

Calcolo della soglia di anomalia: per il Giudice Amministrativo pugliese è corretto applicare l’algoritmo elaborato dal M.I.T.

Autore: Monica Gallo

In: Giurisprudenza commentata

Secondo il TAR Puglia - Bari nelle gare al massimo ribasso, con un numero di offerte ammesse pari o superiore a quindici, ai fini della individuazione della soglia di anomalia ex art. 97, comma 2, del Codice degli Appalti, la prima soglia va **decrementata di un valore assoluto e non percentuale**.

Il TAR Puglia Bari giudica corretto ed affidabile l’algoritmo di cui alle circolari M.I.T. del 05.07.2019 e del 24.10.2019, già condiviso da Anac con parere precontenzioso n. 892 del 02.10.2019.

In base al ridetto algoritmo, allorquando il criterio di aggiudicazione di una gara pubblica sia quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a 15, la soglia di anomalia, rispetto alla quale valutarne la congruità, va determinata secondo un meccanismo di calcolo, in 4 fasi, al cui esito, nel rispetto della lettera dell'articolo 97 comma 2, lett. d), viene a determinarsi un fattore di correzione della prima soglia di anomalia corrispondente ad **un valore numerico assoluto e non percentuale**.

E’ dunque esente da vizi, secondo il Giudice amministrativo pugliese, l’agere della stazione appaltante che abbia individuato il metodo di determinazione della soglia di cui all’articolo 97, comma 2, in “quello indicato dal Ministero infrastrutture e dall'A.n.a.c., di guisa che **il decremento della soglia**, come operato dal Seggio di gara, in conformità alle regole della procedura competitiva, **non è percentuale e deve essere attuato con numeri assoluti**”.

Volume consigliato

La questione all’esame del TAR barese, ampiamente dibattuta in giurisprudenza a colpi di appelli e pronunce, in alcuni casi contraddittorie, prende le mosse dal tenore letterale dell’art. 97, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016, come modificato dall’art. 1, comma 20 lett. u), del d.l. n. 32/2019 convertito in l.

n. 55/2019, il quale, in particolare, nel disciplinare l'ultima delle quattro fasi del procedimento di calcolo della soglia di anomalia, prevede che "la soglia calcolata alla lettera c) è decrementata di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b)".

E' noto che l'articolo 97, comma 2, del d.lgs n. 50/2016, nel testo in vigore a decorrere dal 19.04.2019 per effetto delle modifiche introdotte con il d.l. n. 32/2019, descriva il procedimento di calcolo della soglia di anomalia delle offerte, prescritto nelle gare da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso e con un numero di offerte pari o superiore a 15, attraverso 4 fasi.

La prima fase consiste, ai sensi della lettera a) della richiamata disposizione, nella duplice operazione di calcolo «della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse».

La successiva lettera b) richiede poi di calcolare lo "scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a)". Il riferimento è alla media dei differenziali dei ribassi superiori alla media complessiva come calcolata secondo la precedente lettera a).

Nella successiva operazione prevista dalla lettera c), lo scarto medio aritmetico dei ribassi così ottenuto va poi sommato alla «media aritmetica» già calcolata ai sensi della lettera a).

In esito alla fase di cui alla lettera c) si perviene alla cosiddetta **prima soglia di anomalia**.

E' però sulla operazione finale matematica prevista dalla lettera d), attraverso la quale viene a determinarsi la soglia di anomalia definitiva, che sono sorti i citati contrasti giurisprudenziali.

Orbene, secondo la lettera della legge, nella operazione matematica finale di cui alla lettera d), la somma tra la media dei ribassi e lo scarto medio aritmetico ottenuta in base alla lettera c) **(corrispondente, come detto, alla cosiddetta prima soglia di anomalia)**, deve essere decrementata di un fattore correttivo dato da «un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b)».

