

Chiarimenti sul criterio del c.d. "taglio delle ali" nelle procedure di gara degli appalti pubblici (T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, sent. 23 aprile 2021, n. 1032)

Nella sentenza in epigrafe, i giudici amministrativi salernitani hanno statuito che il cosiddetto meccanismo del taglio delle ali, quale criterio di scelta del contraente così come regolamentato dal comma 2 bis dell'art. 97 del codice dei contratti pubblici, ha carattere fittizio e non reale, nel senso che tale operazione è solo virtuale e non comporta "de plano" l'esclusione automatica dalla gara delle imprese che abbiano presentato offerte ricadenti nelle "ali". Esso implica unicamente l'accantonamento temporaneo di dette offerte dal calcolo della soglia di anomalia a fini prudenziali, in vista della individuazione della soglia di anomalia medesima.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 404 del 2021, proposto da Riccio Costruzioni Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Maria Bisceglia e Sara Pedace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Salerno, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Ugo Cornetta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cardine S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

- della determinazione n. 35 del 27/01/21 Reg. Gen. n. 234 del 11/02/21 di approvazione atti di gara ed aggiudicazione definitiva alla controinteressata.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Cardine S.r.l. il 14/4/2021:

avverso e per l'annullamento – previa sospensione –

a - della determinazione della Provincia di Salerno n. 35/2021, con la quale si è disposta la aggiudicazione dei lavori di manutenzione degli edifici scolastici per fronteggiare emergenza

sanitaria ed aumentare livelli di sicurezza in favore della Cardine s.r.l., nella parte in cui non ha disposto la esclusione della Riccio Costruzioni Soc. Coop.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Salerno e di Cardine S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2021 il dott. Fabio Di Lorenzo e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25, comma 2, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Riccio Costruzioni soc. coop. ha impugnato la determinazione n. 35 del 27/01/2021, con cui la Provincia di Salerno ha approvato gli atti di gara, ivi incluso il verbale del 15/01/21, ed aggiudicato definitivamente alla controinteressata Cardine S.r.L. l'appalto dei lavori di manutenzione degli edifici scolastici per fronteggiare l'emergenza sanitaria e aumentare i livelli di sicurezza.

2. Con il ricorso principale Riccio Costruzioni soc. coop. ha lamentato che la stazione appaltante ha erroneamente applicato il principio del cd. taglio delle ali, ritenendo che, a seguito di tale taglio, l'offerta della Riccio Costruzioni, che si era collocata al primo posto della graduatoria delle offerte economiche, e, dunque, ricadeva proprio nel cd. taglio, doveva ritenersi esclusa e non poteva rientrare in graduatoria. Secondo Riccio Costruzioni soc. coop. il cd. taglio delle ali non può essere effettuato in via effettiva determinando l'esclusione del concorrente, ma solo in via virtuale, determinando solamente l'accantonamento temporaneo dell'offerta, ai fini della valutazione dell'anomalia.

Il motivo di ricorso è fondato. Il Collegio condivide l'orientamento secondo cui l'art. 97, comma 2-bis, del Codice degli Appalti, con disposizione aggiunta dal d. l. n. 32/2019, conv. con modificazioni in l. n. 55/2019, ha previsto non l'esclusione delle imprese che si sono collocate nelle ali, ma soltanto un accantonamento, provvisorio, delle relative offerte (CGARS n. 611 del 2020).

Infatti, il "*taglio delle ali*" rientra tra le operazioni prodromiche alla individuazione della soglia di anomalia.

Il comma 2 bis del citato art. 97 non parla di esclusione automatica e diretta delle concorrenti le offerte delle quali siano collocate nelle ali, ma soltanto di offerte da accantonare ("*dette offerte sono altresì da accantonare...*"); non fa riferimento a esclusioni automatiche e dirette delle offerte "*collocate nelle ali*". Del resto, alla esclusione di una offerta si può ricorrere solo qualora la legge lo preveda espressamente. Se il legislatore avesse voluto disporre l'esclusione reale e non fittizia delle offerte estreme, avrebbe dovuto esplicitarlo chiaramente, ma non l'ha fatto, e ciò, verosimilmente, anche per favorire, nei limiti del possibile, un maggiore risparmio per le stazioni appaltanti (CGARS n. 611 del 2020).

D'altronde, la disciplina del c.d. taglio delle ali ai fini del calcolo della soglia di anomalia è sempre stata interpretata (nel vigore sia del d. lgs. n. 163/2006 e sia del d. lgs. n. 50/2016) nel senso che le

offerte investite dal taglio delle ali sono, con ciò, solo "provvisoriamente accantonate", e non già escluse, potendo essere escluse successivamente solo ove presentino un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia.

In particolare, l'Adunanza plenaria, con la sent. n. 13/2018, sia pure sulla diversa questione se le offerte tagliate debbano o meno essere reinserite nelle successive operazioni di calcolo previste dal citato art. 97, ha fatto chiaro riferimento alla circostanza che le offerte interessate dal taglio debbano essere "accantonate" (e quindi non escluse dalla gara), ai fini delle successive operazioni coinvolte nel calcolo della anomalia (CGARS n. 611 del 2020).

Ancora, in giurisprudenza, "Il metodo di calcolo della c. d. soglia di anomalia è composto da una serie di operazioni ... Ai fini del calcolo, la disposizione prevede l'accantonamento dal calcolo di quelle offerte che si collocano sui margini estremi del gruppo, così percentualmente definiti. Si presume infatti che le offerte che si collocano in queste fasce estreme possano corrispondere non tanto ad una reale intenzione di contrarre, quanto all'obiettivo di condizionare la determinazione della media stessa e dunque della soglia di anomalia (c. d. offerte di appoggio): per questa ragione di prevenzione di un'ipotetica turbativa 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" (così Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4803 del 2017, p. 4.2.; CGARS n. 611 del 2020).

Non viene dunque in gioco una esclusione, automatica e diretta, della offerta rientrante nel "taglio delle ali". Il meccanismo del taglio delle ali, così come regolamentato dal citato comma 2 bis, ha carattere fittizio e non reale, nel senso che tale operazione è solo virtuale e non comporta "de plano" l'esclusione automatica dalla gara delle imprese che abbiano presentato offerte ricadenti nelle "ali". Esso implica unicamente l'accantonamento temporaneo di dette offerte dal calcolo della soglia di anomalia a fini prudenziali, in vista della individuazione della soglia di anomalia medesima (CGARS n. 611 del 2020).

Nel caso di specie, la stazione appaltante ha proceduto al calcolo della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 97 comma 2-bis del d. lgs. n. 50/2016 come segue:

- essendovi nove offerte ammesse, ha proceduto al taglio delle ali con riferimento alle due offerte estreme (tra cui l'offerta di Riccio Costruzioni soc. coop. con il ribasso del 37,864%), calcolando la media dei ribassi avuto riguardo alle residue offerte nella misura del 33,866%;
- la soglia di anomalia è stata poi calcolata dalla Stazione Appaltante nel seguente modo: "dopo il taglio delle ali si ottiene la prima media pari al 33,866%. Lo scarto medio dalla predetta media è pari a 0,718; il rapporto tra lo scarto medio e la prima media aritmetica è pari a 0,021. Essendo tale rapporto inferiore a 0,15, ai sensi dell'art. 97, comma 2 bis, del dlgs. 50/2016, la soglia di anomalia è pari al valore della prima media aritmetica incrementata del 20%, che è dunque pari a 40,639 %. Di conseguenza, si propone l'aggiudicazione all'operatore economico Cardine srl che ha offerto il ribasso del 35,171 % che più si avvicina per difetto alla soglia di anomalia";
- il seggio di gara ha correttamente calcolato la soglia di anomalia nella misura del 40,639 %, errando però nell'individuare l'aggiudicataria. Esso ha, infatti, "definitivamente escluso" e non solo "provvisoriamente accantonato" le due offerte estreme, tra cui quella di parte ricorrente, che presentava il maggior ribasso pari a 37,864% (inferiore quindi alla soglia di anomalia calcolata dalla S.A.), e ha aggiudicato i lavori alla offerta di Cardine S.r.L., che presentava il secondo migliore ribasso, pari a 35,171 %;

- in tale contesto, non poteva essere considerata anomala ed essere automaticamente e direttamente esclusa l'offerta di parte ricorrente la quale, come detto, era "*la prima delle offerte non anomale*", l'offerta più vicina, per difetto, alla soglia di anomalia individuata, non superiore però alla soglia stessa;
- la stazione appaltante erroneamente non ha scelto l'offerta di Riccio Costruzioni soc. coop., di fatto esclusa, anziché soltanto accantonata in via provvisoria, sebbene la sua offerta presentasse il maggior ribasso, pari al 37,864% sempre, però, inferiore alla soglia di anomalia individuata, giungendo infine alla aggiudicazione a favore dell'offerta del secondo miglior ribasso, quello di Cardine S.r.L. che ha offerto il ribasso del 35,171 %;
- appare dunque evidente che l'offerta della ricorrente non poteva essere reputata anomala e venire automaticamente esclusa;
- ove l'Ente avesse legittimamente e correttamente operato, a quanto consta, e allo stato, Riccio Costruzioni soc. coop. si sarebbe aggiudicata l'appalto.

Quindi l'appello principale è fondato.

3. Cardine S.r.L. ha proposto ricorso incidentale, lamentando la mancata esclusione di Riccio Costruzioni soc. coop. per molteplici motivi.

3.1. Con il primo motivo del ricorso incidentale, Cardine S.r.L. ha contestato le modalità con cui è stata resa da Riccio Costruzioni soc. coop. la dichiarazione sui requisiti di moralità ai sensi dell'art. 80 d.lgs. 50/2016. In particolare, Cardine S.r.L. ha lamentato che la dichiarazione sulla moralità è stata resa dal l.r.p.t. di Riccio Costruzioni soc. coop. anche per conto di due consiglieri del Consiglio di Amministrazione Mattia Riccio e Grazia Fioretti nonché per conto del Direttore Tecnico Arch. Giacomina Gagliardi, ai sensi dell'art. 47 d.p.r. 445/2000, e inoltre che la dichiarazione non conterrebbe alcun riferimento specifico alla causa di esclusione dell'art. 80 comma 5 lett. c), c bis) e c ter) del D.Lgs. 50/2016.

Il primo motivo del ricorso incidentale è tuttavia infondato. In primo luogo Cardine S.r.L. non ha allegato che nella sostanza la dichiarazione sia falsa o reticente. In secondo luogo, nella lettera di invito è previsto che la dichiarazione sulla sussistenza dei requisiti possa essere resa personalmente oppure ai sensi dell'art. 47 d.p.r. 445/2000 dal rappresentante legale del concorrente con indicazione nominativa dei soggetti cui i requisiti si riferiscono. In terzo luogo Riccio Costruzioni soc. coop. ha replicato che la dichiarazione è stata resa utilizzando il modello allegato alla lettera di invito, rispondendo a tutte le domande ivi indicate. In quarto luogo, trattandosi di rilievi solo sulla forma della dichiarazione e non sul suo contenuto, *ad abundantiam* il Collegio rileva che tali eventuali (e comunque non sussistenti) carenze formali avrebbero potuto essere colmate con il soccorso istruttorio così come previsto dalla legge e anche dalla lettera di invito nel punto 6.8.

Quindi il primo motivo del ricorso incidentale è infondato.

3.2. Con il secondo motivo del ricorso incidentale, Cardine S.r.L. ha lamentato che Riccio Costruzioni soc. coop. ha dichiarato di non aver generato il PASSOE, richiesto al punto 14.7 della lettera di invito, per una presunta difficoltà tecnica, e ciò avrebbe precluso alla stazione appaltante una puntuale verifica dei requisiti sul sistema AVCPASS.

Il motivo è tuttavia infondato sotto vari profili. In primo luogo, Cardine S.r.L. ha lamentato non carenze sostanziali, ma solo estrinseche e formali, peraltro colmabili con il soccorso istruttorio. In secondo luogo, diligentemente tale difficoltà tecnica è stata tempestivamente segnalata dalla Riccio Costruzioni soc. coop. Alla Stazione Appaltante prima della scadenza del termine per la

presentazione dell'offerta, avendo la ricorrente principale allegato che *“la Riccio Costruzioni S.r.L., prima di procedere alla presentazione dell'offerta per la partecipazione alla gara de qua, aveva segnalato con comunicazione alla S.A. integrante richiesta di chiarimento, che il sistema non generava il suddetto PASSOE e la S.A., a mezzo pec, così riscontrava tale segnalazione “In riscontro alla richiesta di chiarimento relativa alla procedura in oggetto si precisa che il Cig sarà perfezionato e sarà possibile acquisire il PASSOE. In mancanza non sarà causa di esclusione”.*

Quindi anche il secondo motivo del ricorso incidentale deve essere respinto.

3.3. Con il terzo motivo, la ricorrente incidentale ha lamentato che l'offerta di Riccio Costruzioni soc. coop. sarebbe anomala, non avendo considerato l'aumento dei costi dei materiali e le spese di trasporto dalla sede di Riccio Costruzioni soc. coop. fino ai molteplici cantieri situati in tutta la Provincia di Salerno.

Il motivo è infondato per più ragioni. In primo luogo la Stazione Appaltante non ha attivato il subprocedimento di valutazione dell'anomalia per assicurare il contraddittorio con il concorrente. In secondo luogo è la stessa Stazione Appaltante, che ha scelto il criterio del prezzo più basso, ad aver operato il calcolo matematico sulla soglia di anomalia, rispetto alla quale l'offerta di Riccio Costruzioni soc. coop. è risultata inferiore e quindi perfettamente valida, senza che la Stazione Appaltante abbia rilevato alcun profilo di incongruità o di inattendibilità.

Quindi anche il terzo motivo è infondato, restando tuttavia impregiudicato che la Stazione Appaltante possa eventualmente esercitare la facoltà di cui si è riservata nei punti 17.2 e 17.3 della lettera di invito, i quali prevedono che *“17.2. Ai sensi dell'art. 97, comma 6, ultimo periodo, la stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”* e che *“17.3. L'eventuale individuazione, verifica ed esclusione delle offerte anormalmente basse è effettuata ai sensi dell'art. 97, commi da 4 a 7, del Codice”.*

4. Dunque, è accolto il ricorso principale, mentre è respinto il ricorso incidentale. Ne consegue l'annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore di Cardine S.r.L., con la conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto tra questa e stazione appaltante, in base a quanto dispone l'art. 122 del c.p.a., limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione della presente sentenza, e con l'obbligo per la stazione appaltante di riprovedere sulla procedura alla luce delle statuizioni contenute in questa sentenza, e di disporre l'aggiudicazione della gara, sussistendone le condizioni e impregiudicate le facoltà indicate nei punti 17.2 e 17.3 della lettera di invito, a favore di Riccio Costruzioni soc. coop., entro 30 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza ovvero dalla notificazione della stessa, se anteriormente avvenuta. Peraltro, il subentro è di fatto agevolato dal tipo di lavorazioni per cui è causa, caratterizzate da interventi di adeguamento di edifici scolastici alla normativa di prevenzione della diffusione del Covid-19, da svolgersi presso un gran numero di edifici dislocati in vari Comuni della Provincia di Salerno, conseguendone l'intrinseca frazionabilità dei lavori.

Come risulta dal ricorso principale, l'interesse di Riccio Costruzioni soc. coop. è rivolto sia alla aggiudicazione che alla stipulazione del contratto con la Stazione Appaltante e alla esecuzione dei lavori in termini tali. Si dispone pertanto che, non appena interverrà l'aggiudicazione, Riccio Costruzioni soc. coop. subentri nel contratto con la stazione appaltante.

La domanda risarcitoria invece, per come formulata, non può essere accolta. Infatti Riccio Costruzioni soc. coop. ha formulato la domanda risarcitoria nei seguenti termini: *«solo*

l'aggiudicazione in favore della ricorrente, previa sospensione degli atti impugnati, può integrare la piena soddisfazione dell'istante. Nella denegata e non creduta ipotesi che, invece, il risarcimento in forma specifica non possa per qualsivoglia ragione trovare ingresso, la ricorrente ha diritto di ricevere il risarcimento per equivalente». Tale domanda, così formulata nel ricorso, non è stata modificata nelle memorie successive. Quindi, dato che Riccio Costruzioni soc. coop. formula la domanda risarcitoria subordinatamente al mancato riconoscimento della piena tutela in forma specifica con l'aggiudicazione in proprio favore e con il subentro nel contratto, e visto che invece tale piena tutela specifica è stata riconosciuta, per come è formulata la domanda non vi è spazio per la tutela per equivalente.

5. Le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- 1) accoglie il ricorso principale nei limiti di cui in motivazione, e respinge il ricorso incidentale;
- 2) per l'effetto, annulla l'aggiudicazione disposta dalla stazione appaltante in favore di Cardine S.r.L., e dichiara la inefficacia del contratto stipulato tra la stazione appaltante e Cardine S.r.L. in seguito all'aggiudicazione dichiarata illegittima, e ciò a decorrere dalla nuova aggiudicazione che la stazione appaltante disporrà a favore di Riccio Costruzioni soc. coop. entro 30 giorni dalla notificazione della presente sentenza ovvero dalla comunicazione in via amministrativa della stessa, se anteriormente eseguita;
- 3) in applicazione degli articoli 121 e seguenti del c.p.a., dispone il subentro di Riccio Costruzioni soc. coop. nel contratto con la stazione appaltante non appena essa sarà dichiarata aggiudicataria;
- 4) rigetta la domanda di condanna al risarcimento dei danni formulata da Riccio Costruzioni soc. coop.;
- 5) condanna Cardine S.r.L. e la Provincia di Salerno al pagamento delle spese di lite in favore di Riccio Costruzioni soc. coop., liquidandole nella misura di euro 1.000,00 (mille/00) a carico di ciascuna, oltre spese generali nella misura del 15%, oltre Iva e Cpa come per legge, oltre rimborso del contributo unificato, se versato, nella misura del 50% ciascuna.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati (collegati da remoto tramite "Microsoft Teams"):

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Fabio Di Lorenzo, Referendario, Estensore