

Pubblicato il 08/06/2018

**N. 03472/2018 REG.PROV.COLL.
N. 02009/2018 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso numero di registro generale 2009 del 2018, proposto da

Rock And River S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pierlorenzo Boccanera, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Claudio Lucisano in Roma, via Crescenzio 91;

contro

Anas S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia Ricchetti, Marina Persichetti, Alessandro Tabarini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ati Preve Costruzioni S.p.A - Ciabocco S.r.l. non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) n. 00072/2018, resa tra le parti, concernente i criteri di formazione della graduatoria delle offerte di gara taglio delle ali offerte utilizzabili ai sensi dell'art. 97 co. 2 lett b) d.lgs. n. 50-2016.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas S.p.A;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Pierlorenzo Boccanera e Alessandro Tabarini.

1. Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria, Sez. I, con la sentenza 26 gennaio 2018, n. 72, ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dall'attuale parte appellante Rock and River s.r.l., per l'annullamento, per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento determinazione Anas approvazione aggiudicazione gara PSL 06/17 del 15.06.2017 Prot. CDG 310945;
- della comunicazione Anas ex art. 76 D.lgs. 50/2016 del 15.06.2017 prot. CDG 311677 P;
- della comunicazione Anas offerte anomale prot. 311882 del 16.06.2017;
- della comunicazione Anas stipula contratto prot. 327834 del 23.06.2017;
- della comunicazione Anas Prot.328752 del 26.06.2017;
- del "Calcolo Offerta anomala" trasmesso il 13.07.2017 in sede di accesso agli atti; del Risultato sorteggio;

- del verbale n. 1 seduta pubblica rep. 8393;
 - del verbale n. 2 seduta pubblica rep. 8409, tutti trasmessi il 13.07.2017 in sede di accesso agli atti;
 - del verbale di aggiudicazione provvisoria (cod. 33125) Anas Direzione Generale di Roma, con i quali venivano formate le graduatorie, assegnato l'appalto all'a.t.i. Preve Costruzioni - Ciabocco e data comunicazione della stipula del contratto;
- e, per quanto riguarda i motivi aggiunti:
- della documentazione di parte resistente cui parte ricorrente ha avuto visione e copia in data 25.07.2017 in occasione della trasmissione dei documenti ed allegati in sede di costituzione in giudizio di ANAS rappresentati dalla NOTA ANAS prot. CDG-0371928 del 17.07.2017 (All.13 di parte resistente) non notificata.

2. Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- secondo parte ricorrente, la stazione appaltante avrebbe erroneamente proceduto a redigere una doppia media: “la prima rappresentata dalla sommatoria di tutti i ribassi percentuali delle 72 offerte presentate, indicando tale valore in 2.086,17 in prospettiva evidentemente di individuare la natura (pari dispari o zero del primo numero dopo la virgola); la seconda prendendo, evidentemente, la sommatoria delle 42 offerte al netto del taglio delle ali (1.243,442) dividendolo per 42 (72-20% delle offerte estreme (c.d. “ali”) arrotondate alla unità superiore) ottenendo 29,606” e ciò avrebbe determinato una soglia di anomalia pari al 29,31% e ad individuare quale prima offerta non anomala quella proposta dall'a.t.i. Preve Costruzioni – Ciabotto;
- nella fattispecie, il metodo sorteggiato dal seggio di gara è quello di cui all'art. 97, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50-2016;

- coerentemente al suesposto dettato normativo, la soglia di anomalia è stata quindi individuata nella media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso (c.d. taglio delle ali), la quale è stata correttamente decurtata, percentualmente, di un valore pari alla prima cifra decimale, dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai ricorrenti ammessi, senza tener conto del taglio delle ali, essendo tale cifra risultata dispari;

- deve, infine, essere rigettata la censura in base alla quale Anas s.p.a. avrebbe dovuto avvalersi, in forza delle deroghe legislative post terremoto, di una delle imprese del cratere del sisma, non risultando alcuna disposizione normativa che imponga alla stazione appaltante di procedere in tal senso.