Senonché proprio sulla ridetta operazione conclusiva di decremento della prima soglia di anomalia, descritta nella citata lettera d) dell'art.97, comma 2, è sorta la vexata quaestio circa il valore, percentuale o corrispondente ad una grandezza assoluta, da portare in diminuzione.

Nella fattispecie definita dal TAR Puglia- Bari con la decisione in commento, l'operatore economico ricorrente, escluso per anomalia della propria offerta, impugnava il provvedimento di esclusione subito, ritenendo che il valore da portare in diminuzione rispetto alla prima soglia di anomalia avrebbe dovuto essere una "percentuale" e non anche "una grandezza assoluta".

Invero, proprio al fine di assicurare uniformità ed omogeneità ai comportamenti delle stazioni appaltanti, la Direzione generale per la regolazione e i contratti pubblici del Ministero per le Infrastrutture ed i Trasporti, con circolare del 05.07.2019 ha reso disponibile la formula dell'algoritmo applicativo del calcolo delineato dal legislatore all'art. 97, comma 2, del Codice degli Appalti, confermata, nella sua correttezza, dal Parere di precontenzioso ANAC di cui alla Delibera n. 715 del 23.07.2019 e da successiva circolare M.I.T. Del 24.10.2019.

Si legge nella prima circolare M.I.T.:

“Ai sensi del comma 2, lettera d), dell'articolo 97 del codice si procede ora a decrementare la soglia, calcolata in precedenza ai sensi della lettera c) del medesimo comma 2, di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a), applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b):

- le prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi (Σ) 215,882 sono 8 e 8, il cui prodotto è pari a 64 ($8 * 8$);

- si procede, quindi, ad applicare tale valore percentuale (64%) allo scarto (Sc) 1,369; il risultato X è 0,876 ($1,369 * 64 / 100$)

- si procede poi a decrementare la soglia S (15,761) del valore X (0,876)

All'esito di detta operazione la soglia di anomalia Sa risulta pari a 14,885 ($15,761 - 0,876$).

In sintesi l'algoritmo di cui al comma 2 dell'articolo 97 si può esprimere come segue:

$$Sa = M + Sc - Sc * (C1 * C2/100)$$

dove:

M è la media dei ribassi percentuali - senza tener conto dell'accantonamento del 10% arrotondato all'unità superiore rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso;

Sc è lo scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali (senza tener conto delle offerte accantonate) che superano la media sopra calcolata;

C1 e C2 sono la prima e la seconda cifra dopo la virgola della somma dei ribassi percentuali calcolata senza tener conto delle offerte accantonate”.

Dalla lettura dell'algoritmo appena riportato emerge evidente che il “valore percentuale” cui fa riferimento la lettera dell'art. 97, comma 2, lett. d), viene attribuito al prodotto fra C1 e C2 (ovvero al

prodotto dei due numeri dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) del citato articolo 97 comma 2); è tale prodotto infatti, nella formula del M.I.T., ad essere applicato, quale valore percentuale, allo scarto medio aritmetico (S).

Il risultato di tale calcolo (identificato nella formula $S \times [1 - (c1 \times c2/100)]$) determina, tuttavia, una grandezza numerica (X) che, nel suo valore assoluto (e non più percentualmente), viene portata direttamente in detrazione dalla prima soglia di anomalia (S) senza che sia necessario alcun ulteriore passaggio.

Ebbene proprio la valenza e correttezza di tale algoritmo, preso a riferimento da molte stazioni appaltanti, è stata oggetto di contenziosi dinanzi a diversi TAR d'Italia: al centro del contendere la legittimità di un **criterio interpretativo** della norma di che trattasi **diverso** da quello elaborato dal M.I.T. e sostenuto da alcuni operatori economici, secondo i quali il valore risultante dalla applicazione del prodotto (espresso in percentuale), delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) dell'articolo 97 comma 2, allo scarto medio di cui alla lettera b) andrebbe sottratto alla prima soglia di anomalia (lett.c) non nella sua valenza di numero assoluto ma, ancora una volta, percentualmente.

