



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1018 DEL 11 ottobre 2017

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Cella Costruzioni S.r.l. e Comune di Cividale del Friuli – Procedura ristretta semplificata per l'affidamento dei lavori di completamento immobili palazzetto dello sport 1° stralcio – Importo a base di gara: euro 854.212,00 - S.A.: Comune di Cividale del Friuli
PREC 249/17/L

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al protocollo n. 79953 del 12 giugno 2017, l'operatore economico Cella Costruzioni S.r.l. e la stazione appaltante Comune di Cividale del Friuli hanno sottoposto all'Autorità un quesito riguardante l'accantonamento dei ribassi identici in caso di "taglio delle ali".

Nella gara in epigrafe da aggiudicare con il criterio dell'offerta più bassa sull'elenco prezzi con esclusione automatica delle offerte anomale, a seguito del sorteggio del criterio di calcolo della soglia di anomalia di cui alla lettera e) del comma 2 dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, nell'effettuare il calcolo della percentuale di offerte da accantonare per sottrarle al calcolo della media dei ribassi, la Commissione ha accorpato due offerte aventi il medesimo ribasso (13,13%) posizionate all'interno dell' "ala" dei massimi ribassi e, sulla base della soglia di anomalia così calcolata, ha aggiudicato la gara all'impresa TEMI S.r.l.

L'operatore economico Cella Costruzioni, odierno istante, ha contestato tale modalità di calcolo, sostenendo che, stante l'abrogazione dell'art. 121 del d.P.R. n. 207/2010, la stazione appaltante non avrebbe dovuto procedere all'accorpamento dei ribassi identici, così pervenendo al differente esito dell'aggiudicazione della gara in suo favore.

Gli istanti chiedono quindi congiuntamente all'Autorità se, vista l'abrogazione dell'art. 121 d.P.R. n. 207/2010, nel determinare la soglia di anomalia, la stazione appaltante debba o meno accantonare i ribassi identici che vengono a trovarsi all'interno o a cavallo delle ali.

Ritenuto in diritto

L'applicazione del cosiddetto "blocco unitario" - ovvero l'accorpamento delle offerte di uguale valore come se fossero un'unica offerta - alle offerte che si collocano non solo a cavallo ma anche all'interno delle ali si è andata affermando sotto il vigore dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006 sulla scorta dell'orientamento espresso dall'Autorità nei pareri di precontenzioso n. 133 del 24 luglio 2013 e n. 87 del 23 aprile 2014 e della più recente giurisprudenza maggioritaria.

Da ultimo, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 19 settembre 2017 ha inteso superare i contrasti che ancora si registravano in giurisprudenza sancendo che il comma 1 dell'art. 86 del



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

d.lgs. n. 163/2006 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 aventi il medesimo valore, sia che si collochino a cavallo delle ali sia che si collochino all'interno di esse, e che il secondo periodo del comma 1 dell'art. 121 del d.P.R. n. 207/2010 deve a sua volta essere interpretato nel senso che l'operazione di accantonamento deve essere effettuata considerando le offerte di pari valore come una unica offerta sia che esse si collochino a cavallo delle ali sia che si collochino all'interno di esse.

Le motivazioni della pronuncia si basano in primo luogo su argomenti di carattere testuale desumibili dal secondo periodo del comma 1 dell'art. 121 del D.P.R. n. 207/2010 ("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») che, secondo la Plenaria, decreta l'obbligo generalizzato di accantonare le offerte che abbiano valore identico a quello di altre offerte oggetto di accantonamento e non legittima un'interpretazione che limiti tale modalità al caso di offerte a cavallo delle ali. La lettura in questo senso della norma, sempre secondo la Plenaria, è rafforzata dal raffronto col primo periodo dello stesso comma dell'art. 121 («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»), che sancisce l'opposta disciplina del criterio di carattere "assoluto" nel diverso caso del calcolo della media dei ribassi delle offerte non interessate dal taglio delle ali.

