

La terza sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria la questione del criterio di calcolo delle offerte da accantonare nel c.d. taglio delle ali

[Cons. St., sez. III, ordinanza 13 marzo 2017, n. 1151 – Pres. Lipari, Est. Nocelli](#)

Contratti pubblici – Offerte anomale – Offerta al prezzo più basso – Taglio delle ali – Calcolo delle offerte da accantonare nel c.d. taglio delle ali – Criterio – Deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

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, deve essere disposto il deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato delle seguenti questioni:

a) se nel calcolo del 10% delle offerte aventi maggiore e/o minore ribasso, ai sensi dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, occorra computare tutte le offerte aventi medesimo valore (e, dunque, medesimo ribasso) singolarmente una ad una o, invece, quale unica offerta (c.d. blocco unitario), facendo detta disposizione riferimento, letteralmente, all'esclusione del 10% delle offerte aventi maggiore e minore ribasso e non dei singoli ribassi;

b) se la disposizione regolamentare dell'art. 121, comma 1, secondo periodo, del d.P.R. n. 207 del 2010, nel prevedere che «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», intenda o, comunque, presupponga che le offerte aventi eguale valore rispetto a quelle da accantonare siano considerate, "accantonate" e accorpate come un'unica offerta o, invece, si limiti a prevedere solo che debbano essere escluse ("accantonate") dal calcolo della soglia di anomalia le offerte che, pur non rientrando nella quota algebrica del 10%, abbiano tuttavia eguale valore rispetto a quelle da accantonare e cioè, per logica necessità, a quelle situate al margine estremo delle ali (c.d. offerte a cavallo)(1).

(1) I.- Con l'ordinanza in epigrafe la terza sezione del Consiglio di Stato, rimette all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., la questione concernente il criterio di calcolo delle offerte da accantonare nel c.d. taglio delle ali, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso. La controversia - occasionata da una gara per l'affidamento di lavori di manutenzione biennale delle opere edili ed affini dei fabbricati di un'Azienda ospedaliera con il criterio del prezzo più basso, previa esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, ai sensi degli artt. 86, comma 1, e 122, comma 9, del d. lgs. n. 163 del 2006 - ha ad oggetto la verifica della legittimità dell'operato di una stazione appaltante che, nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia, ha

conteggiato, all'interno dell'ala dei maggiori ribassi, due offerte che esponevano entrambe il medesimo ribasso, salvo poi rideterminarsi in sede di autotutela considerando le due offerte come un'unica offerta da accantonare nell'ambito della soglia del 10% delle offerte aventi maggiore ribasso, prevista dall'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006.

L'impresa ricorrente, originaria aggiudicataria provvisoria, successivamente esclusa a motivo della rideterminazione della soglia di anomalia mediante accorpamento delle due offerte aventi la medesima percentuale di ribasso, ha lamentato la violazione dell'art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 de 2010, relativo al c.d. "taglio delle ali", per avere il seggio di gara considerato in modo unitario, anziché atomistico, le offerte di uguale valore situate all'interno dell'ala dei maggiori ribassi, sostenendo che l'accorpamento delle offerte con medesimo ribasso collocate all'interno delle "ali" da tagliare amplierebbe illegittimamente le "ali" medesime, sfondando il limite del 10% della fascia di appartenenza (maggiori ribassi o minori ribassi) previsto dalla legge e dal bando e deducendo che le offerte identiche sono da considerare come un'offerta unica (cd. blocco unitario) solo nel caso in cui ricadano "a cavallo" del 10% dei maggiori e minori ribassi (cd. ali), non anche ove si collochino "all'interno delle ali", poiché per le offerte situate all'interno delle ali estreme opererebbe il c.d. criterio assoluto che impone la considerazione distinta delle singole offerte, pur se aventi il medesimo ribasso.

Il TAR, sulla scorta della più recente giurisprudenza, ha ritenuto corretto l'operato della stazione appaltante, respingendo il ricorso, anche con riferimento ad un secondo motivo di censura con cui la ricorrente contestava la carenza del potere di agire in autotutela in capo al seggio di gara, peraltro in assenza di previa comunicazione alle imprese ammesse.

La sentenza è stata appellata dinanzi alla III sezione del Consiglio di Stato che, rilevata la presenza di orientamenti discordanti sul punto, ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione se le offerte aventi tutte la medesima percentuale di ribasso - che sicuramente devono essere accantonate e, cioè, incluse nel taglio delle ali - debbano essere computate singolarmente, una ad una, o invece essere considerate come un'unica offerta (c.d. blocco unitario), in modo che lo scorrimento delle offerte da escludere, sino a saturare la quota del 10%, non sia influenzato dal loro numero e non risulti così pregiudicata la finalità di evitare che identici ribassi, all'interno delle ali, limitino l'utilità dell'accantonamento e amplino eccessivamente la base di calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico, rendendo inaffidabili i risultati.

II.- In particolare con riferimento all'interpretazione dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010 e al calcolo delle offerte da accantonare nel c.d. taglio delle ali, si contrappongono i seguenti indirizzi giurisprudenziali di cui l'ordinanza in rassegna dà conto:

a) Secondo Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2014, n. 4429 – espressione di un orientamento prevalente sino al 2014- nel caso in cui siano state presentate due o più offerte, aventi la medesima riduzione percentuale, che si trovino nella fascia delle imprese rientranti nel 10%, ogni offerta deve essere considerata individualmente (c.d. criterio assoluto), perché la soluzione opposta comporterebbe il superamento del limite, fissato dal legislatore nel 10%, e si porrebbe in contrasto con il dato letterale dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, in assenza di ragioni sostenibili o ispirate all'interesse pubblico. L'unica eccezione a questa regola viene desunta per le offerte che, nel calcolo per il taglio delle ali, vengono a trovarsi a cavallo della percentuale del 10% per evitare una contraddizioni logica e, cioè, che un ribasso venga accantonato, in quanto fuorviante, ma contemporaneamente sia utilizzato per il calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico perché inserito, identico, in un'altra offerta che fuoriesce dal numero di quelle da accantonare (Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2012, n. 3953);

b) Secondo un diverso e più recente indirizzo interpretativo - sostenuto dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici nel parere n. 133 del 24 luglio 2013 e, poi, dall'ANAC nel parere n. 87 del 23 aprile 2014 e recepito, infine, da Cons. Stato, sez. V, 8 giugno 2015, n. 2813 e sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 818 - una volta ammesso che il tenore letterale dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006 possa essere superato in via interpretativa per le offerte a cavallo delle ali, non vi sono ragioni per non applicare lo stesso metodo al caso delle offerte che rimangono interne alle ali; ed infatti è irrilevante che i ribassi identici siano a cavallo o all'interno delle ali, perché si tratta comunque di valori che se considerati distintamente limitano l'utilità dell'accantonamento e ampliano eccessivamente la base di calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico, rendendo inaffidabili i risultati. Tale conclusione sarebbe stata codificata dall'art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010, laddove, nel secondo periodo, prevede che «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». Ne discende che in questa fase le offerte identiche devono essere considerate come un'offerta unica, mentre il primo periodo dell'art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010 al contrario, nel disciplinare il calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico, precisa che le offerte identiche sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori. Si aggiunge che il 10% costituirebbe solo il limite numerico delle offerte il cui valore è giudicato inaffidabile, ma *«poiché, come si è detto, inaffidabili sono i valori e non le offerte, è del tutto evidente che, in presenza di più offerte con identico valore, queste non possono essere intese che come unica offerta, a prescindere dalla loro collocazione (all'interno o a cavallo dell'ala)»* (Cons. Stato, sez. IV, n. 818 del 2016 cit.). Inoltre, dal punto di vista della interpretazione teleologica, l'interesse pubblico, consistente nel selezionare il futuro aggiudicatario sulla

base di una offerta affidabile, si realizza attraverso la individuazione di una soglia di anomalia, alla cui determinazione non possono concorrere offerte (entro una percentuale determinata del totale di quelle presentate) aventi un ribasso non affidabile, in quanto identificare ciascuna offerta con uno specifico ribasso (accorpendo le offerte con valori identici) consente, nella fase del taglio delle ali, di depurare la base di calcolo dai ribassi effettivamente marginali (definiti *ex lege* nel limite del 10% superiore e inferiore di oscillazione delle offerte) ed evita l'aggiramento della soglia di anomalia, poiché - accedendo all'opposta tesi - basterebbe la presentazione di una pluralità di offerte con ribasso "non serio" (per difetto o per eccesso), per rendere inoperante (o difficoltoso) lo sbarramento del 10% (percento), che il legislatore ha inteso prevedere.

III.- La III sezione, operando una rilettura problematica degli argomenti letterali, logici e teleologici, prospettati dal secondo indirizzo giurisprudenziale, rileva il carattere non univoco del disposto di cui all'art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010 che, ai fini dell'accantonamento, non prevede l'accorpamento delle offerte identiche ed evidenzia il contrasto dell'orientamento interpretativo più recente con il tenore letterale dell'art. 86, comma 1 del d. lgs. n. 163/2006 che - per il taglio delle ali - fa riferimento esplicito alle offerte di maggiore o minor ribasso, singolarmente intese e a prescindere dal ribasso offerto, non ai ribassi in sé sicché la percentuale del 10% dovrebbe, a rigore, essere riferita alle offerte e non ai ribassi.

La sezione evidenzia altresì la rilevanza della questione interpretativa sollevata, nella applicazione della analoga disposizione di cui all'art. 97, comma 2, lett. a), del d. lgs. n. 50 del 2016, sebbene l'art. 197, comma 2, del nuovo codice dei contratti pubblici, proprio «*al fine di non rendere predeterminabili da candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia*», con una previsione innovativa (v., sul punto, anche il parere n. 855 del 1° aprile 2016 di questo Consiglio di Stato), ha stabilito che il metodo per determinare la soglia di anomalia - individuato tra i cinque previsti dallo stesso comma 2 tra cui quello qui in esame - sia scelto mediante il sorteggio in sede di gara e non preventivamente, così eliminando il rischio di un precedente accordo collusivo tra tutti gli operatori partecipanti alla gara circa l'entità di eventuali ribassi al fine di influenzare il calcolo della soglia allorché la gara venga aggiudicata con il criterio del prezzo più basso.