



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 29 DEL 18 gennaio 2017

Oggetto: istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Anacleto Longo s.r.l. – Lavori di manutenzione straordinaria alloggi ERP in Taviano alle vie B. Croce e Ottaviano, il cui progetto è stato validato con verbale in data 23.03.2015 – CIG 6189694911 - Importo a base di gara euro: 918.313,80 - S.A.: Arca Sud Salento - Lecce.

PREC 85/16/L

Soglia di anomalia - Offerte con ribassi identici - erronea applicazione dell'articolo 86 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'articolo 121 del d.p.r. n. 207/2010 - provvedimento di autotutela - violazione del principio di immutabilità della soglia - non sussiste

Il provvedimento di autotutela, disposto dall'amministrazione al fine di considerare i ribassi identici secondo le prescrizioni di cui all'articolo 86 del d.lgs. n. 163/2006 e all'articolo 121 del d.p.r. n. 207/2010 e quindi di ripristinare la legittimità del calcolo della soglia di anomalia, è conforme ai principi generali in materia di contratti pubblici e non viola il principio di immutabilità della soglia di anomalia di cui all'articolo 38, comma 2-bis del d.lgs. n. 163/2006.

Articolo 86 d.lgs. n. 163/2006

Articolo 121 d.p.r. n. 207/2010

Articolo 38, comma 2-bis d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 2 novembre 2016, prot. n. 161450, è pervenuta l'istanza di parere presentata da Anacleto Longo s.r.l. relativamente alla procedura di gara in epigrafe, con la quale è stato rappresentato che l'istante aveva partecipato alla gara e che, con determinazione n. 118 del 12 febbraio 2016, la stazione appaltante gli aveva affidato definitivamente il contratto, in virtù del criterio del prezzo più basso posto a base di gara e che, in esito ad un esposto presentato da altro soggetto partecipante, la società Fratelli Simone s.n.c., l'amministrazione aveva proceduto illegittimamente alla revoca dell'aggiudicazione disposta.

In particolare, la società Fratelli Simone aveva richiesto all'amministrazione di procedere in autotutela al ricalcolo della soglia di anomalia, avendo considerato i ribassi identici presentati dagli offerenti in violazione dell'articolo 86 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'articolo 121 del d.p.r. n.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

207/2010. In esito a tale richiesta, la stazione appaltante, con determinazione n. 336 del 7 aprile 2016, accoglieva la richiesta e annullava il provvedimento di aggiudicazione nei confronti dell'odierno istante, inoltre respingeva la richiesta, nel frattempo presentata dalla stessa Anacleto Longo s.r.l., di escludere la ditta Marangi Martino Costruzioni in quanto priva del requisito di partecipazione richiesto dalla procedura.

Nell'istanza presentata, la società Anacleto Longo ha evidenziato che il provvedimento di autotutela disposto dalla stazione appaltante è illegittimo in quanto, essendo intervenuta l'aggiudicazione definitiva del contratto, esso viola il divieto di ricalcolo delle medie previsto dall'articolo 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163/2006 ed ha altresì rappresentato che, seppure il provvedimento fosse legittimo, il fatto che esso abbia riaperto la procedura di gara imponeva alla stazione appaltante di escludere la ditta Marangi Martino Costruzioni, priva del requisito di partecipazione alla procedura; circostanza che, in ogni caso, avrebbe determinato la conferma dell'aggiudicazione in capo all'istante stesso.

Con nota del 1 dicembre 2016, prot. n. 178324, è stato avviato il procedimento di precontenzioso.

Hanno partecipato al procedimento sia l'istante, che ha confermato le argomentazioni dedotte nell'istanza di parere, sia la società Fratelli Simone s.n.c. che ha invece sostenuto la legittimità dell'operato della stazione appaltante.

Ritenuto in diritto

La questione giuridica sottoposta all'attenzione dell'Autorità con l'istanza di parere in epigrafe presuppone la necessità di definire la legittimità del provvedimento di autotutela disposto dalla stazione appaltante ed il conseguente ricalcolo della soglia di anomalia.

Al riguardo, viene in rilievo il disposto dell'articolo 38, comma 2-bis del d.lgs. n. 163/2006, che dopo aver definito l'ambito di operatività del soccorso istruttorio prevede che «*Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, nè per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.*»

Sia la giurisprudenza amministrativa che l'Autorità hanno avuto modo di pronunciarsi sul principio di immodificabilità della soglia di anomalia, evidenziando la *ratio legis* della disposizione consistente nell'evitare una fluttuazione perpetua di quanto acquisito nella fase procedimentale precedente.

Dal suo canto, l'Autorità, nel parere n. 210 del 2 dicembre 2015, ha precisato che l'articolo 38, comma 2-bis, lungi dal consentire il soccorso istruttorio in ogni stato e grado del procedimento, afferma il principio di immutabilità del calcolo delle medie e della soglia di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

anomalia, soltanto a seguito della avvenuta regolarizzazione degli atti di cui all'articolo 38, contenuti nella busta A.

Al contempo, la giurisprudenza amministrativa ha precisato che la norma intende limitare il potere dell'amministrazione di agire in autotutela, limite da interpretarsi nel momento in cui la stazione appaltante ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva. In altre parole, secondo il C.G.A., nella sentenza n. 740 del 22 dicembre 2015, il divieto di ricalcolo della media o della soglia di anomalia a seguito di riammissione, regolarizzazione o esclusione di offerte opera soltanto dopo l'aggiudicazione definitiva, in quanto in tal modo è garantito il punto di equilibrio tra l'interesse alla stabilità dei risultati della gara e quello alla corretta osservanza delle norme relative al suo svolgimento: consentendo all'amministrazione di ravvedersi prima dell'aggiudicazione definitiva, senza frustrare le esigenze di celerità perseguite dalla norma, si evita che l'amministrazione, pur essendosi accorta dell'errore debba mantenere ferma l'aggiudicazione in favore di un operatore che non lo merita, esponendosi conseguentemente all'azione risarcitoria avanzata da chi, se la gara fosse stata condotta legittimamente, sarebbe risultato aggiudicatario (in tal senso, anche le più recenti sentenze del Consiglio di Stato, sentenza n. 4107 del 8 settembre 2016 e sentenza n. 1052 del 18 febbraio 2016).

Sulla scorta di tali considerazioni occorre analizzare il caso di specie, evidenziando la peculiarità della fattispecie sottoposta all'attenzione dell'Autorità.

Infatti, dalla ricostruzione in fatto si evince che la scelta dell'amministrazione di procedere al ricalcolo della soglia di anomalia non è stata determinata dalla riammissione, regolarizzazione o esclusione di offerte in graduatoria, bensì dall'erronea applicazione della disposizione di cui all'articolo 86 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'articolo 121 del d.p.r. n. 207/2010, con particolare riferimento alla considerazione dei ribassi identici nell'ambito del calcolo della soglia di anomalia.

Tale circostanza costituisce elemento dirimente ai fini della risoluzione della questione, in quanto, sebbene il provvedimento di autotutela sia giunto successivamente all'aggiudicazione definitiva, esso mira a ripristinare la legittimità del procedimento di calcolo della soglia di anomalia, come evidenziato nell'atto di autotutela depositato.

Relativamente alla modalità di calcolo della soglia di anomalia in caso di offerte identiche, l'Autorità si è pronunciata con parere n. 87 del 23 aprile 2014 evidenziando 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*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico perché inserito identico in un'altra offerta che fuoriesce dal numero di quelle da accantonare». È stato altresì precisato che, in ragione del combinato disposto dell'articolo 86 e dell'articolo 121, «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.»

Dello stesso avviso anche il Consiglio di Stato che, nella sentenza della sez. VI, n. 818 del 29 febbraio 2016, ha precisato che «l'articolo 121, comma 1 del d.p.r. n. 207/2010 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. [...] 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 del calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico, rendendo inaffidabili i risultati».

In ragione di tali presupposti giuridici, il fatto che la stazione appaltante abbia calcolato la soglia di anomalia considerando erroneamente i ribassi identici costituisce legittimo presupposto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

per l'esercizio del potere di autotutela, in particolar modo in una gara, come quella nel caso di specie, in cui il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso.

Diversamente opinando e, dunque, accogliendo la posizione dell'odierno istante che ritiene illegittimo il provvedimento di autotutela per il principio di immodificabilità della soglia di anomalia e per la già intervenuta aggiudicazione definitiva, si giungerebbe al paradosso di dover mantenere un'aggiudicazione pur illegittima, perché determinata da un errore di calcolo ammesso dall'amministrazione, per il solo fatto che l'errore sia stato rilevato in un momento successivo all'aggiudicazione stessa.

Conseguentemente, sotto tale profilo, è da ritenersi corretta la scelta dell'amministrazione di adottare il provvedimento di autotutela per porre rimedio all'errata interpretazione ed applicazione delle disposizioni contenute nei menzionati articolo 86 e 121.

Con specifico riferimento, poi, a quanto sostenuto dall'istante in relazione alla necessaria esclusione del concorrente ditta Marangi Martino Costruzioni, per assenza del requisito di partecipazione richiesto dalla *lex specialis*, spetterà all'amministrazione verificare la fondatezza della pretesa, nonché l'esperibilità di tale ipotesi in ragione delle argomentazioni sopra ricostruite sull'operatività del principio di immodificabilità della soglia di anomalia di cui all'articolo 38, comma 2-bis e su quanto affermato dalla menzionata sentenza del C.G.A. n. 740/2015 in ordine al relativo limite temporale della aggiudicazione definitiva.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di autotutela, disposto dall'amministrazione al fine di considerare i ribassi identici nel rispetto delle prescrizioni di cui all'articolo 86 del d.lgs. n. 163/2006 e all'articolo 121 del d.p.r. n. 207/2010 e quindi di ripristinare la legittimità del calcolo della soglia di anomalia, è conforme ai principi generali in materia di contratti pubblici e non viola il principio di immodificabilità della soglia di anomalia di cui all'articolo 38, comma 2-bis del d.lgs. n. 163/2006.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 gennaio 2017

Il segretario Maria Esposito