

L'Adunanza plenaria chiarisce il criterio di calcolo delle offerte da accantonare nel c.d. taglio delle ali ai fini del giudizio di anomalia

[Cons. St., A.P., sentenza 19 settembre 2017, n. 5 – Pres. Pajno, Est. Contessa](#)

Contratti pubblici – Offerte anomale – Offerte al prezzo più basso – Taglio delle ali – Criterio

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. (1)

(1) I.- Con [ordinanza 13 marzo 2017 n. 1151](#) (oggetto della [News US in data 30 marzo 2017](#)) la terza sezione del Consiglio di Stato ha rimesso 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 vecchio codice degli appalti

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 l'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 cioè 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.- L'Adunanza Plenaria aderisce alla tesi del cd "blocco unitario", recepita dal prevalente e più recente orientamento, secondo il quale, ai fini del comma 1 dell'art. 86, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e del comma 1 dell'art 121, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, le offerte di identico ammontare devono essere considerate come un'unica offerta e come tali accantonate sia nel caso in cui si collochino al margine delle ali, sia nel caso in cui si collochino 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').

III.- Per completezza si segnala che:

f) l'Adunanza plenaria ha esplicitamente deciso di non prendere posizione sulla richiesta formulata dalla ordinanza di rimessione circa la possibile estensione dei principi enucleati in base alla normativa precedente (artt. 86 e 121, rispettivamente del vecchio codice e regolamento dei contratti pubblici) alla disciplina dettata, in *parte qua*, dall'art. 97 del nuovo codice dei contratti pubblici; in quest'ottica, ha ritenuto irrilevante il Comunicato A.n.a.c. 5 ottobre 2016 (recante *Indicazioni operative in merito alle modalità di calcolo della soglia di anomalia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso*) perché riferito alla nuova disciplina inapplicabile *ratione temporis*;

g) in dottrina, R. DE NICTOLIS, in *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 1426 (cui si rinvia per una analitica ricostruzione di tutte le questioni sottoposte alla Plenaria in chiave comparativa fra il vecchio ed il nuovo ordinamento dei contratti pubblici successivo al correttivo di cui al decreto legislativo n. 56 del 2017), ha sostenuto che <<*Sebbene tale previsione regolamentare non sia stata riprodotta nel nuovo codice, i criteri da essa indicati sono di perdurante attualità, perché codificano una corretta esegesi di previsioni riprodotte nel nuovo codice*>>.