



Consiglio di Stato
Ufficio Studi, massimario e formazione

RASSEGNA MONOTEMATICA DI GIURISPRUDENZA

aggiornamento a cura di Paolo Lotti

PRONUNCE DELL'ADUNANZA PLENARIA IN MATERIA DI PUBBLICI APPALTI

INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI E DELLE
RELATIVE ORDINANZE DI RIMESIONE

ANNO 2016

(segue)

49) Consiglio di Stato, ad. Pl., 12 maggio 2017, n. 2, Pres. Patroni Griffi -
Est. Giovagnoli
(pronuncia in sede di ottemperanza alla propria sentenza 29 febbraio 2016,
n. 6)

ANNO 2017

50) Consiglio di Stato, ad. pl., 3 luglio 2017, n. 3, Pres. Frattini - Est.
Bellomo
(ordinanza di remissione, sez. III, 13 marzo 2017, n. 1152)
51) Consiglio di Stato, ad. pl., 19 settembre 2017, n. 5, Pres. Pajno - Est.
Contessa
(ordinanza di remissione, sez. III, 13 marzo 2017, n. 1151)

ANNO 2018

52) Consiglio di Stato, ad. pl., 6 aprile 2018 n. 3, Pres. Pajno - Est. Forlenza
(ordinanza di rimessione, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4078)
53) Consiglio di Stato, ad. pl., 4 maggio 2018, n. 5, Pres. Pajno - Est.
Giovagnoli
(ordinanza di rimessione, sez. III, 24 novembre 2017, n. 5492)
54) Consiglio di Stato, ad. pl., ordinanza 11 maggio 2018, n. 6, Pres. Pajno
- Est. Taormina

(ordinanza di rimessione, sez. V, 6 novembre 2017, n. 5103)

55) Consiglio di Stato, ad. pl., 30 agosto 2018, n. 13, Pres. Pajno - Est. Contessa

(ordinanza di remissione, sez. V, 8 giugno 2018, n. 3472)

INDICE SOMMARIO DELLE DECISIONI E DELLE RELATIVE ORDINANZE DI RIMESIONE

(segue)

49) Adunanza plenaria n. 2-2017: Danno conseguente al lucro cessante nel caso di mancata aggiudicazione.

50) Adunanza plenaria 3-2017: in caso di cessione del ramo di azienda, si deve valutare in concreto se la qualificazione oggetto di precedente attestazione SOA rimanga, senza soluzione di continuità, in capo all'impresa cedente ovvero debba intendersi trasferita a quella cessionaria.

51) Adunanza plenaria 5-2017: criterio di calcolo delle offerte da accantonare nel c.d. taglio delle ali ai fini del giudizio di anomalia nel c.d. taglio delle ali, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso.

52) Adunanza plenaria 3-2018: vige il divieto, per il soggetto sottoposto a interdittiva antimafia, di ottenere erogazioni dalla pubblica amministrazione e tale divieto opera anche in presenza di giudicato di condanna sopravvenuto e comprende le somme dovute a titolo di risarcimento del danno.

53) Adunanza plenaria 5-2018: configurazione della responsabilità precontrattuale anteriormente alla scelta del contraente e presupposti per la risarcibilità del danno da ritardo procedimentale.

54) Adunanza plenaria, ord., 6-2018: si rimette alla Corte di giustizia UE la vexata quaestio del rapporto fra ricorso incidentale escludente e ricorso principale in materia di gare d'appalto.

55) Adunanza plenaria 13-2018: nel calcolo della soglia di anomalia, il c.d. «fattore di correzione» previsto dall'articolo 97, comma 2, lettera b) del d. lgs. n. 50 del 2016 dev'essere determinato con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi al netto del c.d. «taglio delle ali».

INDICE DELLE PLENARIE PER VOCI DI CLASSIFICAZIONE:

Autorizzazioni e concessioni, gara: plen. n. 5/2013

Contratti pubblici, associazioni temporanee di imprese e consorzi: plen. n. 8/2012; n. 22/2012; n. 26/2012; n. 14/2013; 7 e 27\2014.

Contratti pubblici, bandi, avvisi, inviti: plen. n. 4/2011

Contratti pubblici, casellario informatico, iscrizione e cancellazione: plen. n. 8/2012

Contratti pubblici, concessione di servizi pubblici: plen. n. 13/2013; plen. n. 19/2013

Contratti pubblici, garanzie: plen. n. 8/2012; plen. n. 19/2013

Contratti pubblici nei settori speciali: plen. n. 16/2011

Contratti pubblici, offerta anomala: plen. n. 36/2012, n. 8\2014, n. 5/2017, n. 13-2018.

Contratti pubblici, project financing: plen. n. 1/2012

Contratti pubblici, pubblicità delle sedute di gara: plen. n. 13/2011; n. 31/2012, n. 8/2013; n. 16/2013

Contratti pubblici, requisiti di partecipazione e qualificazione: plen. n. 4/2011; n. 8/2012; n. 10/2012; n. 21/2012; n. 15/2013; n. 20/2013; n. 23/2013; n. 24/2013; 9, 10 e 16\2014; 7 e 9\2015, 6, 10 e 19\2016, n. 3/2017, n. 3-2018.

Contratti pubblici, rinnovo gara: plen. n. 30/2012; n. 1/2013

Contratti pubblici, soa e attestazione soa: plen. n. 27/2012. 8\2015.

Contratti pubblici, sorte del contratto dopo annullamento atti di gara: plen. n. 10/2011; n. 13/2011, n. 2-2017

Contratti pubblici, risarcimento dei danni: plen. n. 2/2017, n. 5-2018

Giurisdizione, società pubbliche: plen. n. 10/2011

Processo amministrativo, atti impugnabili: plen. n. 1/2012, 22\2016.

Processo amministrativo, competenza: plen. n. 33/2012; 34/2012; 3/2013; 4/2013, 29\2013; 17 e 29\2014, 10\2016.

Processo amministrativo, ordine di esame delle questioni: plen. n. 4/2011; n. 10/2011, n. 6-2018 (ord.)

Processo amministrativo, ottemperanza: plen. n. 30/2012, plen. n. 2/2017

Processo amministrativo, ricorso incidentale: plen. n. 4/2011; 7 e 9\2014, n. 6-2018 (ord.)

Processo amministrativo, termini per ricorrere: plen. n. 31/2012

49) Adunanza plenaria n. 2-2017: Danno conseguente al lucro cessante nel caso di mancata aggiudicazione.

L'Adunanza plenaria è stata chiamata a pronunciare in sede di ottemperanza ad una propria sentenza (la n. 6 del 29 febbraio 2016)

L'Adunanza plenaria – in continuità con i propri precedenti relativi all'incidenza delle sopravvenienze sul giudicato amministrativo – approfondisce le conseguenze derivanti, sul piano risarcitorio, dalla impossibilità di portare ad esecuzione in forma specifica un giudicato c.d. di spettanza (nel caso di specie l'esecuzione di un contratto di appalto di lavori a suo tempo legittimamente aggiudicato), consolidando, altresì, importanti principi in materia di giurisdizione del G.A., onere della prova e quantificazione delle voci di danno reclamabili dal creditore in caso di mancata stipulazione ed esecuzione del contratto di appalto.

Dal giudicato amministrativo, quando riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale, esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere, nasce ex lege, in capo all'amministrazione, un'obbligazione, il cui oggetto consiste nel concedere “in natura” il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza.

