

Il metodo di calcolo del fattore di correzione della soglia di anomalia

Autore: Angelo Salonia

In: Giurisprudenza commentata

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'inquadramento della fattispecie e della questione giuridica. - 3. Le interpretazioni contrastanti della giurisprudenza e le conclusioni dell'Adunanza Plenaria. - 4. Considerazioni conclusive.

Per approfondire leggi anche "Il contenzioso su appalti e contratti pubblici" di Elio Guarnaccia.

1.

Premessa

La vicenda posta all'attenzione dell'Adunanza Plenaria trae **origine da una gara** che si è svolta con procedura aperta accelerata[1], da aggiudicarsi in base al criterio del prezzo più basso, indetta da ANAS. s.p.a. per la realizzazione di urgenti lavori di ripristino e messa in sicurezza della viabilità delle infrastrutture stradali danneggiate dagli eventi sismici che hanno colpito il territorio delle regioni Lazio, Marche, Umbria e Abruzzo a partire dal 24 agosto 2016.

Nella gara de qua, la lex specialis ha previsto l'esclusione automatica delle offerte anomale ex art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 (previsione possibile trattandosi di affidamento sotto la soglia di rilevanza comunitaria) e, a tal fine, la stazione appaltante, mediante sorteggio fra i diversi possibili metodi di calcolo della soglia di anomalia, ha individuato il criterio di cui all'art. 97, comma 2, lett. b) del codice dei contratti pubblici.

Ritenendo di applicare tale disposizione in maniera corretta, la stazione appaltante ha escluso le offerte anomale così determinate e ha proceduto all'aggiudicazione della gara al concorrente che aveva proposto in gara la prima delle offerte non anomale.

L'aggiudicazione così effettuata è stata impugnata dinnanzi al T.A.R. Umbria, dove la parte ricorrente ha contestato, primariamente e per ciò che rileva in questa sede, la "violazione e la falsa applicazione

dell'art. 97, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 e delle «direttive» ANAC del 5 ottobre 2016” sostenendo che fosse stato applicato in maniera errata il metodo di computo della soglia di anomalia, e che ciò avrebbe comportato l'illegittima esclusione dell'operatore economico appellante facendolo risultare il primo degli esclusi dalla gara.

A seguito della reiezione del ricorso da parte del T.A.R.[2], l'operatore economico ha proposto appello al Consiglio di Stato. Il Supremo Consesso della giustizia amministrativa, dopo aver appurato che la disposizione censurata ha dato luogo a diverse interpretazioni tra loro contrastanti, ha considerato la questione di “particolare importanza” nel settore degli appalti pubblici e del calcolo delle soglie di anomalie. Così, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha sospeso il giudizio e rimesso la questione all'Adunanza Plenaria[3] che, con la sentenza n. 13 dello scorso 30 agosto 2018, individuato la corretta interpretazione del metodo di calcolo per la determinazione della soglia di anomalia delle offerte previsto dall'art. 97, comma 2, lettera b) del codice dei contratti pubblici.

La pronuncia in commento conferma l'importanza di massima della questione, ritenuta essenziale per garantire la correttezza degli appalti pubblici e la sostenibilità delle relative offerte.

2.

L'inquadramento della fattispecie e della questione giuridica

Prima di giungere a decisione, l'Adunanza Plenaria ha ricostruito lo scenario normativo relativo all'offerta anomala e al suo metodo di calcolo. Per cercare di fare chiarezza sul punto nodale su cui orbita il contenzioso in esame, e al fine di un corretto inquadramento della fattispecie, è necessaria dunque una previa ricognizione della normativa applicabile.

In via preliminare, giova ricordare che per offerta anomala si intende una “**offerta anormalmente bassa** rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando di gara che, in quanto tale, suscita il sospetto della scarsa serietà dell'offerta e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale[4]”. La funzione del giudizio di anomalia dell'offerta, dunque, è quella di garantire un equilibrio tra la convenienza della Pubblica Amministrazione ad affidare l'appalto ad un prezzo ragionevole tenendo conto dei limiti dettati dalle leggi di mercato e l'affidabilità della proposta contrattuale[5].

Il calcolo della soglia di anomalia delle offerte rappresenta uno dei nodi principali del Codice dei contratti pubblici, tanto che ha creato, e continua a creare, situazioni conflittuali ed irrisolte, dando origine a

decisioni anche contrastanti ed a ripetuti interventi da parte dei giudici di Palazzo Spada.

