

Publicato il 01/12/2021

N. 08021/2021REG.PROV.COLL.
N. 04363/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4363 del 2021, proposto da
Consorzio Artigiani Romagnolo - CAR - soc. coop, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Bruto
Gaggioli Santini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Usl Toscana Nord Ovest, in persona del legale rappresentante *pro
tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Serena Spizzamiglio, Luca Cei,
Silvia Carli e Cristina Pelusi, con domicilio digitale come da PEC da Registri
di Giustizia;

Regione Toscana, non costituita in giudizio;

nei confronti

Aircom s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 00408/2021, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Usl Toscana Nord Ovest e di Aircom s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2021 il Cons. Ezio Fedullo e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - La controversia inerisce alla procedura aperta – da espletarsi tramite il Sistema Telematico Regionale Acquisti Regione Toscana (START) e da aggiudicarsi secondo il criterio del miglior prezzo – per l'affidamento dei “lavori di efficientamento, ristrutturazione e camminamento P.O. di Livorno”, indetta con bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 6 novembre 2019 dall'Azienda USL Toscana Nord Ovest.

2 - Partecipavano alla gara il Consorzio Artigiani Romagnolo - C.A.R. - Soc. Coop. e la Aircom s.r.l..

All'esito del procedimento ad evidenza pubblica, i due concorrenti si classificavano a pari merito, avendo offerto l'identico ribasso sul prezzo posto a base di gara (27,37%).

In data 12 febbraio 2020 era quindi indetta la seduta pubblica per il sorteggio tra le offerenti e alla stessa partecipava il solo Consorzio Artigiani Romagnolo che, avendo richiesto di formulare un'offerta migliorativa ai sensi dell'art. 77 R.D. n. 827/1924, presentava un ribasso percentuale pari al 27,42%, aggiudicandosi conseguentemente l'appalto (decreto n. 74 del 2 aprile 2020).

3. - Con l'ordinanza n. 309 del 7 maggio 2020, il T.A.R. per la Toscana accoglieva la domanda cautelare proposta dalla Aircom s.r.l. avverso il suindicato provvedimento di aggiudicazione, rilevando che la stessa non

“sembrava essere stata messa in condizioni di presentare un’offerta migliorativa”: la pronuncia cautelare veniva tuttavia riformata, in chiave reiettiva della relativa istanza, con ordinanza di questa Sezione n. 3497 del 12 giugno 2020.

4. - Con la sentenza n. 973 del 24 luglio 2020, il T.A.R. toscano, in sede di definizione nel merito del ricorso, lo accoglieva, rilevando che, ai sensi dell’art. 77, comma 2, R.D. n. 827/1924, non essendo presente nessuna delle due concorrenti alla seduta del 5 febbraio 2020, dedicata all’apertura e lettura delle offerte, “l’amministrazione avrebbe dovuto procedere tramite sorteggio” e che “la successiva nota del 10.2.2020, pubblicata sul sistema Start, preannunciava il sorteggio, e non la possibilità di presentare un’offerta migliorativa”, con la conseguenza che “la successiva acquisizione dell’offerta migliorativa della controinteressata ha concretato un’iniziativa del tutto imprevista e imprevedibile (in contrasto coi principi di trasparenza e par condicio)”: l’esecutività della sentenza, tuttavia, veniva sospesa da questa Sezione con l’ordinanza n. 5489 del 18 settembre 2020, in accoglimento della domanda cautelare proposta dall’Azienda Usl Toscana Nord Ovest.

5. - Infine, con la sentenza n. 8537 del 30 dicembre 2020, questo giudice di appello - rilevato che l’avviso pubblicato dalla stazione appaltante dava “semplicemente atto della (al tempo ritenuta) necessità del sorteggio”, senza nulla dire “circa la possibilità di un rilancio migliorativo” ma “anzi implicitamente” escludendolo, ed evidenziato che, “in mancanza della concreta prospettazione di una possibile gara suppletiva, uno degli operatori (l’appellato) ha liberamente e comprensibilmente (considerata la sussistenza di costi) optato per non presenziare ad una seduta in cui si sarebbe dovuto semplicemente procedere all’estrazione casuale di una busta fra le due in competizione. Diversamente sarebbe accaduto se l’operatore avesse avuto contezza (non già astratta ed eventuale) della concreta intenzione dell’amministrazione” - ha respinto l’appello della stazione appaltante, non mancando di precisare, “al fine di prevenire ulteriori appendici contenziose in

sede di ottemperanza, che l'effetto conformativo della sentenza si traduce nell'obbligo dell'amministrazione di invitare entrambi gli operatori economici ad una gara al ribasso entro il limite dell'anomalia, con riserva di effettuare il sorteggio ove permanga l'ex aequo".

