

Pubblicato il 13/03/2017

N. 01151/2017 REG.PROV.COLL.

N. 08311/2016 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 8311 del 2016, proposto da Costruzioni Cinquegrana s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato ...;

contro

Azienda Ospedaliera di Padova, non costituita in giudizio;

Regione Veneto, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Ing. Leopoldo Castelli s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. per il Veneto, sede di Venezia, sez. III n. 1089/2016, resa tra le parti, concernente l'annullamento:

- della determinazione commissariale n. 662 del 24 giugno 2016, con la quale è stato definitivamente aggiudicato a Ing. Leopoldo Castelli s.p.a. l'appalto dei lavori di manutenzione biennale dei fabbricati dell'Azienda Ospedaliera di Padova (commessa n. A 355), per l'importo di € 4.120.000,00 a base d'asta;
- della nota PEC di comunicazione dell'aggiudicazione del 28 giugno 2016;
- del verbale di gara n. 9 del 15 giugno 2016, con il quale la Commissione giudicatrice, in accoglimento di un esposto di Ing. Leopoldo Castelli s.p.a., ha riaperto la gara, precedentemente aggiudicata alla ricorrente Costruzioni Cinquegrana s.r.l. di Afragola (NA), come da verbale n. 8 del 31 maggio 2016, ed ha inserito nel computo delle offerte anomale un'ulteriore impresa, oltre la percentuale di legge del 10%, ed ha ricalcolato la soglia di anomalia ed ha conseguentemente aggiudicato provvisoriamente la gara ad Ing. Leopoldo Castelli s.p.a.;
- del provvedimento implicito di riapertura della gara e di annullamento d'ufficio del verbale n. 8 del 31 maggio 2016 di provvisoria aggiudicazione in favore di Costruzioni Cinquegrana s.r.l.;

- di ogni altro atto premesso, connesso e consequenziale, tra cui anche la nota di comunicazione di riapertura della gara del 10 giugno 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 2 marzo 2017 il Consigliere Massimiliano Noccelli e udito per l'appellante, Costruzioni Cinquegrana s.r.l., l'Avvocato Andrea Rallo;

1. L'odierna appellante, Cinquegrana Costruzioni s.r.l., ha preso parte alla gara, indetta dall'Azienda Ospedaliera di Padova con il 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 € 4.120.000,00.

1.1. 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 d. lgs. n. 163 del 2006, sicché 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.

1.2. Alla gara hanno partecipato 346 concorrenti, dei quali 344 hanno presentato offerte valide.

1.3. 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, ha rilevato l'avvenuta presentazione di 344 offerte valide.

1.4. Essa ha dunque elencato in ordine crescente i ribassi ed ha poi escluso il 10% delle stesse, con conseguente estromissione delle 34 offerte recanti rispettivamente il maggiore e il minore ribasso percentuale.

1.5. Partendo dalla media aritmetica dei ribassi percentuali delle offerte valide (28,436) e applicando lo scarto medio aritmetico dei ribassi (1,686), siccome previsto dall'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, la Commissione di gara ha determinato la soglia dell'anomalia nel valore di 30,122 ed ha aggiudicato la gara, in via provvisoria, a Costruzioni Cinquegrana s.r.l., che aveva esposto il ribasso del 30,111%.

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

1.7. Con il successivo verbale n. 9 del 15 giugno 2016, tuttavia, la Commissione rilevava che l'Ing. Leopoldo Castelli aveva segnalato alla stazione appaltante 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%.

1.8. La stazione appaltante ha deciso, perciò, di annullare la precedente aggiudicazione provvisoria e ha proceduto a ricalcolare la soglia di anomalia, considerando le due offerte come un'unica offerta da accantonare nell'ambito della soglia del 10% delle offerte aventi maggiore ribasso, prevista dall'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006,

1.9. Ricalcolata la soglia di anomalia in seguito all'accorpamento delle due offerte, dunque, questa soglia è risultata essere pari a 30,089%, con esclusione della odierna appellante e formazione di una nuova graduatoria finale, che ha visto aggiudicataria provvisoria Ing. Leopoldo Castelli s.p.a. che, come accennato, aveva offerto un ribasso del 30,087%.

1.10. Infine, con la determinazione n. 662 del 24 giugno 2016, il Commissario dell'Azienda ha approvato gli atti di gara ed ha aggiudicato definitivamente la stessa, per l'importo di € 2.548.199,87, ad Ing. Leopoldo Castelli s.p.a., in luogo della precedente aggiudicataria provvisoria Costruzioni Cinquegrana s.r.l.