Questa materia, infatti, ha conosciuto negli anni diversi interventi da parte del legislatore, su impulso della normativa comunitaria[6], fino ad arrivare all'attuale disciplina contenuta nell'**art. 97 del d.lgs. n. 50/2016** (c.d. Codice dei contratti pubblici), peraltro già oggetto di correzioni dopo appena un anno dalla sua entrata in vigore con il d.lgs. n. 56/2017 (c.d. decreto correttivo). Ciò testimonia come la disciplina dell'offerta anomala sia considerata ancora in fase di assestamento[7].

L'art. 97, d.lgs. n. 50/2016 prevede diverse modalità di calcolo della soglia di anomalia a seconda che il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa o quello del massimo ribasso. Tuttavia, l'iter valutativo che ha ingenerato maggiori dubbi, e che rileva ai fini della nostra analisi, è quello a cui fare ricorso quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso.

Con riferimento a quest'ultimo criterio, il comma 2 dell'art. 97 prevede cinque metodi di calcolo alternativi della soglia di anomalia, da determinare mediante sorteggio **in sede di gara**. Rispetto all'unico criterio di cui al precedente codice dei contratti del 2006, la previsione di una pluralità di criteri costituisce una novità del codice del 2016 al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, disponendo un sorteggio tra i cinque criteri cui procede il RUP o la commissione giudicatrice[8].

Se da un lato la nuova disciplina ha il dichiarato e condivisibile fine di evitare che i concorrenti possano conoscere preventivamente il criterio di verifica dell'anomalia e regolare l'offerta in relazione a detto criterio, dall'altro lato, la dottrina si è mostrata particolarmente critica con la nuova disposizione sostenendo che il legislatore abbia introdotto "cinque formule matematiche differenti, di difficile interpretazione ed applicazione[9]" che costituiscono dei sistemi di verifica piuttosto casuali e sganciati dall'offerta della gara[10], tali da non permettere di individuare un'anomalia oggettiva dell'offerta. Si è sostenuto, inoltre, che il legislatore abbia operato in palese violazione del divieto di gold plating[11], introducendo "regole sovrabbondanti, complicate e non necessarie[12]" rispetto a quanto indicato nella Direttiva 2014/24/UE (che è stata recepita nel nostro ordinamento dando vita all'attuale art. 97 del nuovo codice dei contratti).

Sul punto, anche la giurisprudenza si è mostrata critica con la disposizione in parola in quanto destinata a condurre, a seconda dell'esito del sorteggio fra i cinque metodi di calcolo della soglia di anomalia ivi previsti, a risultati di gara "radicalmente diversi", sì che risulta "arduo individuare una logica di sistema della disposizione, nel suo confronto con la realtà della gara, risultando pienamente rispettato il solo criterio dell'imprevedibilità dell'esito", atteso che "quasi tutte o quasi nessuna delle offerte anomale ammesse potrebbero essere qualificate «anomale» nella stessa gara a seconda del criterio sorteggiato"[13].

Si è rilevato, inoltre, come lo sforzo maggiore per individuare i criteri matematici per la valutazione delle offerte sia stato effettuato per il criterio del prezzo più basso che è, in realtà, un criterio residuale rispetto

a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che con il nuovo codice è diventato il criterio principale[14].

Una volta ricostruito il quadro normativo di riferimento, e per ricollegarci alla vicenda in esame ed alla questione giuridica rimessa all'Adunanza Plenaria, occorre puntare il focus sul secondo dei cinque metodi di calcolo previsti dalla norma, più specificamente quello contenuto nella lettera b) del secondo comma dell'art. 97. Tale disposizione stabilisce che: "Quando il criterio di aggiudicazione è quello del **prezzo più basso**, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla soglia determinata; al fine di non rendere predeterminabili ai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi: (...)

b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra".

Come si evince dal tenore testuale della disposizione, il metodo di cui alla lettera b) del citato art. 97, comma 2, prevede due distinte operazioni:

- il calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, dalle quali vanno escluse il venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di minor ribasso arrotondato all'unità superiore (c.d. taglio delle ali)
- il calcolo della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi, che costituiscono il correttivo da applicare alla media in precedenza determinata a seconda che la cifra dopo la virgola sia dispari (per cui la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra) ovvero pari o uguale a zero (nel quale caso la media resta invariata).

È proprio su questo secondo passaggio matematico - denominato dal collegio rimettente "calcolo del fattore di correzione della soglia di anomalia" - che la giurisprudenza ha assunto posizioni divergenti[15], sui quali l'Adunanza Plenaria è stata chiamata a far chiarezza. Infatti, mentre per il calcolo della media aritmetica il legislatore si riferisce chiaramente a tutte le offerte ammesse al netto del taglio delle ali, in riferimento alla seconda operazione non si cita lo scomputo del taglio delle ali; da ciò il dubbio se per il calcolo della somma aritmetica (da utilizzare per procedere all'applicazione del c.d. fattore di correzione) si debbano considerare:

1. tutti i concorrenti ammessi, anche se le loro offerte rientrano nel taglio delle ali;
2. solo i concorrenti che non rientrano nel taglio delle ali.

La differenza non è di poco conto. L'applicazione dell'uno o dell'altro metodo determina in modo significativo l'aggiudicazione, in quanto modificandosi anche di pochi decimi la soglia di anomalia può accadere, come è accaduto nel caso di specie, che il primo concorrente si collochi al di là della soglia con conseguente esclusione automatica a suo danno[16].

Per approfondire leggi anche “Il contenzioso su appalti e contratti pubblici” di Elio Guarnaccia.

3.

Le interpretazioni contrastanti della giurisprudenza e le conclusioni dell'Adunanza Plenaria

L'Adunanza Plenaria, prima di giungere a conclusione, ha ricostruito gli orientamenti giurisprudenziali sviluppatesi in merito alla previsione di cui all'art. 97, comma 2, lett. b) del codice dei contratti pubblici. Nel dettaglio, si fronteggiavano due possibili letture su come computare il c.d. fattore di correzione.

Secondo un primo orientamento[17], condiviso dal giudice di prime cure e dal collegio remittente, la disposizione in esame deve essere interpretata e applicata secondo un criterio “dissociativo”.

In base a tale opzione interpretativa, il legislatore avrebbe intenzionalmente tenuto distinte: da un lato, la platea dei concorrenti in relazione ai quali determinare la media aritmetica dei ribassi (platea che andrebbe individuata previo taglio delle ali) e, dall'altro, la platea dei concorrenti da prendere in considerazione al fine della determinazione del c.d. fattore di correzione (platea che andrebbe identificata con l'intero novero dei concorrenti ammessi, senza taglio delle ali).

Tale tesi interpretativa è supportata da argomentazioni di natura testuale, sostanziale, logica e sistematica:

- secondo l'argomento di carattere testuale[18], se il legislatore avesse voluto escludere le offerte che residuano dopo il taglio delle ali, oltre che nel calcolo della media, anche ai fini della determinazione del fattore di correzione, avrebbe dovuto stabilirlo in maniera esplicita, senza far ricorso alla

generica locuzione “ribassi offerti dai concorrenti ammessi”;

- secondo l’argomento di carattere sostanziale, le offerte “tagliate” ai fini della media aritmetica di cui alla prima parte della disposizione sono e restano offerte “ammesse” ai fini del fattore di correzione di cui alla seconda parte della medesima disposizione;
- secondo l’argomento di carattere logico, dacché l’art. 97, comma 2, lettera b) richiede di effettuare due operazioni ontologicamente distinte (una media nella prima parte e una sommatoria nella seconda parte di essa), del tutto coerentemente i termini da tenere in considerazione ai fini di tali distinte operazioni dovrebbero restare anch’essi distinti fra loro;
- secondo l’argomento di carattere sistematico, infine, se la ratio della norma nel suo complesso è quella di rendere il più possibile non determinabile la soglia di anomalia, allora il criterio “dissociativo” risulterebbe quello più coerente con la ratio legis in quanto renderebbe ancora più **difficile predeterminabile la soglia di anomalia.**

In base ad un secondo orientamento[19], condiviso da una parte della giurisprudenza amministrativa sia di primo grado che di appello, l’art. 97, comma 2, lett. b) del codice dei contratti pubblici dovrebbe essere inteso, invece, secondo un criterio “associativo”.

Secondo tale impostazione, la locuzione “offerte ammesse” (al netto del taglio delle ali) di cui alla prima parte della disposizione e la locuzione “concorrenti ammessi” di cui alla seconda parte farebbero riferimento a platee omogenee (entrambe da individuare previo il taglio delle ali).

Con la sentenza in commento, l’**Adunanza Plenaria ritiene di aderire a questo secondo orientamento**, basato sul criterio associativo, anche sulla base di una giurisprudenza maggiormente orientata in tal senso.

Il ragionamento svolto dalla Plenaria si snoda infatti sui diversi assunti logici e sistematici posti a fondamento dei precedenti giurisprudenziali, che risultano permeati di persuasività.