6. - Con la comunicazione del 7 gennaio 2021, l'Azienda USL Toscana Nord, in sede attuativa della citata sentenza di questa Sezione, indiceva la seduta pubblica per la presentazione delle offerte migliorative da parte del suddetto Consorzio e di Aircom s.r.l., anche ai sensi dell'art. 77 R.D. n. 827/1924: quindi, avendo Aircom s.r.l. offerto il ribasso del 27,43267% ed il Consorzio quello del 27,43268%, ovvero un importo pari alla soglia di anomalia, la stazione appaltante, nella seduta di gara del 14 gennaio 2021, escludeva l'offerta del secondo.

7. - Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, all'esito del quale è stata emessa la sentenza qui appellata, il Consorzio Artigiani Romagnolo - C.A.R. - Soc. Coop. insorgeva avverso:

- la comunicazione suindicata, nella parte in cui stabiliva che "l'offerta migliorativa dovrà essere contenuta nel limite della soglia di anomalia nella fase ordinaria della gara, corrispondente alla percentuale del 27,43268...";
- il verbale della seduta del 14 gennaio, recante il rigetto della domanda di autotutela datato 1° febbraio 2021;
- il disciplinare di gara (ove applicato nel senso di considerare la soglia di anomalia pari a cinque cifre decimali).

7.1 - Deduceva la ricorrente, anche sulla scorta di pertinenti richiami giurisprudenziali, che la stazione appaltante, nella comunicazione del 7 gennaio 2021, aveva erroneamente indicato la soglia di anomalia, ritenendo che essa dovesse "fermarsi" a cinque decimali, laddove quella reale ed effettiva, pari al 27,4326883116883%, non poteva risentire di alcun indebito "troncamento", in mancanza di una espressa previsione della *lex specialis* atto a legittimarlo.

7.2 - L'impugnativa veniva estesa, con i successivi motivi aggiunti, al decreto di affidamento dei lavori a favore della controinteressata Aircom s.r.l. (n. 522 dell'8 febbraio 2021), nei confronti del quale veniva essenzialmente fatto valere il dedotto vizio di invalidità derivata da quella inficiante gli atti presupposti impugnati *principaliter*.

8. - Il T.A.R., ai fini reiettivi (con la sentenza in forma semplificata costituente oggetto del presente appello) della domanda di annullamento in tal modo formulata dal Consorzio, ha in primo luogo posto l'accento sul carattere "autonomo" dell'appendice di gara incentrata sulla formulazione di offerte migliorative, richiamando, a dimostrazione di tale "discontinuità", la "precostituita identificazione di una soglia di anomalia a cinque cifre decimali (a differenza della precedente fase, nella quale la soglia era determinata in corso di gara sulla base delle offerte pervenute) e dalla richiesta di presentare una percentuale di ribasso a 5 cifre decimali (mentre la regola del precedente procedimento selettivo era quella dell'offerta a due cifre decimali)": dalla così ricostruita "autonomia della gara per offerta migliorativa rispetto alla precedente gara", il T.A.R. ha fatto derivare il corollario secondo cui "l'amministrazione non era tenuta a recepire la soglia di anomalia quale risultante senza troncamenti, ma legittimamente ha posto come soglia quella nota a tutti (valore troncato dopo la quinta cifra decimale), in quanto l'unica ad essere pubblicata sulla piattaforma Start e recepita nei pregressi verbali di gara (documento n. 7 depositato in giudizio dalla controinteressata; si vedano anche i verbali di gara del 5.2.2020 e del 12.2.2020)".

