

## **Parere n.133 del 24/07/2013**

### **PREC 134/13/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Impresa SA.MO. Costruzioni s.r.l. – “Procedura aperta per l'appalto dei lavori di costruzione di Loculi Cimiteriali – lotto 5” – Data di pubblicazione del bando: 21.12.2012 – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d'asta: euro 674.775,98 – S.A.: Comune di Calitri (AV).

**Art. 86 comma 1 d.lgs. n. 163/2006 e art. 121 comma 1 D.P.R. n. 207/2010 – Esclusione automatica negli appalti di lavori di importo inferiore a un milione di euro con più di dieci offerte ammesse – Ribassi di uguale valore.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### **Ritenuto in fatto**

In data 25 marzo 2013 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale viene richiesta una pronuncia di questa Autorità, in merito a quanto segue.

L'istante si è classificata seconda nella procedura di gara in oggetto, che è stata provvisoriamente aggiudicata alla ditta CO.GE.MA. Costruzioni s.r.l. col ribasso del 32,613%.

È materia del contendere la modalità di calcolo della soglia di anomalia nelle gare d'importo inferiore o pari a un milione di euro da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, con offerte ammesse superiore a dieci.

Nel bando per l'appalto dei lavori in oggetto la S.A. aveva previsto (par. VIII.3), ai sensi dell'art. 122 co. 9, d.lgs. n. 163/2006, l'esclusione automatica dalla gara delle offerte con una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86: valutando cioè “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”. Nel corso della seduta del 18 febbraio 2013, il presidente del seggio, preso atto che le offerte valide erano in numero superiore a dieci, ha proceduto, ai fini del calcolo dell'anomalia, all'esclusione del 10% arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso. Dopo il “taglio delle ali” – che ha comportato l'esclusione di n° 17 concorrenti che hanno offerto i ribassi più elevati e di n° 17 concorrenti che hanno offerto i ribassi più contenuti – detta media è risultata pari al 31,8989% che, sommata alla media degli scostamenti pari al 0,7161%, ha determinato la soglia di anomalia del 32,615%, alla quale si è approssimata per difetto l'offerta dell'impresa CO.GE.MA. che ha offerto il ribasso del 32,613%.

L'impresa istante ha chiesto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e l'aggiudicazione dell'appalto a se medesima, affermando che all'interno dell'ala superiore (cioè tra i ribassi più elevati) erano presenti due ribassi identici (Moscariello Costruzioni e TEDIL srl) pari al 33,833%, che avrebbero dovuto essere considerati alla stregua di un'offerta unica: la stazione appaltante, pertanto, avrebbe dovuto escludere non “diciassette concorrenti” ma “tutti i concorrenti che avevano offerto i ribassi più elevati” e ciò in virtù dell'art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010, entrato in vigore in data 8.6.2011. Ricalcolando in tal modo la soglia di anomalia. L'impresa istante sarebbe risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché escludendo 18 concorrenti (anziché 17) nel taglio dell'ala superiore, la soglia di anomalia si sarebbe attestata al 32,5895% e, quindi, essa sarebbe risultata aggiudicataria con il ribasso offerto del 32,541%.

Cita l'istante, al riguardo, la recente giurisprudenza del TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 9.2.2012,

n. 206 e del TAR Umbria, Perugia, sez. I, 11.4.2013, n. 230.

In buona sostanza, nell'applicare l'art. 86 cit., la Commissione avrebbe disatteso il recente indirizzo formatosi sulla norma del regolamento sopra citata, secondo cui le offerte che presentano il medesimo ribasso vanno tutte escluse dal computo della media, anche se ciò comporti il superamento del dieci per cento nella fascia (maggiori ribassi o minori ribassi) di appartenenza. All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 7 giugno 2013, ha fatto seguito la S.A. che, con memoria depositata in data 10 giugno 2013, ha difeso il proprio operato, citando il parere di questa Autorità n. 66 del 7.4.2011 e la giurisprudenza del Consiglio di Stato fino alla più recente n. 3953 del 6.7.2012.

### **Considerato in diritto**

L'art. 121 del regolamento nel precisare che, ai fini della individuazione della soglia di anomalia quando il criterio di aggiudicazione è costituito dal prezzo più basso, 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 aggiunge che, qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'art. 86. co. 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.

La norma regolamentare, pertanto, pone una prima specificazione che, per quanto opportuna, può ritenersi già pacificamente evincibile dalla norma di legge, mentre la seconda parte, relativa al c.d. "taglio delle ali", pone problemi esegetici molto più rilevanti.

Il problema che si è posto sulla base della normativa primaria e che dovrebbe ritenersi ormai superato in ragione della previsione dettata dal regolamento di esecuzione è costituito dalla presenza di più offerte recanti un medesimo ribasso a cavallo della soglia del 10% delle offerte da non considerare ai fini della determinazione del ribasso medio.

Il testo regolamentare, nel prevedere che, qualora nell'effettuazione del calcolo del 10% siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte siano altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia, sembra far presente che le plurime offerte contenenti il maggior ribasso o il minor ribasso devono essere tutte escluse per la determinazione della soglia di anomalia, con conseguente possibile esclusione di un numero di offerte superiore alla percentuale del 10% delle offerte di maggiore o di minore ribasso.

Da ciò ulteriormente consegue che diviene irrilevante che i ribassi identici siano a cavallo o all'interno delle ali, trattandosi 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 e la conseguente percentuale di anomalia (T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 9 febbraio 2012, n. 206).

Quello appena richiamato rappresenta peraltro uno dei pochi precedenti in materia. Le altre decisioni in tema (CGA, 4 novembre 2008, n. 192; CGA, 3 agosto 2007, n. 914; Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 361; Cons. St., sez. V, 15 marzo 2006, n. 1373) concernono l'analoga (ma diversa) problematica delle offerte identiche "a cavallo" delle ali (quelle cioè al limite dei ribassi effettivamente marginali) e non quella delle stesse offerte "interne" alle ali (quelle cioè il cui ribasso sia caratterizzato dalla sola reciproca identità e non da marginalità rispetto al dieci per cento).

Ad avviso della giurisprudenza, tuttora maggioritaria, infatti, non vi sarebbero elementi dai quali, in via generale, possa desumersi che in caso di offerte con identico ribasso le stesse vadano considerate unitariamente come unica entità (cd. criterio relativo). Nelle operazioni previste dall'art. 86 del codice dei contratti pubblici rilevano, invero, le offerte, a prescindere dalla entità dei ribassi in esse contenuti (cd. criterio assoluto). Unica eccezione alla regola sarebbero le offerte che, nel taglio delle ali, vengano a trovarsi a cavallo del dieci per cento, per eliminare in radice l'influenza che possono avere, sulla media dei ribassi, offerte disancorate dai valori medi (cfr. Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6323 e ivi citate: Cons. St., sez. II, 3 marzo 1999, n. 285; sez. V, 18 giugno

2001, n. 3216; sez. V, 26 febbraio 2003, n. 1094; sez. V, 3 giugno 2002, n. 3068; C.G.A. 12 agosto 2005, n. 531).

Nel senso della mancanza di 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) è anche la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, 6 luglio 2012, n. 3953): ad eccezione delle offerte “a cavallo” nelle quali è ammesso il cd. “blocco unitario”, nel calcolo per il taglio delle ali opera invece il criterio assoluto che impone la considerazione distinta delle singole offerte pur se aventi il medesimo ribasso.

Alla giurisprudenza citata è tuttora conformato il parere di questa Autorità n. 66 del 7 aprile 2011, laddove disattende la possibilità di considerare “in senso relativo” come unica offerta quelle recanti il medesimo ribasso (cd. blocco unitario), per la necessità di considerare dette offerte “in senso assoluto” e computarle singolarmente.

Non di meno, è da considerare che, nella giurisprudenza amministrativa, l’esclusione delle (sole) offerte di eguale valore a cavallo delle ali – che, qualora identiche, potevano essere considerate un’unica offerta – si è prospettata precedentemente al regolamento di esecuzione del codice dei contratti di cui al DPR n. 270/2010. E questo per l’evidente ragione di interesse generale nell’esclusione (dal novero delle offerte prese in considerazione) di quelle collocate ai margini estremi dell’ala, rinvenibile 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.

Il criterio è attualmente confermato dalla prima parte dell’art. 121, DPR n. 207/2010: affermando 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.

Affermare, quindi, nel secondo periodo, con riferimento alle offerte da accantonare, che le offerte di eguale valore (senza distinzione tra ribassi a cavallo o all’interno delle ali) debbano essere parimenti accantonate “ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia”, equivale a dire che, in ogni caso, le offerte identiche devono essere considerate, ai suddetti fini, come un’offerta unica, 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.

In base a tutto quanto sopra considerato,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l’operato della stazione appaltante non sia conforme alla corretta interpretazione dell’art. 86, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, ai sensi del disposto attuativo di cui all’art. 121, 1° comma, secondo periodo, del d.P.R. n. 207 del 5 ottobre del 2010.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Vice Presidente: Sergio Gallo

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2013

Il Segretario Rosetta Greco