanti (vedi ad es. art. 31 comma 5, D.lgs. 50/2016) e non vincolanti, quest'ultime invero molto più frequenti e assimilabili – secondo una tesi – alla categoria di stampo internazionalistico della c.d. “soft law”(Consiglio di Stato parere n. 1767 del 2 agosto 2016) oppure – seconda altra opzione – alle circolari intersoggettive interpretative con rilevanza esterna, operando il Codice appalti un rinvio formale alle linee guida (es. art. 36 comma 7, D.lgs. 50/2016).

Senza dover affrontare tale tematica, per quel che qui rileva va invece senz'altro affermata la natura di meri pareri dei comunicati del Presidente dell'ANAC, privi di qualsivoglia efficacia vincolante per le stazioni appaltanti, trattandosi di meri opinamenti inerenti l'interpretazione della normativa in tema di appalti pubblici.

Infatti, per quanto a norma dell'art. 213 del D.lgs. 50 del 2016 il novero dei poteri e compiti di vigilanza affidati all'ANAC sia invero penetrante ed esteso, a presidio della più ampia legalità nell'attività contrattuale delle stazioni appaltanti e della prevenzione della corruzione, non può ammettersi nel vigente quadro costituzionale, in tal delicato settore, un generale vincolante potere interpretativo con effetto *erga omnes* affidato ad organo monocratico di Autorità Amministrativa Indipendente, i cui comunicati ermeneutici – per quanto autorevoli – possono senz'altro essere disattesi.

Diversamente dalle linee guida, per la cui formazione è previsto un percorso procedimentalizzato e partecipato (vedi art. 213 comma 2 D.lgs. 50 del 2016) – nel solco d'altronde degli stessi principi affermati dalla giurisprudenza in tema di esercizio di poteri di tipo normativo o regolatorio da parte di Autorità Indipendenti (Consiglio di Stato sez. atti normativi, 6 febbraio 2006; T.A.R. Lombardia Milano, 4 febbraio 2006, n. 246) – i

comunicati del Presidente dell'ANAC sono dunque pareri atipici e privi di efficacia vincolante per la stazione appaltante e gli operatori economici.

3.7. – Alla stregua delle suesposte considerazioni nessuna rilevanza può dunque avere, ai fini del presente giudizio, il comunicato ANAC del 5 ottobre 2016 da cui la Regione Umbria poteva discostarsi senza dover fornire alcuna motivazione.

4. – Per i suesposti motivi ritiene il Collegio la sussistenza di peculiari ragioni di opportunità tali da sospendere il giudizio in attesa della decisione dell'Adunanza Plenaria, dal momento che in considerazione della particolare complessità della questione – nonché dello stesso interesse pubblico al completamento dei lavori e al contenimento della spesa pubblica stante la responsabilità oggettiva sussistente in *subiecta materia* (C.G.U.E. 30 settembre 2010 C – 314/09) – la sentenza resa dall'adito Tribunale rischierebbe di risultare “*inutiliter data*” ove in contrasto con le indicazioni dell'organo nomofilattico.

4.1. – E ciò anche nella pur consapevole mancanza sia di una previsione normativa (del tipo di quella recentemente introdotta in via sperimentale per il solo PAT) che autorizzi anche il Tribunale Amministrativo a deferire direttamente la questione alla Plenaria, riferendosi come noto l'art. 99 cod. proc. amm. al solo giudizio d'appello, sia invero di una norma che consenta nel caso di specie la sospensione del giudizio, non sussistendo i presupposti tipici indicati dagli artt. 295 e 296 c.p.c. (richiamati dall'art. 79 cod. proc. amm.) stante la stessa opposizione manifestata dalla difesa regionale al rinvio dell'udienza.

5. – Per tutti i suesposti motivi ritiene il Collegio di dover sospendere il giudizio sino alla pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria a seguito della rimessione operata dalla V Sezione del Consiglio di Stato.

Sospende ogni decisione sulle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), sospende il giudizio, come da motivazione.

Così deciso in Perugia nelle camere di consiglio dei giorni 4 e 21 aprile 2017, con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

Enrico Mattei, Primo Referendario