2. Quest'ultima ha quindi impugnato avanti al T.A.R. per il 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.

2.1. La ricorrente ha dedotto in primo grado due distinte censure.

2.2. Con la prima, in particolare, ha lamentato la violazione dell'art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 de 2010, relativo al c.d. "taglio delle ali", per avere il seggio di gara considerato in modo unitario, anziché atomistico, le offerte di uguale valore situate all'interno dell'ala dei maggiori ribassi.

2.3. Costruzioni Cinquegrana s.r.l. ha sostenuto che l'accorpamento delle offerte con medesimo ribasso collocate all'interno delle "ali" da tagliare amplia illegittimamente le "ali" medesime, sfondando il limite del 10% della fascia di appartenenza (maggiori ribassi o minori ribassi) previsto dalla legge e dal bando e ha dedotto che le offerte identiche sono da considerare come un'offerta unica (cd. blocco unitario) solo nel caso in cui ricadano "a cavallo" del 10% dei maggiori e minori ribassi (cd. ali), non anche ove si collochino "all'interno delle ali", poiché per le offerte situate all'interno delle ali estreme opera il c.d. criterio assoluto che impone la considerazione distinta delle singole offerte, pur se aventi il medesimo ribasso.

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

2.5. Si sono costituite 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 il contegno dell'Amministrazione – che aveva accorpato, cioè considerato come un'offerta unica, due offerte aventi il medesimo valore di ribasso all'interno delle ali – era conforme alla più recente giurisprudenza amministrativa in materia.

2.6. 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.

2.7. 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 su tale questione, ha ritenuto che le offerte con ugual ribasso, sia quando si collochino all'interno delle ali (ovvero nel 10% delle offerte con maggior ribasso o nel 10% delle offerte con minor ribasso), sia quando si trovino a cavallo, 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% 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» (p.p. 8-9 della sentenza impugnata).

2.8. 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 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. St., sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360).

2.9. I principî di pubblicità e trasparenza, che devono presiedere allo svolgimento delle pubbliche gare, sono stati nel caso di specie rispettati, risultando dagli atti che la ricorrente aveva 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 (p. 9 della sentenza impugnata).

3. Avverso tale sentenza ha proposto appello Cinquegrana Costruzioni s.r.l., che ha lamentato l'erroneità di tale pronuncia nell'aver 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.

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

3.2. Con l'ordinanza n. 5641 del 15 dicembre 2016 la Sezione, pur ritenendo che la questione circa il calcolo della soglia di anomalia non fosse 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.

3.3. In tale udienza il Collegio, sentito il solo difensore dell'appellante, ha trattenuto la causa in decisione.

4. La questione centrale del presente giudizio ruota attorno all'interpretazione dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010 e al calcolo delle offerte da accantonare nel c.d. taglio delle ali.

4.1. L'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006 prevede che per i contratti regolati dal codice, quando il criterio dell'aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti debbano «*valutare 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 dall'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».

4.2. È questa la previsione meglio nota come del c.d. taglio delle ali.

4.3. In altri termini, per individuare la soglia di anomalia oltre la quale le offerte sono considerate anormalmente basse nelle gare aggiudicate secondo il criterio del prezzo più basso, il legislatore ha prestabilito un meccanismo secondo cui, dopo l'ammissione delle offerte, sono previste le seguenti fasi (Cons. St., sez. V, 6 luglio 2012, n. 3953):

- il c.d. taglio delle ali e, cioè, un'operazione aritmetica di accantonamento che comporta l'esclusione, dal successivo calcolo della soglia, del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso;
- il calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le residue offerte;
- il calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che in tali offerte superano la predetta media;
- la somma dei dati relativi alla media aritmetica e allo scarto medio aritmetico, con la conseguente determinazione della soglia di anomalia.

4.4. E così, per esemplificare, su trecento offerte sono escluse dal calcolo le trenta aventi il maggiore ribasso e le trenta aventi il minore ribasso e sulle restanti duecentoquaranta viene effettuato dapprima il calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali, successivamente il calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che in tali offerte superano tale media e, infine, la somma di questi due dati – la media aritmetica e lo scarto medio aritmetico – che coincide con la soglia di anomalia.

4.5. Il regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici ora abrogato, il d.P.R. n. 207 del 2010, nell'art. 121, comma 1, ha ulteriormente precisato, nel primo periodo, che *«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»* e, nel secondo periodo, 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»*.

4.6. La prima parte della disposizione è chiara e non pare suscitare particolari dubbi interpretativi: le offerte residue – per tornare alla precedente esemplificazione, le duecentoquaranta “sopravvissute” al taglio delle ali – devono essere considerate singolarmente, *«distintamente»*, una ad una, per calcolare sia la media aritmetica che lo scarto medio aritmetico, anche se alcune di esse presentino ribassi di eguale valore.