Il T.A.R. ha quindi evidenziato che "ancorché nella precedente gara il valore della soglia di anomalia era calcolato e salvato nel sistema alla massima precisione possibile (ovvero con numero di decimali dell'ordine di alcune decine) ai sensi del punto 1 delle istruzioni sull'utilizzo delle cifre decimali del sistema Start, l'amministrazione, nella successiva gara *ex* art. 77 del R.D. n. 827/1924, ha ritenuto di recepire il valore di soglia pubblicato (e fino a quel momento mai contestato), in ciò giustificata dal fatto che si trattava di nuova

selezione, incentrata su un limite di soglia già precostituito (e non “in fieri” come nello svolgimento dell’originaria procedura comparativa) e sulla prevista acquisizione di offerte con 5 cifre decimali (anziché con le due cifre decimali prescritte alla pagina 18 del disciplinare di gara)”: decisione costituente espressione, ad avviso del giudice fiorentino, di “quel minimo di discrezionalità che consentiva alla stazione appaltante di porre come limite delle offerte quello che era il valore di soglia di anomalia pubblicato sulla piattaforma Start”, corrispondente ad “un dato ben conosciuto e fino a quel momento mai contestato”, oltre a rispondere a “ragioni di praticità, in quanto, diversamente opinando e valendo (in base alle istruzioni del sistema Start richiamate dall’art. 3 del precedente disciplinare di gara) la regola della massima precisione possibile nel calcolo della soglia di anomalia e nel confronto con i ribassi offerti, dovrebbe indicarsi come predefinita soglia di anomalia un importo con numero di decimali dell’ordine di alcune decine (“il valore della soglia di anomalia viene calcolato e salvato all’interno del sistema alla massima precisione possibile”; “con massima precisione si intende che il sistema registra i numeri sulla base dati con un numero di decimali dell’ordine di alcune decine”: punti 4 e 1 delle istruzioni sull’utilizzo delle cifre decimali nell’individuazione della soglia di anomalia: documento n. 5)”.

Infine, ed in relazione ad altro punto di doglianza, il T.A.R. ha rilevato che “la circostanza che la percentuale del 27,43268 sia espressamente qualificata, nella lettera invito, come “limite della soglia di anomalia” significa che il ribasso che uguagli tale importo costituisce offerta anomala, come tale inammissibile. E’ nella stessa definizione di tale limite che è insita l’inammissibilità di un’offerta che lo eguagli”, all’uopo respingendo la tesi attorea secondo cui la lettera invito consentiva di presentare un’offerta pari a quell’importo.

9. - La surrichiamata statuizione del T.A.R. costituisce oggetto dei rilievi critici della parte appellante, intesi essenzialmente a ribadire le deduzioni formulate col ricorso introduttivo del giudizio.

Si oppongono invece al loro accoglimento l'Azienda Usl Toscana Nord Ovest e la società Aircom s.r.l., che ripropone anche le eccezioni di inammissibilità articolate in primo grado.

10. - Iniziando dall'esame, necessariamente preliminare, di queste ultime, viene in primo luogo in rilievo quella con la quale viene dedotto che sulla determinazione della soglia di anomalia, pari a 27,43268, si è formato il giudicato, essendo la stessa espressamente menzionata al punto 5 della parte in diritto della citata sentenza n. 8537/2020.

10.1 - L'eccezione non può essere accolta: la sentenza suindicata, invero, ha in parte qua contenuto meramente ricognitivo dell'avviso diramato dalla stazione appaltante in data 10 febbraio 2020, ai fini dello svolgimento del sorteggio tra le imprese che avevano offerto il medesimo ribasso, senza che il suddetto aspetto della gara (ovvero la soglia di anomalia e le modalità per determinarla) afferisse all'oggetto della controversia definita con la sentenza suindicata e potesse quindi ritenersi anche solo mediamente implicitamente coperto dall'invocato giudicato.