3. La parte appellante contestava la sentenza del TAR, deducendone l'erroneità per i seguenti motivi:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 97 comma 2, lett b), d.lgs. n. 50-2016 e delle "direttive" ANAC del 5.10.2016; violazione del principio di selezione della migliore offerta in tema di gare pubbliche, travisamento e sviamento contraddittorietà ed illogicità, violazione di legge ed eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della p.a., violazione della "lex specialis" di gara, disparità di trattamento, ingiustizia manifesta, falsità dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di ragionevolezza, difetto di istruttoria, nonché' per la violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche.

Con l'appello in esame si chiedeva l'accoglimento del ricorso di primo grado.

4. Si costituiva l'ANAS appellata chiedendo la reiezione dell'appello.
5. All'udienza pubblica del 17 maggio 2017 la causa veniva trattenuta in decisione.
6. L'ANAS appellata eccepisce preliminarmente che nella parte in diritto, dedicata all'articolazione dei motivi di impugnazione della sentenza di prime cure l'appellante non avrebbe censurato specifici capi della sentenza gravata, limitandosi invece a riproporre, pedissequamente e inammissibilmente le deduzioni già articolate nel giudizio di primo grado.

L'eccezione, è da ritenersi, quantomeno ad una prima valutazione incidentale, infondata, pur dovendo la stessa essere esaminata in sede di sentenza definitiva, poiché il complesso dell'impianto argomentativo dell'atto di appello evidenzia in modo inequivocabile, nella sostanza, quali sono le parti della sentenza non condivise e le ragioni giuridiche e fattuali a sostegno della relativa prospettazione.

7. Nel merito, si deve preliminarmente rilevare, in punto di fatto, che con bando pubblicato sulla G.U.R.I. n. 60 del 26 maggio 2017, ANAS ha indetto una procedura aperta accelerata ex art. 60, comma 3, d.lgs. n. 50-2016, da aggiudicarsi in base al criterio del massimo ribasso, facendo ricorso a tal fine alle deroghe al Codice degli appalti espressamente autorizzate dal Soggetto Attuatore ai sensi delle OCDPC nn. 388/2016, n. 394/2016 e n. 408/2016.

Tra le deroghe assentite figuravano – in particolare – quella all'art. 32, comma 9, d.lgs. n. 50-2016 che consentiva, a valle dell'aggiudicazione, l'immediata stipula del contratto.

Nel corso dell'unica seduta pubblica, il Seggio di gara, accedendo al Portale Acquisti di ANAS ha provveduto all'apertura e a dare lettura

delle offerte presentate dai n. 72 operatori e ha individuato il criterio di determinazione della soglia di anomalia, mediante sorteggio.

Il criterio sorteggiato risultava essere quello di all'art. 97, comma 2, lett b), del Codice dei contratti, applicando il quale la soglia di anomalia calcolata dal Portale risultava in misura pari al 29,310%.

Così determinata la soglia di anomalia, si procedeva quindi all'esclusione automatica delle offerte anomale, ai sensi dell'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50-2016 e all'individuazione dell'impresa aggiudicataria, ATI Preve Costruzioni S.p.A. - Ciabocco S.r.l., con un ribasso percentuale offerto del 29,123%.

8. Secondo parte appellante, la Stazione appaltante avrebbe dovuto individuare la sommatoria unicamente dei ribassi offerti dalle 42 offerte valide e non già delle n. 72 offerte ammesse, dovendo individuarsi la media prendendo come riferimento tale somma, senza che la stessa venisse assoggettata ad ulteriori riduzioni essendo pari la prima cifra dopo la virgola di tale sommatoria.

9. Per cercare di fare chiarezza sul punto nodale su cui orbita il presente contenzioso, deve rilevarsi che l'art. 97, comma 2, lett b), del Codice dei contratti, nella formulazione novellata dal primo Correttivo al Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 56-2017, stabilisce che la soglia di anomalia deve essere determinata nella "media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti

ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra”.

Il dettato normativo imporrebbe di individuare la soglia di anomalia nella media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse alla gara, con esclusione del 20% delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso (c.d. taglio delle ali)

Tale media deve altresì essere decurtata, percentualmente, di un valore pari alla prima cifra decimale, dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai medesimi concorrenti ammessi (c.d. “fattore di correzione”), senza tener conto, quindi, del “taglio delle ali”, laddove detta cifra risulti dispari.

Infatti, il taglio delle ali ha il solo scopo di eliminare, ai fini del calcolo della media (e non già del fattore di correzione), l’influenza delle offerte più distanti dai valori medi, in modo da scoraggiare la presentazione di offerte prodotte al solo scopo di condizionare la media stessa.

10. Secondo una prima tesi, che questo Collegio condivide, dalla lettera del disposto di cui all’art. 97, comma 2, lett. b), in esame, si evidenzia quindi la necessità di procedere al c.d. “taglio delle ali” per la determinazione della media aritmetica dei ribassi, senza precisare alcunché quanto al calcolo della somma dei ribassi offerti, necessario ai fini del calcolo del fattore di correzione.

Se il legislatore avesse voluto escludere le offerte che residuano dopo il taglio delle ali, oltre che nel calcolo della media, anche nella determinazione del fattore di correzione della media stessa, lo avrebbe esplicitato, anziché fare genericamente riferimento ai “ribassi offerti dai concorrenti ammessi”.

Pertanto, l'operazione di somma dei ribassi è diversa dalla media aritmetica prevista dalla prima parte dell'art. 97, comma 2, lett. b), cosicché non coglie nel segno la doglianza di irragionevolezza dell'utilizzo di due medie diverse in una stessa disposizione.

Sotto un primo profilo, dunque, a parere di questo Collegio, l'interpretazione letterale della norma non consente di condividere la soluzione proposta dalla parte appellante, atteso che tra i "concorrenti ammessi" di cui parla il secondo alinea della lett. b) in esame rientrano senza dubbio anche quelli, le cui offerte sono state escluse per il cd. taglio delle ali.

Inoltre, il cd. taglio delle ali, come congegnato dal primo alinea della medesima lett. b), riguarda la media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le "offerte ammesse", a conferma del fatto che il Legislatore è ben consapevole che le offerte "tagliate" sono e restano offerte ammesse.

Peraltro, l'operazione di cui sopra è una mera operazione di tipo aritmetico che non incide sulla natura e sulla qualificazione giuridica dell'offerta quale ammessa o non ammessa: pertanto, non si potrebbe nemmeno ritenere irragionevole tale lettura ermeneutica, perché imporrebbe il calcolo di due medie diverse, atteso che è evidente la diversità delle operazioni previste dal primo e dal secondo alinea dell'art. 97 in esame.

Ad ulteriore sostegno di tale tesi, si può considerare anche che le operazioni compiute da Anas, oltre che coerenti con il dettato normativo, siano anche compatibili con la ratio della disposizione, tesa a rendere il più possibile non predeterminabile e, quindi, ingovernabile ex ante dai vari concorrenti, il calcolo della soglia di anomalia delle offerte, dando così un ulteriore contributo

all'eliminazione di possibili influenze delle offerte con finalità meramente distorsive.

Infine, si deve rilevare che, anche con le modifiche introdotte all'art. 97, co. 2, lett. b), dal d.lgs. n. 56-2017 (c.d. primo Correttivo) la situazione è rimasta immutata, atteso che le modifiche normative hanno riguardato il primo alinea della lett. b) – stabilendo che il c.d. taglio delle ali riguarda il “venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore”, e non anche il secondo alinea che il Legislatore ha inteso inequivoco poiché il significato della disposizione emerge di per sé dal dato letterale, come sopra precisato.

