

Pubblicato il 23/12/2020

N. 01177/2020REG.PROV.COLL.
N. 00921/2020 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

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 921 del 2020, proposto dal
Commissario del Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione
Siciliana, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e
difeso dall'Avvocatura distrettuale, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via
Valerio Villareale, 6;

contro

Mondello Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Mandolfo e Andrea Scuderi,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Pi.Sa.Ni. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Frontoni, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione

staccata di Catania (Sezione Prima) n. 2555/2020, resa tra le parti, concernente

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Mondello Costruzioni s.r.l. e di Pi.Sa.Ni. s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2020, tenutasi *ex art. 4 del d.l. n. 84 del 2020 e ex art. 25 del d.l. n. 137 del 2020*, il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati Carlo Comandè su delega di Massimo Frontoni, Giovanni Mandolfo e Andrea Scuderi e vista la richiesta di passaggio in decisione senza discussione presentata dall'Avvocatura dello Stato con nota di carattere generale a firma dell'Avvocato distrettuale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. La controversia riguarda la gara indetta dalla struttura commissariale per l'affidamento dei lavori di consolidamento e mitigazione del rischio idrogeologico nel centro storico del Comune di Santa Lucia del Mela (CIG: 814390964E).

2. La gara è stata aggiudicata alla Mondello Costruzioni s.r.l. con decreto del Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana n. 1120 del 30 giugno 2020.

3. PI.SA.NI. s.r.l., partecipante alla procedura, ha impugnato il suddetto atto, congiuntamente al verbale di gara n. 1 del 25 marzo 2020 e al silenzio sull'istanza di riesame in autotutela 27 marzo 2020, chiedendone l'annullamento, l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del conseguente contratto (tutela in forma specifica) e, nell'ipotesi in cui nelle more del giudizio venisse stipulato il contratto, la declaratoria di inefficacia del contratto stesso e

l'accoglimento della conseguente domanda di subentro, nonché l'eventuale applicazione di sanzioni alternative *ex art.* 123 c.p.a. e l'accoglimento della domanda di condanna della stazione appaltante al risarcimento per equivalente monetario.

4. Il Tar, con sentenza 12 ottobre 2010, n. 2555, ha accolto il ricorso annullando i provvedimenti impugnati.

5. Ha proposto appello il Commissario di Governo con ricorso n. 921 del 2020.

6. Nel giudizio di appello si sono costituiti PI.SA.NI. s.r.l. e Mondello Costruzioni s.r.l..

7. Nella camera di consiglio del 16 dicembre 2020 le parti sono state avvisate della possibilità che il Collegio decida la sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

8. L'appello non è meritevole di accoglimento.

9. La controversia trae origine dal fatto che in quel 10% dei minori ribassi da accantonare (24 su 233 offerte, oltre al 10% delle offerte di maggior ribasso) sono presenti due offerte, Amata s.r.l. e CIPA s.p.a., entrambe recanti un ribasso pari al 24,8770%, e ricadenti all'interno dell'ala dei minori ribassi. Si disputa pertanto sulla modalità per applicare le regole sull'accantonamento delle ali in caso di presenza, all'interno delle ali, di due o più offerte identiche.

Il bando di gara, al punto 17, stabilisce che la soglia di anomalia sarà *“individuata ai sensi dell'art. 97, commi 2, 2-bis e 2-ter del Codice”*.

Oggetto di esame è quindi la portata precettiva dell'art. 97, comma 2, lett. a) del d. lgs. n. 50 del 2016 in punto di accantonamento del 10% delle offerte posizionate nelle ali di minor e maggior ribasso, non essendo invece stata richiamata dalle parti la tematica dei rapporti fra la normativa regionale sul punto, contenuta nell'art. 4 della l.r. n. 13 del 2019, e la disciplina nazionale, comunque da risolvere nel senso dell'applicabilità della

regola di fonte statale (CGARS, decreto 14 novembre 2020, n. 795).

