

N. 00818/2016REG.PROV.COLL.

N. 05134/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5134 del 2015, proposto da:
Gidogi Srl, Pimet Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso
Arturo Cancrini in Roma, Via G. Mercalli, 13;

contro

Salc Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Bonanni, con domicilio eletto presso Pietro Bonanni in Roma, Via G.P.
Da Palestrina 19;

nei confronti di

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provv.To Int.le alle Oo. Pp. Lazio Abruzzo Sardegna, rappresentati e difesi
per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA: SEZIONE I n. 00370/2015, resa tra le parti, concernente affidamento
lavori pubblici relativi a riparazione danni e adeguamento sismico a seguito del sisma del 06/04/2009 della sede della
direzione regionale dei vigili del fuoco per l'Abruzzo -LAquila

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Salc Spa e di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2015 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati
Francesco Vagnucci, Pietro Bonanni e l'Avvocato dello Stato Fabrizio Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'appello in esame, le società Gi.Do.Gi s.r.l. e Pimit s.r.l. impugnano la sentenza 8 maggio 2015 n. 370, con la quale il TAR per l'Abruzzo, sez. I, in accoglimento del ricorso proposto dalla società SALC s.p.a., ha annullato il provvedimento con il quale il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato interregionale opere pubbliche Lazio-Abruzzo-Sardegna ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto relativo a riparazione danni e adeguamento sismico della sede della direzione regionale dei Vigili del Fuoco per l'Abruzzo – L'Aquila, in favore della RTI tra le imprese attuali appellanti.

Tale aggiudicazione era ritenuta illegittima – nella prospettazione del ricorrente in I grado – in quanto essa “era conseguita all'erroneo calcolo dell'anomalia effettuato dalla Stazione appaltante, che aveva condotto prima all'inserimento in graduatoria dell'offerta dell'ATI Amorosa s.r.l. per due volte, poi all'esclusione di n. 27 offerte di minore ribasso e di n. 28 offerte (anziché 27) connotate da maggior ribasso, includendo nell'ala da tagliare anche l'offerta della Imprendo Italia s.r.l., che invece avrebbe dovuto concorrere al calcolo della media e dello scatto medio aritmetico”. Di conseguenza, l'erroneità del calcolo effettuato avrebbe condotto alla illegittima aggiudicazione che, ove si fosse correttamente operato, avrebbe dovuto avvenire in favore dell'impresa ricorrente.

La sentenza impugnata afferma, in particolare:

- ai fini della definizione delle modalità di calcolo del cd. “taglio delle ali”, trovano applicazione l'art. 86 d.lgs. n. 163/2006 e l'art. 121, co. 1, DPR n. 2097/2010, quest'ultima costituente norma di attuazione della precedente, che fissa il limite del 10% delle offerte di maggiore e di minore ribasso da “escludere” ai fini del calcolo dell'anomalia”;

- in particolare, l'art. 121, co. 1, intende tenere “distinte” le eventuali offerte con uguale valore di ribasso”. Tuttavia, il secondo periodo della disposizione in questione aggiunge 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 uguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia”;

- in particolare, l'art. 121 primo comma, stabilisce “come” debba essere calcolato il detto 10% delle “offerte”, disponendo che “le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese distintamente...” e dunque concorrono “autonomamente” agli effetti del detto calcolo, mentre l'art. 121, secondo comma, introduce, invece, un'eccezione, imponendo l'“accantonamento” delle offerte “di uguale valore rispetto alle offerte da accantonare” “ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia”.

Secondo la sentenza impugnata, “la apparente antinomia delle due disposizioni, l'una richiedente la valutazione “distinta” delle offerte di uguale ribasso, l'altra imponente l'“accantonamento” delle offerte di uguale valore”, va risolta nel modo seguente:

“Il primo periodo stabilisce una regola espressamente riferita “ai fini della individuazione della soglia di anomalia”; il secondo, che non può contrastare con il primo né con la norma primaria (o comunque che va interpretato in maniera da evitare tale contrasto), presuppone che siano già state individuate le offerte da “accantonare” all'esito dell'effettuazione del calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, dunque presuppone che siano già state calcolate “quante” offerte sono da “accantonare” (nel limite del 10% delle offerte presentate) e prevede il caso di “una o più offerte di uguale valore rispetto alle offerte” (che siano già) “da accantonare”, stabilendo che (anche) queste offerte siano “altresì” da accantonare, ma questo ai soli fini del successivo calcolo della soglia di anomalia.

In tal modo, se è del tutto irrilevante l'offerta “di uguale valore” all'interno dell'ala, ai fini del calcolo del numero complessivo delle offerte da accantonare per l'individuazione della soglia di anomalia (che, nel limite del 10% delle offerte, dipende solo dal numero delle offerte presentate in ciascuna gara), il dato dell'“uguale valore” riacquista significatività allorché siano stati individuati i ribassi “minimo” e “massimo” non potendosi logicamente mantenere in gara un'offerta di ribasso di uguale valore rispetto all'ultima delle offerte da accantonare, dunque, come espressamente detto dalla disposizione in esame, “ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia”.

La rilevata antinomia delle due disposizioni, dunque, può essere agevolmente risolta ipotizzando, come si è sopra fatto, una loro applicazione, diacronica, a diversi segmenti procedurali, come giustificato peraltro dalla testuale formulazione contenuta nel secondo comma dell'art. 121 che riferisce del “successivo” calcolo della soglia di anomalia”.

Avverso tale decisione, vengono proposti motivi di appello (come desumibili dalle pagg. 7-18 ric.), che, in sostanza, sottolineano l'*error in iudicando* della decisione, poiché l'art. 121, co. 1, primo periodo, DPR n. 207/2010 “prevede che le offerte dell'analogo ribasso debbano essere computate in modo distinto esclusivamente per il calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico ma non anche ai fini del taglio delle ali, in cui assume esclusiva ed assorbente rilevanza il dato valoriale relativo al ribasso”.

Si è costituito in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che, in adesione alla società appellante, ha concluso per la riforma della sentenza impugnata.

Si è altresì costituita in giudizio la società SALC s.p.a., che ha concluso per il rigetto dell'appello, stante la sua infondatezza.

All'udienza di trattazione, la causa è stata riservata in decisione.

DIRITTO

2. L'appello è fondato e deve essere, pertanto, accolto, con conseguente riforma della sentenza impugnata.

La presente controversia si incentra tutta sulla esatta interpretazione (e conseguente corretta applicazione) delle disposizioni regolanti l'individuazione delle cd. "offerte anomale" nelle gare con criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, poiché, seguendo l'interpretazione offerta in sentenza, risulta aggiudicataria la società SALC, attuale appellata; viceversa, in base al criterio applicato dalla commissione di gara, risulta aggiudicataria l'appellante Gi.Do.Gi. s.r.l., e ciò in quanto – a seconda della interpretazione offerta delle norme e del conseguente *modus procedendi* – viene a determinarsi in modo differente la soglia di anomalia.

La individuazione, in sede di gara, delle cd. "offerte anomale" è disciplinata, in particolare, dall'art. 86 d.lgs. n. 163/2006 e, in attuazione di questo, dall'art. 121 DPR. n. 207/2010.

Sul punto, l'art. 86, co. 1 (recante "criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse"), prevede:

"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".

In applicazione di tale disposizione, l'art. 121.co. 1 del Regolamento prevede:

"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. 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."

3. La sentenza impugnata ritiene che occorra una "applicazione diacronica, a diversi segmenti procedurali" delle due disposizioni, che dunque interpreta nel modo seguente:

- l'art. 86, co. 1, "fissa il limite del 10% delle offerte di maggiore e di minore ribasso da escludere ai fini del calcolo di anomalia";

- l'art. 121, co. 1, introduce una "apparente antinomia", poiché, per un verso (I periodo) impone che "le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese distintamente" e dunque "concorrono autonomamente agli effetti del detto calcolo"; per altro verso (II periodo) impone l'accantonamento delle offerte "di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare" ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia;

- mentre il I periodo "stabilisce una regola espressamente riferita ai fini della individuazione della soglia di anomalia", il II periodo "presuppone che siano già state individuate le offerte da accantonare all'esito dell'effettuazione del calcolo del 10% di cui all'art. 86, co. 1, dunque presuppone che siano già state calcolate quante offerte sono da accantonare (nel limite del 10% delle offerte presentate) e prevede il caso di una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte (che siano già) da accantonare, stabilendo che (anche) queste offerte siano altresì da accantonare, ma questo ai soli fini del successivo calcolo della soglia di anomalia;

- procedendo in tal modo, "se è del tutto irrilevante l'offerta "di uguale valore" all'interno dell'ala, ai fini del calcolo del numero complessivo delle offerte da accantonare per l'individuazione della soglia di anomalia (che, nel limite del 10% delle offerte, dipende solo dal numero delle offerte presentate in ciascuna gara), il dato dell'"uguale valore" riacquista significatività allorché siano stati individuati i ribassi "minimo" e "massimo" non potendosi logicamente mantenere in gara

un'offerta di ribasso di uguale valore rispetto all'ultima delle offerte da accantonare, dunque, come espressamente detto dalla disposizione in esame, "ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia".

L'interpretazione seguita dal I° giudice trova conforto anche in giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sez. V, 28 agosto 2014 n. 4429, citata in sentenza), secondo la quale

"in sede di applicazione dell'art. 86 del Codice dei contratti pubblici e dell'art. 121 del suo regolamento di esecuzione e al fine del computo del 10% delle 'ali da tagliare', nel caso di presentazione di due o più offerte aventi la medesima riduzione percentuale che si trovino nell'elenco delle imprese che si trovino nella fascia del 10%, ogni offerta va considerata individualmente: la soluzione opposta, ipotizzata dalla sentenza impugnata, comporterebbe il superamento del limite del 10% previsto dal legislatore e si porrebbe dunque in contrasto con il dato letterale dell'art. 86, in assenza di ragioni sostenibili o ispirate all'interesse pubblico.

Al contrario, se le distinte offerte aventi la medesima riduzione percentuale si trovano 'a cavallo' della fascia del 10%, tutte le medesime offerte vanno trattate allo stesso modo e non vanno considerate, con la possibilità dunque di superare il limite del 10% delle offerte da non considerare".

In modo più ampio, e nel medesimo senso, si è espresso Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2012 n. 3953, secondo la quale:

"dopo l'ammissione delle offerte, sono previste le seguenti fasi:

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

Per dato letterale e logico, in via generale in dette operazioni vengono in rilievo le offerte, alle quali fa riferimento il legislatore, a prescindere dalla entità dei ribassi in esse contenuti (cd. criterio assoluto).

In particolare non vi sono elementi dai quali, come regola generale, possa desumersi che in caso di offerte con identico ribasso le stesse vadano considerate unitariamente come unica entità (cd. criterio relativo).

Unica eccezione a questa regola viene desunta per le offerte che nel calcolo per il taglio delle ali vengano a trovarsi a cavallo della percentuale del 10%; e ciò, secondo un indirizzo giurisprudenziale condiviso dal Collegio (Consiglio Stato, sez. V, 18 giugno 2001, n. 3216; 26 febbraio 2003, n. 1094; 3 giugno 2002, n. 3068), in base al quale: 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. Sicché 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.

In tutti gli altri casi, per dato letterale inequivocabile, opera invece il criterio assoluto, con considerazione distinta delle singole offerte pur se aventi il medesimo ribasso, essendo stabilito in particolare, per quel che qui rileva, che la media aritmetica riguarda i ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse e non i ribassi in esse contenuti (Consiglio Stato, sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6323)".

A tale giurisprudenza si riporta anche l'appellata (v. pag. 21 memoria dep. 2 ottobre 2015), al fine di sostenere l'infondatezza dell'appello.

4. L'interpretazione offerta dalla sentenza impugnata è contestata dall'appellante, secondo il quale, in sostanza, "la disciplina regolamentare preconizza e risolve la situazione . . . in cui nella graduatoria di gara si registrano uno o più ribassi identici", e dunque la stessa deve essere interpretata nel modo seguente:

- per quanto riguarda il calcolo della media aritmetica e il calcolo dello scarto medio aritmetico, tali offerte vanno prese distintamente nei loro singoli valori;
- “nell’operazione del cd. taglio delle ali, invece, laddove siano presenti una o più offerte di eguale valore, tali offerte devono essere tutte accantonate”.

Infatti – secondo l’appellante – “attraverso il taglio delle ali, la norma persegue l’intento di eliminare alla 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 un’unica categoria anche più offerte quando, casualmente o meno, esse abbiano la medesima misura”.

In tal senso, “l’indicazione del 10% delle offerte da escludere dalla media non deve essere inteso in senso soltanto numerico, ma anche in senso logico, cosicché è precluso che a determinare il valore medio in questione possano concorrere offerte che, per la loro oggettiva consistenza, siano identiche ad altra (o ad altre) ritenuta (o ritenute) per definizione ininfluenti o fuorviate”.

Ne consegue che – sempre secondo l’appellante – “depurata in tal modo la platea delle offerte, invece è chiaro che la successiva operazione di calcolo della media e dello scarto medio fra i ribassi debba essere condotta computando ciascuna offerta (e, dunque, anche quelle aventi il medesimo ribasso) in modo distinto”.

Tale interpretazione è sostenuta anche dall’ANAC, che, con proprio parere 23 aprile 2014 n. 87 (in precedenza, parere 24 luglio 2013 n. 133), ha affermato:

“(a) il taglio delle ali (ossia l’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. 163/2006) intercetta il problema delle offerte identiche in due situazioni, e precisamente (1) quando vi siano più offerte identiche all’interno delle ali e (2) quando vi siano più offerte identiche a cavallo delle ali;

(b) il primo aspetto è stato generalmente risolto in giurisprudenza con l’applicazione del criterio assoluto e il secondo con l’applicazione del criterio relativo (v. Cons. St., Sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6323, ripreso da AVCP nel parere n. 66 del 7 aprile 2011). Si è, quindi, ritenuto che all’interno delle ali le offerte debbano essere considerate e computate nella loro individualità, indipendentemente dalla misura dei ribassi (criterio assoluto), in quanto la norma letteralmente fa riferimento alle offerte e non al valore delle stesse. Tuttavia, nell’ipotesi in cui l’ala non fosse sufficiente a comprendere tutte le offerte con il medesimo ribasso, si è ritenuto che vadano escluse anche le offerte identiche situate a cavallo della percentuale del 10%. In questo caso, le offerte identiche dovrebbero essere considerate come un’unica offerta (criterio relativo), allo scopo di evitare contraddizioni logiche, ossia 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;

(c) peraltro, una volta ammesso che il tenore letterale dall’art. 86, comma 1, del D.Lgs. 163/2006 può essere superato in via interpretativa per le offerte a cavallo delle ali, non vi sono ragioni per non applicare lo stesso metodo al caso delle offerte che rimangono interne alle ali.

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;

(d) questo passaggio interpretativo è stato ora codificato dall’art. 121, comma 1, del DPR 207/2010

(e) tale norma, nel secondo periodo, 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, il che equivale a dire che le offerte identiche devono essere considerate, in questa fase, come un’offerta unica. Il primo periodo, 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;

(f) in questo modo 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. E in effetti, 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”.

Alle medesime conclusioni è giunta anche altra giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (di recente, sez. V, ord. 1 aprile 2015 n. 1385, citata anche dall'appellante).

5. Il Collegio ritiene che l'art. 86, co. 1, d. lgs. n. 163/2006 e l'art. 121, co. 1, DPR n. 207/2010 devono essere interpretati nei sensi di cui all'orientamento da ultimo esposto (fatto proprio anche dall'ANAC e concretamente applicato dall'amministrazione), orientamento sul quale si fonda l'appello proposto

Giova, innanzi tutto, osservare che, ai sensi dell'art. 86, co. 1, del Codice dei contratti dopo l'ammissione delle offerte, sono previste le seguenti fasi:

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

Rispetto a tale indicazione a carattere generale, offerta dal citato art. 86, co. 1, l'art. 121, co. 1 del Regolamento specifica due aspetti afferenti all'individuazione, in concreto, della soglia di anomalia:

- il primo, a carattere generale, consistente nel precisare che "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";
- il secondo, costituente eccezione al principio generale (e relativo solo all'operazione di cd. "taglio delle ali"), consistente nel precisare 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"

Tale ultima disposizione non può che essere interpretata se non nel senso che, ai fini della definizione del 10% delle offerte da escludere (di maggior ribasso e di minor ribasso), qualora entro detta fascia vi siano offerte di un determinato ribasso, tutte quelle (sia presenti nella fascia/ala perché numericamente rientranti nel 10%, sia collocate fuori dalla fascia perché eccedenti il 10% calcolato sul numero complessivo delle offerte), devono essere accantonate e quindi rese ininfluenti ai fini del calcolo della soglia di anomalia.