L'impossibilità (sopravvenuta) di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione nascente dal giudicato – che dà vita in capo all'amministrazione ad una responsabilità assoggettabile al regime della responsabilità di natura contrattuale, che l'art. 112, comma 3, c.p.a., sottopone peraltro ad un regime derogatorio rispetto alla disciplina civilistica – non estingue l'obbligazione, ma la converte, ex lege, in una diversa obbligazione, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica; l'insorgenza di tale obbligazione può essere esclusa solo dalla insussistenza originaria o dal venir meno del nesso di causalità, oltre che dell'antigiuridicità della condotta.

In base agli articoli 103 Cost. e 7 c.p.a., il giudice amministrativo ha giurisdizione solo per le controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione o un soggetto ad essa equiparato, con la conseguenza che la domanda che la parte privata danneggiata dall'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato proponga nei confronti dell'altra parte privata, beneficiaria del provvedimento illegittimo, esula dall'ambito della giurisdizione amministrativa.

Nel caso di mancata aggiudicazione, il danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per

non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto). Spetta, in ogni caso, all'impresa danneggiata offrire, senza poter ricorrere a criteri forfettari, la prova rigorosa dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.), e la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità – o di estrema difficoltà – di una precisa prova sull'ammontare del danno.

Il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato o potuto riutilizzare mezzi e manodopera per altri lavori, a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum.

Questi gli snodi argomentativi che hanno condotto l'Adunanza plenaria a formulare i principi di cui alle relative massime ed alla condanna della sola stazione appaltante al risarcimento del danno:

a) l'azione prevista dall'art. 112, comma 3, c.p.a. – nel testo risultante dalla novella recata dal primo correttivo al codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. n. 195 del 2011 – è qualificabile in termini di rimedio risarcitorio tipico e derogatorio della disciplina generale della responsabilità civile;

b) l'art. 112, comma 3, cit., distingue, infatti, il danno “connesso” all'impossibilità (o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica del giudicato) da quello derivante dalla violazione o elusione del giudicato;

c) il riferimento della norma ad una impossibilità di esecuzione, che trova la sua causa in un fatto diverso dalla violazione o elusione del giudicato, comporta il risarcimento del danno – e non un semplice indennizzo – anche nel caso in cui, pur non configurandosi un inadempimento imputabile, non è comunque possibile attuare il giudicato in forma specifica;

d) la deroga, in particolare, si coglie avuto riguardo al regime della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione, come delineato dall'art. 1218 c.c.; deve ritenersi che dal giudicato amministrativo che riconosca la fondatezza della pretesa sostanziale, esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere – cfr., in ordine ai

poteri esercitabili dalla P.A. dopo la formazione del giudicato, al giudicato a formazione progressiva, alla incidenza delle sopravvenienze, alla individuazione dei soggetti legittimati passivi all'azione di ottemperanza, la fondamentale Ad. plen. 9 giugno 2016, n. 11;

e) l'elemento di specialità rispetto al paradigma della responsabilità ex 1218 c.c., è rappresentato dal fatto che l'impossibilità da causa non imputabile (non dovuta cioè a violazione o elusione del giudicato) non estingue l'obbligazione, ma la converte, ex lege, in una diversa obbligazione, di natura "risarcitoria", avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato;

f) si tratta di una forma di responsabilità che, nei casi di impossibilità non imputabile a violazione o elusione del giudicato, presenta i caratteri di quella oggettiva, perché non è ammessa alcuna prova liberatoria fondata sulla carenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), che, invece, necessariamente connota le ipotesi di violazione o elusione del giudicato;

g) viene in rilievo un rimedio che assume una connotazione tipicamente compensativa: una sorta di ottemperanza per equivalente che sostituisce l'ottemperanza in forma specifica nei casi in cui questa non sia più possibile;

h) la funzione sostitutiva del rimedio giustifica sia l'ammissibilità in sede di ottemperanza, anche in un unico grado (in quanto "connessa" all'impossibilità oggettiva di esecuzione del giudicato), sia l'assenza del requisito della colpevolezza;

i) trattandosi di una tutela che sostituisce l'ottemperanza non più possibile in forma specifica, essa soggiace, sia sul piano del rito, sia sul piano dei presupposti sostanziali, alle stesse regole dell'azione di ottemperanza (in forma specifica), che pure si caratterizza come rimedio "oggettivo", sganciato dalla prova del dolo o della colpa: è, in altri termini, una ragionevole scelta del legislatore in tema di allocazione del rischio della impossibilità di esecuzione del giudicato;

l) la qualificazione in termini "oggettivi" della responsabilità delineata dall'art. 112, comma 3, c.p.a., è coerente con l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, secondo cui in materia di risarcimento da (mancato) affidamento di gare pubbliche di appalto e concessioni, non è necessario provare la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria; le garanzie di trasparenza e di non discriminazione operanti in materia di aggiudicazione dei pubblici appalti fanno sì che una qualsiasi violazione degli obblighi di

matrice sovranazionale consente all'impresa pregiudicata di ottenere un risarcimento dei danni, a prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza dell'ente aggiudicatore e dunque della imputabilità soggettiva della lamentata violazione;

m) trattandosi di una fattispecie di responsabilità civile, è comunque necessaria la presenza dell'elemento oggettivo (nella diade condotta – evento – nesso di causalità e antigiuridicità del danno); conseguentemente la responsabilità può essere esclusa solo per la presenza di cause di giustificazione ovvero per la insussistenza (originaria) o il venir meno del nesso di causalità (il cui onere probatorio grava sul debitore medesimo);

n) nell'accertamento del nesso causale in materia civile (ed amministrativa) vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del “più probabile che non”;

o) il nesso di causalità è interrotto dal caso fortuito: spetta al debitore l'onere di provare il caso fortuito – inteso come specifico fattore capace di determinare autonomamente il danno comprensivo del fatto del terzo (che abbia avuto efficacia causale esclusiva nella produzione del danno) – rimanendo a suo carico il fatto ignoto in quanto inidoneo a eliminare il dubbio in ordine allo svolgimento eziologico dell'accadimento;

p) non costituisce fatto del terzo il provvedimento giurisdizionale esecutivo che abbia inciso sulla vicenda contenziosa; tale provvedimento, infatti, non può valere come giustificazione dell'operato della pubblica amministrazione, recidendo il nesso di causalità tra il comportamento di quest'ultima e l'impossibilità di eseguire il giudicato (sul punto specifico v. per completezza Cons. Stato, sez. V, n. 6450 del 2014 cit., § 10.2, lett. c), ivi gli ulteriori richiami di giurisprudenza).

I su esposti principi hanno trovato applicazione in relazione ad una controversia caratterizzata dalle seguenti particolarità:

a) la domanda di risarcimento del danno è stata proposta in sede di giudizio di ottemperanza nei confronti della stazione appaltante e del concorrente che aveva, contra ius, eseguito l'appalto in forza della sentenza di primo grado;

b) la stazione appaltante, nel corso del giudizio di ottemperanza svoltosi innanzi alla Plenaria, aveva irrualmente proposto (con semplice memoria conclusionale) una domanda qualificata come di regresso (in relazione a tale ultimo profilo la Plenaria ha evidenziato che, stante l'impossibilità di esercitare la propria potestas decidendi, non poteva qualificare esattamente l'azione proposta nei termini di regresso ex art. 2055 c.c.

ovvero di azione di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c., né poteva esprimersi sulla individuazione del giudice munito di giurisdizione, ferma restando, però, l'impossibilità di far rientrare un tale tipo di azione fra quelle esperibili in sede di ottemperanza richiedendosi la trattazione propria del giudizio di cognizione).

L'Adunanza plenaria ha formulato le massime in commento, consolidando principi e argomenti sviluppati nel tempo dalla giurisprudenza amministrativa, così sintetizzabili:

a) ai sensi degli artt. 30, 40 e 124, comma 1, c.p.a., il danneggiato deve offrire la prova dell'an e del quantum del danno che assume di aver sofferto;

b) nel caso di mancata aggiudicazione il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto); non è dubitabile, invero, che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), possa essere, comunque, fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e, quindi, la chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti;

c) spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c.;

d) la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità – o di estrema difficoltà – di una precisa prova sull'ammontare del danno;

- e) le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente tecnico d'ufficio neppure nel caso di consulenza cosiddetta "percipiente", che può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, demandandosi al consulente l'accertamento di determinate situazioni di fatto, giacché, anche in siffatta ipotesi, è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti;
- f) la prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni; per la configurazione di una presunzione giuridicamente rilevante non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessarietà assoluta ed esclusiva (sulla base della regola della «inferenza necessaria»), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'id quod plerumque accidit (in virtù della regola della «inferenza probabilistica»), sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici;
- g) va esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'id quod plerumque accidit secondo il quale, allegato l'importo a base d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile al 10% del detto importo);
- h) anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del nocimento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio curriculum professionale), quantificandolo in una misura percentuale specifica applicata sulla somma liquidata a titolo di lucro cessante (nella specie è stata ritenuto non provato il danno curricolare);
- i) può presumersi, iuris tantum, che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza, dovuta ex art. 1227 c.c., al fine di non concorrere all'aggravamento del danno; conseguentemente, il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di certezza dell'aggiudicazione in favore dell'impresa ricorrente, solo se questa dimostri (anche mediante le

risultanze delle scritture contabili), di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa; in difetto di tale dimostrazione, la liquidazione del danno da mancato utile deve essere ridotta, a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum, di una percentuale equitativamente determinata (nella specie il 25%).

50 – Adunanza plenaria 3-2017: in caso di cessione del ramo di azienda, si deve valutare in concreto se la qualificazione oggetto di precedente attestazione SOA rimanga, senza soluzione di continuità, in capo all'impresa cedente ovvero debba intendersi trasferita a quella cessionaria.

L'adunanza plenaria, recependo l'impostazione sostanzialista, afferma che, in caso di cessione del ramo di azienda, si debba valutare in concreto se la qualificazione oggetto di precedente attestazione SOA rimanga, senza soluzione di continuità, in capo all'impresa cedente ovvero debba intendersi trasferita a quella cessionaria.

L'art. 76, comma 11, del D.P.R. n. 207/2010 deve essere interpretato nel senso che la cessione del ramo d'azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione, occorrendo procedere a una valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento.

In ipotesi di cessione di un ramo d'azienda, l'accertamento positivo effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, in ordine al mantenimento dei requisiti di qualificazione da parte dell'impresa cedente, comporta la conservazione dell'attestazione da parte della stessa senza soluzione di continuità.

Queste le due tesi che si sono contese il campo:

a) secondo un primo orientamento, improntato ad una logica formale, nel caso di cessione di ramo d'azienda né il cedente né il cessionario possono valersi dell'attestazione di qualificazione posseduta dall'azienda ceduta, pur potendone richiedere una nuova alla società di attestazione; conseguentemente non potrebbe darsi rilievo alla conferma ex post dei requisiti operati dalla SOA in sede di verifica triennale, poiché essa giammai potrebbe avere un effetto sanante, a fronte dell'effetto traslativo della cessione; al contempo, l'importanza e l'entità del compendio ceduto non potrebbe essere accertata mediante verifica ex post, bensì dovrebbe essere necessariamente sottoposta a specifica

valutazione ex ante da parte della SOA a mezzo del procedimento ex art. 76, comma 11, d.P.R. n. 207/2010;

b) un secondo orientamento, d'impronta sostanzialista, ritiene invece ammissibile la verifica in concreto ed ex post della entità dei beni e rapporti trasferiti con il negozio traslativo al fine di accertare se di vero e proprio trasferimento di ramo di azienda si sia trattato o non piuttosto di trasferimento di singoli cespiti; al contempo alla verifica triennale positiva di validità della attestazione SOA, successiva al negozio traslativo, riconnette non l'effetto di una rinnovazione ex nunc della validità del precedente certificato quanto piuttosto la attestazione della sua perdurante validità, senza soluzione di continuità sicché deve escludersi che ogni trasferimento di ramo aziendale comporti comunque l'automatica decadenza dalla titolarità delle attestazioni SOA anche se il cedente non perde la consistenza che gli ha consentito di ottenerne il rilascio, come poi accertato in sede di verifica triennale.

Questi gli snodi argomentativi che hanno condotto l'Adunanza plenaria a formulare i principi di cui alle relative massime facendo proprio l'approccio sostanziale in applicazione dei canoni esegetici letterale, sistematico e teleologico:

a) il comma 9 dell'art. 76 d.P.R. n. 207/2010 disciplina le operazioni che comportino il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo, fissando la regola secondo cui il nuovo soggetto può utilizzare i requisiti di qualificazione dei soggetti da cui ha preso vita; in tal caso il passaggio dei requisiti in capo all'acquirente è un corollario, oltre che del trasferimento d'azienda, della successione soggettiva, mentre, nell'ipotesi di affitto d'azienda (almeno) triennale, la ratio di tale effetto è nella continuità della gestione aziendale;

b) il comma 10 dell'art. 76 cit., disciplina la sola ipotesi di cessione dell'intera azienda, o di un suo ramo, "pura", ponendo a capo del soggetto che richiede l'attestazione a seguito del trasferimento (quindi, chiaramente, il cessionario) un onere probatorio qualificato;

c) il comma 11, al primo periodo, disciplina il rilascio dell'attestazione al nuovo soggetto che intenda avvalersi dei requisiti di qualificazione in caso di cessione dell'azienda o di un suo ramo, stabilendo che compete alla SOA accertare quali requisiti sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione, ciò significando che non vi è alcun automatismo in proposito, e dal lato del cedente e da quello del cessionario; se un contratto traslativo non produce ipso iure l'acquisto del diritto in capo all'avente causa, non può produrre ipso iure la sua perdita in capo al dante causa: è logicamente

impossibile dissociare i due effetti, e quando questo avviene è perché, in realtà, l'effetto traslativo non opera secondo la configurazione tipica che riguarda l'azienda e non le qualificazioni, giacché le parti hanno escluso di disporre contestualmente al trasferimento aziendale il trasferimento dei requisiti di qualificazione;

d) il comma 11, al secondo periodo, disciplina la stessa ipotesi dal lato inverso, prevedendo che il cedente possa domandare una nuova attestazione esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione la quale sottintende che l'effetto è disposto dal negozio e non dalla legge; ne consegue che in caso di trasferimento del ramo d'azienda non sono trasferiti automaticamente anche i requisiti di cui all'art. 79, comma 1, d.P.R. n. 207 cit., essendo ben possibile che la cessione di parti dell'azienda, ancorché qualificate come ramo aziendale, si riferisca a porzioni prive di autonomia funzionale nel contesto dell'impresa e comunque non significative, quindi non sia tale da generare la perdita in capo al cedente (e il correlato acquisto in capo al cessionario) dei requisiti di qualificazione: se non sono trasferiti i requisiti di qualificazione, non possono esserlo le qualificazioni che ad essi si riferiscono;

e) i requisiti di qualificazione contemplati dall'art. 79, comma 1, cit., dipendono dalle risorse aziendali, ma non coincidono con esse perché un conto è un bene patrimoniale (qual è, in definitiva, l'azienda), altro sono i requisiti di qualificazione: quand'anche si volesse ritenere che le categorie del diritto commerciale siano recepite passivamente dal diritto amministrativo, resta che nella fattispecie in esame non vi è ad esse alcun richiamo, atteso che la citata disposizione del regolamento sui contratti pubblici individua puntualmente i requisiti speciali di qualificazione; ne discende che il consenso traslativo avente ad oggetto un ramo d'azienda non può automaticamente estendersi alle qualificazioni, né vi è alcuna norma che tanto disponga;

f) contrariamente a quanto propugnato dalla tesi formalistica, la qualificazione del negozio di cessione deve farsi sulla base della causa in concreto (quale sintesi degli interessi reali delle parti), e non in astratto, essendo tale ultima impostazione già da tempo abbandonata dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza;

g) il principio secondo cui le qualificazioni richieste dal bando (al pari di tutti gli altri requisiti generali e speciali), debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del

procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità, costituisce al tempo stesso fondamento e limite degli oneri posti all'impresa partecipante a una gara di appalto in materia di documentazione del perdurante possesso dei requisiti di qualificazione: se la normativa intende garantire l'effettivo possesso dei requisiti di qualificazione, non può contraddittoriamente fissare una presunzione di perdita dei requisiti in virtù della cessione di un ramo d'azienda; la perdita automatica delle qualificazioni disegnerebbe, infatti, una presunzione assoluta basata su elementi di evidente irragionevolezza;

h) l'analisi del dato funzionale non può prescindere da un cenno ai profili di diritto UE, atteso che la tesi formalistica o della discontinuità si pone in tensione con il principio di proporzionalità, con il diritto della concorrenza e con le libertà economiche garantite dal Trattato sul funzionamento UE;

i) se nessun automatismo decadenziale è previsto nel caso di cessione del ramo d'azienda, il problema di stabilire l'efficacia (ex nunc o ex tunc) della positiva verifica posteriore operata dalla SOA assume diverso significato in considerazione della dirimente circostanza che la verifica operata dall'organismo attestatore ha un'efficacia probatoria e non già sostanziale, ed una intrinseca valenza retroattiva, perché dichiara una realtà giuridica preesistente: ne discende che postulare l'efficacia ex nunc della verifica positiva da parte dell'organismo SOA sarebbe in contrasto con la sua natura;

l) pertanto, qualora si accerti che i requisiti siano stati persi, la SOA è tenuta a dichiarare la decadenza dell'attestazione e troverà applicazione l'art. 76, comma 11, secondo periodo cit.; altrimenti l'impresa cedente potrà continuare ad avvalersi dell'attestazione originaria; a conferma dell'impostazione adottata, vi è inoltre il dato letterale evincibile dall'art. 40, comma 9 ter, del d.lgs. n. 163/2006 che evidenzia il ruolo di vigilanza dell'ANAC nei casi in cui la SOA confermi il possesso della qualificazione e concorre a confutare una delle ragioni dell'orientamento formalistico, ossia la pretesa funzione della regola dell'automatismo di contrastare meccanismi di elusione della normativa anticorruzione.

51) Adunanza plenaria 5-2017: criterio di calcolo delle offerte da accantonare nel c.d. taglio delle ali ai fini del giudizio di anomalia nel c.d. taglio delle ali, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso.

Avuto riguardo al criterio di calcolo delle offerte da accantonare nel c.d. taglio delle ali, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, devono applicarsi i seguenti principi di diritto:

- a) 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 collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse;
- b) il secondo periodo del comma 1 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 collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse.

Avuto riguardo al criterio di calcolo delle offerte da accantonare nel c.d. taglio delle ali, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, devono applicarsi i seguenti principi di diritto:

- a) 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 collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse;
- b) il secondo periodo del comma 1 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 collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse.

A favore di tale tesi militano a parere dell'Adunanza Plenaria le seguenti ragioni di ordine testuale e teleologico:

a) la disposizione di cui al secondo periodo del comma 1 dell'articolo 121 del previgente 'Regolamento' (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") sancisce il generalizzato obbligo di accantonare le offerte che presentino identico valore rispetto ad altre oggetto di accantonamento e non legittima un'interpretazione volta a limitare l'accorpamento alla sola ipotesi di offerte collocate "al margine" dell'ala e ad escluderlo nel caso di offerte collocate "all'interno" dell'ala medesima;

b) dalla comparazione fra il primo e il secondo periodo dell'art. 121 emerge che mentre il primo periodo stabilisce che le offerte diverse da quelle interessate dal 'taglio' (e in relazione alle quali si opererà il computo delle medie di gara) vanno considerate in modo distinto e, per così dire, 'atomistico' ai fini di tale computo, il secondo periodo, invece, richiama in modo espresso l'applicazione del c.d. 'criterio relativo' in relazione al caso delle offerte "estreme", senza peraltro legittimare distinzioni di sorta fra il caso di offerte poste al margine e di offerte poste all'interno delle ali. Occorre pertanto riconoscere la diversità disciplinare che caratterizza le due richiamate ipotesi, astenendosi dall'operare vere e proprie commistioni quali quelle proposte dalla tesi ad oggi minoritaria la quale, a ben vedere, postula il concomitante operare sia del criterio c.d. "assoluto", sia del criterio c.d. "relativo" all'interno di ipotesi sotto ogni aspetto omogenee, quali quelle relative alle offerte marginali interessate dal c.d. "taglio delle ali";

c) la complessiva ratio sottesa all'articolo 121 è quella di evitare che offerte di contenuto identico (siano esse poste all'interno o al margine delle ali) finiscano per limitare l'utilità stessa dell'accantonamento, ampliando in modo eccessivo la base di calcolo delle medie di gara e, in ultima analisi, rendendo inaffidabili i risultati dell'operazione nel suo complesso. Ciò giustifica pienamente una disposizione (quale l'articolo 121, cit., secondo periodo) volta a sterilizzare tutte le offerte – numericamente intese – le quali possano contribuire a determinare un tale negativo risultato e ad applicare a tal fine un criterio di carattere 'relativo' (cfr. in tal senso, il parere dell'AVCP n. 87 dell'8 maggio 2014, cui adde il parere della medesima Autorità 24 luglio 2013, n. 133);

- d) la tesi del blocco unitario risulta maggiormente idonea a salvaguardare l'interesse pubblico al corretto svolgimento delle gare e a prevenire manipolazioni delle gare e dei relativi esiti, ostacolando condotte collusive in sede di formulazione delle percentuali di ribasso;
- e) la previsione testuale di cui al comma 1 dell'articolo 86 ("offerte di maggior ribasso [e di] minor ribasso") può e deve essere intesa come riferita al contenuto e al valore delle offerte e non al numero assoluto di esse (inteso in senso puramente 'capitario').

52) Adunanza plenaria 3-2018: vige il divieto, per il soggetto sottoposto a interdittiva antimafia, di ottenere erogazioni dalla pubblica amministrazione e tale divieto opera anche in presenza di giudicato di condanna sopravvenuto e comprende le somme dovute a titolo di risarcimento del danno.

Secondo la Plenaria, il provvedimento di c.d. "interdittiva antimafia" determina una particolare forma di incapacità ex lege, parziale (in quanto limitata a specifici rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione) e tendenzialmente temporanea, con la conseguenza che al soggetto – persona fisica o giuridica – è precluso avere con la pubblica amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dall'art. 67 d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159.

L'art. 67, comma 1, lett. g) del d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159, nella parte in cui prevede il divieto di ottenere, da parte del soggetto colpito dall'interdittiva antimafia, "contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali", ricomprende anche l'impossibilità di percepire somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività di impresa.

L'Adunanza plenaria ha stabilito che il divieto, previsto dall'art. 67, comma 1, lett. g), del c.d. Codice delle leggi antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159), per i soggetti sottoposti a interdittiva antimafia, di ottenere erogazioni da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee per lo svolgimento di attività imprenditoriali, è applicabile anche al diritto di credito di natura risarcitoria, riconosciuto da sentenza passata in giudicato successivamente alla adozione del provvedimento di interdittiva anche qualora il fatto impeditivo non sia stato eccepito

dall'amministrazione nel giudizio risarcitorio in quanto conosciuto solo successivamente.

L'effetto preclusivo derivante dall'informativa interdittiva antimafia interessa anche l'obbligo di pagamento riconosciuto da un giudicato e, nel novero delle erogazioni di cui all'art. 67, comma 1, lett. g), del Codice delle leggi antimafia, devono essere ricompresi anche i crediti risarcitori.

Il Collegio muove dall'esame della natura giuridica e degli effetti dell'interdittiva antimafia, precisando che:

- 1) si tratta di un provvedimento di natura cautelare e preventiva, espressione del bilanciamento tra tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost.;
- 2) costituisce una misura volta alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione;
- 3) mira a prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa nelle imprese volti a condizionare le scelte e gli indirizzi della pubblica amministrazione;
- 4) preclude all'imprenditore di essere titolare di rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni ovvero destinatario di titoli abilitativi o di contributi, finanziamenti, mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo;
- 5) determina una particolare forma di incapacità giuridica, parziale e tendenzialmente temporanea, in quanto comporta l'inidoneità del destinatario ad essere titolare di talune situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi).

L'art. 67 del Codice delle leggi antimafia, quindi, delimita l'ambito applicativo dell'incapacità ex lege del destinatario del provvedimento interdittivo e deve essere interpretato – in particolare, il comma 1, lett. g), della citata disposizione che si riferisce ai “contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali” – nel senso di precludere all'imprenditore di ricevere somme dovutegli dall'amministrazione anche a titolo risarcitorio, in quanto:

- 1) l'ampia clausola contenuta nella disposizione e la ratio della norma non consentono di distinguere tra erogazioni dirette ad arricchire l'imprenditore ed erogazioni dirette a compensarlo di una perdita subita;
- 2) la finalità del legislatore è quella di evitare ogni esborso di matrice pubblicista in favore di imprese soggette a infiltrazioni criminali;

3) l'enunciato linguistico "erogazioni dello stesso tipo" contenuto nella disposizione deve essere inteso come riferito al genus delle obbligazioni pecuniarie poste a carico dell'amministrazione, quale che ne sia la fonte e la causa.

L'informativa antimafia, comporta, quindi, secondo il Collegio:

1) l'incapacità, per il soggetto colpito, di assumere o mantenere, per il tempo di durata dell'interdittiva, la titolarità delle posizioni giuridiche riconducibili nell'ambito applicativo dell'art. 67 d.lgs. n. 159 del 2011, anche se riconosciute da sentenza passata in giudicato;

2) l'impossibilità, per il soggetto colpito, di far valere il credito in sede giurisdizionale;

3) che, una volta venuta meno l'efficacia dell'interdittiva, il diritto di credito riconosciuto dalla sentenza passata in giudicato può essere fatto valere dal titolare del diritto;

4) che, ai fini della decorrenza del termine di prescrizione ai sensi dell'art. 2935 c.c., durante il periodo di tempo di efficacia dell'interdittiva, il diritto non può essere fatto valere.

53) Adunanza plenaria 5-2018: configurazione della responsabilità precontrattuale anteriormente alla scelta del contraente e presupposti per la risarcibilità del danno da ritardo procedimentale.

La Plenaria premette che:

- anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza;

- nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità

precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento;

- la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede.

Secondo la Plenaria, affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affrontato, pertanto, la problematica relativa alla configurabilità della responsabilità precontrattuale anteriormente alla scelta del contraente e alla possibilità di estenderla ai comportamenti dell'amministrazione successivi alla pubblicazione del bando di gara idonei a porre nel nulla gli effetti o a ritardarne l'eliminazione o la conclusione, rispondendo affermativamente ad entrambi i quesiti posti dalla sezione rimettente, con conseguente piena applicabilità dei precetti di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, all'esito, tuttavia, di una rigorosa verifica in concreto circa l'esistenza dei presupposti applicativi dell'illecito civile e di ulteriori condizioni di contesto che la pronuncia si fa carico di indicare.

Con la pronuncia in esame, l'Adunanza Plenaria decide le questioni sottoposte alla sua attenzione, nei termini che seguono:

a) premette un'ampia ricostruzione storica dell'istituto della responsabilità precontrattuale nella disciplina del codice civile evidenziando come nell'intenzione originaria dei compilatori del codice

civile del 1942, l'art. 1337 cod. civ. rappresentava un'espressione tipica della c.d. solidarietà corporativa, vale a dire di quel tipo di solidarietà che unisce tutti i fattori di produzione verso la realizzazione della massima produzione nazionale, sanzionando conseguentemente le condotte scorrette che impedivano il raggiungimento di tale scopo mentre nel mutato quadro costituzionale, è affermazione largamente condivisa quella secondo cui il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell'articolo 2 della Costituzione (cfr., ex multis, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188);

b) osserva che il generale dovere di solidarietà che grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano "momenti relazionali" socialmente o giuridicamente qualificati, in ragione del particolare status – professionale e, talvolta, pubblicistico – rivestito dai protagonisti della vicenda "relazionale"; ciò vale a fortiori per chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), da cui il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*;

c) nel disegno costituzionale, che pone al centro l'individuo (art. 2 Cost.), l'attenzione si sposta dal perseguimento dell'utilità sociale alla tutela della persona e delle sue libertà sicchè la "funzione" del dovere di correttezza non è più tanto (o solo) quella di favorire la conclusione di un contratto (valido) e socialmente utile quanto quella di tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza;

d) il nuovo legame che così si instaura tra dovere di correttezza e libertà di autodeterminazione negoziale (che va a sostituire l'impostazione precedente che legava alla correttezza la tutela dell'interesse nazionale) impedisce allora di restringerne lo spazio applicativo alle sole situazioni in cui sia stato avviato un vero e proprio procedimento di formazione del contratto o, comunque, esista una trattativa che abbia raggiunto già una fase molto avanzata, tanto da far sorgere il ragionevole affidamento circa

la conclusione del contratto. Al contrario, la valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, in cui, pur eventualmente mancando una «trattativa» in senso tecnico-giuridico, venga, comunque, in rilievo una situazione “relazionale” qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative.

54) Adunanza plenaria, ord., 6-2018: si rimette alla Corte di giustizia UE la vexata quaestio del rapporto fra ricorso incidentale escludente e ricorso principale in materia di gare d'appalto.

L'Adunanza plenaria rimette alla Corte di Giustizia Ue il seguente quesito interpretativo: se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, possa essere interpretato nel senso che esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 cc), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 cc).

Si ritiene di dover interpellare la Corte di giustizia UE sulle questioni sottoposte alla sua attenzione, disponendo il rinvio pregiudiziale obbligatorio per le seguenti ragioni:

a) rammenta che al fine di assicurare che “le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile”, secondo quanto prescritto

dall'articolo 1 della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 66 dell' 11 dicembre 2007, il legislatore nazionale:

1) ha previsto l'istituto della legittimazione processuale straordinaria attribuita all'Anac con riferimento all'impugnazione dei bandi di gara e degli altri atti generali qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 211 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50;

2) ha introdotto il nuovo rito c.d. "superaccelerato" di cui ai commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 del c.p.a. (in relazione al quale si rinvia alla News US in data 1 febbraio 2018 avente ad oggetto T.a.r. per il Piemonte, sezione I, ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88 che ha demandato alla Corte di giustizia dell'UE l'accertamento della compatibilità, con il diritto dell'Unione, dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. che impone la immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle gare di appalto) in forza dell'art. 204 comma 1 lett. d) del d.lgs. n. 50/2016, la cui ratio è consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione;

b) evidenzia tuttavia che gli sforzi del legislatore nazionale per adeguarsi alle prescrizioni dei competenti organismi europei ed il dialogo costante della giurisdizione amministrativa con la Corte di Giustizia non hanno del tutto eliso le incertezze degli interpreti su alcune problematiche in materia di pubblici incanti tra le quali annovera la tematica dei rapporti intercorrenti tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale c.d. "escludente";

c) ricostruisce, in particolare, l'evoluzione giurisprudenziale nazionale e comunitaria in tema, a partire da Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008 n. 11, rilevando che la giurisprudenza nazionale non è concorde in ordine alle conseguenze da trarre dalle precisazioni via via fornite dalla Corte di giustizia UE circa l'interpretazione da fornire all'articolo 1, par. 3 della "Direttiva ricorsi", secondo cui "gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione" ed in particolare, al riferimento "a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione", nelle ipotesi in cui il concorrente sia stato o avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, ed al riferimento a "un determinato

appalto”, laddove il concorrente (che sia stato o avrebbe dovuto essere escluso) aspiri in sostanza a un’utilità mediata rappresentata dall’annullamento (se del caso, in autotutela) dell’intera procedura e alla sua riedizione;

d) quanto al rilievo attribuito dalle statuizioni della Corte di giustizia al concetto di “interesse strumentale alla ripetizione della procedura” – ferma restando la eccezionalità della tutela di tale interesse in quanto eccentrico rispetto alla struttura fondamentale del processo di parte innervato dal principio dispositivo - così sintetizza i principi condivisi:

1) nessuno dubita che, nel caso in cui siano rimasti in gara unicamente due concorrenti e gli stessi proponano ricorsi reciprocamente escludenti, si imponga la disamina di ambedue i mezzi di impugnazione dai medesimi proposti, quali che siano i motivi di censura ivi contenuti;

2) parimenti, nessuna perplessità sussiste circa l’esattezza dell’affermazione secondo cui ad analoghe conclusioni deve pervenirsi (anche in presenza di una pluralità di contendenti rimasti in gara), ove il ricorso principale contenga motivi che, se accolti, comporterebbero il rinnovo della procedura in quanto:

- si censuri la regolarità della posizione - non soltanto dell’aggiudicatario e di tutti gli altri concorrenti rimasti in gara, collocati in posizione migliore della propria ma, anche - dei rimanenti concorrenti collocati in posizione deteriore;

- ovvero perché siano proposte censure avverso la *lex specialis* idonee, ove ritenute fondate, ad invalidare l’intera selezione evidenziale;

3) in tali casi, si è raggiunta una piena concordanza di opinioni circa l’obbligatorietà dell’esame del ricorso principale, in quanto dall’accoglimento di quest’ultimo discenderebbe con certezza la caducazione integrale della gara e verrebbe così tutelato il subordinato interesse strumentale alla riedizione della procedura;

e) rileva che sussiste incertezza, viceversa, nell’evenienza (occorsa nel caso oggetto del giudizio) in cui, essendo rimasti in gara una pluralità di contendenti:

1) i ricorsi reciprocamente escludenti non riguardino la posizione di talune delle ditte rimaste in gara di guisa che, anche laddove entrambi i ricorsi (principale ed incidentale) siano scrutinati, e dichiarati fondati, rimarrebbero purtuttavia alcune offerte non “attinte” dai vizi riscontrati;

2) al contempo, il ricorso principale non prospetti censure avverso la *lex specialis* tese ad invalidare l’intera gara e determinanti –ove accolte - la certa ripetizione della procedura;

f) ricostruisce sul punto i due orientamenti delineatisi nella giurisprudenza nazionale, filoni interpretativi che muovono entrambi dall'identico punto di partenza – e cioè che dall'accoglimento del ricorso incidentale “escludente” discende l'insussistenza dell'interesse diretto e immediato del ricorrente principale riguardo all'aggiudicazione perché, essendo stato accertato che lo stesso è stato indebitamente ammesso alla gara, questi certamente non può ottenere l'aggiudicazione - ma che divergono nelle conclusioni:

1) secondo una prima linea esegetica (Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2017, n. 3593) la sentenza della Grande Sezione 5 aprile 2016 in causa C-689/13-Puligienica imporrebbe, anche in simili evenienze, la disamina del ricorso principale, pur dopo l'avvenuto accoglimento del ricorso incidentale escludente, non dovendosi tenere conto del numero delle imprese partecipanti (e del fatto che alcune siano rimaste estranee al giudizio) né dei vizi prospettati come motivi di ricorso principale poiché la domanda di tutela può essere evasa soltanto con l'esame di tutti i motivi di ricorso, principale e incidentale: nella descritta situazione non costituirebbe evenienza necessaria l'aggiudicazione del contratto all'impresa successivamente classificata, perché la stazione appaltante potrebbe sempre ritenere opportuno, dinanzi all'esclusione delle prime classificate, riesaminare in autotutela gli atti di ammissione delle altre imprese al fine di verificare se il vizio accertato sia loro comune, di modo che non vi resti spazio effettivo per aggiudicare a un'offerta regolare e si addivenga alla ripetizione della procedura;

2) secondo un altro approccio ermeneutico, viceversa (Cons. Stato, sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708), nell'evenienza data, l'esame del ricorso principale si imporrebbe soltanto laddove l'accoglimento dello stesso produca come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento: ma, nel caso di più di due imprese partecipanti alla gara delle quali solo due siano in giudizio, ciò potrebbe avvenire soltanto se fosse rimasto accertato che anche le offerte delle restanti imprese risultino affette dal medesimo vizio che aveva giustificato la statuizione di esclusione dalla procedura dell'offerente parte della controversia;

g) evidenzia le critiche mosse ad entrambi gli indirizzi e, in particolare:

1) quanto al primo:

- non terrebbe conto delle “aperture” (contenute nella sentenza della Corte di giustizia UE, Sez. VII, 21 dicembre 2016, C-355/15, GesmbH,) relative alla possibilità che l’offerente escluso dalla gara con una pronuncia regiudicata non possa più contestare l’esito della gara;
 - non terrebbe in considerazione la circostanza che l’autotutela della stazione appaltante sulle altre offerte rimaste in gara, in simili evenienze, non costituirebbe altro che una mera eventualità ipotetica, rimessa a determinazioni rientranti nella lata discrezionalità della stazione appaltante e che l’interesse (seppure ipotetico) in tal senso prospettato non potrebbe poi essere giustiziabile: in quanto “soggetto definitivamente escluso” con una pronuncia regiudicata sembra certo che il ricorrente principale non potrebbe impugnare le successive determinazioni della stazione appaltante che, scorrendo la graduatoria, implicitamente non abbia dato corso all’annullamento e ripetizione dell’intera gara;
 - darebbe ingresso ad una nozione di interesse scevra dai predicati di “certezza ed attualità” (e pertanto distonica rispetto ai principi generali del processo amministrativo costantemente affermati dalla giurisprudenza; cita in proposito Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015 n. 855 e Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031);
 - ciò, in un sistema giuridico che continua a considerare l’autotutela dell’amministrazione, anche per ragioni di garanzia dell’affidamento, meramente facoltativa e peraltro soggetta ai limiti temporali stringenti di cui all’art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n.241 e che ritiene tali principi praticabili anche laddove l’atto amministrativo puntuale si ritenga illegittimo per contrasto con il diritto comunitario;
- 2) quanto al secondo:
- sembrerebbe contrastare con le affermazioni (in tesi incondizionate ed indifferenti al numero delle imprese partecipanti alla procedura ed alla tipologia ed identità dei vizi dedotti) contenute nella sentenza della Corte di Giustizia UE 5 aprile 2016 in causa C-689/13-Puligienica;
 - per altro verso, non terrebbe conto della circostanza che, anche laddove esaminando il ricorso principale e quello incidentale si accertasse che tutte le restanti offerte rimaste in gara (e riferibili ad imprese non evocate in giudizio) presentavano vizi comuni a quelli riscontrati sussistenti, ugualmente resterebbe facoltativo, per l’Amministrazione, agire in autotutela (invece che scorrere la graduatoria) e disporre la ripetizione della gara; né - stante il principio contenuto nell’art. 112 c.p.c. ed il disposto dell’art. 34, comma II, del c.p.a. – il Giudice potrebbe dettare motu proprio una indicazione conformativa in tal senso;

h) aggiunge, sul versante strettamente processuale, le seguenti ulteriori criticità:

1) seguendo l'impostazione della sentenza "Puligienica" i principi della domanda (art. 112 c.p.c.) e dell'onere della prova (art. 2697 c.c.) che "governano" il processo amministrativo, imporrebbero pur sempre al ricorrente principale di provare che i vizi ipotizzati con il proprio ricorso siano comuni anche alle altre offerte rimaste in gara e che, comunque, la ripetizione della procedura sia una evenienza concretamente ipotizzabile;

2) dovrebbe essere affidato al Giudice il vaglio sulla concretezza dell'interesse alla riedizione della procedura azionato con il ricorso principale, ricorrendo agli istituti processuali del codice del processo amministrativo per consentire in tali evenienze il dispiegarsi del contraddittorio con le offerenti rimaste in gara e non evocate in giudizio e, insieme, per rendere effettiva e non ipotetica (in quanto rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante) l'evenienza della ripetizione della gara ove le censure contenute nel ricorso principale fossero reputate fondate e, soprattutto, fossero comuni alle offerenti rimaste in gara e potenziali beneficiarie dello scorrimento della graduatoria;

i) la Plenaria passa quindi ad illustrare le ragioni della rilevanza rispetto al caso deciso della questione interpretativa pregiudiziale prospettata precisando che:

1) alla gara hanno partecipato più imprese e numerose di esse (cinque), neppure evocate in giudizio, sono collocate successivamente all'originario ricorrente principale (che ebbe a posizionarsi al terzo posto);

2) qualora all'obbligo di esaminare il ricorso principale dovesse attribuirsi portata assoluta ed incondizionata, anche nel caso in esame si dovrebbe comunque procedere all'esame del ricorso principale; e ad analoghe conclusioni dovrebbe pervenirsi laddove si affermasse che sia sufficiente la semplice seppure ipotetica, possibilità di un intervento in autotutela dell'amministrazione sulla gara, per imporre l'esame del ricorso principale;

3) se invece tale obbligo di esame del ricorso principale andasse correlato ad una eventualità non meramente ipotetica di un intervento in autotutela dell'amministrazione che comporti la ripetizione della intera gara, per stabilire se procedere all'esame congiunto del ricorso principale e del ricorso incidentale si dovrebbe valutare in concreto se i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso possano, in via astratta, dirsi comuni anche alle altre offerte rimaste estranee al giudizio, di modo che possa figurarsi, in ipotesi, un possibile intervento in autotutela dell'amministrazione idoneo a fondare l'interesse c.d. strumentale del

ricorrente alla decisione del ricorso principale; in mancanza assoluta almeno di tale situazione strumentale non sembrerebbe trovare utile e ragionevole applicazione una interpretazione assoluta del diritto europeo sganciato da qualsivoglia interesse.

55) Adunanza plenaria 13-2018: nel calcolo della soglia di anomalia, il c.d. «fattore di correzione» previsto dall'articolo 97, comma 2, lettera b) del d. lgs. n. 50 del 2016 dev'essere determinato con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi al netto del c.d. «taglio delle ali».

Secondo la Plenaria, l'art. 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo 50 del 2016 ("Codice dei contratti pubblici") si interpreta nel senso che la locuzione "offerte ammesse" (al netto del c.d. 'taglio delle ali') da prendere in considerazione ai fini del computo della media aritmetica dei ribassi e la locuzione "concorrenti ammessi" da prendere in considerazione al fine dell'applicazione del fattore di correzione fanno riferimento a platee omogenee di concorrenti. Conseguentemente, la somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi (finalizzata alla determinazione del fattore di correzione) deve essere effettuata con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi, ma al netto del c.d. 'taglio delle ali'.

L'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016 (fatto oggetto di interventi modificativi dal successivo d.lgs. n. 56 del 201, c.d. primo correttivo), rubricato "Offerte anormalmente basse", prevede, in primo luogo, i metodi di determinazione della "soglia di anomalia", cioè volti a stabilire se un'offerta debba o meno essere considerata sospetta, in termini di congruità e sostenibilità, stabilendo, in secondo luogo, le modalità attraverso le quali gli operatori economici, le cui offerte appaiano anormalmente basse, debbano giustificare le stesse, fornendo spiegazioni su prezzi e costi proposti nelle offerte stesse (salve le ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale nei casi e alle condizioni di cui al comma 8 dello stesso art. 97 cit.).

Quando nella procedura di gara il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il metodo di determinazione della soglia di anomalia è stabilito dall'art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2017, che prevede che la valutazione di congruità è effettuata "sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara". Quando,

invece, l'aggiudicazione avviene al prezzo più basso, la individuazione delle offerte sospettate di anomalia presenta una disciplina più complessa, fissata dall'art. 97, comma 2, d.lgs. n. 50 cit.; la regola generale è che la valutazione di congruità è effettuata "sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata"; il calcolo della suddetta "soglia di anomalia" non segue però una disciplina unitaria ma al contrario, "al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia", può essere effettuato con cinque distinti metodi, indicati dallo stesso comma 2 alle lettere da a) ad e), tra i quali si sceglie con sorteggio in sede di gara.

La questione interpretativa posta nell'ordinanza di rimessione attiene alle modalità di calcolo della soglia di anomalia, in ipotesi di gara da aggiudicare al prezzo più basso, quanto sia stato sorteggiato il secondo metodo di calcolo, normato dal più volte menzionato art. 97, comma 2, lett. b). La soglia di anomalia è così determinata, secondo la disposizione citata: "media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra". Nel testo previgente alle modifiche di cui al d.lgs. n. 56 del 2017 la norma aveva una portata parzialmente diversa, giacché la soglia di anomalia veniva determinata con riferimento alla "media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra", con più imprecisa configurazione del c.d. "taglio delle ali", per altro correlato al 10% anziché al 20% delle offerte ammesse.

La determinazione della soglia di anomalia, sulla base del metodo in esame, presuppone quindi i seguenti passaggi:

- individuazione delle <offerte ammesse>;
- c.d. <taglio delle ali> (sul quale si veda Cons. Stato, Adunanza plenaria, sentenza 19 settembre 2017, n. 5), cioè individuazione delle

offerte ammesse da prendere in considerazione, eliminando il venti per cento di quelle di maggiore e minore ribasso, secondo la disciplina di cui allo stesso comma 2 lett. b);

- calcolo della <media aritmetica> dei ribassi percentuali, media che pacificamente è determinata prendendo in considerazioni solo le offerte ammesse residue, dopo il c.d. taglio delle ali;

- calcolo della <somma dei ribassi> offerti dai concorrenti ammessi: è questo il c.d. “fattore di correzione”, in quanto potenzialmente idoneo a correggere la <media aritmetica> precedentemente determinata: infatti se nella <somma dei ribassi> la prima cifra dopo la virgola è pari o uguale a zero la <media aritmetica> rimane invariata; se invece nella <somma dei ribassi> la prima cifra dopo la virgola sia dispari, la <media aritmetica> “viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra”.

La questione posta dalla ordinanza di rimessione attiene al calcolo della «somma dei ribassi», quale «fattore di correzione» rispetto alla «media aritmetica»: se infatti è palese dal testo della norma che la «media aritmetica» è determinata sulle offerte ammesse depurate con il «taglio delle ali», al contrario è frutto di diverse letture interpretative se, al fine del calcolo della «somma dei ribassi», debba tenersi conto di tutte le offerte ammesse o solo di quelle residue rispetto all’operazione di taglio delle ali. Per la Plenaria:

a) elementi di carattere teleologico e sistematico militano nel senso di “[ritenere] corretta l’interpretazione secondo cui la previa esclusione (c. d. taglio delle ali) va inclusa anche nel calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali superiori alla media”. Non emergono valide ragioni per cui, una volta eliminate alcune offerte dal criterio di calcolo, le stesse possano successivamente rientrare a farne parte;

b) deve escludersi che il legislatore abbia inteso applicare il calcolo della media limitatamente ai ribassi ammessi dopo il taglio delle ali per poi successivamente calcolare, all’opposto, la somma dei ribassi prendendo in considerazione tutti i ribassi originali, seppur già esclusi;

c) ragioni di coerenza sistematica inducono a ritenere che la sostanziale presunzione su cui si fonda lo stesso meccanismo del ‘taglio delle ali’ è tale da non soffrire eccezioni o intermittenze nello sviluppo logico ed aritmetico della determinazione della soglia di anomalia. Ne consegue che un metodo di calcolo il quale prendesse in considerazione tale presunzione ai fini della prima operazione, ma la escludesse dalla seconda, risulterebbe intrinsecamente contraddittorio. Un tale effetto si rivelerebbe irragionevolmente contraddittorio, “poiché farebbe perno su due giudizi

di valore giuridico tra loro antitetici e incompatibili e, dunque, comprometterebbe la stessa ragion d'essere del primo accantonamento, peraltro indubitabilmente voluta dalla legge” (Cons. Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2017, n. 4803 cit.);

d) se il legislatore, nell’ambito della medesima disposizione, ha dapprima utilizzato la locuzione “offerte ammesse” (abbinata al meccanismo del ‘taglio delle ali’) e poco oltre ha fatto riferimento ai “concorrenti ammessi”, non se ne inferisce in via necessaria che la seconda di tali locuzioni risulti incompatibile con il riferimento al meccanismo del taglio delle ali. Al contrario, elementi di carattere testuale sembrano deporre nell’opposto senso per cui l’omogeneo riferimento ad offerte e concorrenti “ammessi” stia a significare che in entrambi i casi il sintagma si riferisca a una platea parimenti omogenea (determinata all’esito del ‘taglio delle ali’);

e) non risulta risolutivo, al fine di suffragare la tesi opposta, l’argomento secondo cui le offerte ‘tagliate’ ai fini della media matematica di cui alla prima parte dell’articolo 97, comma 2, lettera b) sono e restano offerte ‘ammesse’ ai fini del ‘fattore di correzione’ di cui alla seconda parte della medesima disposizione. Ed infatti, la circostanza secondo cui la disposizione fa riferimento in ambo i casi ad offerte ‘ammesse’ non esclude (ma anzi, rafforza) l’esigenza di coerenza interna volta ad assicurare che in entrambi i casi si faccia riferimento a una platea di carattere omogeneo;

f) il fatto che le due parti della disposizione facciano riferimento ad operazioni distinte (la determinazione di una media nel primo caso e di una sommatoria nel secondo) non indebolisce in alcun modo – ma semmai rafforza - l’esigenza per cui i termini di computo siano assunti in modo omogeneo per ciascuna delle due operazioni;

g) nel diverso sistema introdotto dal nuovo ‘Codice dei contratti pubblici’ l’esigenza di rendere il più possibile non predeterminabile la soglia di anomalia non richiede necessariamente il ricorso a basi di computo fra loro disomogenee ben potendo le richiamate esigenze essere adeguatamente soddisfatte attraverso la scelta di demandare al sorteggio l’individuazione del criterio determinativo della soglia di anomalia;

h) anche l’ANAC (sia pure con atti di portata non vincolante) ha aderito all’opzione interpretativa fatta propria dalla plenaria: le Linee Guida n. 4 hanno stabilito che “nel caso di sorteggio del metodo di cui all’articolo 97, comma 2, lettera b) del Codice dei contratti pubblici, una volta operato il cosiddetto taglio delle ali, occorre sommare i ribassi percentuali delle

offerte residue e, calcolata la media aritmetica degli stessi, applicare l'eventuale decurtazione stabilita dalla norma tenendo conto della prima cifra decimale del numero che esprime la sommatoria dei ribassi". Ciò peraltro in linea con l'orientamento giurisprudenziale ad oggi prevalente richiamato in motivazione.