11. Secondo un'altra tesi, condivisa da una parte della giurisprudenza amministrativa sia di appello che di primo grado (cfr., per il grado di appello, le recenti sentenze sez. V, 23 gennaio 2018, n. 435 e 17 maggio 2018, n. 2959), per il calcolo della media aritmetica non vanno considerate le offerte previamente escluse in virtù del taglio delle ali, non ritenendosi che il legislatore abbia inteso applicare il calcolo della media limitatamente ai ribassi ammessi dopo il taglio delle ali per poi successivamente calcolare, all'opposto, la somma dei ribassi prendendo in considerazione tutti i ribassi originali, seppur già esclusi.

12. Stante il contrasto giurisprudenziale in atto sia in sede di appello che in sede di primo grado che evidenzia il possibile aggravarsi del contrasto giurisprudenziale medesimo, e stante la circostanza che la questione oggetto dell'opposta lettura ermeneutica sopra descritta appare di massima di particolare importanza nel settore degli appalti e del calcolo delle soglie di anomalia dell'offerta, il presente ricorso

viene deferito all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, co. 1, c.p.a.

Peraltro, l'Adunanza plenaria si è già occupata del tema (ma non del caso di specie), già chiarendo il criterio di calcolo delle offerte da accantonare nel c.d. taglio delle ali (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 19 settembre 2017, n. 5 su remissione della Sezione III con ordinanza 13 marzo 2017, n. 1151) e stabilendo che, avuto riguardo al criterio di calcolo delle offerte da accantonare nel c.d. taglio delle ali, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, devono applicarsi i seguenti principi di diritto:

a) 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;

b) 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.

Tale pronuncia conferma l'importanza di massima della questione del corretto criterio di calcolo delle soglie di anomalia, a valle delle incertezze (e delle conseguenti divergenti pronunce giurisprudenziali, specie di primo grado) derivanti dalla infelice formulazione lessicale delle relative norme, essenziale per garantire la correttezza degli appalti pubblici e la sostenibilità delle relative offerte.

13. Si deve conclusivamente precisare che l'unica ulteriore questione oggetto dell'appello, che residua rispetto alla questione giuridica sopra descritta, era stata a suo tempo sollevata con ricorso per motivi aggiunti di primo grado, notificato in data 19.8.2017, ove l'attuale parte appellante aveva contestato l'operato di ANAS per non essersi avvalsa "delle deroghe che i provvedimenti legislativi sul sisma pur le avrebbero concesso (affidando i lavori ad una impresa piemontese)", anziché valersi della possibilità di invitare e privilegiare le imprese del cratere.

Il TAR ha rigettato la relativa doglianze *"non risultando alcuna disposizione normativa che imponga alla stazione appaltante di procedere in tal senso", non esistendo nel quadro normativo disciplinante il sistema delle deroghe relativo agli affidamenti di ricostruzione post sisma, alcuna disposizione che autorizzi il Soggetto attuatore ANAS a "preferire" gli operatori ubicati nel cratere sismico, in luogo di quelli aventi sede legale altrove"*.

Tale questione, all'evidenza, potrà esser decisa soltanto a valle della decisione circa il contestato criterio di calcolo dell'anomali dell'offerta, oggetto della presente ordinanza di remissione.

14. Conclusivamente, deve essere rimessa all'Adunanza Plenaria, ex art. 99 c.p.a., la questione relativa alla corretta interpretazione dell'art. 97, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50-2016, nella parte in cui si richiamano i "concorrenti ammessi" (secondo alinea della lett. b) per

il computo del cd. "fattore di correzione", per stabilire se vi rientrano anche i concorrenti le cui offerte sono state escluse dal punto di vista aritmetico per il calcolo del cd. taglio delle ali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al Segretario incaricato di assistere all'Adunanza Plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

L'ESTENSORE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO