

Il taglio delle ali rileva ai soli fini del calcolo della soglia di anomalia e non produce alcun automatismo escludente.

di Ludovico Astengo

Data di pubblicazione: 14-4-2022

(...) l'art. 97, comma 2-bis, lettera a), con riferimento alle offerte che non rientrano nel meccanismo di calcolo della media aritmetica dei ribassi, utilizza l'espressione «offerte da accantonare», che appare (...) sicuramente più appropriata e maggiormente idonea a definire le limitate conseguenze giuridiche della decisione di paralizzare gli effetti dei ribassi contenuti in dette offerte sulla determinazione della soglia di anomalia.

(...) le operazioni descritte dall'art. 97, comma 2-bis, sono funzionali esclusivamente alla determinazione della soglia aritmetica di anomalia da utilizzare per la individuazione delle offerte anormalmente basse, da sottoporre alla verifica di «congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta» (come imposto dall'art. 97, comma 1, del codice dei contratti pubblici), senza determinare la definitiva esclusione dalla gara delle offerte accantonate nella fase del calcolo della soglia.

Guida alla lettura

Con la sentenza annotata il Consiglio di Stato precisa un aspetto dell'operazione di calcolo della **soglia di anomalia**, forse meno scontato di quanto il legislatore immaginasse.

Il Comune di Terricciola bandisce una gara di miglioramento sismico e riqualificazione di una scuola primaria e secondaria di primo grado stabilendo, ai sensi dell'art. 36.2 lett. c-bis e 9-bis del D. Lgs. 50/2016, di procedere all'aggiudicazione secondo il criterio del **prezzo più basso**. Ciò comporta l'individuazione dell'offerta "meno cara" rispetto all'importo messo a base di gara, previo calcolo della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 97.2 e 2-bis D. Lgs. cit.

La seconda in classifica impugna la sentenza di rigetto del TAR Toscana riproponendo le medesime censure, riassumibili nell'**illegittima riammissione del concorrente già escluso in fase di "taglio delle ali"**.

La pronuncia del Consiglio di Stato si concentra proprio su questo aspetto, vale adire la **ratio e metodologia del calcolo della soglia di anomalia** nell'ipotesi di aggiudicazione al prezzo più basso.

Com'è noto, l'art. 97 D. Lgs. 50/2016 introduce un articolato sistema di calcolo dell'anomalia dell'offerta per porre l'interesse pubblico al riparo dall'eccessiva discrezionalità della Stazione Appaltante, al contempo proteggendo quest'ultima da eventuali abusi dei

concorrenti. Ciò si concretizza nel **procedimento di verifica di congruità delle offerte anormalmente basse**, un subprocedimento valevole a prescindere dal criterio di aggiudicazione e fondato su una serie di principi cardine:

1. quello di *valutazione in concreto e in contraddittorio*, sì da consentire al concorrente di spiegare le ragioni dell'offerta apparentemente anomala;
2. quello di conseguente *divieto di automatismo escludente* quale conseguenza necessaria. Ciò con l'eccezione, peraltro, delle gare affidate con il criterio del prezzo più basso se sottosoglia ex art. 35 D. Lgs. cit. e senza carattere transfrontaliero, come precisa l'art. 97 comma 8;
3. quello dell'*obbligo di verifica* a determinate condizioni che rappresentano, per presunzione legislativa, altrettanti "indizi di anomalia". Trattasi, in specie, (3.1) di un punteggio molto vicino al massimo (i 4/5 dei punti massimi) in caso di aggiudicazione basata sull'offerta economicamente più vantaggiosa o (3.2) del superamento di una **soglia di anomalia** in caso di prezzo più basso. È comunque fatta salva la facoltà di verificare la congruità dell'offerta in caso di ulteriori e concreti indizi di anomalia (art. 97 comma 6, ultimo comma).

In caso di **prezzo più basso**, dunque, l'art. 97.2-*bis* prescrive, ai fini della **determinazione della soglia di anomalia**, una serie di operazioni aritmetiche da compiere in sequenza: (a) *scarto del 10% dei massimi e minimi ribassi* (c.d. "**taglio delle ali**"); (b) *calcolo della media dei ribassi*; (c) *calcolo dello scarto medio dei ribassi*; (d) *calcolo del rapporto tra scarto medio (c) e media (b)*.

Il problema sorge, nella controversia in esame, a proposito della **sorte delle offerte "tagliate"**, ossia *escluse* dai valori utilizzati per il calcolo della soglia di anomalia. L'appellante vorrebbe infatti pretenderne l'**esclusione definitiva** dalla gara, tanto per i ribassi più alti (dunque probabilmente anomali) quanto per quelli vicini al prezzo posto a base di gara.

Il Consiglio di Stato dichiara infondato il ricorso fornendo una breve ma incisiva ricostruzione del momento del "taglio delle ali" nel calcolo della soglia di anomalia.

Anzitutto si svolgono considerazioni di carattere **letterale**. Sul punto rileva la modifica introdotta «*dall'art. 1, comma 1, lett. t), del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (che in sede di conversione, dopo la legge 14 giugno 2019, n. 55, è diventato l'art. 1, comma 20, lett. u), del decreto-legge cit.)*. Nel testo vigente della disposizione, applicabile alla fattispecie, si fa riferimento solo alle «*offerte ammesse*», così eliminando la contrapposizione con la platea dei «*concorrenti ammessi*» contenuta nel testo precedente dell'art. 97, comma 2, lett. b) (oggetto della decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 13 del 2018)». Il riferimento è alla precedente formulazione che, proprio sulla scorta di tale discrepanza lessicale, aveva provocato un contrasto giurisprudenziale sfociato nella pronuncia **n. 13/2018 dell'Adunanza Plenaria** con la quale si era confermata la necessità di mantenere ferma la base di calcolo (al netto delle "ali" tagliate) tanto per la media dei ribassi quanto per il fattore di correzione.

Ancora, non è senza rilievo notare come il Codice nel riferirsi alle offerte soggette a "taglio

delle ali” *«utilizza l’espressione «offerte da accantonare», che appare (...) sicuramente più appropriata e maggiormente idonea a definire le limitate conseguenze giuridiche della decisione di paralizzare gli effetti dei ribassi contenuti in dette offerte sulla determinazione della soglia di anomalia.*

Seguono valutazioni di carattere **teleologico**, attinenti alla *ratio* del taglio delle ali e corredate da **argomentazioni ad absurdum**: *«se fosse corretto l’assunto dell’appellante, **dovrebbero essere definitivamente escluse dalla procedura di gara anche le offerte con il minor ribasso.** Conseguenza che appare non solo in contrasto con il principio europeo che osta a norme che prevedono esclusioni automatiche, e che comunque finirebbe con l’introdurrebbe un’ipotesi di esclusione automatica non prevista dalla legge, ma implicherebbe anche **l’evidente contraddizione con la funzione del procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse** (che, appunto, ha lo scopo di individuare ed escludere le offerte anormalmente basse e non quelle con i minori ribassi, ossia «anormalmente alte»)».* In altri termini non avrebbe senso escludere per anomalia le offerte che, per il prezzo così vicino alla base di gara, risultano invece le più affidabili.

La sentenza conclude dunque nel senso del rigetto dell’appello.

Rimane solo da segnalare che il legislatore emergenziale ha esteso l’obbligo di **automatica esclusione** delle offerte anormalmente basse nelle procedure di affidamento disciplinate dall’art. 1 e 2 **DL 76/2020**, con termine di tale regime transitorio **esteso sino al 30/06/2022** dal **DL 77/2021**.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5439 del 2020, proposto da Edil Pic.Ad. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Arseni e Carlo Mastropaolo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune di Terricciola, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Volpe, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;
Unione dei Comuni Parco Altavaldara, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti

Co.Ce.R. Costruzioni S.r.l., Alpa System 2 S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, Sezione Prima, 19 maggio 2020, n. 595, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Terricciola;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2022 il Cons. Giorgio Manca e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La società Edil Pic.Ad. s.r.l. ha partecipato alla procedura per l'appalto dei lavori di miglioramento sismico e riqualificazione della scuola primaria e secondaria di primo grado, indetta dal Comune di Terricciola con determina n. 158 del 27 giugno 2019, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera *c-bis*) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*), conclusasi con l'aggiudicazione definitiva al costituendo raggruppamento temporaneo formato da Co.ce.r. Costruzioni s.r.l. e Alpa System 2 s.r.l. (determinazione n. 359 del 31 dicembre 2019).

2. - Il provvedimento di aggiudicazione è stato impugnato dalla Edil Pic. Ad. S.r.l. con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, lamentando la violazione dell'art. 97, commi 2 e *2-bis*, del codice dei contratti pubblici, nonché diversi profili di eccesso di potere, in quanto la stazione appaltante, nel procedere all'aggiudicazione, avrebbe reinserito in graduatoria anche gli operatori economici esclusi per effetto della applicazione del cosiddetto «*taglio delle ali*» (ossia il metodo di determinazione della soglia di anomalia per l'individuazione delle offerte anormalmente basse, previsto dall'art. 97 cit., che impone l'esclusione del 10% delle offerte ammesse, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso). In particolare, la stazione appaltante ha reinserito in graduatoria anche le aggiudicatrici (le quali erano state espunte dal calcolo della soglia di anomalia, rientrando la loro offerta tra quelle di maggior ribasso) laddove – secondo la ricorrente – avrebbero dovuto essere definitivamente eliminate per effetto dell'applicazione dell'istituto del taglio delle ali. Avendo presentato il ribasso più alto (26,556 %), al netto del taglio d'ali, la società appellante avrebbe dovuto vedersi aggiudicato l'appalto.

4. - Con sentenza 19 maggio 2020, n. 595, il giudice adito ha respinto il ricorso, richiamando la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 30 agosto 2018, n. 13, *«che ha sancito 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 utilizzare per l'applicazione del fattore di correzione), devono far riferimento a platee omogenee di concorrenti. Dall'esame della documentazione in atti (circostanza che non è stata nemmeno smentita dalla ricorrente) risulta la correttezza dell'operato dell'Amministrazione che, a sua volta, non ha considerato nei calcoli per l'applicazione del fattore di correzione le offerte accantonate per effetto del taglio delle ali. Ne consegue che risulta rispettato il principio sancito dall'Adunanza Plenaria della omogeneità delle platee delle offerte (e dei concorrenti) con riferimento al computo del taglio delle ali e a quello per l'applicazione del fattore di correzione»*.

5. - La società soccombente ha interposto appello, riproponendo le censure del ricorso di primo grado e deducendo l'ingiustizia della sentenza per non aver rilevato la violazione dell'art. 97, comma 2-bis, del *Codice dei contratti pubblici*. Ribadisce, in particolare, che le offerte scartate in sede di c.d. taglio delle ali, in quanto rientranti fra quelle che presentano il maggior ribasso o il minor ribasso, debbono essere definitivamente escluse dalla procedura di gara e non possono, quindi, partecipare alla fase di individuazione della migliore offerta (fase riservata, in questa prospettiva, alle sole offerte non espunte dal calcolo della soglia di anomalia). In tal senso convergerebbe anche la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 13 del 2018 secondo cui l'accantonamento delle offerte "tagliate" è definitivo.

6. - Resiste in giudizio il Comune di Terricciola, che ripropone l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per difetto di procura, non esaminata dal primo giudice; e, nel merito, chiede che l'appello sia respinto.

7. - Con istanza dell'11 gennaio 2022, l'appellante ha chiesto il rinvio dell'udienza per legittimo impedimento del proprio procuratore legale.

8. - All'udienza pubblica del 13 gennaio 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

9. - In via preliminare, non può essere accolta la richiesta del difensore di parte appellante di rinvio della trattazione per «legittimo impedimento», considerato che la difesa dell'appellante risulta affidata anche a un secondo professionista (l'avv. Antonio Arseni).

10. - Si può prescindere dall'esame della eccezione di inammissibilità sollevata dall'appellato Comune, considerato che l'appello è infondato nel merito.

11. - Come risulta dall'esposizione contenuta nei paragrafi precedenti, l'unica questione su cui si incentra la controversia è costituita dall'interpretazione dell'art. 97, comma 2-bis, del *Codice dei contratti pubblici*, dovendosi stabilire se le offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso, rientranti nel 10% delle offerte ammesse, accantonate ai fini del calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali, debbano ritenersi (anche) definitivamente escluse dalla procedura di gara.

11.1. - Sul punto va precisato, anzitutto, che la disposizione, nella versione attuale, è stata introdotta dall'art. 1, comma 1, lett. *t*), del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (che in sede di conversione, dopo la legge 14 giugno 2019, n. 55, è diventato l'art. 1, comma 20, lett. *u*), del decreto-legge cit.). Nel testo vigente della disposizione, applicabile alla fattispecie, si fa riferimento solo alle «offerte ammesse», così eliminando la contrapposizione con la platea dei «concorrenti ammessi» contenuta nel testo precedente dell'art. 97, comma 2, lett. *b*) (oggetto della decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 13 del 2018). Si può considerare quindi superata la questione della individuazione delle due categorie di offerenti.

11.2. - Mantenendosi sempre sul piano letterale, occorre ancora porre in rilievo che l'art. 97, comma 2-*bis*, lettera *a*), con riferimento alle offerte che non rientrano nel meccanismo di calcolo della media aritmetica dei ribassi, utilizza l'espressione «*offerte da accantonare*», che appare, per le ragioni che si diranno, sicuramente più appropriata e maggiormente idonea a definire le limitate conseguenze giuridiche della decisione di paralizzare gli effetti dei ribassi contenuti in dette offerte sulla determinazione della soglia di anomalia.

11.3. - La disposizione, inoltre, come si è visto, assoggetta al medesimo trattamento giuridico sia le offerte di maggior ribasso che quelle di minor ribasso, neutralizzando i loro effetti ai fini del calcolo della media aritmetica di cui alla lettera *a*) del comma 2-*bis*. Ne deriva che, se fosse corretto l'assunto dell'appellante, dovrebbero essere definitivamente escluse dalla procedura di gara anche le offerte con il minor ribasso. Conseguenza che appare non solo in contrasto con il principio europeo che osta a norme che prevedono esclusioni automatiche, e che comunque finirebbe con l'introdurrebbe un'ipotesi di esclusione automatica non prevista dalla legge, ma implicherebbe anche l'evidente contraddizione con la funzione del procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse (che, appunto, ha lo scopo di individuare ed escludere le offerte anormalmente basse e non quelle con i minori ribassi, ossia «anormalmente alte»).

11.4. - L'appellante deduce, altresì, la violazione del bando di gara il quale, sul punto, avrebbe recepito il contenuto della circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 5 luglio 2019, che ribadirebbe il concetto dell'esclusione, in via definitiva, delle offerte di ribasso rientranti nel taglio d'ali.

Il rilievo, tuttavia, è inammissibile ai sensi dell'art. 104, comma 1, cod. proc. amm., come correttamente eccepito dal Comune appellato, non essendo stato proposto col ricorso di primo grado.

12. - In conclusione, come emerge dalle osservazioni sopra esposte, le operazioni descritte dall'art. 97, comma 2-*bis*, sono funzionali esclusivamente alla determinazione della soglia aritmetica di anomalia da utilizzare per la individuazione delle offerte anormalmente basse, da sottoporre alla verifica di «*congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta*» (come imposto dall'art. 97, comma 1, del codice dei contratti pubblici), senza determinare la definitiva esclusione dalla gara delle offerte accantonate nella fase del calcolo della soglia.

13. - In definitiva, l'appello va integralmente respinto.

14. - La disciplina delle spese giudiziali per il presente grado segue la regola della soccombenza, per quanto concerne la posizione processuale del Comune di Terricciola. Nulla occorre disporre nei confronti delle altre parti evocate in giudizio, che non si sono costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la Edil Pic. Ad. s.r.l. al pagamento delle spese giudiziali in favore del Comune di Terricciola, che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge.

Nulla spese per le altre parti non costituite in giudizio.

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