4.7. Meno chiara, invece, appare la formulazione della seconda parte dell'art. 121, comma 1, laddove prevede che, nell'effettuare il c.d. taglio delle ali e nell'escludere dal calcolo il 10% delle offerte aventi il maggiore e minore ribasso, qualora vi siano una o più offerte di eguale valore rispetto a quelle comprese nel 10%, anche dette offerte devono essere accantonate nel meccanismo di calcolo della soglia di anomalia.

4.8. Non sembra problematica l'ipotesi in cui, per tornare all'esempio precedente, se la trentesima offerta da includere nel 10% – e, cioè, l'ultima a margine dell'ala di quelle aventi il

maggiore o minore ribasso – abbia un valore “x” e anche la trentunesima abbia lo stesso valore “x”, anche quest’ultima debba essere “accantonata”, secondo la previsione dell’art. 121, perché, come è evidente, diversamente lo stesso valore “x” sarebbe incluso nell’ala ed escluso dalla stessa, rientrando quindi nel calcolo della soglia, per il solo fatto che sia stata saturata la quota del 10% delle offerte, con un risultato evidentemente contraddittorio, prima ancor che irragionevole.

4.9. Più controversa – ed è, infatti, proprio materia del presente contenzioso – è l’ipotesi in cui, seguendo l’esemplificazione precedente, all’interno delle trenta offerte da escludere vi siano offerte dello stesso valore e, cioè, l’offerta di maggiore ribasso abbia valore “z”, quella successiva – in ordine decrescente – abbia valore “y”, e ve ne siano due o tre aventi tutte valore “x” fino a scorrere, con le ulteriori offerte, e giungere alla quota del 10% di offerte aventi il maggiore ribasso.

4.10. Si pone, cioè, il problema se le offerte aventi tutte valore “x”, che sicuramente devono essere accantonate (e, cioè, incluse nel taglio delle ali), debbano essere computate singolarmente, una ad una, o invece essere considerate come un’unica offerta (c.d. blocco unitario), in modo che lo scorrimento delle offerte da escludere, sino a saturare la quota del 10%, non sia influenzato dal loro numero, essendo considerato sempre come uno pari ad uno il valore “x” nel computo delle trenta offerte da escludere, indipendentemente dal loro numero.

4.11. In altri termini l’offerta avente valore “z” è computata come una, l’offerta avente valore “y” è computata come una, le due o più offerte aventi lo stesso valore “x” sono computate come una e, così, via discendendo fino a raggiungere le trenta offerte – il 10% dell’esempio precedente – aventi maggiore o minore ribasso.

4.12. La differenza non è di poco conto perché, considerando come una e non singolarmente le offerte di identico valore all’interno dell’ala, il numero delle offerte da escludere potrebbe superare, e anche di molto, il limite numerico del 10%, formalmente previsto dall’art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, delle offerte aventi il maggiore o minore ribasso.

4.13. Nel caso di specie, come si è visto, le offerte escluse dal ricalcolo effettuato dalla Commissioni di gara sono risultate 35 e non 34.

5. Secondo un primo orientamento di questo Consiglio, da ritenersi prevalente almeno fino al 2014, 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), perché 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, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, in assenza di ragioni sostenibili o ispirate all’interesse pubblico (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 28 agosto 2014, n. 4429).

5.1. Non vi sarebbero elementi, secondo tale orientamento, dai quali possa desumersi, come regola generale, che in caso di offerte con identico ribasso le stesse vadano considerate unitariamente come unica entità (c.d. criterio relativo).

5.2. L’unica eccezione a questa regola viene desunta per le offerte che, nel calcolo per il taglio delle ali, vengono a trovarsi a cavallo della percentuale del 10% in quanto, secondo tale consolidato orientamento, si fonderebbe su due considerazioni:

a) la *ratio* dell'esclusione, dal novero delle offerte prese in considerazione, di quelle collocate ai margini estremi dell'ala sta nell'intento di eliminare in radice l'influenza che possono avere, sulla media dei ribassi, offerte disancorate dai valori medi, in modo da scoraggiare la presentazione di offerte al solo fine di condizionare la media;

b) nel caso in cui siano più di una le offerte che presentino la medesima percentuale di ribasso collocate a cavallo della soglia del dieci per cento e l'ampiezza dell'ala non consenta di escluderle tutte, non resta quindi altra strada che quella di attribuire alla parola «*offerte*» un significato non assoluto ma relativo, intendendola come espressione del ribasso percentuale in essa contenuto.