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). Essa non si pone affatto in contraddizione con detta norma primaria, ma anzi intende 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%, che il legislatore ha inteso prevedere.

Come condivisibilmente afferma il parere ANAC n. 133/2013 "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".

Se è vero che la lettera dell'art. 86 indica, ai fini del calcolo del 10% le "offerte di maggior ribasso" e "quelle di minor ribasso", con ciò facendo riferimento ad un indicatore numerico delle stesse, a prescindere dall'entità del ribasso offerto, da intendersi secondo un criterio definito, anche in giurisprudenza, "assoluto", è altrettanto vero che tale indicazione ha natura di "regola generale", che vale:

- sia nel caso in cui ci si trovi di fronte a offerte con entità di ribasso tutte differenti (ipotesi che esclude *ex se* l'applicazione dell'art. 121, co. 1, DPR n. 207/2000);
- sia nel caso in cui vi siano più offerte con identico ribasso, ma queste siano nettamente al di fuori delle due "ali" rappresentate dal 10% delle offerte di minor ribasso e di quelle di maggior ribasso.

Al contrario, 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 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 una unica offerta.

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), e ciò perché solo in questo modo il criterio del taglio delle ali consente di conseguire l'affidabilità del risultato.

D'altra parte, è appena il caso di osservare 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).

In tal senso, il 10% costituisce 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).

Contro tale interpretazione non può agevolmente sostenersi:

- né che essa comporterebbe una violazione della norma primaria, da parte della norma regolamentare (così nella sentenza impugnata, v. pag. 9);
- né che essa, oltre a quanto ora detto, genererebbe un contrasto di norma secondaria con la primaria "in assenza di ragioni sostenibili o ispirate all'interesse pubblico" (Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2014 n. 4429)

Quanto al primo aspetto, è appena il caso di osservare che 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 cd. relativo. In tale ultima ipotesi, dunque, risulterebbe certamente non rispettata la (pur evocata) "lettera" della disposizione primaria (limite del 10% delle offerte).

A fronte di tale intermittente applicazione della cd. interpretazione letterale, occorre invece osservare (condividendo il parere ANAC n. 87/2014 cit.), che "una volta ammesso che il tenore letterale dall'art. 86, comma 1, del D.Lgs. 163/2006 può essere superato in via interpretativa per le offerte a cavallo delle ali, non vi sono ragioni per non applicare lo stesso metodo al caso delle offerte che rimangono interne alle ali".

D'altra parte, occorre osservare che, 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.

Infatti, si osservi che, poste 100 le offerte, 10 offerte costituiscono il 10% del totale, ma se tra esse ve ne sono 4 di identico ribasso e, inoltre, altre 2 presentano tale ulteriore identico ribasso, dire che anche queste ultime 2 devono essere escluse è come affermare che 9 offerte vengono considerate distintamente e l'ultima, invece, unitariamente con quelle a cavallo, con applicazione, nello stesso caso, di un duplice criterio interpretativo; di modo che, in realtà, contraddicendo la *voluntas* dell'interprete, il criterio cd. relativo finisce con applicarsi, comunque, anche ad almeno ad una offerta collocata all'interno dell'ala.

Quanto al secondo aspetto, si è già chiarito che 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

Come si è già detto, identificare ciascuna offerta con uno specifico ribasso (accorpare 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.

Al contrario, procedere secondo il cd. 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.

6. Per tutte le ragioni sin qui esposte, l'appello deve essere accolto, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere rigettato il ricorso instaurativo del giudizio di I grado, avendo l'amministrazione, in sede di gara, fatto corretta applicazione degli artt. 86 d. lgs. n. 163/2006 e 121 DPR n. 207/2000.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante; ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cass. civ., sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione del giudizio di tipo diverso dalla presente.

La natura e complessità delle questioni trattate giustificano la integrale compensazione delle spese, diritti ed onorari del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Gi.Do.Gi s.r.l. e da Pimit s.r.l. (n. 5134/2015 r.g.), accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso instaurativo del giudizio di I grado.

Compensa tra le parti spese, diritti ed onorari del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/02/2016

IL SEGRETARIO