Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N.264 DEL 17 marzo 2020

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Tercos S.r.l. – Affidamento dei lavori di messa in sicurezza di via del Cantone a Panicaglia nel Comune di Borgo San Lorenzo –Perizia n. 13820-Progetto esecutivo - Importo a base di gara: 602.693,01 euro - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche
Toscana-Marche-Umbria Sede di Firenze
PREC 27/20/L

Art. 97, comma 2-bis, d.lgs. n. 50/2016

Soglia di anomalia –Taglio delle ali - Temporaneo accantonamento

Le offerte ricadenti nel taglio delle ali sono solo temporaneamente accantonate al fine del calcolo della soglia di anomalia

Rilevato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 6041 del 24 gennaio 2020, l'operatore economico Tercos S.r.l., secondo graduato nella gara in epigrafe, ha contestato l'avvenuta aggiudicazione dei lavori ad una ditta, la Costruzioni Mazzeo, ricadente nel 10% del cosiddetto "taglio delle ali" e, dunque, secondo l'istante, da considerarsi esclusa dalla gara. Secondo quanto prospettato da Tercos S.r.l., l'accantonamento del 10% delle offerte di maggior e di minor ribasso previsto dall'art. 97, commi 2 e 2-bis (quest'ultimo applicabile al caso in esame), d.lgs. n. 50/2016, non sarebbe meramente finalizzato al calcolo della soglia di anomalia, ma determinerebbe la definitiva fuoriuscita delle offerte "tagliate" dal novero delle offerte valide. Come rilevato nell'atto introduttivo, una simile ricostruzione è stata recentemente fatta propria dal TAR Sicilia – Palermo che, nella sentenza 2979 del 27 dicembre 2019, ha evidenziato che, se il meccanismo del taglio delle ali risponde all'esigenza di porre rimedio al fenomeno delle offerte largamente e palesemente disancorate dai valori medi, «*ciò implica che le offerte tagliate non vadano reinserite nelle successive operazioni di calcolo previste dall'art. 97 del Decreto Legislativo n. 50/2016 (cfr. Adunanza Plenaria, 30 agosto 2018, n. 13*».

A seguito dell'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 13287 del 17 febbraio 2020, la stazione appaltante ha replicato, con note acquisite ai numeri di protocollo 13847 del 19 febbraio 2020 e 15566 del 25 febbraio 2020, richiamando, a sostegno della decisione assunta di aggiudicare la gara a Costruzioni Mazzeo, una nota della Direzione Generale per la Regolazione dei Contratti Pubblici, Dipartimento per le Infrastrutture, i Sistemi Informativi e Statistici, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (prot. 1571 del 27 gennaio 2020) che, interpellata sul punto, ha confermato che, «*come esplicitato nella Circolare MIT n. 8 del 24.10.2019, il taglio delle ali previsto dalla lettera a) commi 2 e 2 bis dell'art. 97 del codice, consiste nell'accantonamento del 10% arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso e si applica ai soli fini del calcolo della soglia di anomalia (e non ai fini dell'esclusione dell'offerta)*». Con nota acquisita al prot. n. 15040 del 21 febbraio 2020, l'istante ha ribadito la propria tesi, e, richiamata a conforto la circolare interpretativa del MIT - PP.OO. Sicilia-Calabria n. 17649 del 5 luglio 2019, ne ha rivendicato l'efficacia su tutto il territorio nazionale. Con nota acquisita al prot. 15042 del 21

febbraio 2020, Costruzioni Mazzeo ha sostenuto la legittimità del decreto di aggiudicazione della gara in suo favore.

Ritenuto in diritto

Il cosiddetto "taglio delle ali" è un passaggio della formula per il calcolo della soglia di anomalia nel caso di gare da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso (oggi, più propriamente, del minor prezzo) già presente nell'art. 86, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 (e prima ancora nell'art. 21, comma 1 bis della legge n. 109/94), rispetto al quale si era formata una giurisprudenza consolidata che andava nel senso di ritenerlo una operazione "virtuale", finalizzata unicamente al calcolo della media e non all'esclusione automatica delle offerte marginali ("*ai sensi dell'art. 86 comma 1 il taglio delle ali serve, unitamente ad altri elementi, solo per individuare la soglia di anomalia delle offerte e non per escludere automaticamente dalla gara le imprese che hanno presentato offerte nel detto taglio"* , TAR Puglia Lecce, sezione III, 10 giugno 2009, n. 1460). La stessa Autorità, nel parere di precontenzioso n. 153 del 9 settembre 2010, ha valutato che l' "esclusione" fosse da ritenersi tale ai soli fini della procedura di computo della soglia di anomalia.

La riproposizione dello stesso passaggio matematico in alcune delle formule alternative (da sorteggiare) per il calcolo della soglia di anomalia previste dall'art. 97, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 (nella versione antecedente alla modifica apportata dalla legge n. 55/2019), ha riproposto dubbi circa la composizione della platea delle offerte su cui effettuare i passaggi successivi al calcolo della media aritmetica (nella lettera b), la somma dei ribassi e, nella lettera e), lo scarto medio dei ribassi); cioè, se dovesse essere considerata al netto del taglio delle ali o, invece, dovesse ritenersi comprensiva delle offerte in precedenza accantonate.

Con riferimento a entrambi i casi, la giurisprudenza, in ciò confortata dal consolidato orientamento dell'Autorità (Pareri di precontenzioso n. 603 del 31 maggio 2017 e n. 793 del 19 luglio 2017; Determinazioni n. 6 dell'8 luglio 2009 e n. 4 del 26 ottobre 1999), ha ritenuto che sia la somma dei ribassi (art. 97, comma 2, lett. b) che lo scarto medio dei ribassi (art. 97, comma 2, lett. c) dovessero essere calcolati su una platea di concorrenti omogenea rispetto a quelle considerata ai fini del computo della media dei ribassi e, dunque, al netto del taglio delle ali (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 30 agosto 2018, n. 13 e Consiglio di Stato, sez. VI, 17 ottobre 2017, n. 4803).

Preme al riguardo sottolineare che la richiamata questione interpretativa, risolta dalla giurisprudenza nei termini sopra indicati, poggia sul non contestato presupposto che il taglio delle ali operi un temporaneo accantonamento, e non un'esclusione definitiva, delle offerte "tagliate", ché altrimenti, se fossero state da ritenersi definitivamente escluse, non sarebbe sorto il dubbio se considerarle o meno ai fini del successivo calcolo della somma dei ribassi o dello scarto medio dei ribassi.

Nella sentenza n. 4803/2017, il Consiglio di Stato - statuito che, se la *ratio* sottesa "al taglio delle ali" «*è quella di "sterilizzare" (attraverso il noto meccanismo dell'accantonamento) la valenza di offerte dal contenuto estremo (e in quanto tali tendenzialmente inaffidabili), è del tutto coerente con tale approccio che la predetta funzione correttiva operi sia sul versante del computo della media, sia del calcolo dello scarto aritmetico medio dei ribassi percentuali*» - con specifico riferimento alle offerte "tagliate" ha infatti precisato che «*esse sono prudenzialmente accantonate dal calcolo e dunque temporaneamente private di effetto, salva restando la loro successiva verifica, ai fini della effettiva esclusione dalla gara, rispetto al risultato del calcolo stesso*».

La stessa Plenaria, cui la sentenza del TAR Sicilia – Palermo richiamata dall'istante fa riferimento, è esplicita nel considerare l'insieme dei concorrenti ammessi alla gara come comprensivo anche di quelli ricadenti nel taglio delle ali, illustrando la questione interpretativa nei seguenti termini: «*non è del tutto chiaro se (ai fini dell'applicazione del c.d. "fattore di correzione" di cui al comma 2, lettera b) la locuzione "somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi" debba essere riferita a tutti i concorrenti ammessi in gara, ovvero solo ai concorrenti residuati all'esito del taglio delle ali di cui alla medesima lettera b*)».

I nuovi commi 2 e 2-bis dell'art. 97, introdotti dalla legge n. 55/2019 «*al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia*», non sembrano fornire spunti idonei a sovvertire la logica interpretativa sino ad oggi sostenuta dalla consolidata giurisprudenza.

Come il previgente comma 2, l'attuale comma 2-bis (applicabile nel caso in esame) prevede come step iniziale il calcolo della media dei ribassi previo taglio delle ali, per poi proseguire, con altri passaggi, fino alla individuazione della soglia di anomalia.

Esso si inserisce in un impianto normativo che individua nel superamento della soglia di anomalia il solo parametro indiziario della non congruità dell'offerta e che, fatta salva la facoltà della stazione appaltante di valutare in ogni caso la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (art. 97, comma 6), non lascia spazio a meccanismi di esclusione automatica diversi da quello previsto, sempre in rapporto alla soglia di anomalia, dal comma 8 dell'art. 97.

L'Autorità sul tema si è, peraltro, recentemente espressa aderendo all'interpretazione secondo cui il legislatore, nella nuova formulazione della lett. a) del comma 2-*bis* dell'art. 97 (come modificato dal d.l. n. 32/2019) ha cristallizzato il principio in base al quale l'operazione del taglio delle ali è solo virtuale e consiste nel temporaneo accantonamento delle offerte che presentano valori estremi ai soli fini del computo della soglia di anomalia (v. Prec. n. 23/2020/L, deliberazione n. 207 del 26/2/2020.)

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante che non ha considerato definitivamente esclusa la ditta Costruzioni Mazzeo, caduta nel taglio delle ali.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 aprile 2020

Per Il Segretario Maria Esposito,

il Segretario Generale Angela Lorella Di Gioia

(firmato digitalmente)