Il tema se nell'effettuare l'accantonamento delle ali - propedeutico al calcolo delle medie e alla determinazione della soglia di anomalia - l'Amministrazione sia tenuta a considerare come unica offerta solo le offerte con uguale ribasso a cavallo delle ali ovvero anche le offerte con uguale ribasso all'interno delle ali si è posta, a livello nazionale, nella vigenza dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006 e dell'art. 121, comma 1, del d.p.r. n. 207/2010.

Detta questione è stata risolta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 5 del 19 settembre 2017), che ha aderito al prevalente orientamento secondo cui le offerte di identico ammontare debbono essere accantonate sia nel caso in cui si collochino al margine delle ali che all'interno delle ali (cd. blocco unitario).

Dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 50 del 2016, benché l'iniziale formulazione letterale dell'art. 97 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 2010, la giurisprudenza si è attestata nel ritenere che il principio del cd. blocco unitario continuasse a trovare applicazione anche nel vigore del codice del 2016, avendo la nuova norma contenuto e *ratio* del tutto analoghi a quella precedente, sì da non giustificare, in assenza di norma di inequivoco tenore diverso, il ricorso al diverso criterio c.d. assoluto (Cons. St., sez. V, 6 agosto 2018, n. 4821).

Successivamente, in seguito alle modifiche intervenute a opera dell'art. 1, comma 20, lett. u), n. 3), del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55 (vigenti *ratione temporis* in base al successivo comma 21), è superata la constatazione dell'Adunanza plenaria (19 settembre 2017, n. 5) circa la diversità di disciplina fra "vecchio" e "nuovo" codice dei contratti pubblici.

In base al vigente art. 97, comma 2, lett. a), del d. lgs. n. 50 del 2016

quando, nell'effettuare il calcolo delle offerte da includere nel taglio delle ali, "*siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare*", con formulazione analoga a quella contenuta nell'art. 121 del d.p.r. n. 207 del 2011, sul quale si è pronunciata l'Adunanza plenaria con la sentenza sopra richiamata del 2017.

La mancanza di una restrizione esplicita della fattispecie, riferita genericamente alle "*una o più offerte di eguale valore*", e la locuzione "*da accantonare*" - diversamente da "*accantonate*", che imporrebbe di considerare un elenco già dato di offerte ordinate per valore percentuale, rispetto al quale alla sola estremità potrebbe trovarsi un'offerta identica - manifestano l'intenzione del legislatore di adottare il cd. blocco unitario per le offerte con identico ribasso sia poste a cavallo delle ali, sia all'interno delle ali.

Né depone in senso contrario la circostanza che l'art. 97, comma 2, lett. a, faccia riferimento a "*tutte le offerte ammesse*" in quanto l'espressione è riferite alla successiva fase della verifica di anomalia del calcolo della media aritmetica dei ribassi non alla fase dell'accantonamento, oggetto della presente controversia.

Le offerte con identico ribasso poste all'interno delle ali devono pertanto, ai fini dell'accantonamento prodromico al calcolo della media, essere considerate secondo la regola del blocco unitario di cui all'art. 97 del d. lgs. n. 50 del 2016, non ravvisandosi i presupposti del deferimento all'Adunanza plenaria patrocinato da parte appellante e dalla controinteressata in mancanza di contrasti all'interno della giurisprudenza del Consiglio di Stato e considerato il tenore letterale dell'attuale formulazione dell'art. 97, comma 2, lett. a), sulla quale si è già pronunciata la medesima con la sopra richiamata sentenza n. 5 del 2017.

La pronuncia gravata merita quindi conferma dal momento che ritiene applicabile al caso di specie la suddetta regola, così sanzionando i provvedimenti amministrativi impugnati nei quali si esprime la (illegittima)

scelta dell'Amministrazione di conteggiare distintamente le offerte aventi identico ribasso all'interno delle ali.

10. In conclusione, l'appello deve essere respinto e la sentenza impugnata confermata.

11. La particolarità della vicenda giuridica giustifica la compensazione delle spese nel presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, lo respinge.

Spese compensate-

Così deciso dal C.G.A.R.S. con sede in Palermo nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2020, tenutasi da remoto e con la contemporanea e continua presenza dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Nicola Gaviano, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Giuseppe Verde, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere

L'ESTENSORE
Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO