



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 394

DEL 12 aprile 2017

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Edil Togen di Gentile Pietro S.r.l. – Affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria fabbricati ERP alle vie p.le Acquarica del Capo, Sabin ed Edison Cattaneo – Importo a base di gara: euro 605.525,23 - S.A.: Arca Sud Salento

PREC 7/17/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 immodificabilità della soglia – non sussiste

Il provvedimento di autotutela, disposto dall’amministrazione al fine di considerare i ribassi identici ai fini del “taglio delle ali” 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 immodificabilità della soglia di anomalia di cui all’articolo 38, comma 2-bis del d.lgs. n. 163/2006.

Articoli 38, comma 2-bis e 86 d.lgs. n. 163/2006; Articolo 121 d.p.r. n. 207/2010

Il Consiglio

VISTA l’istanza singola prot. n. 181664 del 7 dicembre 2016 con cui Edil Togen di Gentile Pietro S.r.l. ha censurato il provvedimento con cui la stazione appaltante Arca Sud Salento ha annullato l’aggiudicazione della gara in suo favore a seguito del ricalcolo della soglia di anomalia effettuato su istanza di un altro operatore economico – Buonfrate Restauri S.r.l. – che riteneva che il precedente calcolo fosse lesivo delle previsioni dell’art. 121 d.P.R. n. 207/2010 non avendo la stazione appaltante considerato, ai fini del taglio delle ali, come unica offerta i ribassi di uguale valore, nonché il successivo provvedimento di aggiudicazione della gara alla Buonfrate Restauri S.r.l.; in particolare, l’istante sostiene che il ricalcolo della soglia di anomalia con esclusione di altri concorrenti ricaduti all’interno delle ali, la conseguente revoca dell’aggiudicazione in suo favore e la nuova aggiudicazione a favore della Buonfrate Restauri S.r.l. siano illegittimi perché lesivi sia dell’art. 121 d.P.R. n. 207/2010 che dell’art. 38, comma 2-bis del d.lgs. n. 163/2006 che dispone che «ogni variazione che intervenga, anche dopo una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l’individuazione della soglia di anomalia»;

VISTA la memoria di Buonfrate Restauri S.r.l. prodotta a seguito dell’avvio del procedimento e acquisita al prot. n. 23357 del 14 febbraio 2017 nella quale la controinteressata eccepisce l’inapplicabilità dell’art. 38, comma 2- bis al caso in esame, essendo l’amministrazione intervenuta in autotutela al fine di emendare un errore oggettivo nelle modalità di computo della soglia di anomalia facendo corretta



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

applicazione dell'art. 121 d.P.R. n. 207/2010 e sostiene la corretta applicazione, in sede di ricalcolo, del richiamato art. 121 d.P.R. n. 207/2010 che impone alla stazione appaltante, nell'effettuare il calcolo del 10% al fine di individuare le offerte da accantonare in ciascuna ala, di accorpate le offerte di uguale valore, che devono essere considerate, in questa fase, come unica offerta;

VISTO il parere di precontenzioso n. 29 del 18 gennaio 2017 riguardante un quesito del medesimo tenore sollevato da altro operatore economico in relazione ad altra procedura di gara indetta dalla medesima stazione appaltante Arca Sud Salento;

CONSIDERATO che nel richiamato parere di precontenzioso n. 29/17 è stato evidenziato che, come nel caso in esame, «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» ed è stato ritenuto che 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»;

RITENUTO quanto considerato nel richiamato parere, ovvero che «il fatto che la stazione appaltante abbia calcolato la soglia di anomalia considerando erroneamente i ribassi identici costituisce legittimo presupposto 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»;

VISTO il parere n. 87 del 23 aprile 2014 nel quale l'Autorità si è pronunciata relativamente alla modalità di calcolo della soglia di anomalia in caso di offerte identiche, 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



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

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». 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»;

VISTO quanto statuito in relazione all'interpretazione dell'art. 121 del d.P.R. n. 207/2010 dal Consiglio di Stato nella sentenza della sez. VI, n. 818 del 29 febbraio 2016, dove è stato 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»;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- il provvedimento di autotutela, disposto dall'amministrazione al fine di considerare i ribassi identici ai fini del "taglio delle ali" 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 28 aprile 2017

Il segretario Maria Esposito