Né può ritenersi, come sostiene l'appellata controinteressata, che l'attrazione della soglia suindicata entro il perimetro del giudicato possa discendere dal fatto che la Sezione ha accolto la tesi della Aircom s.r.l., intesa a sostenere la possibilità di un'offerta migliorativa rispetto alla soglia di anomalia del 27,43268%, atteso che alla suddetta conclusione (favorevole alla suddetta società) la Sezione sarebbe pervenuta anche (*recte, a fortiori*) assumendo quale soglia di anomalia quella (invocata dalla odierna parte appellante) del 27,4326883116883%, anche questa ammettendo la possibilità di offerte migliorative (e non necessariamente anomale), con la conseguenza che non può ritenersi che il suindicato passaggio motivazionale – si ripete, meramente ricognitivo dei profili di fatto della controversia – abbia costituito un “presupposto logico e indefettibile” della decisione.

10.2 - Sotto altro profilo, l'inammissibilità del ricorso viene sostenuta dalla società resistente sulla scorta della dedotta acquiescenza che il Consorzio

appellante avrebbe prestato alla comunicazione-lettera di invito del 7 gennaio 2021, laddove identifica la soglia di anomalia nella percentuale del 27,43268%, siccome espressamente sottoscritta per accettazione dalla parte appellante.

Nemmeno tale eccezione può ritenersi fondata.

Premesso che l'acquiescenza consiste nell'accettazione – espressa o per *facta concludentia* – del provvedimento lesivo da parte del destinatario dei relativi effetti, e che essa presuppone quindi che tali effetti siano già tangibili nella sfera giuridica del medesimo, deve escludersi che la suindicata comunicazione fosse foriera di immediati risvolti pregiudizievoli (di carattere escludente) per il Consorzio appellante, suscettibili di accettazione da parte del medesimo: ciò in quanto la lesività della nota suindicata (fermo restando quanto di dirà infra, in ordine al dubbio carattere provvedimentale della stessa) si è concretizzata solo allorquando la parte appellante, esperite le sue valutazioni di convenienza, ha formulato la sua offerta economica (migliorativa), incorrendo nella relativa sanzione escludente.

10.3 - Infine, sostiene la società resistente che il ricorso di primo grado è altresì irricevibile in quanto inteso a contestare la determinazione della soglia di anomalia nella misura recepita da molteplici atti della precedente gara: atti la cui omessa impugnazione ridonderebbe comunque nella inammissibilità del gravame.

Anche tale eccezione deve essere esaminata negativamente.

Come bene evidenziato dalla parte appellante, invero, la determinazione della soglia di anomalia costituisce l'esito di operazioni di calcolo meramente matematiche, puntualmente disciplinate nella loro scansione dall'art. 92, commi 2 e ss., d.lvo n. 50/2016: discende da ciò che la pubblicizzazione (attraverso la reportistica della piattaforma telematica START o gli stessi verbali di gara) della soglia di anomalia, laddove manchi (ma, come meglio si vedrà infra, non è questo il caso, con riferimento almeno alla gara “suppletiva”) una espressa e consapevole determinazione volitiva di segno contrario della stazione appaltante, non può assumere rilievo sostitutivo della

soglia effettiva, così come calcolata sulla scorta delle citate disposizioni e delle istruzioni tecnico-operativa per il funzionamento della piattaforma START.

11. - Nel merito, l'appello, tuttavia, non è meritevole di accoglimento.

11.1 - Deve muoversi dalla constatazione, puramente oggettiva, che se le precisazioni rese dalla Sezione con la richiamata (ed ultima) sentenza n. 8537/2020 non hanno scongiurato “ulteriori appendici contenziose in sede di ottemperanza”, come dal Collegio auspicato e di cui costituisce espressione la presente controversia, il tema sollevato nell'ambito della stessa non può nondimeno ritenersi condizionato, come invece ipotizzato dalle parti resistenti, dal suddetto pronunciamento, laddove stabilisce che “l'effetto conformativo della sentenza si traduce nell'obbligo dell'amministrazione di invitare entrambi gli operatori economici ad una gara al ribasso entro il limite dell'anomalia, con riserva di effettuare il sorteggio ove permanga l'ex aequo”: in particolare, come già evidenziato, dalla predetta sentenza non è ricavabile alcuna esplicita e vincolante prescrizione in ordine alla soglia di anomalia rilevante ai fini dell'esperimento della gara ex art. 77 R.D. n. 827/1924, tra quelle che occupano, in termini alternativi ed inconciliabili, gli scritti difensivi delle parti.

