

## CONSIGLIO DI STATO ADUNANZA PLENARIA N.5 DEL19/09/2017 – TAGLIO DELLE ALI

L'Azienda Ospedaliera di Padova con bando del 30 marzo 2016, indiceva gara di appalto per l'affidamento dei lavori di manutenzione biennale delle opere edili ed affini dei fabbricati della stessa Azienda, con importo a base d'asta di euro 4.120.000,00, mediante il criterio del prezzo più basso, previa esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, ai sensi degli artt. 86, comma 1, e 122, comma 9, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ragione per cui l'aggiudicazione doveva essere disposta in favore dell'offerta collocata immediatamente al di sotto della soglia di anomalia.

Alla gara partecipavano 346 concorrenti.

Con verbale n. 8 del 31 maggio 2016, risultavano ammesse n. 344 offerte.

La Commissione procedeva poi all'esclusione del dieci per cento delle offerte presentate, ai sensi del comma 1 dell'articolo 86 del d.lgs. n. 163 del 2006, (si tratta delle 34 offerte recanti rispettivamente il maggiore e il minore ribasso percentuale).

Partendo dalla media aritmetica dei ribassi percentuali delle offerte escluse dal 'taglio delle ali' (28,436) e applicando lo scarto medio aritmetico dei ribassi (1,686), così come previsto dall'art. 86, comma 1, del d.lgs.n. 163/ 2006, la Commissione di gara determinava inizialmente la soglia di anomalia nel valore di 30,122 ed aggiudicava la gara, in via provvisoria, alla ditta XX, la quale aveva offerto un ribasso del 30,111 per cento, risultando la prima delle offerte non anomale.

Seconda graduata risultava la società YY con il ribasso del 30,102 per cento, e terza la società ZZ ,con il ribasso del 30,087 per cento.

Il terzo classificato faceva rilevare che all'interno dell'ala dei maggiori ribassi erano state conteggiate due offerte , che esponevano entrambe il medesimo ribasso del 39,999 per cento.

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

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

In seguito all'accorpamento delle due offerte, dunque, la soglia di anomalia veniva rideterminata nella misura del 30,089 per cento,e la gara veniva aggiudicato alla società ZZ( terzo classificato nella prima seduta) che aveva offerto un ribasso del 30,087 per cento.

Infine, con determina n. 662 del 24 giugno 2016, il Commissario dell'Azienda approvava gli atti di gara e aggiudicava definitivamente la stessa, per l'importo di euro 2.548.199,87, alla società ZZ.

La ditta XX risultata aggiudicataria in prima battuta, impugnava dinanzi al T.A.R. del Veneto gli atti di gara e la nuova aggiudicazione,

La ricorrente deduceva in primo grado due distinte censure.

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

“Inoltre “sosteneva che l'accorpamento delle offerte con medesimo ribasso collocate all'interno delle 'ali' da tagliare determinasse un illegittimo ampliamento delle 'ali' medesime e il superamento del limite del dieci per cento della fascia di appartenenza (quella dei maggiori ribassi o

dei minori ribassi) prevista dalla legge e dal bando e deduceva che le offerte identiche fossero da considerare come un'offerta unica (c.d. 'blocco unitario') solo nel caso in cui ricadano "a cavallo" del dieci per cento dei maggiori e minori ribassi (cc.dd. 'ali'), e non anche nel caso in cui si collochino "all'interno delle ali", poiché per le offerte situate all'interno delle 'ali' opera il c.d. 'criterio assoluto' che impone la considerazione distinta delle singole offerte, pur se aventi il medesimo ribasso."

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

Il T.A.R. per il Veneto, con la sentenza n. 1089 del 29 settembre 2016 resa in forma semplificata, ha respinto entrambi i motivi di ricorso.

Quanto al primo motivo, il T.A.R. per il Veneto, ha ritenuto che le offerte con uguale ribasso, sia quando si collochino all'interno delle ali (ovvero nel dieci per cento delle offerte con maggior ribasso o in quello delle offerte con minor ribasso), sia quando si trovino a cavallo di esse, devono essere sempre accorpate e considerate come "un'unica entità economica", *«per cui devono essere non solo accantonate, ma anche conteggiate come una sola entità (con conseguente possibilità per la stazione appaltante di scartare, ai fini dell'individuazione della soglia di anomalia, un numero di offerte superiore al 10 per cento dei maggiori o minori ribassi), essendo di carattere generale la finalità di evitare che identici ribassi, a cavallo o all'interno delle ali, limitino l'utilità dell'accantonamento e amplino eccessivamente la base di calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico, rendendo inaffidabili i risultati»* (pagg. 8-9 della sentenza impugnata).

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

Avverso tale sentenza la ditta XX ripropone un secondo appello al Consiglio di Stato.

Con ordinanza 13 marzo 2017, n. 1151 la medesima Terza Sezione, ravvisando obiettivi dubbi in ordine alla corretta interpretazione del comma 1 dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e del comma 1 dell'articolo 121 del d.P.R. 207 del 2010, ha rivolto a **questa Adunanza plenaria i seguenti quesiti:**

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

b) *se la disposizione regolamentare dell'articolo 121, comma 1, secondo periodo, del d.P.R. n. 207 del 2010, nel prevedere che «qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del Codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia», intenda o, comunque, presupponga che le offerte aventi eguale valore rispetto a quelle*

*da accantonare siano considerate, “accantonate” e accorpate come un’unica offerta o, invece, si limiti a prevedere solo che debbano essere escluse (“accantonate”) dal calcolo della soglia di anomalia le offerte che, pur non rientrando nella quota algebrica del 10 per cento, abbiano tuttavia eguale valore rispetto a quelle da accantonare e cioè, per logica necessità, a quelle situate al margine estremo delle ali (c.d. offerte a cavallo).*

L’ADUNANZA PLENARIA dopo ampia dissertazione ha concluso che devono essere enunciati i seguenti principi di diritto, che corrispondono ai (due) quesiti articolati nell’ambito dell’ordinanza di rimessione:

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

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

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

Il Collegio ritiene invece di rimettere alla Sezione rimettente l’esame puntuale del secondo motivo di ricorso. In definitiva l’Adunanza Plenaria ha confermato la sentenza del TAR Veneto.

Vi è da sottolineare che la sentenza, anche se riferita al vecchio codice degli appalti ,pur tuttavia merita interesse ,in quanto sull’argomento si era formata una giurisprudenza contrastante.

Sintesi a cura dell’ing. Vincenzo Frajese

Salerno 23/09/2017