In sintesi, secondo la ridetta diversa prospettazione, il risultato della formula $S \times [1 - (c1 \times c2/100)]$ costituirebbe la percentuale di decremento della quale correggere la prima soglia di anomalia e non il valore assoluto numerico da sottrarre alla stessa.

Nel dibattito sul tema, la lettura normativa sin qui esposta, alternativa a quella del M.I.T., ha trovato la condivisione del TAR Marche-Ancona nelle decisioni nn. 622/2019 e 93/2020.

Secondo il TAR Marche "una esegesi della lett. d) del comma 2 del novellato art. 97 Codice appalti che tenga debitamente conto delle nozioni e dei concetti propri della matematica, si desume che:

- "decrementare" un numero di un "valore percentuale" significa calcolare il valore assoluto a cui corrisponde quella determinata percentuale e sottrarre tale valore al numero di partenza (ad esempio, decrementare 100 del "valore percentuale" 20% significa calcolare a quanto corrisponde il 20% di 100 e poi sottrarre tale numero a 100);

- la "prima soglia di anomalia" che viene calcolata ai sensi della let. c), seppure graficamente espressa come se fosse una percentuale (il che si giustifica per il fatto che essa è la media di ribassi percentuali sui prezzi a base di gara incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi ed è dunque graficamente connotata dal simbolo "%") in questo senso va intesa come un numero assoluto, rispetto al quale va operato il "decremento".

Il valore ottenuto applicando allo scarto medio aritmetico il prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi, secondo il TAR Marche, dunque, non andrebbe tal quale sottratto, in termini di grandezza assoluta, dalla prima soglia di anomalia; esso esprimerebbe la variazione percentuale in

decremento da applicare a quest'ultima, secondo l'esemplificazione di calcolo riportata nella sentenza appena richiamata, che non esprime una operazione di mera sottrazione ma un rapporto percentuale fra due valori.

L'interpretazione sin qui riportata, non ha superato, tuttavia, il vaglio del Giudice dell'Appello siccome trascendente rispetto alla portata letterale dell'articolo 97, comma 2, d.lgs n. 50/2016.

Il Consiglio di Stato, sezione V, con la ordinanza n. 6345 del 20.12.2019, ha, infatti, sospeso l'efficacia della sentenza del TAR Marche n. 622/2019, ritenendo che "prima facie, la formula prefigurata dal dato normativo per la determinazione della soglia (finale) di anomalia (SA) sia ancorata alla sommatoria della "media aritmetica dei ribassi percentuali" (MAR) - depurata ai sensi della lett. a) mediante il taglio delle ali - e dello "scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali" (SMA), relativo alle offerte con ribassi superiori dalla media (lettere b) e c)), quest'ultimo decrementato di un "valore percentuale" in funzione correttiva, preordinato ad introdurre un funzionale fattore di incertezza e di imprevedibilità (da considerarsi in assoluto, trattandosi di poste tutte espresse in forma percentuale) pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola di SMA (PR): in sostanza: $SA = MAR + SMA (1 - PR)$ " (Consiglio di Stato sezione V, n ordinanza n. 6345 del 20/12/2019).

L'algoritmo indicato dal Consiglio di Stato nella pronuncia appena citata, in disparte l'utilizzo di lettere diverse per l'identificazione dei valori di calcolo, è in effetti identico a quello elaborato dal M.I.T. nella circolare del 05/07/2019.

In entrambi la soglia di anomalia finale è determinata in ragione della sommatoria fra la media aritmetica dei ribassi percentuali e lo scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali, **poi decrementata** del prodotto delle prime due cifre dopo la virgola dei ribassi di cui alla lettera a), come determinato (solo questo prodotto) nel suo valore percentuale ed applicato, sempre quale valore percentuale, allo scarto medio.