In particolare, viene ribadito che elementi di carattere teleologico e sistematico militano nel senso di “[ritenere] corretta l’interpretazione secondo cui la previa esclusione (c.d. taglio delle ali) va inclusa anche nel calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali superiori alla media”[20]. Seguendo tale considerazione, non emergono valide ragioni per cui, una volta eliminate alcune offerte dal **criterio di calcolo**, le stesse possano successivamente rientrare a farne parte.

L’Adunanza Plenaria ritiene di dover escludere che il legislatore abbia inteso applicare il calcolo della media limitatamente ai ribassi ammessi dopo il taglio delle ali per poi successivamente calcolare,

all'opposto, la somma dei ribassi prendendo in considerazione tutti i ribassi originali, seppur già esclusi.

Ragioni di coerenza sistematica, sempre secondo il ragionamento svolto dall'Adunanza Plenaria, inducono a ritenere che la sostanziale presunzione su cui si fonda lo stesso meccanismo del taglio delle ali è tale da non soffrire di eccezioni o intermittenze nello **sviluppo logico ed aritmetico della determinazione della soglia di anomalia**. Ne consegue che un metodo di calcolo il quale prendesse in considerazione tale presunzione ai fini della prima operazione, ma la escludesse dalla seconda, risulterebbe intrinsecamente contraddittorio, "poiché farebbe perno su due giudizi di valore giuridico tra loro antitetici e incompatibili e, dunque, comprometterebbe la stessa ragion d'essere del primo accantonamento, peraltro indubitabilmente voluta dalla legge[21]".

L'Adunanza Plenaria ha poi osservato che l'opposta tesi, basata sul criterio dissociativo, non risulta suffragata da elementi testuali di portata dirimente, contrariamente a quanto affermato nell'ordinanza di rimessione. In tal senso, si è osservato che se il legislatore, nell'ambito della medesima disposizione, ha dapprima utilizzato la locuzione "offerte ammesse" (abbinata al meccanismo del taglio delle ali) e poco oltre ha fatto riferimento ai "concorrenti ammessi", non se ne inferisce in via necessaria che la seconda di tali locuzioni risulti incompatibile con il meccanismo del taglio delle ali. Al contrario, sempre secondo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria, elementi di carattere testuale sembrano deporre nel senso opposto.

In definitiva, una analisi di tipo sistematico ha indotto il collegio a ritenere preferibile leggere la disposizione de qua in modo tale da non apportarvi contraddittorietà interne in riferimento alla platea dei soggetti da tenere presenti nei due conteggi.

L'Adunanza Plenaria, infine, non ha ritenuto persuasivo l'argomento secondo cui il criterio di carattere dissociativo (ossia quello che tiene conto di due platee di soggetti diversi) risponderebbe meglio alla ratio di rendere il più possibile non predeterminabile la soglia di anomalia. Ciò sarebbe stato pertinente, secondo il collegio, nel precedente scenario normativo (quale quello di cui al d.lgs. n. 163/2006) dove vi era un'unica modalità per determinare le offerte anomale nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso: solo in tale corpus normativo infatti poteva risultare convincente, a fronte di dubbi interpretativi, l'adesione al criterio che impedisse la predeterminazione delle medie di gara da parte dei concorrenti, anche ricorrendo a basi di computo fra loro disomogenee. Nell'attuale codice, invece, stante la pluralità di metodi di calcolo e la scelta di demandare al sorteggio l'individuazione del criterio determinativo della soglia di anomalia non risulta necessario il ricorso ad ulteriori meccanismi volti ad introdurre elementi di disomogeneità fra le basi del computo. Ciò comporterebbe, secondo la ricostruzione del collegio, una disomogeneità non giustificata da esigenze concrete.

In conclusione, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha quindi enunciato il seguente principio di diritto: "l'articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici) si interpreta nel senso che la locuzione «offerte ammesse» (al netto del c.d. taglio delle ali) da prendere in considerazione ai fini del computo della media aritmetica dei ribassi e la locuzione «concorrenti ammessi» da prendere in considerazione al fine dell'applicazione del fattore di correzione

fanno riferimento a platee omogenee di concorrenti.

Conseguentemente, la somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi (finalizzata alla determinazione del fattore di correzione) deve essere effettuata con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi, ma al netto del c.d. taglio delle ali”.

4.

Considerazioni conclusive

L’esito a cui è giunta l’Adunanza Plenaria risulta convincente.

