

## TAR Sicilia, sezione di Catania, sez. III, 12.9.2024 n. 3010

Il Metodo A, come disciplinato dal suddetto allegato II.2, individua la modalità di calcolo della somma di anomalia, prevedendo:

- al punto 1), che *“Quando il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a quindici, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata; (...)”*:

- al punto 2), che *“Quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a quindici, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata; (...)”*;

- al punto 3), che *“Tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore”*.

È di tutta evidenza che dal combinato disposto delle sopra riportate parti del Metodo A di calcolo della soglia di anomalia, come disciplinato dal predetto allegato II.2 del d.lgs. 36 del 2023, si evinca un'aporia normativa cui è incorso il legislatore di settore, il quale:

- da un lato, stabilisce che *“la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata”*;

- dall'altro, conclude disponendo che *“Tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi”*.

La differente espressione linguistica scelta nel punto 3) del Metodo A, ove si fa riferimento - per quanto concerne l'esclusione automatica delle offerte anomale - ai soli “*sconti superiori alla soglia di anomalia*” e non più, come invece avviene nel corpo della disposizione che lo precede, alle “*offerte che presentano un ribasso pari o superiore...*” a tale soglia, ingenera il dubbio interpretativo in ordine alla sua corretta applicazione da parte delle stazioni appaltanti.

Il Collegio, condividendo l'approdo interpretativo cui è giunto il Consiglio di Stato con la sentenza n. 5780 dell'1.07.2024 (cfr. anche, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 15.05.2024, n. 514; T.A.R. Toscana, Sez. I, 24.05.2024, n. 628; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 10.06.2024, n. 731), ritiene che la problematica interpretativa innestata dall'infelice formulazione letterale di cui sopra debba essere risolta nei termini che seguono.

Come si evince dalla Relazione di accompagnamento del d.lgs. 36 del 2023, la quale costituisce un prezioso ausilio utile a ricercare “l'interpretazione autentica” delle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici che possono risultare di non immediata comprensione applicativa – e che costituisce «*“materiale della legge” (Gesetzmaterial) che si propone come un vero e proprio manuale operativo per l'uso del nuovo codice, assorbendo anche la funzione di indirizzo attuativo sinora rivestita dalle “linee guida non vincolanti”*» – il Metodo A del calcolo della soglia di anomalia e la conseguente disciplina concernente l'esclusione delle offerte c.d. anomale si collocano in linea di continuità con quanto già previsto dal precedente d.lgs. 50 del 2016, il cui art. 97, stabiliva, in particolare:

- al comma 2-bis, che *“Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è inferiore a 15, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; (...)”*;

al comma 8, che *“Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all’articolo 35, e che non presentano carattere transfrontaliero, la stazione appaltante prevede nel bando l’esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter. (...)”*.

Dalla lettura della suddetta Relazione di accompagnamento, in particolare, si desume che il Metodo A *“...replica esattamente il metodo introdotto, all’art. 97, commi 2 e 2-bis, del decreto legislativo n. 50 del 2016, dalla lett. u), n. 1), dell’art. 1, comma 20, del decreto-legge n. 32 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 55 del 2019. La scelta di mantenere la possibilità di ricorrere a questo metodo è duplice. In primo luogo, esso permette alle stazioni appaltanti di ricorrere ad un metodo da loro già ampiamente utilizzato e, quindi, riduce le complessità di adeguarsi nell’immediato a sistemi potenzialmente più efficaci, ma anche più complessi quali quelli dei due metodi presentati di seguito come Metodo B e Metodo C. (...)”* (cfr. pag. 83 della Relazione).

Viene, quindi, confermata dal legislatore codicistico la piena operatività del metodo del c.d. taglio delle ali (cfr., sul punto, anche Ad. Plen., 19 settembre 2017, n. 5 in riferimento all’analogo metodo di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 - ora Metodo A dell’allegato II.2 - per la determinazione della soglia).

Ad ulteriore conferma di quanto sopra, la Relazione di accompagnamento riporta una tabella illustrativa (cfr. Tavola “Esito della gara secondo i diversi metodi”, pag. 85 della Relazione) ove vengono evidenziate, in termini applicativi, le differenze tra il Metodo A, da un lato, e i Metodi B e C, dall’altro (rispetto ai quali sono escluse solo le offerte superiori alla soglia di anomalia), preceduta da una spiegazione, in concreto, del primo metodo (Metodo A), ribadendosi che “(...).*Vengono escluse le imprese con offerte pari o superiori alla soglia di anomalia (...)*”.

È quindi certo, ad avviso di questo organo giudicante, che il legislatore codicistico sia incorso in una svista nella formulazione normativa adoperata nel suddetto allegato II.2, come anche confermato - *a contrario* – dall’analisi del Metodo B e del Metodo C di calcolo della soglia di anomalia, i quali presentano loro specifiche peculiarità tali da giustificare l’esclusione soltanto delle offerte superiori alla soglia di anomalia individuata.

L’interpretazione sostenuta dalla Stazione appaltante, che pure invoca il dato letterale del punto 3) del Metodo A dell’allegato II.2, si scontra - quindi - sul piano dell’interpretazione sistematica con le sopra esposte considerazioni.

Tale linea interpretativa risulta, peraltro, coerente con quanto rilevato dall’ANAC con il Parere di cui alla Delibera n. 536 del 21.11.2023, la quale ha evidenziato la volontà del legislatore di non compiere un’inversione di tendenza nelle modalità applicative dell’istituto e di salvaguardare la continuità con la previgente normativa di cui al pregresso d.lgs. 50 del 2016.

Deve quindi ritenersi che, in applicazione corretta del suddetto Metodo A, l'offerta che presenti un ribasso percentuale "pari" alla soglia di anomalia debba essere automaticamente esclusa insieme alle offerte di ribassi superiori, come già previsto dalla disciplina previgente.

Tale conclusione risulta del resto in linea con il disposto dell'articolo 1, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023 il quale, nel descrivere il principio del risultato, afferma espressamente che: *"La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti"*. Con il principio *de quo* il legislatore ha, quindi, sancito che la concorrenza non deve essere vista come un fine ma come il mezzo attraverso il quale viene tutelato l'interesse pubblico ad un affidamento efficace, tempestivo ed efficientemente eseguito; obiettivo, questo, che può essere raggiunto solo selezionando a monte gli operatori che dimostrino diligenza e professionalità, quali "sintomi" di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. III, 12.12.2023, n. 3738).

L'estromissione dalla gara di un operatore la cui offerta sia "pari" - e non soltanto superiore - alla soglia di anomalia calcolata nell'ambito delle procedure in cui trova applicazione il suesposto Metodo A dell'allegato II.2. del d.lgs. 36 del 2023 è, invero, coerente con l'obiettivo dell'Amministrazione di tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Il miglior risultato possibile, che sia

anche il più "virtuoso", viene raggiunto, ad avviso del Collegio, anche mediante un'applicazione della disciplina *de qua* che conduca ad escludere dalla competizione chi abbia offerto un prezzo che - proprio perché pari alla soglia di anomalia nell'ambito - può essere indice del mancato rispetto di quei presidi di qualità ed efficienza della commessa che l'operatore è chiamata a svolgere, finendo per tradire la funzionalizzazione verso il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico cui essa deve tendere.