5.3. La presenza di più offerte che presentino la medesima percentuale di ribasso, collocate a cavallo della soglia del 10%, non può che comportare l'effetto giuridico della loro integrale esclusione dal computo delle successive operazioni (Cons. St., sez. V, 6 luglio 2012, n. 3953).

5.4. In tutti gli altri casi, per dato letterale inequivocabile, opera invece il c.d. criterio assoluto, con considerazione distinta e separata delle singole offerte, anche se aventi lo stesso ribasso, essendo stabilito in particolare, per quanto qui rileva, che la media aritmetica riguarda i ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse e non i ribassi in essi contenuti (Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6323).

6. A questo orientamento si è tuttavia contrapposto, più di recente, un diverso indirizzo interpretativo, sostenuto dall'allora Autorità di vigilanza sui contratti pubblici nel parere n. 133 del 24 luglio 2013 e, poi, dall'ANAC nel parere n. 87 del 23 aprile 2014 e recepito, infine, da questo Consiglio di Stato in diverse pronunce (v., in particolare, Cons. St., sez. V, 8 giugno 2015, n. 2813; Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 818).

6.1. Secondo l'Autorità, il "taglio delle ali" – e cioè, come detto, l'operazione matematica consistente nell'accantonamento provvisorio del 10%, arrotondato all'unità superiore, delle offerte di maggior ribasso e rispettivamente di minor ribasso, come previsto dall'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006 – intercetta il problema delle offerte identiche in due situazioni e, precisamente, quando vi siano più offerte identiche all'interno delle ali e quanto vi siano più offerte identiche a cavallo delle ali.

6.2. Il primo aspetto, come ricorda la stessa Autorità, è stato generalmente risolto dalla giurisprudenza di questo Consiglio (v., in particolare, la sentenza della sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6323) con l'applicazione del criterio assoluto e il secondo con l'applicazione del criterio assoluto, ritenendosi, come si è visto, che all'interno delle ali le offerte debbano essere considerate e computate nella loro individualità, indipendentemente dalla natura dei ribassi, in quanto la disposizione fa riferimento alle offerte e non al valore delle stesse, con l'unica deroga, che pure si è vista, delle offerte identiche situate a cavallo del 10%, che devono essere considerate come un'unica offerta (criterio relativo), per evitare una contraddizione logica e, cioè, che un ribasso venga accantonato, in quanto fuorviante, ma contemporaneamente sia utilizzato per il calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico perché inserito, identico, in un'altra offerta che fuoriesce dal numero di quelle da accantonare.

6.3. Una volta ammesso, però, che il tenore letterale dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006 possa essere superato in via interpretativa per le offerte a cavallo delle ali, non vi sono

ragioni, secondo l'ANAC, per non applicare lo stesso metodo al caso delle offerte che rimangono interne alle ali.

6.4. 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.

6.5. A giudizio dell'ANAC «*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*» (parere n. 87 dell'8 maggio 2014).

6.6. Tale conclusione sarebbe stata codificata dall'art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010, sopra ricordato, laddove questo, nel secondo periodo, prevede 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*».

6.7. Questa disposizione, secondo l'indirizzo qui in esame, affronta espressamente il problema del taglio delle ali, specificando che le offerte identiche a quelle da accantonare (senza distinzione tra ribassi a cavallo o all'interno delle ali) devono essere parimenti accantonate, ciò che equivale a dire che le offerte identiche devono essere considerate, in questa fase, come un'offerta unica, mentre il primo periodo dell'art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010 al contrario, nel disciplinare il calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico, precisa che le offerte identiche sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori.

6.8. In questo modo, a giudizio dell'ANAC, è stato chiarito che, per individuare le offerte da accantonare, si fa riferimento ai valori di ribasso, accorpendo i valori identici, mentre nella fase successiva, calcolando la media aritmetica e lo scarto medio aritmetico, si utilizzano tutte le offerte, anche quelle con valori identici, essendo ragionevole che, allorché sia stato circoscritto in modo rigoroso l'intervallo dei ribassi attendibili ai fini del calcolo della soglia di anomalia, alla definizione delle medie partecipino tutte le offerte non accantonate (parere n. 87 dell'8 maggio 2014).

7. Le argomentazioni dell'Autorità, come si è accennato, sono state riprese dalla più recente giurisprudenza di questo Consiglio, la quale ha evidenziato che questa interpretazione «*è 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*» (Cons. St., sez. V, 8 giugno 2015, n. 2813).

7.1. Più in particolare, poi, il tradizionale orientamento è stato contestato e ritenuto, ormai, superato da una più recente pronuncia – quella, già richiamata, della sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 818 – che ha fatto leva sulla considerazione che «*in ogni caso le offerte identiche devono essere considerate ai suddetti fini come una offerta unica, essendo di carattere generale la finalità di evitare che identici ribassi (a cavallo e 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*» (parere n. 133 del 2 agosto 2013).

7.2. Nella ipotesi in cui, all'interno dell'ala, si collochi una offerta con un determinato ribasso (che, per rientrare nel 10%, è già ritenuta dal legislatore "inaffidabile") appare evidente, secondo tale pronuncia, che tutte le eventuali offerte di identico ribasso – sia collocate individualmente nell'ambito del 10% del numero delle offerte complessivamente presentate, sia collocate al di fuori di un 10% così "individualmente" calcolato – debbano essere «accantonate» e, dunque, rese ininfluenti ai fini della soglia, considerandole come un'unica offerta.

7.3. E ciò in quanto, *«onde pervenire ad un risultato affidabile della soglia di anomalia, non ha alcun senso considerare le offerte solo nella misura in cui, numericamente, saturino la percentuale del 10%, ma occorre anche considerare le offerte che – presentando un identico ribasso certamente non affidabile, per effetto dell'applicazione del criterio normativo primario (limite del 10%) – devono essere unitariamente considerate (che si trovino all'interno o a cavallo dell'ala)»* (Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 818).

7.4. Solo in questo modo il criterio del taglio delle ali consentirebbe di conseguire l'affidabilità del risultato.

7.5. D'altra parte, ha ancora osservato tale pronuncia, è appena il caso di notare che il legislatore, nel riferirsi alle offerte, solo apparentemente indica una offerta singolarmente intesa, a prescindere dal valore del ribasso che la caratterizza, poiché è proprio tale valore ciò che il legislatore in realtà considera, perché è solo tale valore (ove sproporzionato per eccesso o per difetto) ad essere inaffidabile (non l'offerta individualmente e formalmente considerata).

7.6. In tal senso, dunque, il 10% costituirebbe solo il limite numerico delle offerte il cui valore è giudicato inaffidabile, ma *«poiché, come si è detto, inaffidabili sono i valori e non le offerte, è del tutto evidente che, in presenza di più offerte con identico valore, queste non possono essere intese che come unica offerta, a prescindere dalla loro collocazione (all'interno o a cavallo dell'ala)»* (Cons. St., sez. IV, 29 febbraio, n. 818).

7.7. Alle possibili obiezioni che, sul piano letterale e sistematico, potrebbero muoversi a tale interpretazione la sentenza in esame ha opposto due argomenti:

- sul piano letterale, anzitutto, la stessa giurisprudenza che esclude la possibilità di considerare unitariamente le offerte all'interno dell'ala, tuttavia ammette che debbano essere escluse anche le eventuali offerte che si collocano al di fuori dell'ala (cioè che sono eccedenti rispetto al computo del 10% effettuato "capitariamente" sulle offerte), applicando, in tale ultimo caso il criterio c.d. relativo, sicché *«il considerare secondo il criterio relativo le offerte a cavallo dell'ala, in realtà, sul piano meramente logico, è come affermare che, in via interpretativa, si considerano separatamente tutte le offerte tranne l'ultima, che invece è considerata unitariamente con tutte le altre a cavallo, e dunque applicare, nello stesso caso, un duplice criterio interpretativo»* in spregio di quella stessa lettera dell'art. 86 del d. lgs. n. 163 del 2006, alla quale tale giurisprudenza pur afferma di aderire;

- sul piano teleologico, poi, l'interesse pubblico, consistente nel selezionare il futuro aggiudicatario sulla base di una offerta affidabile, si realizza attraverso la individuazione di una soglia di anomalia, alla cui determinazione non possono concorrere offerte (entro una percentuale determinata del totale di quelle presentate) aventi un ribasso non affidabile, in quanto 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).

7.8. In questa prospettiva, conclusivamente, diviene 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.

7.9. Al contrario, procedere secondo il c.d. criterio assoluto, può consentire ad operatori non seri, attraverso la presentazione di una pluralità di offerte di identico ed inaffidabile ribasso (ma contenute nel 10% del totale) di «*frustrare la ricerca, voluta dall'art. 86 del Codice, di un indicatore ragionevole della soglia di anomalia, così frustrando, in definitiva, la ricerca del miglior contraente per la pubblica amministrazione*» (Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 818).