Innanzitutto, la pronuncia in commento si apprezza per la chiarezza espositiva, dal taglio operativo, che aiuterà le stazioni appaltanti ad orientarsi nell’applicazione dell’art. 97 del codice dei contratti pubblici.

La particolare importanza della pronuncia in esame appare evidente, inoltre, non solo per la corretta applicazione dell’art. 97, comma 2, lett. b), ma anche per il fatto che ad aver applicato il sistema censurato da giudici di Palazzo Spada con la sentenza in epigrafe è una **stazione appaltante “seriale” come l’ANAS**, peraltro nel contesto di un nutrito numero di gare bandite dall’ente quale soggetto attuatore della Protezione Civile, per riparare la rete stradale danneggiata dal terremoto del 2016 in quattro regioni[22].

La sentenza in esame, poi, risulta di particolare rilievo soprattutto in tutti quei casi in cui è prevista l’esclusione automatica[23] delle offerte anomale (come nel caso di specie). Tali ipotesi, infatti, hanno carattere eccezionale[24] rispetto all’impianto del codice dei contratti pubblici, in linea con quanto previsto dalla normativa europea. Di conseguenza, una corretta applicazione della soglia di anomalia è di fondamentale importanza laddove venga sacrificato il diritto al contraddittorio dell’operatore economico[25].

L’interpretazione accolta è quella più garantista dell’interesse pubblico, in quanto maggiormente idonea a prevenire manipolazioni della gara e del suo esito ostacolando condotte collusive in sede di formulazione delle percentuali di ribasso[26]. Gli argomenti di carattere logico e sistematico richiamati in sentenza, infatti, evidenziano una perfetta congruenza con il sistema del sorteggio previsto dal nuovo codice dei contratti pubblici e, quindi, con la ratio di non rendere predeterminabili le medie di gara.

Una siffatto orientamento appare coerente, tra l’altro, con l’interpretazione di un analogo metodo già adottato in Sicilia con la **legge regionale 10 luglio 2015, n.14**[27], introdotto durante la vigenza del

vecchio codice dei contratti del 2006 e parzialmente in deroga a quest'ultimo, per la determinazione della soglia di anomalia da applicare negli appalti sotto soglia da aggiudicarsi con il criterio di del prezzo più basso, con la possibilità di inserire nel bando la clausola di esclusione delle offerte anomale così determinate. Sebbene la norma regionale sia stata dichiarata costituzionalmente illegittima[28] per violazione dell'art. 117, comma 2, lettera e), Cost., ciò che occorre evidenziare in questa sede **è, mutatis mutandis, la piena analogia di natura ermeneutica ed eziologica**[29] tra i metodi previsti dalle due norme (regionale e statale), considerato che la Consulta non ha sindacato sul merito del metodo previsto dal legislatore regionale (e dunque sulla sua consistenza metodologica).

Non pare da sottacere, infine, come evidenziato dal collegio a sostegno dei propri argomenti, che anche l'ANAC ha aderito all'opzione interpretativa fatta propria dalla Plenaria (sia pure con atti di portata non vincolante)[30]. Per di più, in seguito alla sentenza in commento che ha posto fine al contrasto giurisprudenziale formatosi sull'argomento, l'Autorità Nazionale Anticorruzione in un parere di precontenzioso espresso lo scorso ottobre ha ribadito che "non è legittimo l'operato della stazione appaltante che ha proceduto alla somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi ai fini del calcolo del fattore di correzione conteggiando anche le offerte accantonate con il taglio delle ali ai fini del computo della media aritmetica di cui al primo passaggio del metodo di calcolo della soglia di anomalia"[31].

In conclusione, muovendosi in un contesto normativo complesso ed ancora in fase di assestamento, l'intervento dell'Adunanza Plenaria, rendendo recessiva qualsiasi e diversa considerazione di ordine sistematico e teleologico, risponde all'esigenza di dare certezza nello svolgimento delle gare ad evidenza pubblica, di cui potranno trarre beneficio stazioni appaltanti ed operatori economici.