11.2 - Sempre in via preliminare, deve ribadirsi che la determinazione della soglia di anomalia, costituendo (al ricorrere delle condizioni all'uopo previste dal legislatore) il presupposto per l'esercizio del potere escludente della stazione appaltante nei confronti 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”, ex art. 97, comma 8, d.lvo n. 50/2016, non può non essere informata a criteri di rigorosa osservanza del dettato normativo, senza che, in sede applicativa (ed in primo luogo ai fini della individuazione delle offerte che si collochino in corrispondenza o al di sotto della soglia medesima), residuino spazi per valutazioni di carattere discrezionale della P.A., se non, eventualmente, in punto di troncamento/arrotondamento delle relative cifre decimali.

11.3 - Ciò premesso, deve in primo luogo rilevarsi che la sentenza appellata – oltre che, come si vedrà, per le conclusioni raggiunte in punto di (in)fondatezza del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti – risulta pienamente condivisibile già con riferimento al postulato di ordine sistematico sul quale si regge la sua struttura argomentativa, relativo alla ritenuta “autonomia” della suindicata fase “supplementare” della gara rispetto a quella precedentemente svolta e che non abbia consentito di individuare univocamente il vincitore: autonomia dalla quale, come si è visto, il giudice di primo grado ha fatto discendere il corollario secondo cui la stazione appaltante sarebbe stata libera di determinare in modo originale (rispetto alle risultanze della precedente ed infruttuosa gara) la soglia di anomalia cui rapportare le eventuali offerte migliorative.

Deve invero osservarsi, a favore di tale conclusione, che il segmento procedimentale de quo è finalizzato a sollecitare il nuovo confronto competitivo tra gli operatori classificatisi ex aequo nella fase ordinaria della gara, dettando a tal fine regole del tutto originali, rispetto a quest’ultima, già in punto di numero di cifre decimali del ribasso rilevanti ai fini della individuazione della migliore offerta.

11.4 - E’ bensì vero che il fatto (incontestato) che la suddetta lettera di invito, recante la *lex specialis* del segmento di gara *de quo* (integrativa di quella originaria, che conservava la sua valenza regolatrice per le parti non espressamente derogate), imponesse la formulazione delle offerte migliorative fino a 5 cifre decimali (al fine, evidentemente, di ampliare lo spazio concorrenziale funzionale all’aggiudicazione dell’appalto, anche tenuto conto della “prossimità” delle migliori offerte alla soglia di anomalia, e ridurre il “rischio” di affidamento dello stesso secondo il criterio residuale del sorteggio), in luogo delle 2 cifre contemplate dal disciplinare di gara, non potrebbe ritenersi preclusivo - come non lo era stato, del resto, in occasione della gara primigenia - della rilevanza di una soglia di anomalia avente, rispetto all’offerta economica, un numero maggiore (come invocato dalla parte

appellante) di decimali: ciò in quanto i due aspetti (la determinazione del numero massimo di decimali costituente l'offerta economica e di quello concernente la soglia di anomalia) rispondono a logiche diverse (l'uno, cioè, al "livello" percentuale fino al quale rileva, secondo le valutazioni della stazione appaltante, la convenienza economica delle offerte, l'altro, alla individuazione del margine entro il quale è garantita la congruità delle offerte medesime) e, in quanto tali, presupponenti il compimento di scelte reciprocamente indipendenti ed autonomamente esternate (salvo il limite di ragionevolezza delle stesse).

Ed è altrettanto vero che la soglia di anomalia era stata determinata, in occasione della gara "principale" ed indipendentemente dal limite delle cifre decimali consentite all'operatore economico ai fini della formulazione dell'offerta così come impostato dalla stazione appaltante (nella specie, come si è detto, 2 cifre), "al massimo delle cifre decimali possibili": ciò in quanto è in relazione ad esso che "il modulo di valutazione delle offerte" del sistema telematico START, utilizzato dalla stazione appaltante ai fini della presentazione delle offerte e della gestione della gara, compresa la verifica di anomalia *ex* art. 97, comma 2, d.lvo n. 50/2016, "effettua i calcoli" e "fa il confronto".

Premesso, in proposito, che il disciplinare di gara, all'art. 3, rinviava espressamente alle "Norme tecniche di funzionamento del Sistema Telematico Acquisti Regionale della Toscana – START" consultabili sul Sistema Telematico Acquisti Regionale della Toscana, all'indirizzo <https://start.toscana.it>, deve invero rilevarsi che quest'ultimo (cfr. all. n. 6 della produzione documentale di Aircom s.r.l. nel giudizio di primo grado), concernente "Utilizzo delle cifre decimali nell'individuazione della soglia di anomalia", precisava che "il sistema START esegue tutti i calcoli intermedi alla massima precisione possibile, senza considerare il numero di cifre decimali impostato in fase di gara per il recepimento delle offerte. Nel dettaglio, con "massima precisione" si intende che il sistema registra i numeri

sulla base dati con un numero di decimali dell'ordine di alcune decine”, che “in generale i confronti fra i numeri vengono realizzati alla massima precisione possibile senza realizzare troncamenti o arrotondamenti”, che “la media, calcolata dal sistema alla massima precisione possibile, viene troncata all'ottava cifra decimale e il confronto con i ribassi offerti per individuare gli scarti viene effettuato con il valore troncato”, che “il valore della soglia di anomalia viene calcolato e salvato all'interno del sistema alla massima precisione possibile”, che “il confronto della soglia di anomalia con i ribassi offerti viene eseguito alla massima precisione”.

Tuttavia, le suddette indicazioni potrebbero assumere rilievo, ai fini della individuazione della soglia di anomalia rilevante agli effetti dello svolgimento del procedimento “suppletivo” di gara, in mancanza di diverse prescrizioni della *lex specialis* relativa a quest'ultimo: prescrizioni che invece sono contenute, ad avviso della Sezione, nella citata lettera di invito, che fissa la soglia di anomalia nella percentuale del 27,43268, in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale che, muovendo dalla considerazione secondo cui l'utilizzo di tecniche di arrotondamento o troncamento dei decimali nella fase di calcolo della soglia di anomalia costituisce una deviazione dalle regole matematiche da applicare in via automatica e può falsare il risultato finale, ritiene che la stazione appaltante vi possa ricorrere solo se ciò sia espressamente previsto dalla *lex specialis* di gara, con l'ulteriore corollario (qui non rilevante) secondo cui, ove il bando stabilisca quanti decimali indicare nella formulazione dell'offerta economica ma non rechi analoga disposizione per ciò che attiene alla fase di calcolo della soglia di anomalia, la stazione appaltante non può applicare analogicamente la regola dettata per la formulazione dell'offerta al calcolo della soglia (cfr. Consiglio di Stato, 12 novembre 2009, n. 7042; Consiglio di Stato, 2 marzo 2011 n. 1299; Consiglio di Stato, 22 gennaio 2015, n. 268; Tar Calabria, Catanzaro, 27 ottobre 2020 n. 1699; TAR Lombardia, Milano, 2 dicembre 2020, n. 2358).

Deve invero ritenersi che la suddetta funzione derogatrice (delle regole di calcolo della soglia di anomalia vevoli in via generale) possa ritenersi correttamente assolta, nella specie, dalla lettera di invito emessa dalla stazione appaltante al fine di disciplinare il segmento procedimentale ex art. 77 R.D. n. 827/1924, come dedotto dalle parti resistenti.

La suddetta comunicazione infatti, nello stabilire che “l’offerta migliorativa dovrà essere contenuta nel limite della soglia di anomalia risultante nella fase ordinaria della gara, corrispondente alla percentuale del 27,43268 come da reportistica pubblicata e visibile nella piattaforma telematica Start”, costituisce appunto espressione della scelta discrezionale espressa sul punto dalla stazione appaltante, peraltro motivata (in un’ottica di trasparenza e pubblicità) con il fatto che la suddetta percentuale è quella risultante dalla “reportistica pubblicata e visibile nella piattaforma telematica Start”.

11.5 - Né il fatto che, come si è detto, la soglia di anomalia risultante dalla applicazione delle istruzioni tecniche della piattaforma START esponesse un maggior numero di cifre decimali può assurgere a motivo di illegittimità della soglia di anomalia così determinata, a valere sulla gara suppletiva, dalla stazione appaltante: deve in proposito osservarsi che il valore risultante dal calcolo automatico della piattaforma informatica aveva carattere del tutto astratto e virtuale, superando di gran lunga il numero di cifre decimali rilevanti ai fini della individuazione delle offerte anomale (in relazione ai decimali ammessi per la formulazione del ribasso), con la conseguenza che esso non potrebbe assumere un concreto valore regolativo della gara principale né, di riflesso, di quella suppletiva in esame (regolata per l’aspetto in esame, come si è detto, da una disposizione ad hoc della stazione appaltante).

Inoltre, se si considera che la suddetta comunicazione assolveva alla funzione di mettere in guardia i concorrenti ammessi alla gara ex art. 77 R.D. n. 827/1924 in ordine alla soglia di anomalia, onde evitare che lo “stimolo” da essa dato all’ulteriore miglioramento delle offerte ex aequo trasmodasse nella

presentazione di offerte inammissibili (perché anomale), significherebbe tradire il significato (e la funzione) della stessa, anche dal punto di vista del rispetto della par condicio dei concorrenti, l'individuazione di una soglia di anomalia diversamente determinata, peraltro attingendo ad un valore, come si è detto, del tutto matematico ed astratto (non scremato, cioè, dagli elementi – ergo, decimali - irrilevanti ai fini della gara, attraverso una espressa determinazione correttivo-volitiva della stazione appaltante, quale può ritenersi integrata dalla lettera di invito de qua).

12. - Dalle considerazioni che precedono discende anche l'infondatezza dell'assunto attoreo, secondo cui, alla stregua delle menzionate istruzioni, essendo il sesto decimale superiore a 5, il quinto decimale avrebbe dovuto essere arrotondato per eccesso: anche tale deduzione, infatti, si scontra, da un lato, con la già evidenziata autonomia del procedimento di gara suppletiva rispetto a quello della gara originaria, dall'altro, con la chiara volontà della stazione appaltante di fissare la soglia di anomalia in una percentuale esatta caratterizzata da cinque cifre decimali, senza ricavarla da una soglia numericamente più estesa, matematicamente determinata ed oggetto di troncamento (presupposto, questo, per l'applicazione della invocata regola tecnica).

13. - I rilievi che precedono inducono quindi a condividere la sentenza appellata anche laddove fonda l'esito reiettivo del gravame sull'affermata riconducibilità della soglia di anomalia, dalla quale è discesa l'esclusione dell'impresa appellante, sulla "discrezionalità" spettante alla stazione appaltante nella definizione delle regole disciplinatrici della fase di gara incentrata, ai sensi dell'art. 77 R.D. n. 827/1924, sulla presentazione di offerte migliorative da parte delle concorrenti collocatesi, nella fase "ordinaria" della gara secondo il criterio di aggiudicazione del massimo ribasso, in posizione di parità.

14. - Infondato è anche il motivo di appello inteso a sostenere che l'offerta presentata dalla appellante sarebbe contenuta, coerentemente con il tenore

testuale della suddetta lettera di invito, “nel” limite della soglia di anomalia dalla stessa risultante: deve infatti osservarsi che l’interpretazione proposta dalla parte appellante è dissonante rispetto al criterio interpretativo legale, a mente del quale devono considerarsi anomale (quindi, nella specie, soggette all’esclusione automatica) “le offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia” (arg. *ex* art. 97 d.lvo n. 50/2016).

15. - L’appello in conclusione, anche nella sua componente risarcitoria, deve essere respinto, mentre l’originalità dell’oggetto della controversia giustifica infine la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2021 con l’intervento dei magistrati:

Giulio Veltri, Presidente FF

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

Umberto Maiello, Consigliere

L’ESTENSORE
Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE
Giulio Veltri

IL SEGRETARIO