Secondo questo orientamento, dunque, l'art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010 la disposizione regolamentare costituisce una esplicitazione della norma primaria, con riferimento al caso concreto della presenza nelle ali di una o più offerte presentanti il medesimo ribasso (tutte collocate nell'ala o, alcune di esse, al di fuori).

7.10. Essa non si porrebbe affatto in contraddizione con la disposizione dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, ma anzi intenderebbe favorire la realizzazione delle effettive finalità che la stessa persegue, pur in presenza di una particolare coincidenza, ed anzi al fine di evitarne l'aggiramento, poiché basterebbe la presentazione di una pluralità di offerte con ribasso "non serio" (per difetto o per eccesso), per rendere inoperante (o difficoltoso) lo sbarramento del 10% (percento), che il legislatore ha inteso prevedere.

8. Questa interpretazione, come si è accennato, è stata seguita dalla sentenza del T.A.R. per il Veneto, qui impugnata, ma viene contestata fermamente dall'appellante, che richiama invece l'orientamento interpretativo più risalente e ne ripropone, sostanzialmente, tutti gli argomenti (pp. 8-13 del ricorso).

9. Gli argomenti addotti dall'ANAC e dall'orientamento ermeneutico più recente appena esaminato sono incisivi, ma non decisivi, ad avviso di questo Collegio, e necessitano di un intervento chiarificatore, e risolutore del contrasto, da parte dell'Adunanza plenaria.

9.1. Anzitutto, sul piano letterale, è vero che l'art. 121, comma 1, secondo periodo del d.P.R. n. 207 del 2010 non distingue tra le offerte aventi identico ribasso all'interno o a margine delle ali, sicché l'accantonamento delle offerte di eguale valore parrebbe e potrebbe applicarsi ad entrambe le ipotesi.

9.2. È pur vero, però, che questo argomento può essere rovesciato perché proprio il fatto che tale articolo non distingua le due ipotesi, al contrario, lascia aperto, e insoluto, il problema di quali siano le «*offerte da accantonare*» e del modo in cui debbano essere calcolate.

9.3. Anzitutto la disposizione menziona l'accantonamento delle offerte aventi identico valore e non già il loro accorpamento.

9.4. La disposizione, letteralmente intesa, si limita infatti solo a prevedere l'ipotesi in cui «*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*», ma non specifica

affatto quali siano, appunto, tali offerte da accantonare e, cioè, come debba essere calcolato lo stesso 10% da tagliare, se con o senza l'accorpamento delle offerte identiche.

9.5. Essa, cioè, si presta ad essere letta in due modi:

a) le offerte da accantonare sono quelle «rispettivamente [...] di maggior ribasso e quelle di minor ribasso», come prevede l'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, nella misura del 10% da determinarsi individualmente, *singulatim* – così, per tornare all'esempio precedente, su trecento offerte le trenta con maggiore ribasso e le trenta con minore ribasso – e se ve ne è una con un valore uguale all'ultima di maggiore o minore ribasso da accantonare (la trentesima, per tornare all'esempio di prima, al margine dell'ala), essa deve essere parimenti accantonata, non essendo possibile né logico, prima ancora che equo, che una offerta – quella c.d. a cavallo – avente eguale valore rispetto all'ultima da accantonare – la trentunesima, ma avente ribasso identico alla trentesima – sia inclusa nel calcolo della soglia solo perché si è saturato il 10% delle offerte da accantonare, come afferma l'orientamento tradizionale;

b) le offerte da accantonare sono quelle aventi il maggiore o minore ribasso, nella misura del 10%, e devono essere accantonate anche quelle che hanno eguale valore a quelle di maggiore o minore ribasso già computate nel 10%, quale che sia il valore del ribasso purché rientrante nel suddetto 10%, come invece sostiene l'orientamento più recente, secondo cui oggetto di accantonamento non sarebbe, in sostanza, il 10% delle offerte aventi il maggiore o minore ribasso, ma il 10% dei ribassi più elevati e meno elevati, con considerazione delle offerte avente il medesimo ribasso quale unico blocco ai fini del calcolo (che, appunto, computa il ribasso, quale che sia il numero delle offerte che lo contiene).

10. Questo Collegio deve ribadire che la disposizione dell'art. 121 non contempla alcun "accorpamento" delle offerte aventi identico valore in un'unica offerta, ma fa menzione del semplice accantonamento di eventuali offerte identiche a quelle già accantonate.

10.1. L'orientamento interpretativo più recente, per superare l'obiezione che, con l'accorpamento delle identiche offerte all'interno dell'ala, sarebbe superato il dato numerico del 10% delle offerte, deve riconoscere che anche l'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006 si riferisca non al 10% delle offerte, ma dei ribassi e che, quindi, solo "apparentemente" – così si esprime la sentenza n. 818 del 29 febbraio 2016 – l'art. 86 menzionato indichi una offerta singolarmente intesa, volendo riferirsi, in realtà, al 10% dei ribassi più o meno elevati.