Volume consigliato

BIBLIOGRAFIA

CARINGELLA F., Codice amministrativo ragionato, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2018

CARINGELLA F., GIUSTINIANI M., Codice dei contratti pubblici annotato con la giurisprudenza, Lavis, Dike Giuridica Editrice, 2018

CARINGELLA F., PROTTO M., Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017

CARINGELLA F., TARANTINO L., Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2018

CUTAJAR O., MASSARI A., Il Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza e la prassi,

Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, 2017

DE MARCO N., L'anomalia dell'offerta: inesauribile fonte di contenzioso, in GARELLA F., MARIANI M., SPAGNOLETTI L., TOMA E. (a cura di), I nodi del codice dei contratti pubblici, Bari, Cacucci Editore, 2018

FANTINI S., SIMONETTI H., Le basi del diritto dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2017

FRATINI M., Manuale sistematico di diritto amministrativo, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2018

FRONTERA M., Gare al massimo ribasso, Palazzo Spada: ecco come va corretta la soglia di anomalia, in Edilizia e Territorio. Quotidiano del Sole 24 ore,

GHIRIBELLI A., Quando l'offerta è anomala? Un'analisi ragionata, in GARELLA F., MARIANI M., SPAGNOLETTI L., TOMA E. (a cura di), I nodi del codice dei contratti pubblici, Bari, Cacucci Editore, 2018

LACAVA C., Il nuovo codice dei contratti pubblici. I criteri di aggiudicazione, in Giorn. dir. amm., 2016, n.4

LONGO A., CANZONIERI E., La nuova disciplina dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2018

MARGIOTTA S. (a cura di), Offerte anormalmente basse negli appalti pubblici, Roma, Legislazione Tecnica Editore, 2017

TIRIO F., La regolamentazione dopo la direttiva servizi, Torino, Giappichelli, 2017

Note

[1] Con bando pubblicato sulla G.U.R.I. n. 60 del 26 maggio 2017, l'ANAS s.p.a. ha indetto una procedura aperta accelerata ex art. 60, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 facendo ricorso a tal fine alle deroghe al Codice dei contratti pubblici espressamente autorizzate dal Soggetto Attuatore ai sensi delle OCDPC n. 388/2016, n. 394/2016 e n. 408/2016. Tra le deroghe assentite figuravano, in particolare, quella all'art. 32, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 che consentiva, a valle dell'aggiudicazione, l'immediata stipula del contratto.

[2] TAR Umbria, sez. I, 26 gennaio 2018, n. 72.

[3] Cons. Stato, sez. V, ord. 8 giugno 2018, n. 3472.

[4] A. GHIRIBELLI, Quando l'offerta è anomala? Un'analisi ragionata, in GARELLA F., MARIANI M., SPAGNOLETTI L., TOMA E. (a cura di), I nodi del codice dei contratti pubblici, Bari, Cacucci Editore,

2018, 209.

[5] F. CARINGELLA, Codice amministrativo ragionato, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2018, 725.

[6] La normativa relativa alla verifica dell'anomalia dell'offerta negli appalti pubblici trae origine dall'art. 29, comma 5, direttiva 71/305/CEE del 26 luglio 1971 recepita in Italia con l'art. 5, commi 9 e 10, legge n. 14/1973, e quindi con l'art. 24, comma 2, legge n. 584/1977 di adeguamento alle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea con la finalità di verificare i ribassi praticati nelle gare, a volte tanto rilevanti da apparire non congrui, e diretti solo ad ottenere l'aggiudicazione della gara. Successivamente, la materia è stata disciplinata dal codice dei contratti pubblici approvato con d.lgs. n. 163/2006, con il quale sono state recepite nel nostro ordinamento la direttiva 2004/18/CE per gli appalti di lavori e forniture e la direttiva 2004/17/CE sui settori speciali. Infine, in recepimento dell'art. 69 della direttiva 2014/24/UE, la materia è stata ulteriormente modificata e confluita nell'art. 97, d.lgs. n. 50/2016 (ultima versione del codice dei contratti pubblici) a sua volta modificato e integrato dal d.lgs. n. 56/2017 (c.d. decreto correttivo).

[7] Cfr. N. DE MARCO, L'anomalia dell'offerta: inesauribile fonte di contenzioso, in GARELLA F., MARIANI M., SPAGNOLETTI L., TOMA E. (a cura di), I nodi del codice dei contratti pubblici, Bari, Cacucci Editore, 2018, 197 ss.

[8] Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. III, ord. 13 marzo 2017, n. 1151, dove i giudici di Palazzo Spada chiariscono che l'art. 97, comma 2, d.lgs. n.50/2016, proprio "al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia", con una previsione innovativa ha stabilito che il metodo per determinare la soglia di anomalia - prescelto tra i cinque previsti dallo stesso comma 2 - sia scelto mediante il sorteggio in sede di gara e non preventivamente, così eliminando il rischio di un precedente accordo collusivo tra tutti gli operatori partecipanti alla gara circa l'entità di eventuali ribassi al fine di influenzare il calcolo della soglia allorché la gara venga aggiudicata con il criterio del prezzo più basso.