Alle motivazioni di natura testuale, la Plenaria affianca le argomentazioni di carattere teleologico e sistematico, già evidenziate dalla più recente giurisprudenza, che riconoscono nel "blocco unitario" il metodo più idoneo a prevenire manipolazioni delle gare ostacolando condotte collusive in sede di formulazione delle percentuali di ribasso e ad evitare che identici ribassi, ampliando in modo eccessivo la base di calcolo della media di gara, possano finire col ridurre l'utilità del taglio delle ali conducendo ad ottenere risultati inaffidabili.

L'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 ha segnato l'introduzione di una disciplina del calcolo della soglia di anomalia diversa da quella del d.lgs. n. 163/2006. In attuazione del criterio di delega ff) di cui alla legge delega n. 11/2016, per scongiurare la predeterminabilità dei parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala, il legislatore ha introdotto il sistema del sorteggio in sede di gara di uno dei cinque metodi di calcolo della soglia di anomalia indicati al comma 2 dell'art. 97 (due dei quali non prevedono il taglio delle ali).

Il decreto correttivo (d.lgs. n. 56/2017) è intervenuto ulteriormente sulla norma, tra l'altro ampliando (dal 10 al 20%) la percentuale delle offerte da accantonare con il taglio delle ali nei



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

metodi di cui alle lettere a) e b). Infine, è venuto meno l'art. 121 d.P.R. n. 207/2010 con l'abrogazione del Regolamento di attuazione del vecchio Codice.

Con il Comunicato del 5 ottobre 2016, l'Autorità ha richiamato l'attenzione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici sull'avvenuta abrogazione dell'art. 121 e sulla conseguente impossibilità di continuare ad applicare il metodo del blocco unitario.

Con l'abrogazione dell'art. 121 d.P.R. n. 207/2010 è venuta effettivamente meno la norma positiva – il dato testuale – su cui, nel sistema normativo precedente, si fondava l'interpretazione dell'art. 86, comma 1, d.lgs. n. 163/2006, nel senso indicato dalla Plenaria.

L'abrogazione della norma regolamentare, il cui contenuto dispositivo non è stato trasposto nel nuovo Codice, sembra quindi restituire alla norma primaria, oggi l'art. 97, comma 2, lett. a), b) ed e), il suo significato letterale di accantonamento di un numero assoluto di offerte, singolarmente considerate, corrispondente alla percentuale del 10 (o 20) per cento e non di accantonamento di valori offerti (anche eventualmente corrispondenti ad un numero maggiore di offerte).

Il mutamento di prospettiva desumibile dalla mancata riproposizione di quanto previsto dall'abrogato art. 121 d.P.R. n. 207/2010 appare anche coerente con la complessiva rivisitazione della disciplina del computo della soglia di anomalia, alla luce della quale il ricorso al metodo del blocco unitario non sembra più "così" necessario. Si fa riferimento alla attenuazione dei rischi di manipolazione della gara derivante dalla non prevedibilità del metodo di calcolo della soglia di anomalia e all'ampliamento (almeno nei casi delle lettere a) e b)) della percentuale di offerte da sottrarre al calcolo della media, così da ridurre il rischio che nella base di calcolo rientrino offerte estreme anche nel caso di offerte identiche.

Da ultimo si rimarca che il mancato "accorpamento" delle offerte identiche non pone una questione di parità di trattamento giacché, come evidenziato nel Comunicato del 5 ottobre 2016, «l'accantonamento delle ali costituisce una mera operazione matematica, distinta, come tale dall'effettiva esclusione di concorrenti che superano la soglia di anomalia. Conseguentemente il mancato accantonamento di un'offerta identica a quella presentata da altro concorrente e accantonata per il calcolo della soglia di anomalia non produce discriminazione tra gli operatori economici ammessi alla gara».

Alla luce di quanto considerato, nel caso in esame, trattandosi di gara bandita sotto il vigore del d.lgs. n. 50/2016, l'accorpamento delle due offerte identiche posizionate all'interno dell'ala dei massimi ribassi non è conforme alla vigente normativa.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- è illegittimo l'operato della stazione appaltante che, nell'effettuare il calcolo della percentuale di offerte da accantonare per sottrarle al calcolo della media dei ribassi, ha accorpato due offerte aventi il medesimo ribasso posizionate all'interno dell' "ala" dei massimi ribassi.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 ottobre 2017

Il segretario Maria Esposito