10.2. Ciò in contrasto, tuttavia, con il tenore letterale dello stesso art. 86, comma 1, che – per il taglio delle ali – fa riferimento esplicito alle offerte di maggiore o minor ribasso, a prescindere dal ribasso offerto, non ai ribassi in sé.

10.3. Né sembrerebbe decisivo l'argomento secondo cui, anche secondo l'orientamento tradizionale, nell'ala dovrebbero essere computate anche le offerte aventi eguale valore all'ultima da escludere, così mostrando che il criterio letterale ha una valenza "relativa", perché tale eccezione è giustificata, sul piano logico prima ancor che giuridico, che il 10% delle offerte aventi maggiore o minore ribasso è stato già individualmente o "capitariamente" calcolato, senza alcun accorpamento, e quelle eccedentarie, rispetto al 10%, ma aventi eguale ribasso all'ultima da accantonare devono essere accantonate, come si è già accennato, perché, se così non fosse, paradossalmente nel calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le residue offerte verrebbe incluso uno stesso

valore – quello dell’offerta “eccedentaria” a cavallo dell’ala – che invece è stato ritenuto “inaffidabile”, per altra offerta, e compreso nel margine estremo dell’ala.

10.4. In questo senso la previsione dell’art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010 non farebbe che esplicitare una fondamentale regola di logica giuridica e, cioè, che le offerte aventi valore eguale a quelle da escludere devono essere anche escluse, anche con il superamento del 10%, non essendo possibile, in base ad un fondamentale principio di non contraddizione, che un medesimo valore a confine dell’ala sia, contemporaneamente, incluso ed escluso da questa e, dunque, escluso e incluso nel calcolo della soglia, per il solo dato aritmetico che il 10% delle offerte sia stato saturato.

10.5. Proprio questo dato aritmetico, infatti, verrebbe ad alterare il successivo calcolo aritmetico della soglia, quale prefigurato e congegnato dal legislatore.

10.6. Ma questa eccezione, per le offerte a cavallo dell’ala, è imposta dalla logica matematica, ancor prima che dall’equità giuridica, e non postula affatto che le offerte a margine dell’ala siano “accorpate”, in quanto l’art. 121, comma 1, menziona esplicitamente un accantonamento delle offerte identiche, senza nemmeno adombrare una loro fittizia unitarietà, e non già un accorpamento.

10.7. Non così è, invece, per le offerte di identico valore all’interno dell’ala, perché nessuna previsione normativa, di rango primario e secondario, né alcuna logica matematica pare imporre un loro accorpamento nel c.d. blocco unitario di modo che il 10% venga ad essere riferito ai ribassi e non già alle offerte.

10.8. Se è vero che l’art. 121, comma 2, secondo periodo, del d.P.R. n. 207 del 2010 non prevede espressamente, come il primo periodo, che le offerte aventi identico valore siano considerate «distintamente», nemmeno però, per altro verso, esso prescrive che dette offerte siano “accorpate” e considerate unitariamente, limitandosi a prevedere solo che esse siano accantonate e, cioè, escluse dal successivo meccanismo determinativo della soglia, rientrando nelle c.d. ali.

11. Ancora, sul piano teleologico, non pare sia nemmeno del tutto persuasivo l’argomento secondo cui, non ammettendo l’accorpamento delle offerte aventi identico valore all’interno dell’ala, si consentirebbe ad operatori non seri, attraverso la presentazione di una pluralità di offerte di identico ed inaffidabile ribasso (ma contenute nel 10% del totale), di «*frustrare la ricerca, voluta dall’art. 86 del Codice, di un indicatore ragionevole della soglia di anomalia, così frustrando, in definitiva, la ricerca del miglior contraente per la pubblica amministrazione*» (Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 818).

11.1. L’argomento prova troppo perché ad operatori non seri basterebbe, per frustrare la ricerca del miglior contraente, presentare anche offerte aventi ribassi differenti per pochissimi decimali e, dunque, formalmente differenti, in modo da alterare il meccanismo del calcolo della soglia, così aggirando anche la soluzione interpretativa dell’accorpamento delle offerte aventi identico ribasso all’interno dell’ala, mentre invece il legislatore ha ritenuto di dover codificare la regola del taglio delle ali, secondo la regola del 10%, proprio per assicurare un criterio certo, netto, oggettivo, matematico, teso ad escludere, seccamente, le offerte di maggiore e minore ribasso, senza alcun margine di incertezza.