[9] C. LACAVA, Il nuovo codice dei contratti pubblici. I criteri di aggiudicazione, in Giorn. dir. amm., 2016, n. 4, 459.

[10] N. DE MARCO, op. cit., 200.

[11] Il divieto di gold plating consiste nel "divieto di introdurre senza eccezionali ragioni livelli di regolamentazione superiori a quelli minimi previsti dalle direttive europee" (così, F. TIRIO, La regolamentazione dopo la direttiva servizi, Torino, Giappichelli, 2017, 50).

[12] C. LACAVA, op. cit., 459.

[13] Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2018, n. 435.

[14] F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017, 480.

[15] Cfr., ex plurimis, TAR Piemonte, sez. II, 8 marzo 2017, n. 327 e TAR Piemonte, sez. II, 21 aprile 2017, n. 538, in base alle quali la somma dei concorrenti ammessi deve identificarsi nella stessa somma effettuata tramite il c.d. taglio delle ali: Contra, ex plurimis, TAR Lazio - Roma, sez. II, 27 ottobre 2017, n. 10752 e TAR Sicilia - Palermo, sez. II, 19 settembre 2017, n. 2196, secondo cui la somma deve riguardare tutte le offerte ammesse anche in ragione del principio generale del favor participationis.

[16] Nel caso in esame, come evidenziato dai giudici di Palazzo Spada nella sentenza in commento, applicando il primo metodo (adottato dalla stazione appaltante e adesso censurato dall'Adunanza Plenaria) si ottiene una soglia di anomalia di 29,310% mentre applicando il secondo metodo si ricava una soglia di anomalia del 29,606%. La differenza dei decimali significa l'aggiudicazione all'una o all'altra delle imprese coinvolte nel contenzioso.

[17] Cfr., ex plurimis, TAR Veneto, sez. I, 22 febbraio 2018, n. 215; TAR Umbria, sez. I, 26 gennaio 2018, n. 72; TAR Emilia Romagna - Bologna, sez. I, 5 dicembre 2016, n. 983.

[18] Sul punto, cfr. TAR Veneto, sez. I, 22 febbraio 2018, n. 215, secondo cui il chiaro tenore letterale dell'art. 97, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 non ne consente alcuna interpretazione ermeneutica di tipo sistematico, giacché da esso è possibile ricavare, in modo univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, secondo il principio "in claris non fit interpretatio". In particolare, la disposizione, secondo il Tribunale Amministrativo Regionale, richiede che "la media dei ribassi percentuali sia calcolata sulla base di «tutte le offerte ammesse», così dovendosi intendere comprese anche quelle fatte oggetto del c.d. «taglio delle ali». Tale concetto, è poi ribadito altre due volte nell'ambito della stessa disposizione, allorché si fa riferimento ai «concorrenti ammessi»".

[19] Cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018, n. 2959; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2018, n. 435; Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2017, n. 4803.

[20] Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018 n. 2959.

[21] Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2017, n. 4803.

[22] M. FRONTERA, *Gare al massimo ribasso, Palazzo Spada: ecco come va corretta la soglia di anomalia*, in *Edilizia e Territorio*.

[23] L'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 prevede, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alla c.d. soglia comunitaria, la possibilità per la stazione appaltante di prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla procedura di selezione delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia. Tale facoltà non è

esercitabile, però, quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci e deve comunque essere previamente prevista dal bando o nell'invito a presentare l'offerta (cfr. TAR - Lazio, sez. II bis, 20 gennaio 2017, n. 1034).

[24] Fatte salve ipotesi particolari per gli appalti sotto soglia, il codice dei contratti pubblici dispone la generale impossibilità di ricorrere all'esclusione automatica delle offerte anomale, prevedendo invece un procedimento di verifica della congruità dell'offerta anomala ai sensi dell'art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50/2016. Le amministrazioni aggiudicatrici, infatti, prima di escludere un'offerta sospetta di essere anormalmente bassa, verificano, in contraddittorio con gli interessati, l'effettiva congruità o meno del prezzo proposto. Ciascun concorrente deve quindi essere posto nelle condizioni di poter rendere all'amministrazione le proprie "spiegazioni" sul prezzo offerto (cfr. M. FRATINI, Manuale sistematico di diritto amministrativo, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2018, 1008).

[25] La ratio sottesa alla produzione delle giustificazioni dell'anomalia dell'offerta è quella di "garantire il concorrente contro il pericolo di perdere l'aggiudicazione, a motivo di una supposta anomalia dell'offerta, senza aver potuto dare tutte le giustificazioni del caso o senza che queste siano state debitamente prese in considerazione" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 2014).

[26] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2018, n. 435.

[27] Le legge regionale n. 23/2015 ha modificato l'art. 19 della legge regionale n. 12/2011, introducendo il comma 6 bis, secondo cui: "La soglia di anomalia è individuata dalla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso, incrementata o decrementata percentualmente di un valore pari alla prima cifra, dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi. L'incremento o il decremento è stabilito in base alla cifra, dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi, rispettivamente se pari o dispari. Nel caso in cui il valore così determinato risulti inferiore all'offerta di minor ribasso ammessa, la gara è aggiudicata a quest'ultima [...]".

[28] Cfr. Corte Cost., 14 dicembre 2016, n. 263, la quale ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6 bis, legge regionale n. 12/2011 per violazione dell'art. 117, comma 2, lettera e), Cost. La Consulta ha specificato il contenuto dei limiti statutori alla potestà legislativa regionale in materia di lavori pubblici di esclusivo interesse regionale o provinciale, ribadendo che tale competenza - attribuita alle autonomie dai rispettivi statuti speciali (nel caso concreto si trattava dello statuto della Regione Sicilia, regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n.455) - deve comunque essere esercitata nel rispetto della Costituzione, dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, nonché degli obblighi internazionali e delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali.

Dalla riconduzione delle disposizioni codicistiche - considerate tutte (comprese quelle relative ad appalti inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria) come "norme fondamentali delle riforme economico-sociali", nonché norme attuative degli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'UE -

all'ombrello della "tutela della concorrenza", (materia rientrante nella competenza legislativa esclusiva statale ex art. 117, comma 2, lett. e)) deriva dunque l'assunto secondo cui le autonomie speciali non possono dettare discipline difformi da esse. Il percorso argomentativo della Corte porta pertanto a tratteggiare la disciplina prevista nel codice dei contratti come parametro interposto, la cui inosservanza si traduce in una violazione dei limiti costituzionalmente posti al legislatore regionale nella disciplina dei lavori pubblici.

[29] Sul piano ermeneutico, cfr. Circolare esplicativa della Regione Sicilia del 17 dicembre 2015, la quale precisa espressamente che secondo "il metodo previsto dall'art. 1 della legge regionale n. 14/2015 [...] la soglia di anomalia viene determinata sulla media aritmetica dei ribassi di tutte le offerte che rimangono in gara, dopo il taglio delle ali, introducendo un correttivo aleatorio che discende dalla somma di tutte le offerte ammesse". Sul piano eziologico, invece, la medesima Circolare stabilisce chiaramente che "tale modifica nella determinazione della soglia di anomalia, a differenza di quella previgente che ne prevedeva la determinazione suddetta ai sensi dell'art. 86 del [vecchio] codice dei contratti [...] persegue due finalità importanti in quanto i concorrenti nel formulare le offerte: a) non tenderanno a proporre ribassi sempre crescenti, come è stato verificato dall'esperienza sull'attuale metodo di determinazione della soglia di anomalia, considerata l'aleatorietà (incremento o decremento della media calcolata); b) non potranno più basarsi su dati statistici finalizzati soltanto ad aggiudicarsi la gara ricorrendo talvolta ad accordi collusivi, e conseguentemente formuleranno le offerte sulla base di una attenta analisi del progetto e dei costi sostenibili oltre che sulla propria organizzazione aziendale".

[30] In particolare, le Linee Guida n. 4 sui contratti sotto soglia (nel testo aggiornato con la delibera n. 206 del 1 marzo 2018) al punto 5.2.6, lett. k) hanno stabilito che "nel caso di sorteggio del metodo di cui all'art. 97, comma 2, lettera. b) del Codice dei contratti pubblici, una volta operato il cosiddetto taglio delle ali, occorre sommare i ribassi percentuali delle offerte residue e, calcolata la media aritmetica degli stessi, applicare l'eventuale decurtazione stabilita dalla norma tenendo conto della prima cifra decimale del numero che esprime la sommatoria dei ribassi".

[31] Delibera n. 891 del 17 ottobre 2018.

<https://www.diritto.it/il-metodo-di-calcolo-del-fattore-di-correzione-della-soglia-di-anomalia/>