Il valore che deriva da tale "applicazione" corrisponde, lo chiarisce espressamente il Consiglio di Stato, già ad una grandezza assoluta che, come tale, costituisce il fattore di correzione della prima soglia di anomalia, senza che siano necessarie ulteriori operazioni.

E' vero che nella maggior parte dei gravami interposti dinanzi al Giudice Amministrativo di prime cure si è giunti alla conclusione, identica a quella poi espressa dal Consiglio di Stato, che l'espressione "valore percentuale" di cui al richiamato articolo 97, comma 2, lettera d), **faccia riferimento solo alla grandezza numerica da applicare allo scarto medio aritmetico** (cfr. TAR. Lombardia, Milano, ord. n. 937 del 25 luglio 2019) **e non anche al valore finale da sottrarre "alla prima soglia"** (in tal senso TAR Sicilia- Catania sez. I sent. n. 2191/2019 del 16.9.2019 e TAR Lombardia- Milano II, ord. n. 937 del 25.7.2019).

E' del TAR Lombardia- Brescia la sentenza n. 968 del 08.11.2019, richiamata dalla decisione del Tar

Puglia Bari in commento, secondo la quale “la locuzione ‘decremento’ di per sé è neutrale rispetto alla qualificazione del valore da portare in diminuzione; la soluzione è fornita dalla struttura della disposizione, la quale nella sua seconda parte descrive l’operazione preliminare da compiere, per cui il prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi è applicato come percentuale allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b; al termine del passaggio, la cifra così calcolata deve essere sottratta alla c.d. ‘prima soglia’, e viene in rilievo come grandezza assoluta, dal momento che la norma non specifica che l’operazione contempla nuovamente (e, dunque, una seconda volta) l’applicazione di un dato percentuale”.

Ed infatti l'articolo 97, comma 2, del d.lgs 50/2016, lett. d) sancisce che la prima soglia determinata ai sensi della lettera c) debba essere “decrementata di un valore percentuale pari a....” e **non anche che la ridetta soglia debba essere sottoposta ad un “decremento percentuale”** ovvero ad una variazione percentuale in decremento.

La lettera della legge recita appunto “ la soglia calcolata alla lettera c) viene decrementata di un valore percentuale pari al prodotto (.....)” e non usa la diversa espressione “viene decrementata percentualmente”.

La differenza terminologica non è di poco rilievo: se il legislatore avesse adoperato quest'ultima espressione, la correzione della prima soglia di anomalia avrebbe dovuto essere eseguita mediante il calcolo della variazione percentuale in decremento, corrispondente al valore espresso dal risultato dell’operazione matematica finale di cui alla lettera d).

Di contro, di qui la portata neutrale del termine “decremento” usato dal legislatore, la norma di cui alla secondo comma, lett.d) dell'articolo 97, non richiederebbe, secondo la lettura interpretativa del TAR Brescia condivisa dal TAR Bari, una variazione percentuale in decremento della prima soglia di anomalia, ma rinvierebbe ad una **semplice operazione di sottrazione da quest'ultima del valore (assoluto) determinato in esito alla operazione matematica finale di cui alla citata lettera d) .**

In considerazione dell’antico noto brocardo latino secondo il quale in claris non fit interpretatio, il Giudice dell’Appello ha escluso che la descrizione dell’ultima operazione matematica di cui all'articolo 97, comma 2, lett. d), rimandi al calcolo della variazione percentuale di decremento della prima soglia di anomalia. La norma, nella sua interpretazione letterale, imporrebbe, semplicemente, la correzione di quest'ultima mediante **la mera sottrazione (decremento)** dalla stessa di un valore determinato, secondo un meccanismo che ne assicura l'imprevedibilità, mediante l'operazione di applicazione allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b) del valore percentuale corrispondente al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) .

La posizione del Consiglio di Stato, resa con ordinanza della V sezione n. 6345/2019, è stata di recente ulteriormente confermata con la sentenza del 6 maggio 2020 n. 2856 pronunciata su impugnazione di una pure peculiare sentenza, in linea con la consolidata posizione del Giudice anconetano, sempre del TAR

Marche- Ancona n. 82/2020 del 20.01.2020.

Secondo la sentenza appellata, ancora una volta divergente dalle posizioni del Giudice dell'Appello, "la formulazione letterale dell'art. 97, comma 2, lettera d), del d.lgs. n. 50 del 2016 depone nel senso che il decremento della soglia di cui alla lettera c) sia un valore percentuale; la disposizione richiede infatti di "decrementare" il valore di partenza di un "valore percentuale pari a...".

Il Giudice dell'Appello, definitivamente confermando il proprio orientamento, con la sentenza citata ha, invero, cassato anche la predetta ultima decisione del TAR Ancona, ribadendo che la disposizione di cui all'articolo 97, comma 2, lett. d) imponga "di riprendere la somma dei ribassi già calcolata ai sensi della lettera a) e di moltiplicare tra loro le prime due cifre dopo la virgola di tale somma; il prodotto così ottenuto va applicato allo scarto medio aritmetico a sua volta già calcolato in base alla lettera b); del valore così ottenuto va infine decrementata la soglia determinata dalla somma prevista dalla lettera c) tra la media dei ribassi e lo scarto medio aritmetico".

Il Consiglio di Stato esclude, dunque, che per rispettare il disposto della lettera d) sia necessario applicare il valore percentuale alla somma della media dei ribassi con lo scarto aritmetico medio, per ottenere un ulteriore valore percentuale.

La tesi, insistentemente sostenuta dal TAR Marche -Ancona, secondo il Consiglio di Stato "è invece **priva di base legale**, nella misura in cui finisce per introdurre un'ulteriore operazione di calcolo non prevista dall'art. 97, comma 2, del codice dei contratti pubblici. Tanto meno è un'operazione necessaria, in considerazione della carattere percentuale del valore ottenuto in pedissequa applicazione della medesima lettera d)".

E' evidente dunque, secondo il Giudice dell'Appello, quale sia, nel suo tenore letterale, la corretta interpretazione della norma: allo scarto medio va applicato il valore percentuale corrispondente al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a). **E' solo tale prodotto che va considerato nel suo in valore percentuale e non anche il dato numerico (assoluto) risultante dall'applicazione di tale valore percentuale allo scarto medio:** dato numerico che, tal quale, va sottratto dalla prima soglia di anomalia.

Deve allora ormai ritenersi confermato dalla giurisprudenza amministrativa che la corretta interpretazione dell'art. 97, comma 2, lettera d) del d.lgs. n. 50/2016, nella formulazione risultante dalle modifiche introdotte con d.l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019, in relazione al criterio di determinazione della soglia di anomalia per gare al massimo ribasso sul prezzo e con un numero di offerte ammesse superiori a quindici, non possa che essere quella espressa dall'algoritmo dal M.I.T., condivisa dall' ANAC e dalla maggioritaria giurisprudenza di primo e secondo grado.

In tal senso la conclusione del TAR Puglia Bari con la decisione in commento che, in considerazione della ribadita **natura interpretativa delle circolari M.I.T.** sul tema, ha giudicato corretto l'algoritmo

applicato dalla stazione appaltante “essendo la condotta della P.A. e la scelta del metodo di calcolo della soglia di anomalia conforme alle indicazioni ministeriali, a quella dell'A.n.a.c. e all'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa (cfr.: T.a.r. Lombardia Milano II, ord. n. 937 del 25.7.2019; T.a.r. Sicilia - Catania, n. 2191 del 16.9.2019; T.a.r. Calabria - Catanzaro, ord. n. 363 del 16/09/2019)”.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/calcolo-della-soglia-di-anomalia-per-il-giudice-amministrativo-pugliese-e-corretto-applicare-lalgoritmo-elaborato-dal-m-i-t/>