Calcolo e cristallizzazione della soglia di anomalia e taglio delle ali: nuovo intervento della giustizia amministrativa

25 Novembre 2020

E' stato pubblicato l'interessante **decreto del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana n. 795/2020 del 14 novembre 2020** sul ricorso proposto dal titolare di una ditta di costruzioni.

Si parla del "principio della cristallizzazione"

Nel decreto del Cga della Sicilia, si fa un preciso richiamo al principio della cristallizzazione della soglia di anomalia. Ma di cosa si tratta? Per comprenderlo meglio, torna utile il codice degli appalti, il decreto legislativo numero 50 del 2016. E se ne parla in maniera specifica nell'articolo 95. Nel caso specifico il comma 15: "Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte". Per il Cga, però, il titolare dell'impresa non può far ricorso a questo principio, "quando la materia del contendere sia proprio, come nella specie, il criterio di determinazione della soglia di anomalia, perché una cristallizzazione della soglia, in siffatta evenienza, significherebbe impedire in radice la tutela giurisdizionale in forma specifica nel caso di errata determinazione della soglia di anomalia".

Taglio delle ali

Il cosiddetto "taglio delle ali" mira a porre rimedio al fenomeno delle offerte disancorate dai valori medi, presentate potenzialmente allo scopo di condizionare le medie. Con questo meccanismo si "sterilizzano", attraverso l'accantonamento, le offerte "estreme", in vista e allo scopo dell'individuazione della soglia di anomalia delle offerte. In altre parole, l'operazione è "virtuale"; essa non comporta l'esclusione automatica dalla gara delle imprese che abbiano presentato offerte ricadenti nelle "ali", ma l'accantonamento temporaneo delle offerte dal calcolo della soglia di anomalia a fini prudenziali. Per il Cga, dunque nel caso specifico, i giudici del Tar, con il primo giudizio, avevano dato "una interpretazione restrittiva e costituzionalmente orientata (nel senso di conteggiare separatamente le offerte con identico ribasso solo per le offerte a cavallo del taglio delle ali e non per quelle all'interno del taglio delle ali, e controvertendosi nella specie di offerte con identico ribasso all'interno del taglio delle ali), laddove la diversa interpretazione proposta dall'appellante (di conteggiare separatamente anche le offerte con identico ribasso all'interno del taglio delle ali) imporrebbe di sollevare incidente di costituzionalità per contrasto dell'articolo 4 della legge regionale della Sicilia numero 13 del 2019, con l'articolo 97 del codice dei contratti pubblici (a tenore del quale quando, nell'effettuare il calcolo delle offerte da includere nel taglio delle ali "siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare"), per violazione della riserva di legge statale nella materia della tutela della concorrenza, cui sono da ascrivere le norme sulle procedure di gara di appalto, riserva che anche le Regioni a Statuto speciale, quale è la Sicilia, sono tenute ad osservare".

Perché non si può fare fede al Decreto Semplificazioni

Per il Cga non si può fare fede al Decreto-Legge numero 76 del 2020 (c.d. Decreto Semplificazioni), oggi legge numero 120 del 2020, perché riguarda i soli appalti sopra soglia comunitaria, mentre qui si disputa di un appalto sotto soglia. Irrilevante anche l'invocato comma 6 del Decreto-Legge numero 76 del 2020 perché non è applicabile al caso di una controversia sull'aggiudicazione di una gara. Infatti, si legge nel comma 6, "in sede giudiziale, sia in fase cautelare che di merito, il giudice tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, il giudice valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per l'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera. In ogni caso, l'interesse economico dell'appaltatore o la sua eventuale sottoposizione a procedura concorsuale o di crisi non può essere ritenuto prevalente rispetto all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica". Scrive il Cga: "La paventata "sospensione dei lavori" a scapito dell'interesse pubblico al sollecito completamento dell'opera non è un risultato inevitabile derivante dalla sentenza di primo grado, apparendo agevole il subentro del ricorrente vittorioso, senza soluzione di continuità e senza danno per l'interesse pubblico come, del resto, sembra evincersi dal provvedimento che il comune di Enna ha già adottato in (provvisoria) esecuzione della sentenza qui appellata". Per questo ha respinto la domanda di sospensione della sentenza appellata.

decreto-cgars-14.11.2020-795