



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **DELIBERA N. 207 del 26 febbraio 2020**

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da \_\_\_\_\_Omissis\_\_\_\_\_. e Provincia di Grosseto – Procedura negoziata senza bando previa manifestazione di interesse per l'affidamento dei lavori di ampliamento piazzale di sosta aeromobili dello scalo civile dell'aeroporto di Grosseto - Importo a base di gara: € 715.371,10 – S.A.: Provincia di Grosseto.

### **PREC 23/2020/L**

**Offerte anormalmente basse – Criterio del prezzo più basso – Soglia di anomalia – Taglio delle ali – temporaneo accantonamento delle offerte ai soli fini delle operazioni di calcolo della soglia di anomalia.**

Il legislatore, nella nuova formulazione della lett. a) del comma 2-*bis* dell'art. 97 - come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. t) del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 20, lett. t) della L. 14 giugno 2019, n. 55 - 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. Tale principio va applicato anche in una procedura sotto soglia nella quale la *lex specialis* prevede il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte, ai sensi del comma 8 dell'art. 97 del Codice, nell'ambito delle quali le offerte "accantonate" vanno considerate come offerte ammesse alla gara da assoggettare al meccanismo dell'esclusione automatica o alla diversa valutazione di congruità (nel caso in cui non operi l'esclusione automatica).

### **Artt. 97, comma 2-bis, e comma 8 del d.lgs. n. 50/2016**

#### **Il Consiglio**

#### **Considerato in fatto**

Con istanza acquisita al prot. n. 5857 del 23 gennaio 2020, la società \_\_\_\_\_Omissis\_\_\_\_\_. (aggiudicataria) e la Provincia di Grosseto (stazione appaltante) hanno chiesto congiuntamente all'Autorità come debba essere interpretata l' "esclusione" del 10% (cd. taglio delle ali) di cui all'art. 97, comma 2-*bis*, lett. a) del D.Lgs. n. 50/16, nel caso in cui, in un appalto sotto soglia, sia prevista l'esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, ai sensi del comma 8 del medesimo art. 97. In particolare, le parti hanno chiesto di precisare se, in tale ipotesi, il taglio delle ali abbia natura "fittizia" e quindi le offerte vadano accantonate al solo fine di individuare la soglia di anomalia oppure se sia "effettivo" e valga come esclusione dalla gara delle offerte rientranti nelle "ali".



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Dalla documentazione in atti si evince che, a seguito di un'indagine di mercato, l'Amministrazione ha invitato 20 operatori ed hanno successivamente presentato la propria offerta 12 imprese, tutte ammesse alla gara. Nella seduta pubblica del 17.12.2019, il seggio di gara ha proceduto al calcolo della soglia di anomalia, secondo il metodo previsto dal comma 2-*bis* dell'art. 97 del Codice, e, dopo avere accantonato il 10% delle offerte di maggiore ribasso (quella dell'impresa Carucci Costruzioni S.r.l. che aveva offerto un ribasso del 29,51% e dell'impresa F2 Costruzioni di Fabrizio Falzone con un ribasso del 28,49%) e delle offerte di minore ribasso (quelle della Mac Costruzioni S.r.l. con un ribasso del 17,26% e della Abils Consorzio Stabile con il 5,25%), ha individuato la soglia di anomalia nel 30,22% che non veniva superata da nessun concorrente. Nella medesima seduta, il seggio di gara ha proposto l'aggiudicazione in favore dell'impresa \_\_\_\_\_ Omissis \_\_\_\_\_. che aveva offerto un ribasso pari al 27,12% interpretando il taglio delle ali come effettiva esclusione dalla gara della Carucci Costruzioni.

In data 19.12.2019, quest'ultima società ha inoltrato alla stazione appaltante un'istanza di annullamento in autotutela della proposta di aggiudicazione, evidenziando la natura fittizia del taglio delle ali e segnalando che il meccanismo dell'esclusione automatica riguarda le sole offerte pari o superiori alla soglia di anomalia e non quelle che, pur collocandosi nell'ala superiore, sono inferiori alla soglia di anomalia.

Con nota prot. n. 7767 del 30 gennaio 2020, l'Autorità ha comunicato alle parti interessate l'avvio del procedimento. In sede di memoria (acquisita al prot. n. 8584 del 3.02.2020 e successiva integrazione di cui alla nota prot. n. 9614 del 5.02.2020), la Carucci Costruzioni ha ribadito la natura meramente fittizia del taglio delle ali, citando giurisprudenza a supporto (Cons. Stato, sez. VI, 17.10.2017, n. 4803; Cons. Stato, sez. V, 17.05.2018, n. 2959). La società \_\_\_\_\_ Omissis \_\_\_\_\_. (con memoria acquisita al prot. n. 9110 del 4.02.2020) ha, invece, sostenuto che l'Amministrazione avrebbe correttamente proceduto all'esclusione delle offerte ricadenti nelle "ali", citando una recentissima sentenza del TAR Sicilia, Palermo (sez. III, 27 dicembre 2019, n. 2979) che in un caso analogo al presente ha interpretato il taglio delle ali come esclusione effettiva dalla gara, respingendo il ricorso della ditta esclusa perché collocata nell'ala superiore, nonostante avesse presentato un'offerta inferiore alla soglia di anomalia.

A sua volta, la stazione appaltante ha rappresentato le contrapposte tesi delle società, evidenziando di avere sospeso la procedura di aggiudicazione nelle more del rilascio del parere da parte dell'Autorità.

### **Ritenuto in diritto**

La questione sottoposta in esame concerne la natura fittizia oppure effettiva dell'operazione matematica comunemente denominata "taglio delle ali" in una procedura di affidamento sotto soglia, nella quale la *lex specialis* abbia previsto l'esclusione automatica delle offerte, dopo le modifiche all'art. 97 apportate dal cd. Decreto Sblocca-cantieri [art. 1, comma 1, lett. t) del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 20, lett. t) della L. 14 giugno 2019, n. 55], *ratione temporis* applicabile alla procedura in oggetto.

L'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016, come modificato del menzionato d.l., ha previsto, per quanto qui rileva, nuove modalità di calcolo della soglia di anomalia nei casi di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, sostituendo i precedenti cinque metodi di calcolo con due distinte modalità utilizzabili a seconda del numero delle offerte ammesse (rispettivamente pari o superiore a 15 oppure inferiore a 15) e



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

introducendo variabili tese ad impedire che siano predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il suddetto calcolo.

Nel caso in cui le offerte ammesse siano in numero inferiore a 15 (nella fattispecie in esame sono 12), l'algoritmo per il calcolo della soglia di anomalia è descritto nel comma 2-*bis* dell'art. 97 del Codice e prevede una variazione di calcolo - rispetto all'ipotesi di ammissione di un numero di offerte pari o superiori a 15 - legata al valore risultante dal rapporto tra lo scarto medio e la media aritmetica dei ribassi (cfr. circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 8 del 24.10.2019). Le prime due operazioni di calcolo (calcolo della media dei ribassi e dello scarto medio aritmetico dei ribassi) sono, invece, identiche a quelle descritte nel comma 2, lettere a) e b).

La lettera a) del comma 2-*bis*, nella formulazione vigente, prevede che si procede al *“calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del dieci per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare”*.

Tale disposizione, sebbene presenti talune differenze rispetto alla quella precedente (es. modifica della percentuale del taglio delle ali dal 20% al 10%), per quanto riguarda la questione oggetto di disamina, cristallizza il principio (prima sancito in via interpretativa) secondo il quale l'operazione del taglio delle ali è solo virtuale e consiste nell'accantonamento delle offerte marginali. Infatti, nell'ultimo periodo della citata lettera (nel quale viene ribadita la regola del cd. blocco unitario, che impone di considerare le offerte con identico ribasso quali offerta unica, sia se si collocano al margine delle ali, sia se si collocano al loro interno), il legislatore utilizzando due volte l'espressione *“offerte da accantonare”* ha definitivamente chiarito che le offerte rientranti nelle *“ali”* non vanno considerate nelle operazioni di computo della soglia di anomalia. D'altra parte, la *ratio* di tale operazione *“è quella di sterilizzare (attraverso il noto meccanismo dell'accantonamento) la valenza di offerte dal contenuto estremo (e in quanto tali tendenzialmente inaffidabili)”* (Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2017, n. 4803), allo scopo di evitare che si producano effetti distorsivi nella determinazione della soglia di anomalia, causati dai valori contenuti in offerte fuori mercato, perché troppo alte o troppo basse.

Sotto il profilo in esame, è dunque ravvisabile una linea di continuità rispetto ai principi sanciti dall'Autorità e dalla giurisprudenza, sia con riferimento all'art. 86, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, che in relazione all'art. 97, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 (*ante* Sbocca-cantieri).

L'Autorità, con riferimento al comma 1 dell'art. 86 del previgente Codice, aveva, infatti, affermato che: *“il cosiddetto taglio delle ali, prevede in realtà solo un accantonamento provvisorio del 10% rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di minor ribasso; la esclusione di cui parla la citata disposizione è da ritenersi tale ai soli fini della procedura di computo della soglia di anomalia. (...) Non appare, pertanto, conforme alle richiamate disposizioni normative nella loro corretta interpretazione, l'operato della stazione appaltante che, una volta individuata la soglia di anomalia ai sensi dell'art. 86, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006 con conseguente taglio delle ali, proceda alla esclusione delle offerte rientranti nelle cosiddette ali estreme”* (cfr. Delibera dell'Autorità n. 153 del 9 settembre 2010; nonché per tutte, Cons. Stato, Ad. Plen., 19 settembre 2017, n. 5, dove viene chiarita la *ratio* e l'applicazione del taglio delle ali come operazione di *“accantonamento”*). Nel medesimo senso si veda la giurisprudenza formatasi sotto



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

la vigenza dell'originaria formulazione dell'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016 (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018, n. 2959; Id. sez. VI, 17 ottobre 2017, n. 4803) nonché le Linee Guida ANAC n. 4, par. 5.2.6, lett. k), relative agli affidamenti sotto soglia, laddove viene precisato che *“il così detto taglio delle ali, che consiste nel tralasciare e non considerare le offerte estreme nella misura indicata dalla legge, si applica per individuare le offerte tra le quali calcolare la media aritmetica dei ribassi percentuali offerti?”*.

La natura “fittizia” del taglio delle ali non subisce deroghe nel caso in cui, in una procedura sotto soglia (come quella in esame), la *lex specialis* preveda il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte, ai sensi del comma 8 dell'art. 97 del Codice. Invero, detto procedimento (che, come noto, costituisce un'eccezione al generale principio del contraddittorio procedimentale) comporta l'esclusione automatica dalla gara delle sole offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, ma non di quelle che, sebbene rientrino nelle “ali”, risultino inferiori alla soglia di anomalia. Le offerte “tagliate” (*rectius*: accantonate), ai fini del computo della soglia di anomalia, vanno considerate a tutti gli effetti come offerte ammesse alla gara da assoggettare al meccanismo dell'esclusione automatica (laddove sia previsto nel bando e sia applicabile) oppure alla valutazione di congruità (nel caso in cui non operi l'esclusione automatica).

Sotto tale profilo, non si condividono le conclusioni cui è giunto il TAR Sicilia, Palermo, nella recente sentenza n. 2979 del 27 dicembre 2019, nella quale, in un caso analogo al presente, è stato sostenuto che: *“le stazioni appaltanti escludono direttamente il concorrente ritenuto anomalo, senza che sorga la necessità di elaborare un giudizio tecnico sulla congruità dell'offerta e senza che posano essere presentate da parte dell'offerente eventuali spiegazioni sul prezzo: in tal caso, l'aggiudicatario è quello che ha presentato il prezzo più basso tra le offerte rimaste in gara, al netto del cd. “taglio delle ali”, dopo l'applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale”*.

Tale pronuncia, oltre a rappresentare un caso isolato, contrasta con la *ratio* dell'operazione del taglio delle ali e con la lettera a) del comma 2-*bis* del novellato art. 97, che parla testualmente di *“offerte da accantonare”*. Inoltre, l'interpretazione suggerita dal TAR pare incentrata su una lettura non corretta della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13/2018, che ha ad oggetto la diversa questione interpretativa relativa all'applicazione del cd. fattore di correzione di cui all'art. 97, comma 2, lett. b) del Codice. In quella sede, l'Adunanza Plenaria, sulla base di diverse argomentazioni sia di ordine testuale che di ordine logico e sistematico, ha statuito che *“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 cd. taglio delle ali”*, evidenziando la contraddittorietà della tesi secondo cui le offerte interessate dal taglio delle ali andavano accantonate solo nella prima operazione del calcolo della media aritmetica dei ribassi. Peraltro, la pronuncia della Plenaria, in diversi passaggi argomentativi, conferma la natura fittizia del taglio delle ali, senza di contro offrire alcun tipo di argomento idoneo ad avvalorare la statuizione del TAR Sicilia.

Alla luce di quanto evidenziato, si ritiene che, nella procedura in oggetto, sia stato erroneamente interpretato il taglio delle ali come esclusione effettiva dalla gara, non tenendo peraltro conto del fatto che tutte le offerte presentate dai concorrenti erano al di sotto della soglia di anomalia, per cui nessuna doveva essere esclusa automaticamente dalla gara, ai sensi dell'art. 97, comma 8, del Codice (richiamato nella lettera di invito). La stazione appaltante dovrà, conseguentemente, riesaminare la proposta di



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

aggiudicazione inizialmente disposta in favore della società \_\_\_\_\_ Omissis \_\_\_\_\_, in quanto l'offerta dell'impresa Carucci Costruzioni S.r.l. (con un ribasso del 29,51% inferiore alla soglia di anomalia del 30,22%) non poteva essere considerata automaticamente esclusa dalla procedura.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

### **Il Consiglio**

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che il legislatore, nella nuova formulazione della lett. a) del comma 2-*bis* dell'art. 97 (come modificato dal d.l. n. 32/2019) abbia 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. Tale principio va applicato anche in una procedura sotto soglia nella quale la *lex specialis* prevede il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte, ai sensi del comma 8 dell'art. 97 del Codice, nell'ambito delle quali le offerte "accantonate" vanno considerate come offerte ammesse alla gara da assoggettare al meccanismo dell'esclusione automatica o alla diversa valutazione di congruità (nel caso in cui non operi l'esclusione automatica).

Il Presidente f.f.  
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 marzo 2020

Il Segretario, *Maria Esposito*