IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8311 del 2016, proposto da: Costruzioni Cinquegrana s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli Avvocati Andrea Rallo e Michele Lopiano, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Claudio Petrucci in Roma, via Polonia n. 7;

contro

Azienda Ospedaliera di Padova e Regione Veneto, non costituite in giudizio;

nei confronti di

Impresa Ing. Leopoldo Castelli s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto - Sezione III n. 01089/2016, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2017 il Cons. Ezio Fedullo e udito per le parti l'Avvocato Angelo Clarizia su delega dichiarata di Andrea Rallo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso presentato al T.A.R. per il Veneto, l'odierna appellante impugnava il provvedimento con il quale l'Azienda Ospedaliera di Padova aveva aggiudicato definitivamente all'impresa Ing. Leopoldo Castelli s.p.a. l'appalto dei lavori di manutenzione biennale dei fabbricati dell'Azienda Ospedaliera, per un importo a base d'asta di € 4.120.000,00.

Rappresentava la ricorrente che il bando di gara, da espletare secondo il sistema di aggiudicazione del prezzo più basso sull'elenco prezzi a base d'asta, conteneva la clausola di esclusione automatica delle offerte che presentassero una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi degli artt. 86 e 122, comma 8, d.lvo n. 163/2006.

La commissione di gara aveva quindi proceduto all'esclusione del 10% delle (344) offerte ammesse, ovvero delle 34 offerte recanti rispettivamente il maggiore ed il minor ribasso percentuale, e, partendo dalla media aritmetica dei ribassi percentuali delle offerte valide (28,436) ed applicando lo scarto aritmetico dei ribassi (pari a 1,686), aveva determinato la soglia di anomalia nel valore di 30,122, aggiudicando provvisoriamente la gara alla ricorrente Costruzioni Cinquegrana s.r.l., che aveva offerto il ribasso del 30,111%.

Deduceva quindi che, a seguito della segnalazione dell'impresa Ing. Leopoldo Castelli, terza classificata con il ribasso del 30,087%, secondo cui all'interno dell'*ala* dei maggiori ribassi sarebbero state conteggiate separatamente due offerte (quella dell'ing. Antonio Buono s.r.l. e quella della Rialto Costruzioni s.p.a.), che esponevano entrambe il medesimo ribasso del 39,999%, la stazione appaltate aveva proceduto ad annullare l'aggiudicazione provvisoria della gara alla ricorrente ed a ricalcolare la soglia di anomalia, inserendo come appaiate le due offerte di pari valore, aumentando così da 34 a 35 il numero delle offerte con il maggior ribasso.

La nuova soglia di anomalia, pari a 30,089%, conduceva all'aggiudicazione (prima provvisoria, quindi definitiva) della gara a favore dell'impresa Ing. Leopoldo Castelli s.p.a..

La ricorrente, con le censure formulate in ricorso, deduceva quindi che il ragionamento operato dalla stazione appaltante ai fini dell'applicazione del meccanismo del cd. taglio delle ali, secondo cui nel caso di più offerte che presentino un identico ribasso, queste vanno sempre conteggiate come un'unica offerta, doveva considerarsi errato, essenzialmente sottolineando che l'art. 86, comma 1, d.lvo n. 163/2006 prende espressamente in considerazione, quale oggetto del "taglio", le offerte e non i ribassi, e che l'art. 121 del d.P.R. n. 207/2010 conferma tale tesi, l'unica eccezione (alla considerazione separata delle offerte esponenti un identico ribasso) essendo quella in cui le stesse si trovino "a cavallo" della soglia di anomalia, onde evitare che un medesimo ribasso possa portare all'esclusione di un'impresa per anomalia ed all'aggiudicazione ad un'altra.

Ulteriori censure formulate con il ricorso introduttivo afferivano ai profili procedimentali dell'operato della commissione di gara.

Con la sentenza appellata il T.A.R. per il Veneto ha respinto il ricorso, evidenziando, con riguardo alla prima censura, che "la seconda parte dell'art. 121 del DPR n. 207 del 2010, relativa al "taglio delle ali", dispone che "qualora nell'effettuazione del calcolo del 10% 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". Il tenore letterale della disposizione induce il Collegio a ritenere che tutte le offerte identiche a quelle da accantonare - senza distinzione tra ribassi a cavallo o all'interno delle ali - devono essere considerate come un blocco unitario per la determinazione della soglia di anomalia. Ciò significa che, nella fase del taglio delle ali, la stazione appaltante deve accantonare e conteggiare come un'offerta unica tutte le offerte di egual valore, con conseguente

possibilità di ulteriore scorrimento delle offerte e di accantonamento di un numero di offerte superiore al 10% dei maggiori ribassi o al 10% dei minori ribassi: tutte le offerte con il medesimo ribasso, rientranti in ala, devono essere scartate, sicchè il numero delle offerte escluse dal conteggio per l'individuazione della soglia di anomalia può anche essere superiore al 20% delle offerte ammesse".

Ugualmente infondate venivano riconosciute dal T.A.R. le censure inerenti al *modus operandi*, sotto il profilo procedimentale, della commissione di gara.

Mediante i motivi di appello, la parte appellante ha dedotto che il giudice di primo grado ha aderito alla giurisprudenza minoritaria, rilevando come non sia contestato che le offerte di pari valore siano tutte da accantonare, essendo un altro il punto nodale della questione, ovvero se offerte di pari valore ed entrambe escluse debbano o meno essere fittiziamente considerate quale unica offerta (cd. criterio relativo) ai fini del computo del 10% di quelle da escludere ai sensi dell'art. 86 del Codice Appalti: questione che la giurisprudenza, in particolare con la sentenza del Consiglio di Stato n. 3953 del 6.7.2012, aveva risolto in senso negativo, ad eccezione dell'ipotesi delle cd. offerte a cavallo, affermando un orientamento fatto proprio dall'art. 121 d.P.R. n. 207/2010, laddove impone che le offerte eguali siano tutte distintamente (e pertanto singolarmente) da accantonare, senza tuttavia affermare che le offerte di identico ribasso siano invece da considerare come unica entità, pur se all'interno delle "ali" e dunque non "a cavallo" della soglia di anomalia.

Aggiunge la parte appellante che, anche secondo criteri di logica ermeneutica, non sarebbe possibile affermare, come fa il T.A.R., che, dal momento che il 10% è superato in caso di offerte a "cavallo", allora si può legittimamente giungere alla conclusione che questo "numero" legale non vada rispettato in assoluto, ma possa essere superato in qualunque caso di offerte di pari ribasso: è infatti evidente, da una parte, come il legislatore abbia posto il limite del 10% come limite massimo "numerico" delle imprese che possono essere escluse senza alterare la concorrenza,

con la conseguenza che detto "numero" non può essere superato dall'interpretazione del giudice, dall'altra, l'accantonamento delle offerte identiche "a cavallo" non serve ad aumentare *tout court* il limite legale del 10%, ma mira, su di un piano di giustizia sostanziale, ad evitare l'abnormità logica, più che giuridica, di un'offerta che venga esclusa mentre all'altra, identica, venga invece aggiudicata la gara.

Quanto ai motivi di carattere procedimentale, ugualmente disattesi dal T.A.R., la parte appellante ha dedotto che la violazione delle norme sulla partecipazione ha impedito all'Amministrazione di conoscere la posizione dell'aggiudicataria provvisoria e di essere pertanto resa edotta dell'esistenza di "altre" interpretazioni possibili, oltre quella contenuta nella nota della Ing. Leopoldo Castelli s.p.a..

Infine, sempre sul versante procedimentale, sono state riproposte, pressoché pedissequamente, le censure articolate in primo grado.

Non si sono costituite né l'Amministrazione appellata né la controinteressata, aggiudicataria della gara.

Con l'ordinanza n. 1151 del 13 marzo 2017, la Sezione ha rimesso gli atti all'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., ponendo i seguenti quesiti:

a) se nel calcolo del 10% delle offerte aventi maggiore e/o minore ribasso, ai sensi dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, occorra computare tutte le offerte aventi medesimo valore (e, dunque, medesimo ribasso) singolarmente una ad una o, invece, quale unica offerta (c.d. blocco unitario), facendo detta disposizione riferimento, letteralmente, all'esclusione del 10% delle offerte aventi maggiore e minore ribasso e non dei singoli ribassi;

b) se la disposizione regolamentare dell'art. 121, comma 1, secondo periodo, del d.P.R. n. 207 del 2010, nel prevedere 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», intenda o, comunque, presupponga che le offerte aventi eguale valore rispetto a quelle da accantonare siano considerate, "accantonate" e accorpate come un'unica offerta o, invece, si limiti a prevedere solo che debbano essere escluse ("accantonate") dal calcolo della soglia di anomalia le offerte che, pur non rientrando nella quota algebrica del 10%, abbiano tuttavia eguale valore rispetto a quelle da accantonare e cioè, per logica necessità, a quelle situate al margine estremo delle ali (c.d. offerte a cavallo).

Con la sentenza n. 5 del 19 settembre 2017, l'Adunanza Plenaria ha formulato i seguenti principi di diritto in riposta ai corrispondenti quesiti interpretativi della Sezione:

1) il comma 1 dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163 del 2006 deve essere interpretato nel senso che, nel determinare il dieci per cento delle offerte con maggiore e con minore ribasso (da escludere ai fini dell'individuazione di quelle utilizzate per il computo delle medie di gara), la stazione appaltante deve considerare come 'unica offerta' tutte le offerte caratterizzate dal medesimo valore, e ciò sia se le offerte uguali si collochino 'al margine delle ali', sia se si collochino 'all'interno' di esse;

2) il secondo periodo del comma 1 dell'art. 121 del d.P.R. 207 del 2010 (secondo cui "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") deve a propria volta essere interpretato nel senso che l'operazione di accantonamento deve essere effettuata considerando le offerte di eguale valore come 'unica offerta' sia nel caso in cui esse si collochino 'al margine delle ali', sia se si collochino 'all'interno' di esse.

Conseguentemente, ha respinto il primo motivo di appello, rilevando che "correttamente la stazione appaltante ha proceduto a rideterminare le medie di gara, avendo ritenuto che le due concorrenti che avevano offerto un identico ribasso del 39,999 per cento andassero considerate, ai fini della più volte richiamata disciplina, quale *offerta unitaria*".

Il Collegio ha invece ritenuto di rimettere alla Sezione rimettente l'esame puntuale del secondo motivo di ricorso e la decisione sulle spese di giudizio.

Ebbene, deve adesso esaminarsi il motivo di appello inteso a sostenere l'erroneità della sentenza appellata, laddove ha respinto la censura con la quale veniva lamentata la violazione delle regole partecipative nell'ambito del procedimento che ha condotto all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria disposta a favore dell'impresa appellante.

La censura non può essere accolta.

In primo luogo, infatti, essa ha ricevuto a mezzo pec - come dalla stessa affermato - l'avviso di convocazione della seduta di gara durante la quale è stata rideterminata la soglia di anomalia e si è dato corso alla nuova aggiudicazione provvisoria a favore dell'impresa controinteressata.

Tale circostanza induce a fare applicazione dell'orientamento (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 2258 del 15 maggio 2017) secondo il quale non "può ricostruirsi la violazione dell'art. 7 l. n. 241/1990 in termini meramente formali, e cioè per il solo difetto di invio, dovendosi in concreto verificare se sia stato comunque raggiunto lo scopo di rendere edotto il privato dell'avvio di un procedimento amministrativo che lo coinvolge, costituendo poi una sua autonoma scelta il parteciparvi o meno".

In ogni caso, ove si ritenga che il suddetto (generico) avviso di convocazione non sarebbe assimilabile, per contenuti ed idoneità informativa in relazione all'oggetto del procedimento, ad una rituale comunicazione di avvio *ex* art. 7 l. n. 241/1990,

non potrebbe non rilevarsi che, ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 2, primo periodo, l. n. 241/1990, "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Invero, l'ampia disamina delle pur complesse questioni interpretative sottese all'applicazione delle disposizioni (artt. 86, comma 1, d.lvo n. 163/2006 e 121, comma 1, d.P.R. n. 207/2010) rilevanti ai fini della decisione della controversia, operata in sede giurisdizionale e culminata nel menzionato intervento (chiarificato e risolutore) dell'Adunanza Plenaria, pone in evidenza che, quale che fosse stato il pur utile apporto collaborativo della parte appellante, l'esito del procedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello che esso ha attinto mediante il provvedimento impugnato.

Ancora più a monte, peraltro, deve escludersi la stessa sussistenza dell'obbligo comunicativo di cui la parte appellante lamenta la violazione: come affermato da Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1987 del 2 maggio 2017, infatti, "risulta dagli atti che le aggiudicazioni in questione fossero meramente provvisorie, di talché non solo non davano ancora origine ad un affidamento positivamente tutelabile in sede giudiziaria, ma neppure imponevano (trattandosi di meri atti endoprocedimentali) la comunicazione di avvio del procedimento in autotutela" (negli stessi termini, *ex multis*, Cons. Stato, V, 5 aprile 2012, n. 2007: "non è fondata la censura con la quale si contesta la violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento ex art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, in quanto, alla stregua di un consolidato e condivisibile indirizzo assunto da questo Consiglio (vedi, da ultimo, sez. V, 23 giugno 2010 , n. 3966; 12 febbraio 2010 , n. 743), la stazione appaltante che si determini al ritiro, in sede di autotutela, di una gara d'appalto, non è tenuta a darne previa comunicazione, *ex* art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241, al destinatario

dell'aggiudicazione provvisoria, trattandosi di atto endoprocedimentale interno alla procedura di scelta del contraente, per sua natura inidoneo, al contrario dell'aggiudicazione definitiva, ad attribuire in modo stabile il bene della vita ed ad ingenerare il connesso legittimo affidamento che impone l'instaurazione del contraddittorio procedimentale").

Ugualmente infondate sono le ulteriori doglianze formulate, sul piano procedimentale, dalla parte appellante (peraltro in forma la cui ammissibilità deve reputarsi processualmente dubbia, essendo la loro riproposizione avvenuta mediante la mera riproduzione delle doglianze contenute nel ricorso di primo grado, nonostante le considerazioni espressamente formulate, in chiave reiettiva, dal T.A.R.).

In primo luogo, infatti, lamenta(va) la parte ricorrente che non sono evincibili le ragioni per le quali il Presidente ha riaperto i lavori del seggio di gara.

A prescindere dal carattere formale del rilievo (superabile mediante il richiamo dell'art. 21 *octies* l. n. 241/1990), basti osservare come dal verbale n. 9 del 15.6.2016 si evinca chiaramente che la riconvocazione della commissione è scaturita dai rilievi formulati dall'impresa Ing. Leopoldo Castelli in ordine alle modalità di calcolo della soglia di anomalia.

Infondata è anche la censura con la quale veniva dedotto che la Commissione, avendo esaurito i suoi compiti per effetto dell'aggiudicazione provvisoria della gara, non poteva essere riconvocata e l'esame dell'opposizione della concorrente doveva essere effettuato dalla stazione appaltante.

In proposito, la Sezione ritiene di condividere i rilievi formulati sul punto dal giudice di primo grado, nel senso che "la funzione della Commissione di una gara di appalto si esaurisce soltanto con l'approvazione del proprio operato da parte degli organi competenti dell'amministrazione appaltante e, cioè, con il provvedimento di c.d. aggiudicazione definitiva: nel periodo intercorrente tra tali atti, sussiste il potere della

Commissione stessa di riesaminare nell'esercizio del potere di autotutela il procedimento di gara già espletato, anche riaprendo il procedimento di gara per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi (Consiglio di Stato, Sez IV - sentenza 5 ottobre 2005, n. 5360)".

Ancor più recentemente, questa stessa Sezione (cfr. sentenza n. 2273 del 30 aprile 2014) ha statuito che "in via generale, anche dopo l'aggiudicazione provvisoria della gara (che nel caso di specie costituiva l'ultimo atto di competenza della stessa a norma della legge di gara), non può negarsi il potere della Commissione di gara di riesaminare nell'esercizio del potere di autotutela il procedimento di gara già espletato (riaprendolo per emendarlo da errori commessi o da illegittimità verificatesi, in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente)".

Né la conclusione può essere diversa osservandosi, come fa la sentenza appena citata, che "ciò non può che avvenire in base ad un formale atto dell'Amministrazione di rimessione degli atti alla Commissione ai fini del riesame delle precedenti valutazioni, nell'esercizio dei poteri di controllo di cui all'art. 12 del D.Lgs. n. 163/2006": basti evidenziare che la parte ricorrente ha contestato in radice il potere della Commissione di intervenire in autotutela sui suoi precedenti atti, a cominciare dall'aggiudicazione provvisoria, non invece, se non sotto i profili dianzi esaminati, le modalità di esercizio del suddetto potere.

Infine, lamentava(va) la parte ricorrente che l'esercizio dell'autotutela non poteva avvenire in forma implicita, ma esternando la relativa motivazione (in ordine alla illegittimità riscontrata ed all'interesse pubblico perseguito) e ad opera del Commissario della A.S.L. intimata.

Nemmeno tale censura è meritevole di accoglimento.

In primo luogo, il potere di autotutela è stato esercitato dalla Commissione in forma espressa, mediante la ridefinizione della graduatoria, sulla scorta della soglia di

anomalia nuovamente determinata, l'individuazione quale aggiudicataria provvisoria dell'impresa Ing. Leopoldo Castelli e l'indicazione del profilo di illegittimità (connesso all'erroneo calcolo della soglia di anomalia) inficiante la precedente aggiudicazione.

In secondo luogo, come già statuito da questo Consiglio di Stato (Sez. V, n. 5266 del 23 ottobre 2014), "la natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili tipica dell'aggiudicazione provvisoria non consente di applicare nei suoi riguardi la disciplina dettata dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*della legge n. 241/1990 in tema di revoca e annullamento d'ufficio (C.d.S., V, 20 agosto 2013, n. 4183): la revoca dell'aggiudicazione provvisoria (ovvero, la sua mancata conferma) non è, difatti, qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario, dal momento che l'aggiudicazione provvisoria non è l'atto conclusivo del procedimento, sicché nei relativi casi nessun pregio ha la censura di carente esplicitazione delle ragioni di pubblico interesse sottese alla revoca (V, 20 aprile 2012, n. 2338)".

Quanto poi alla tesi secondo cui l'esercizio dello *ius poenitendi* sarebbe dovuto avvenire ad opera del Commissario dell'Azienda intimata, non resta che ribadire i rilievi in precedenza formulati, in ordine alla legittima spettanza alla Commissione di gara della relativa potestà.

Infine, nulla va disposto sulle spese del grado, in mancanza della costituzione nel giudizio di appello delle parti intimate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sull'appello, relativamente ai motivi sui quali non si è già pronunciata l'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 5 del 19 settembre 2017, lo respinge.

Nulla per le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Francesco Bellomo, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Ezio Fedullo	**Marco Lipari**

IL SEGRETARIO

•