

Pubblicato il 03/03/2020

N. 00138/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 00811/2019 REG.RIC.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 811 del 2019, proposto da  
Restaura S.r.l. del geom. Gianni Polisini, in persona del legale  
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mirco Di  
Bonaventura, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Provincia di Perugia, in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentata e difesa dall'avvocato Chiara Valentini, con domicilio digitale  
come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Consorzio Artek non costituito in giudizio;

*per l'annullamento*

*previa sospensiva*

a) della Determinazione n. 1924 del 3.9.2019 del Dirigente Responsabile del  
Servizio Stazione Appaltante della Provincia di Perugia, che accerta che la  
procedura avente ad oggetto “Gara A262 S.R. n. 209 Valnerina - Intervento

di mitigazione del rischio idrogeologico dal km 49 00 al km 52 300 - CIG78867510D1 - CUP J27H18000310001” si è svolta nel rispetto delle norme applicabili alla fattispecie, e che contestualmente approva il verbale di gara e relativi allegati ed aggiudica l'appalto al CONSORZIO ARTEK (c.f. p. iva 11533421001) ;

b) del verbale di gara e relativi allegati dei giorni 22, 23, 24, 25, 26 e 27 luglio 2019, nella parte in cui viene attivata l'opzione di esclusione automatica delle offerte anomale, pervenendo erroneamente alla determinazione delle offerte da escludere con il c.d. taglio delle ali e quindi all'aggiudicazione provvisoria in favore del Consorzio Artek, in luogo della Restaura S.r.l., senza tenere conto di quanto esposto dalla medesima ricorrente in relazione all'errore di calcolo pure segnalato formalmente; nonché, per quanto eventualmente di rilievo, della nota del 5.8.2018 del Dirigente del Servizio Stazione Appaltante con la quale si comunicava che il seggio di gara non riteneva condivisibili le osservazioni dell'odierna ricorrente e riteneva di non disporre modifiche ai conteggi;

c) di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso ed affinché sia ordinato all'Amministrazione di procedere alla revisione del calcolo per la determinazione delle offerte anomale ed al conseguente aggiornamento della graduatoria con la conseguente aggiudicazione in favore della ricorrente Restaura S.r.l. del geom. Gianni Polisini, nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato e per il subentro nello stesso con risarcimento del danno, ovvero, solo in subordine, per il risarcimento in equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Perugia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 febbraio 2020 il dott. Paolo

Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.-Espone l'odierna ricorrente di aver partecipato alla procedura aperta indetta il 26 giugno 2019 dalla Provincia di Perugia per l'aggiudicazione dei lavori "A262 S.R. n. 209 Valnerina Intervento di mitigazione del rischio idrogeologico dal km 49+00 al km 52+300" per un importo a base d'asta di 734.547,98 euro.

Alla gara sono risultate ammesse ben 181 offerte.

Con determinazione n. 1924 del 3 settembre 2019 è stata disposta l'aggiudicazione in favore del Consorzio Artek, previa esclusione delle offerte anomale calcolando il taglio delle ali considerando le due offerte pervenute di ugual valore (di CIPA s.p.a. e MS Costruzioni s.r.l.) come distinte.

Con motivo unico di ricorso l'odierna istante ha impugnato la suddetta aggiudicazione unitamente a tutti gli atti della gara, lamentando l'erroneità del calcolo della soglia di anomalia in falsa applicazione dell'art. 97 c. 2, lett. a) del d.lgs. 50/16 nel testo modificato dal decreto Legge 18 aprile 2019 n. 32 "sblocca cantieri" quanto al taglio delle ali da effettuare in presenza di offerte di uguale valore di ribasso, sostenendo - diversamente dalla stazione appaltante - che le 2 offerte anomale vadano computate come una unica offerta (criterio del c.d.blocco unitario) secondo la tesi sposata dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 5/2017; il testo dell' art. 97 c.2, del Codice appalti in seguito all'entrata in vigore del decreto "sblocca cantieri" sarebbe identico a quello dell'abrogato art. 121 D.p.r. 207/2010; dunque la Provincia avrebbe doppiamente errato sia perché la tesi del "blocco unitario" valeva per la giurisprudenza anche nel testo originario del d.lgs. 50/16 sia perché ora il legislatore ha riprodotto la norma del citato d.P.R. su cui si è già espressa la Plenaria.