11.2. E tanto anche per il dato di esperienza che un operatore economico serio non conosca i ribassi offerti da tutti gli altri o, comunque, che un operatore economico “non serio” non possa conoscere tutti i ribassi offerti dagli altri.

11.3. Non a caso **l’art. 97, comma 2, del nuovo codice dei contratti pubblici** – il d. lgs. n. 50 del 2016 – proprio «*al fine di non rendere predeterminabili da candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia*», con una previsione innovativa (v., sul punto, anche il parere n. 855 del 1° aprile 2016 di questo Consiglio di Stato), ha stabilito che il metodo per determinare la soglia di anomalia – prescelto tra i cinque previsti dallo stesso comma 2 – sia scelto mediante il sorteggio in sede di gara e non preventivamente, così eliminando il rischio di un precedente accordo collusivo tra tutti gli operatori partecipanti alla gara circa l’entità di eventuali ribassi al fine di influenzare il calcolo della soglia allorché la gara venga aggiudicata con il criterio del prezzo più basso.

11.4. Tra l’altro l’art. 97, comma 2, lett. a) del d. lgs. n. 50 del 2016 prevede e ripropone immutato, tra i cinque metodi sorteggiabili, anche quello qui in esame.

11.5. Al riguardo il Presidente dell’ANAC, con comunicato del 5 ottobre 2016, ha precisato che, essendo stato abrogato l’art. 121 del d.P.R. n. 207 del 2010, l’accantonamento delle offerte aventi identico valore a quelle già accantonate nelle ali non è più previsto dal d. lgs. n. 50 del 2016, sicché tale regola non è più applicabile, nemmeno in via di prassi, dalle stazioni appaltanti, persino, così parrebbe, con riferimento all’ipotesi – del tutto pacifica in giurisprudenza anche prima dell’introduzione dello stesso d.P.R. n. 207 del 2010 – delle offerte “a cavallo” delle ali.

11.6. Ciò, secondo l’ANAC, in quanto «*la scelta del legislatore si giustifica in base alla considerazione che l’accantonamento delle ali costituisce una mera operazione matematica, distinta, come tale dall’effettiva esclusione di concorrenti che superano la soglia di anomalia*» e il non più previsto mancato accantonamento delle offerte identiche a quelle accantonate per il calcolo della soglia «*non produce discriminazione tra gli operatori economici ammessi alla gara*».

11.7. Considerazione, quest’ultima, che seppur corretta sul piano astratto – in quanto il taglio delle ali, come noto, serve solo per individuare la soglia di anomalia e non già per escludere in modo automatico le offerte comprese nelle ali, che sono meramente accantonate a fini di calcolo – rende, comunque, ancor più attuale il problema interpretativo non solo per le gare, come quella in esame, soggette al d. lgs. n. 163 del 2006 (e al relativo regolamento applicativo), ma anche con riferimento alle gare soggette all’applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici, laddove venga sorteggiato il metodo di cui all’art. 97, comma 2, lett. a), del d. lgs. n. 50 del 2016.

12. Ritiene questo Collegio, alla luce di quanto si è detto, che ipotizzare o introdurre meccanismi correttivi, come quello dell’accorpamento delle offerte aventi identico valore all’interno dell’ala, se da un lato può rispondere ad una condivisibile finalità di evitare aggiramenti della legge, dall’altro potrebbe alterare il meccanismo oggettivo, aritmetico, prefigurato dalla legge stessa, creando ulteriore incertezza e turbamento della concorrenza.

12.1. Anche questa considerazione, sul piano teleologico, deve essere tenuta presente dall’interprete prima di adottare una soluzione che, a stretto rigore, non sembra trovare un esplicito o, almeno, univoco fondamento né nella previsione applicabile *ratione temporis* dell’art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006 né in quella dell’art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010, che, come detto, non definisce in modo chiaro, ma presuppone, le «*offerte da accantonare*» nella misura del 10%.

13. Ritiene quindi il Collegio che, sussistendo tale dubbio interpretativo in ordine all'applicazione di tali disposizioni al caso di specie (con inevitabile proiezione di tale dubbio, in assenza di previsione regolamentare, **anche sulla futura applicazione della analoga disposizione di cui all'art. 97, comma 2, lett. a), del d. lgs. n. 50 del 2016**), occorra rimettere la questione all'Adunanza plenaria di questo Consiglio, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., ponendo 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).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., rimette la questione all'Adunanza plenaria.

Manda alla Segreteria per gli adempimenti di competenza.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2017, con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere