



DELIBERA N. 120

10 febbraio 2021

Oggetto

Istanza presentata da Comune di Viagrande – Lavori di Completamento del Centro Sportivo di via Sapienza - Importo a base della procedura euro: 563.081,00 € - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Comune di Viagrande

PREC 16/2021/L

Riferimenti normativi

Articolo 97, comma 2, lettera a), d.lgs. n. 50/2016

Articolo 4, l.r. Sicilia n.13/2019

Parole chiave

Calcolo soglia anomalia – offerte con identico ribasso a cavallo del taglio delle ali – criterio del “blocco unitario”

Massima

Legge regionale - calcolo della soglia di anomalia – offerte con identico ribasso a cavallo delle ali – dubbio interpretativo – preferenza interpretazione conforme alla normativa nazionale - applicabilità del criterio del “blocco unitario”

Il dubbio interpretativo relativo al trattamento delle offerte con identico ribasso a cavallo delle ali come disciplinato dall'art. 4 l.r. Sicilia n. 13/2019 (*«independentemente dalla presenza di più offerte aventi identico ribasso a cavallo del taglio delle ali»*) va risolto a vantaggio dell'interpretazione conforme alla normativa nazionale, e dunque a favore del criterio del blocco unitario.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 10 febbraio 2021

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 98606 del 28 dicembre 2020, con la quale il Comune di Viagrande ha chiesto all'Autorità di risolvere la questione controversa insorta tra gli operatori economici Ingegneria Costruzioni Colombrita S.r.l. e UNICOS S.R.L. a proposito della corretta interpretazione della norma che disciplina il calcolo della soglia di anomalia negli appalti di lavori di importo pari o inferiore alla soglia di rilievo comunitario banditi in Sicilia, con particolare riferimento al trattamento delle offerte di identico ribasso che si trovano a cavallo del taglio delle cosiddette “ali” (art. 4 della legge regionale n. 13/2019);

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 14 gennaio 2021 con nota prot. n. 2868;



Visto l'art. 4, comma 1, della l.r. n. 13/2019 ai sensi del quale «*Nella Regione siciliana, le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare il criterio del minor prezzo, per gli appalti di lavori d'importo pari o inferiore alla soglia comunitaria, quando l'affidamento degli stessi avviene con procedure ordinarie sulla base del progetto esecutivo. La soglia di aggiudicazione è individuata dalla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con accantonamento del 10 per cento, sia delle offerte di maggior ribasso che di quelle di minor ribasso, indipendentemente dalla presenza di più offerte aventi identico ribasso a cavallo del taglio delle ali (...)*»;

Visto che, nel caso in esame, il seggio di gara ha oscillato tra due opposte interpretazioni, che hanno condotto a due differenti esiti della gara. In un primo tempo, ha ritenuto che la richiamata norma fosse da interpretare nel senso che il termine "indipendentemente" implichi il "blocco unitario" delle offerte con identico ribasso a cavallo delle ali e, procedendo secondo tale criterio, ha aggiudicato la gara all'impresa Ingegneria Costruzioni Colombrita S.r.l. (verbale 1° dicembre 2020). A seguito di reclamo dell'operatore economico UNICOS S.R.L., che ha lamentato l'erronea applicazione dell'art. 4 l.r. 13/2019, il seggio di gara ha riconsiderato il proprio operato ed è pervenuto all'opposta conclusione che la legge regionale preveda, a differenza della normativa nazionale, che le offerte di identico ribasso a cavallo delle ali vadano considerate singolarmente e che quindi non trovi applicazione il criterio del "blocco unitario". Il ricalcolo della media aritmetica ha condotto all'aggiudicazione a UNICOS S.R.L. (verbale 9 dicembre 2020). Anche quest'ultimo esito è stato oggetto di contestazione, questa volta da parte dell'impresa Ingegneria Costruzioni Colombrita S.r.l., sulla base di recenti arresti giurisprudenziali;

Visto che la questione sulla quale si incentra l'istanza di parere - quale sia il corretto trattamento delle offerte con identico ribasso nell'ambito del calcolo della soglia di anomalia - con riferimento alla normativa nazionale, è stata oggetto nel tempo di divergenti ricostruzioni interpretative, fino al definitivo arresto giurisprudenziale di cui all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 19 settembre 2017. Il Consiglio di Stato, intervenendo in merito all'applicazione degli ormai abrogati art. 86, comma 1, d.lgs. 163/2006 ed art. 121, comma 1, d.P.R. 207/2010, ha affermato il principio per cui le offerte di identico ammontare devono essere accantonate sia nel caso in cui si collochino al margine delle ali, sia nel caso in cui si collochino all'interno di esse. Pertanto, nell'alternativa tra il criterio del "blocco unitario" (che impone di considerare, ai fini della determinazione matematica della soglia di anomalia, le offerte con identico ribasso quali offerta unica, sia che si collochino al margine delle ali, sia che si collochino all'interno delle stesse) e il c.d. criterio assoluto (che impone la distinta considerazione delle singole offerte, pur quando caratterizzate dal medesimo ribasso), la richiamata decisione dell'Adunanza Plenaria ha preferito il primo, in ragione di diversi argomenti, sia di carattere testuale, sia di carattere sistematico.

Le successive pronunce giurisprudenziali riguardanti le gare indette posteriormente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 50/2016 hanno ribadito che, benché la formulazione letterale dell'art. 97 d.lgs. n. 50/2016 non fosse identica al previgente combinato disposto di cui all'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006 e all'art. 121 del d.p.r. n. 207 del 2011, la regola del c.d. blocco unitario dovesse continuare a trovare applicazione anche nel vigore del nuovo Codice (Cons. Stato, Sez. V, n. 4821 del 6 agosto 2018; Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2018, n. 3821). Tale indicazione è stata altresì recepita dall'Autorità nelle Linee guida n. 4 relative alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria (delibera n. 206 del 1 marzo 2018) e riportata nelle relative FAQ (cfr. anche Parere di Precontenzioso n. 1080 del 21 novembre 2018).

A seguito delle modifiche apportate all'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 ad opera del d.l. n. 32/2019, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 55/2019, la formulazione dell'art. 97, comma 2, lett. a) è risultata analoga a quella contenuta nell'art. 121 del d.p.r. n. 207 del 2011, sul quale si era pronunciata l'Adunanza plenaria con la richiamata sentenza del 2017. Da ciò la più recente giurisprudenza ha tratto ulteriori motivazioni per ribadire l'applicabilità del "blocco unitario" anche sotto il vigore del d.lgs. n. 50/2016 (Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 23 dicembre 2020, n. 1177);



Considerato che il criterio del blocco unitario previene manipolazioni della gara e del suo esito, ostacolando condotte collusive in sede di formulazione delle percentuali di ribasso;

Visto che nei confronti dell'art. 4 l.r. n. 13/2019 è stata posta questione di legittimità costituzionale ex art. 127 Cost. da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., poiché, in presenza del criterio di aggiudicazione del minor prezzo, detta una disciplina del metodo di calcolo della soglia di anomalia delle offerte contrastante con la disciplina di cui all'art. 97, commi 2, 2-bis e 2-ter del d.lgs. n. 50/2016, come modificato dalla l. n. 55/2019, incidendo su un ambito di competenza esclusiva della Stato (Ricorso n. 99/2019). Ciò in quanto *«secondo la giurisprudenza costituzionale consolidata, la disciplina codicistica relativa alle procedure di selezione e ai criteri di aggiudicazione è strumentale a garantire la tutela della concorrenza, con la conseguenza che anche le autonomie speciali titolari di competenza legislativa primaria nella materia dei lavori pubblici non possono dettare una disciplina suscettibile di alterare le regole di funzionamento del mercato. Ciò vale pure per le norme aventi ad oggetto la valutazione delle offerte anomale, anche se relative agli appalti sotto la soglia di rilevanza comunitaria»*;

Visto che, come chiarito dal governo regionale con Circolare del 26 settembre 2019, a fronte dell'impugnativa avanti alla Corte Costituzionale non è stata disposta alcuna sospensione della legge regionale;

Considerato che, nelle more della trattazione del ricorso (l'udienza di discussione è fissata in data 8 giugno 2021), con riferimento al caso di offerte con identico ribasso che si trovano all'interno delle ali, il giudice amministrativo si è pronunciato ritenendo che, a fronte di una norma regionale che disciplina espressamente solo il caso di offerte aventi il medesimo ribasso che si trovano a cavallo delle ali, tenuto conto delle regole che sovrintendono al rapporto fra le fonti del diritto e al riparto di competenza legislativa fra Stato e autonomie territoriali, si debba sopperire alla lacuna della disciplina regionale sul punto tramite l'applicazione della legge nazionale; atteso che le offerte con identico ribasso poste all'interno delle ali sono disciplinate, sul piano nazionale, dall'art. 97 del d. lgs. n. 50 del 2016, è stata ribadita anche a livello regionale l'applicabilità della regola del blocco unitario per questa categoria di offerte (Consiglio di giustizia amministrativa, 22 dicembre 2020, n. 1170);

Considerato che, con riferimento al caso specifico, che in questa sede ci occupa, di offerte aventi il medesimo ribasso che si trovano a cavallo delle ali, il dettato della legge regionale (*«indipendentemente dalla presenza di più offerte aventi identico ribasso a cavallo del taglio delle ali»*) non è esente da ambiguità e non consente di ricostruire la volontà del legislatore regionale senza margini di incertezza;

Considerato che, per costante giurisprudenza, la disciplina dei contratti pubblici è riconducibile alla materia della tutela della concorrenza, che trova la sua fonte primaria nei Trattati dell'Unione europea, in via generale, e nelle direttive del 2014 (nn. 23, 24 e 25) con specifico riferimento alla concorrenza per il mercato nel settore dei contratti pubblici. Ne consegue che le regioni, che, come lo Stato, esercitano la potestà legislativa nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117 Costituzione), devono osservare i limiti derivanti dal rispetto dei principi della tutela della concorrenza fissati dal codice dei contratti pubblici, non solo in ragione dei rapporti fra le norme interne dell'ordinamento italiano ma anche in quanto *«strumentali ad assicurare le libertà comunitarie»* e non possono dettare norme aventi *«un contenuto difforme dalle disposizioni di quest'ultimo, che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo, né alterare negativamente il livello di tutela garantito dalle norme statali»* (Corte costituzionale, 10 giugno 2011, n. 184);

Ritenuto che, in un tale contesto, nelle more della decisione della Corte Costituzionale sull'intero impianto dell'art. 4, il dubbio interpretativo sul trattamento delle offerte con identico ribasso a cavallo delle ali vada risolto a vantaggio dell'interpretazione conforme alla normativa nazionale, e dunque a favore del criterio del



blocco unitario. Si rileva che alla medesima conclusione è pervenuto anche il giudice amministrativo che ha ritenuto che «*la lettera dell'art. 4 della l.r. n. 13/2019 non osta a una sua interpretazione conforme alla regola del cd. blocco unitario, sia a cavallo che all'interno delle ali*» (TAR Catania, 6 novembre 2020, n. 2913);

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono,

- conforme alla normativa di settore l'aggiudicazione pronunciata a favore all'impresa Ingegneria Costruzioni Colombrita S.r.l. (verbale 1° dicembre 2020).

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 febbraio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente