

## **Parere n. 87 del 23 aprile 2014**

### **PREC 273/13/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Palazzo San Gervasio (PZ) – “Procedura aperta per l’appalto dei lavori di adeguamento e messa in sicurezza della strada rurale di Franceschiello” – Data di pubblicazione del bando: 23.8.2013 – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base di gara: euro 177.338,43 – S.A.: Comune di Palazzo San Gervasio (PZ).

**Art. 86, co. 1 D.Lgs. n. 163/2006 e art. 121 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 29 ottobre 2013 è pervenuta l’istanza congiunta di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Palazzo San Gervasio e la società controinteressata Renova Costruzioni S.r.l. chiedono se l’operazione del “taglio delle ali” operata dalla commissione di gara, ai sensi dell’art. 86 del D.Lgs. n. 163/2006, sia da ritenere valida.

In fatto, la S.A. evidenzia che la gara in oggetto si è conclusa con l’aggiudicazione provvisoria dell’appalto alla ditta “CO.STR.AN S.r.l.”, seguita in graduatoria dalla ditta controinteressata “Renova Costruzioni” che contesta l’operato dell’amministrazione adducendo che, in base alla giurisprudenza al riguardo evocata (Consiglio di Stato, Sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6323), si sarebbe dovuto procedere alla esclusione integrale di tutte le offerte collocate a cavallo del 10%, ancorché il numero delle offerte escluse superasse il suddetto valore percentuale stabilito dalla norma *de qua*. In tal caso, infatti, l’aggiudicazione sarebbe stata effettuata in suo favore.

Invero, la S.A. aveva proceduto ad escludere le 9 offerte di minor ribasso e le 9 offerte di maggior ribasso ed al momento dell’esclusione di queste ultime era emersa la circostanza che due distinte offerte con lo stesso ribasso si trovavano a cavallo delle ali; per cui, il RUP aveva inteso procedere al sorteggio tra le due ditte per individuare quella da escludere, con la conseguenza che la ditta rimasta in gara aveva contribuito al calcolo della soglia di anomalia da cui era scaturita la successiva aggiudicazione provvisoria alla ditta sopra indicata, la cui offerta rappresentava la prima inferiore alla soglia di anomalia *ut supra* individuata.

All’istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità con nota del 22.11.2013, non ha fatto seguito alcuna ulteriore osservazione da parte degli interessati.

### **Considerato in diritto**

Il quesito sottoposto all’esame dell’Autorità verte sulla 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.

Ai sensi dell’art. 122 co. 9, D.Lgs. n. 163/2006, era prevista 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”.

Secondo la ditta seconda classificata, la S.A. avrebbe calcolato la soglia di anomalia in violazione degli artt. 122 e 86, co. 1 D.Lgs. n. 163/2006 e dell’art. 121 D.P.R. n. 207/2010 non avendo

considerato, come una sola offerta, le due offerte che presentavano ribassi uguali, fra quelle, pari al dieci per cento di quelle ammesse, da non calcolare all'interno dell'ala caratterizzata da maggior ribasso: nel determinare la soglia di anomalia secondo la media aritmetica incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, la S.A. avrebbe così escluso un numero di offerte inferiore al dovuto, modificando la percentuale dell'anomalia. Nell'applicare l'art. 86 del Codice dei contratti, la S.A. avrebbe perciò disatteso l'indirizzo giurisprudenziale 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.

Si osserva, al riguardo che, nell'applicare l'art. 86 co. 1, D.Lgs. n. 163/2006 alle cd. "offerte identiche" che possono presentarsi "all'interno" e "a cavallo" delle "ali da tagliare", ossia nelle offerte da accantonare provvisoriamente nella misura del dieci per cento di quelle a maggior ribasso e a minor ribasso, la giurisprudenza considera le offerte nella loro individualità e non secondo la misura dei ribassi perché la norma si riferisce letteralmente alle offerte e non al loro valore.

È, peraltro, ammesso in giurisprudenza che le offerte identiche debbano essere considerate come un'unica offerta (cd. "blocco unitario") solo se situate, come nella fattispecie all'esame, "a cavallo" della percentuale del dieci per cento e l'ala non sia sufficiente a comprendere tutte le offerte con il medesimo ribasso: ciò 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).

Nella giurisprudenza amministrativa, invero, l'esclusione delle offerte di eguale valore all'interno delle ali si è prospettata precedentemente al regolamento di esecuzione del codice dei contratti di cui al DPR n. 207/2010. Ancora nella legge n. 109/1994, l'art. 1-*bis* (nella modifica da ultimo di cui alla l. n. 166/2002) obbligava l'amministrazione interessata, nelle aggiudicazioni di lavori di importo pari o superiori al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP con il criterio del prezzo più basso a "valutare l'anomalia delle offerte ... relativamente a tutte le offerte che presentino 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".

Introducendo un criterio matematico, la norma suddetta eliminava la necessità di un provvedimento applicativo per l'individuazione della soglia di anomalia ma dava luogo a questioni sia nel caso di offerte a prezzi unitari (per la difficoltà di stabilire se computare le singole voci oppure al totale offerto) sia nel caso delle offerte di importo marginale nel cd. "taglio delle ali", data la possibilità di effetti gravemente distorsivi del computo dell'anomalia qualora si fossero discostate notevolmente dalle altre offerte.

Per evitare l'inconveniente, la giurisprudenza precisò l'esclusione dal computo della media di tutte le offerte che presentavano il medesimo ribasso anche se ciò comportava il superamento del dieci per cento (maggiori ribassi o minori ribassi) nella fascia di appartenenza. Le offerte da escludere erano però quelle a cavallo delle ali e qualora identiche potevano essere considerate un'unica offerta. 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.

Osserva, in proposito, la Sezione V del Consiglio di Stato 6/7/2012, n. 3953 che, 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).

Sulla questione posta si possono, in conclusione, svolgere le seguenti considerazioni:

(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 ("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.");

(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.

Per completezza si segnala che sulla medesima fattispecie questa Autorità si è pronunciata con il precedente parere di precontenzioso n. 133 del 24/07/2013.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

### **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. 163/2006, ai sensi del disposto attuativo di cui all'art. 121, comma 1 del DPR n. 207/2010.

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 maggio 2014

Il segretario Maria Esposito