Ha chiesto anche il subentro nell'aggiudicazione previa dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

Si è costituita la Provincia di Perugia, chiedendo il rigetto del gravame, rilevando in sintesi: il calcolo della soglia di anomalia è stato effettuato in automatico dalla piattaforma telematica utilizzata dalla maggior parte delle stazioni appaltanti in Umbria, piattaforma aggiornata dal gestore a seguito del decreto sblocca cantieri; in merito alla norma di riferimento (art. 97 c. 2 lett. a) del d.lgs. 50/16 c.s.m) non vi sarebbe ancora giurisprudenza; ad avviso della Provincia le due norme in questione sarebbero analoghe ma non identiche; infine solleva eccezione di inammissibilità per difetto di interesse non potendo a suo dire la ricorrente comunque ottenere l'aggiudicazione nemmeno ove la soglia venisse calcolata nel modo auspicato, subentrando l'impresa Tecnodrill.

Alla camera di consiglio del 22 ottobre 2019 con ordinanza 113/2019 è stata accolta la domanda incidentale cautelare “attesa “*prima facie*” la fondatezza della pretesa azionata, in considerazione della sostanziale identità testuale del novellato art. 97 c. 2, lett. a) del d.lgs. 50/16 e dell'abrogato art. 121 c. 1, d.P.R. 207/2010, quest'ultimo interpretato nel senso che il c.d. taglio delle ali per verificare l'anomalia dell'offerta vada effettuato secondo il c.d. criterio del blocco unitario (*ex multis* Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 2017 n. 5)”.

In prossimità della discussione nel merito le parti hanno insistito nelle rispettive argomentazioni e conclusioni, rappresentando non esser intervenuta la stipulazione del contratto d'appalto.

All'udienza pubblica dell'11 febbraio 2020, uditi i difensori, la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

2.- E' materia del contendere la legittimità dell'aggiudicazione disposta dalla Provincia di Perugia della procedura aperta con modalità telematica e

criterio del prezzo più basso inerente i lavori in epigrafe indicati, di importo a base d'asta pari a 734.547,98 euro dunque inferiore alla soglia comunitaria. Lamenta parte ricorrente, la cui offerta con ribasso del 29,175 % è stata dichiarata anomala, l'erroneità del calcolo della soglia di anomalia effettuato dalla stazione appaltante in applicazione dell'art. 97 c. 2, lett. a) del d.lgs. 50/16 nel testo modificato dal decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 "sblocca cantieri", si da precludergli il conseguimento dell'aggiudicazione ove il calcolo fosse stato effettuato legittimamente nel senso prospettato in ricorso.

Segnatamente ad avviso di parte ricorrente in considerazione della sostanziale identità testuale del novellato art. 97 c. 2, lett. a) del d.lgs. 50/16 e dell'abrogato art. 121 c. 1, d.P.R. 207/2010, il c.d. taglio delle ali per verificare l'anomalia dell'offerta dovrebbe essere effettuato secondo il c.d. criterio del blocco unitario, richiamando la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5/2017 vertente sull'interpretazione del combinato disposto di cui all'art. 86 c. 1 d.lgs. 163/2006 e art. 121 d.p.r. 207/2010.

3.- Preliminarmente va respinta l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse.

Parte ricorrente ha infatti depositato in giudizio dettagliato prospetto di calcolo comprovante, ove la soglia di anomalia determinata dalla stazione appaltante nel valore di 28,951 % fosse stata calcolata nel senso prospettato in ricorso (ovvero nel 29,2314 %), il conseguimento dell'aggiudicazione quale offerta più bassa non anomala (ribasso del 29,175 %), prospetto invero non adeguatamente contestato dalla difesa dell'Amministrazione.

3.1. - Ne consegue l'infondatezza dell'eccezione.

4. - Nel merito il ricorso è fondato e deve essere accolto.

4.1. - Ai sensi dell'abrogato art. 121 del d.P.R. 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 piu' offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia.”

La suindicata norma, invero solo in seguito ad ampio dibattito giurisprudenziale, è stata prevalentemente interpretata nel senso che nel caso vi siano offerte portanti lo stesso ribasso nella fascia delle ali, devono essere conteggiati tutti i ribassi con conseguente possibile esclusione di un numero di offerte superiore alla percentuale del 10% delle offerte di maggiore o minore ribasso (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 giugno 2001, n. 3216; id. sez. V, 6 luglio 2012, n. 3953; 15 ottobre 2009, n. 6323; id. sez. V, 15 marzo 2006, n. 1373; C.G.A.S., 26 luglio 2006, n. 439; id. 21 luglio 2008, n. 608; 15 ottobre 2009, n. 6323; T.A.R. Liguria, sez. II, 12 aprile 2006, n. 364; T.A.R. Umbria, 11 aprile 2013, n. 230).

L'articolo 121, comma 1 del d.P.R. n. 207 del 2010 aveva dunque eliminato (secondo la prevalente giurisprudenza) ogni dubbio interpretativo, specificando che le offerte da accantonare sono quelle identiche, senza distinzione tra ribassi “a cavallo” o all'interno delle ali. Il che equivale a dire che le offerte identiche devono essere considerate, in questa fase, come un'offerta unica, mentre nella fase successiva, calcolando la media aritmetica e lo scarto medio aritmetico, si utilizzano tutte le offerte, anche quelle con valori identici.

E, infatti, 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. Tale interpretazione, tra l'altro, è stata correttamente ritenuta più garantista dell'interesse pubblico e previene manipolazioni della gara e del suo esito

ostacolando condotte collusive in sede di formulazione delle percentuali di ribasso (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. V, 8 giugno 2015 n. 2813; id. sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 818).

Tale orientamento è stato poi definitivamente avallato dall'Adunanza Plenaria, affermandosi che l'art. 121, comma 1, d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 (secondo cui, "qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'art. 86, comma 1, c. contr. pubbl. 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") va 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 (Consiglio di Stato Ad. Plen. , 19 settembre 2017 , n. 5). Anche la giurisprudenza successiva si è adeguata al suddetto orientamento (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 6 agosto 2018, n. 4821).

4.2. - L'art. 97 comma 2, lett a) del d.lgs. 50/16 nel testo modificato dal decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 "sblocca cantieri" ha a sua volta stabilito "Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a quindici, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora,

nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o piu' offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare”.

4.3. - Ritiene il Collegio che la suindicata norma, applicata dalla stazione appaltante per la gara di che trattasi, benché di portata letterale non identica al previgente combinato disposto di cui all'art. 86 c. 1, d.lgs. 163/2006 e art. 121, d.P.R. 207/2010, abbia contenuto e *ratio* del tutto analogo, nel solco di un principio quello del c.d. blocco unitario divenuto oramai di diritto vivente, si da non giustificare, in assenza di norma di inequivoco tenore diverso, il ricorso al diverso criterio c.d. assoluto immotivatamente seguito dalla Provincia di Perugia.

5. - Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso deve dunque essere accolto, con annullamento dell'impugnata aggiudicazione e relativo subentro del ricorrente ex art. 121 c.p.a., senza necessità di intervenire sull'efficacia del contratto in quanto per dichiarazione della stazione appaltante allo stato non ancora stipulato.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite in considerazione delle oscillazioni normative e giurisprudenziali su punto decisivo della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'aggiudicazione impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore



Enrico Mattei, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Paolo Amovilli**

**IL PRESIDENTE**  
**Raffaele Potenza**

IL SEGRETARIO