

L'Adunanza plenaria precisa che, nel calcolo della soglia di anomalia, il c.d. «fattore di correzione» previsto dall'articolo 97, comma 2, lettera b) del d. lgs. n. 50 del 2016 dev'essere determinato con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi al netto del c.d. «taglio delle ali».

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 30 agosto 2018, n. 13 – Pres. Pajno, Est. Contessa

Contratti pubblici – Offerte anomale – Offerte al prezzo più basso – Calcolo soglia di anomalia – Fattore di correzione – Computo dei concorrenti ammessi al netto del c.d. «taglio delle ali».

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' (1).

(1) I. – La questione dell'applicazione del c.d. "fattore di correzione", di cui all'art. 97, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2016, è stata rimessa all'Adunanza plenaria dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza 8 giugno 2018, n. 3472 (oggetto della News US in data 22 giugno 2018) nell'ambito di un contenzioso avente ad oggetto la legittimità del calcolo della soglia di anomalia in procedura di gara da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso.

Al fine del corretto inquadramento della fattispecie oggetto dell'ordinanza di rimessione è necessaria una previa ricognizione della normativa applicabile. L'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016 (fatto oggetto di interventi modificativi dal successivo d.lgs. n. 56 del 201, c.d. primo correttivo), rubricato "Offerte anormalmente basse", prevede, in primo luogo, i metodi di determinazione della "soglia di anomalia", cioè volti a stabilire se un'offerta debba o meno essere considerata sospetta, in termini di congruità e sostenibilità, stabilendo, in secondo luogo, le modalità attraverso le quali gli operatori economici, le cui offerte appaiano anormalmente basse, debbano giustificare le stesse, fornendo spiegazioni su prezzi e costi proposti nelle offerte stesse (salve le ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale nei casi e alle condizioni di cui al comma 8 dello stesso art. 97 cit.).

Quando nella procedura di gara il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il metodo di determinazione della soglia di anomalia è

stabilito dall'art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2017, che prevede che la valutazione di congruità è effettuata *“sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara”*. Quando, invece, l'aggiudicazione avviene al prezzo più basso, la individuazione delle offerte sospettate di anomalia presenta una disciplina più complessa, fissata dall'art. 97, comma 2, d.lgs. n. 50 cit.; la regola generale è che la valutazione di congruità è effettuata *“sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata”*; il calcolo della suddetta *“soglia di anomalia”* non segue però una disciplina unitaria ma al contrario, *“al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia”*, può essere effettuato con cinque distinti metodi, indicati dallo stesso comma 2 alle lettere da a) ad e), tra i quali si sceglie con sorteggio in sede di gara.

La questione interpretativa posta nell'ordinanza di rimessione attiene alle modalità di calcolo della soglia di anomalia, in ipotesi di gara da aggiudicare al prezzo più basso, quanto sia stato sorteggiato il secondo metodo di calcolo, normato dal più volte menzionato art. 97, comma 2, lett. b). La soglia di anomalia è così determinata, secondo la disposizione citata: *“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”*. Nel testo previgente alle modifiche di cui al d.lgs. n. 56 del 2017 la norma aveva una portata parzialmente diversa, giacché la soglia di anomalia veniva determinata con riferimento alla *“media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, 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”*, con più imprecisa configurazione del c.d. *“taglio delle ali”*, per altro correlato al 10% anziché al 20% delle offerte ammesse.

La determinazione della soglia di anomalia, sulla base del metodo in esame, presuppone quindi i seguenti passaggi:

- individuazione delle <offerte ammesse>;
- c.d. <taglio delle ali> (sul quale si veda Cons. Stato, Adunanza plenaria, sentenza 19 settembre 2017, n. 5, in *Foro it.*, 2017, III, 635 con nota di M. CONDORELLI, nonché oggetto della News US in data 3 ottobre 2017, cui si rinvia per ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza), cioè individuazione delle offerte ammesse da prendere in considerazione, eliminando il venti per cento di quelle

di maggiore e minore ribasso, secondo la disciplina di cui allo stesso comma 2 lett. b);

- calcolo della <media aritmetica> dei ribassi percentuali, media che pacificamente è determinata prendendo in considerazioni solo le offerte ammesse residue, dopo il c.d. taglio delle ali;
- calcolo della <somma dei ribassi> offerti dai concorrenti ammessi: è questo il c.d. “fattore di correzione”, in quanto potenzialmente idoneo a correggere la <media aritmetica> precedentemente determinata: infatti se nella <somma dei ribassi> la prima cifra dopo la virgola è pari o uguale a zero la <media aritmetica> rimane invariata; se invece nella <somma dei ribassi> la prima cifra dopo la virgola sia dispari, la <media aritmetica> *“viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra”*.

La questione posta dalla ordinanza di rimessione attiene al calcolo della «somma dei ribassi», quale «fattore di correzione» rispetto alla «media aritmetica»: se infatti è palese dal testo della norma che la «media aritmetica» è determinata sulle offerte ammesse depurate con il «taglio delle ali», al contrario è frutto di diverse letture interpretative se, al fine del calcolo della «somma dei ribassi», debba tenersi conto di tutte le offerte ammesse o solo di quelle residue rispetto all’operazione di taglio delle ali.

II. – Il deferimento all’Adunanza plenaria è stato fondato sul seguente percorso argomentativo:

- a) il tenore testuale dell’art. 97, comma 2, lett. b) d.lgs. n. 50 cit. imporrebbe di individuare la soglia di anomalia nella <media aritmetica> dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse alla gara, con esclusione del 20% delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso (c.d. taglio delle ali); tale media deve altresì essere decurtata, percentualmente, di un valore pari alla prima cifra decimale, dopo la virgola, della <somma dei ribassi> offerti dai medesimi concorrenti ammessi (c.d. “fattore di correzione”), senza tener conto, quindi, del “taglio delle ali”, laddove detta cifra risulti dispari; infatti, il taglio delle ali ha il solo scopo di eliminare, ai fini del calcolo della media (e non già del fattore di correzione), l’influenza delle offerte più distanti dai valori medi, in modo da scoraggiare la presentazione di offerte prodotte al solo scopo di condizionare la media stessa;
- b) una prima tesi interpretativa del dato normativo, condivisa dall’ordinanza in rassegna, ritiene infatti che dalla lettera della norma risulti che il c.d. “taglio della ali” vale ai soli fini del calcolo della <media aritmetica> dei ribassi e non della <somma dei ribassi> offerti, c.d. “fattore di correzione”; ciò in quanto:
 - b1) se il legislatore avesse voluto tenere conto delle sole offerte che residuano dopo il taglio delle ali, oltre che nel calcolo della media, anche nella

determinazione del fattore di correzione della media stessa, lo avrebbe esplicitato, anziché fare genericamente riferimento ai “*ribassi offerti dai concorrenti ammessi*”;

- b2) l’operazione di somma dei ribassi è diversa dalla media aritmetica prevista dalla prima parte dell’art. 97, comma 2, lett. b), cosicché non coglie nel segno la doglianza di irragionevolezza dell’utilizzo di due medie diverse in una stessa disposizione;
- b3) tra i “*concorrenti ammessi*” di cui parla il secondo alinea della lett. b) in esame rientrano senza dubbio anche quelli, le cui offerte sono state escluse per il cd. taglio delle ali, giacché le offerte “*tagliate*” sono e restano offerte ammesse;
- b4) tale tesi risulta maggiormente compatibile con la *ratio* della disposizione, tesa a rendere il più possibile non predeterminabile e, quindi, ingovernabile *ex ante* dai vari concorrenti, il calcolo della soglia di anomalia delle offerte, dando così un ulteriore contributo all’eliminazione di possibili influenze delle offerte con finalità meramente distorsive;
- b5) si deve anche rilevare che, pur con le modifiche introdotte all’art. 97, co. 2, lett. b), dal d.lgs. n. 56/2017, la situazione è rimasta immutata, atteso che le modifiche normative hanno riguardato il primo alinea della lett. b) – stabilendo che il c.d. taglio delle ali riguarda il “*venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all’unità superiore*” - e non anche il secondo alinea che il legislatore ha inteso inequivoco, poiché il significato della disposizione emerge di per sé dal dato letterale, come sopra precisato;
- c) secondo un’altra tesi, condivisa da una parte della giurisprudenza amministrativa sia di appello che di primo grado, invece, le offerte previamente escluse in virtù del taglio delle ali non devono essere considerate, non ritenendosi che il legislatore abbia inteso applicare il calcolo della <media aritmetica> 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.

III. – Con la sentenza in rassegna l’Adunanza plenaria in via preliminare dichiara l’inammissibilità dell’intervento spiegato in appello da un’impresa estranea al giudizio e fondato sulla sola circostanza per cui l’interventore sarebbe parte in un distinto giudizio in cui viene in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella sottoposta all’attenzione della plenaria; rileva sul punto l’assenza di uno specifico interesse all’intervento nel giudizio *ad quem* e la

non riconducibilità di tale domanda ad alcuna delle ipotesi tipiche cui si riferisce l'istituto dell'intervento nel processo amministrativo, ai sensi degli artt. 28 e 97 c.p.a., in linea con quanto già affermato da Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23 (in *Foro it., Rep.*, 2017, *Contratti pubblici* [1735], n. 143; *Guida al dir.*, 2017, fasc. 2, 50, con nota di PONTE; *Urbanistica e appalti*, 2017, 410 (m), con nota di FIGUERA) espressamente richiamata in motivazione.

Nel merito disattende la tesi della sezione rimettente sulla scorta delle seguenti considerazioni:

- d) 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” (richiama sul punto Cons. Stato, Sez. V, 17 maggio 2018, n. 2959 in *l'amministrativista.it*, 18 MAGGIO 2018; *id.*, Sez. VI, 17 ottobre 2017, n. 4803 in *Guida al diritto* 2017, 46, 37, nonché Sez. V, 23 gennaio 2018, n. 435). Non emergono valide ragioni per cui, una volta eliminate alcune offerte dal criterio di calcolo, le stesse possano successivamente rientrare a farne parte;
- e) deve escludersi 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;
- f) ragioni di coerenza sistematica inducono a ritenere che la sostanziale presunzione su cui si fonda lo stesso meccanismo del 'taglio delle ali' è tale da non soffrire 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. Un tale effetto si rivelerebbe irragionevolmente 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” (Cons. Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2017, n. 4803 cit.);
- g) 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 riferimento al meccanismo del taglio delle ali. Al contrario, elementi di carattere testuale sembrano deporre nell'opposto senso per cui l'omogeneo riferimento ad offerte e concorrenti “ammessi” stia a significare che in entrambi i casi il sintagma si riferisca a una platea parimenti omogenea (determinata all'esito del 'taglio delle ali');

- h) non risulta risolutivo, al fine di suffragare la tesi opposta, l'argomento secondo cui le offerte 'tagliate' ai fini della media matematica di cui alla prima parte dell'articolo 97, comma 2, lettera b) sono e restano offerte 'ammesse' ai fini del 'fattore di correzione' di cui alla seconda parte della medesima disposizione. Ed infatti, la circostanza secondo cui la disposizione fa riferimento in ambo i casi ad offerte 'ammesse' non esclude (ma anzi, rafforza) l'esigenza di coerenza interna volta ad assicurare che in entrambi i casi si faccia riferimento a una platea di carattere omogeneo;
- i) il fatto che le due parti della disposizione facciano riferimento ad operazioni distinte (la determinazione di una media nel primo caso e di una sommatoria nel secondo) non indebolisce in alcun modo – ma semmai rafforza - l'esigenza per cui i termini di computo siano assunti in modo omogeneo per ciascuna delle due operazioni;
- j) nel diverso sistema introdotto dal nuovo 'Codice dei contratti pubblici' l'esigenza di rendere il più possibile non predeterminabile la soglia di anomalia non richiede necessariamente il ricorso a basi di computo fra loro disomogenee ben potendo le richiamate esigenze essere adeguatamente soddisfatte attraverso la scelta di demandare al sorteggio l'individuazione del criterio determinativo della soglia di anomalia;
- k) anche l'ANAC (sia pure con atti di portata non vincolante) ha aderito all'opzione interpretativa fatta propria dalla plenaria: le Linee Guida n. 4 hanno stabilito che *"nel caso di sorteggio del metodo di cui all'articolo 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 della norma tenendo conto della prima cifra decimale del numero che esprime la sommatoria dei ribassi"*. Ciò peraltro in linea con l'orientamento giurisprudenziale ad oggi prevalente richiamato in motivazione.

IV. – Si segnala per completezza quanto segue:

- l) sulla disciplina delle offerte anomale nel d.lgs. n. 50 del 2016 si vedano, in dottrina: M. URBANI, *Il calcolo della soglia di anomalia dopo il Comunicato del Presidente ANAC del 5 ottobre 2016* in www.appaltiecontratti.it 24/10/2016; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 1429 ss. dove si dà conto della evoluzione della disciplina ed anche della posizione espressa dall'ANAC nel comunicato del 5 ottobre 2016; A. NICODEMO, commento all'art. 97 in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G. F. FERRARI, G. MORBIDELLI, Piacenza, 2017, 564; G. BARBERIS, *Appalti pubblici, offerte anomale, costi di sicurezza aziendale e CCNL applicabile* in *Giur. it.*, 2017, 7, 1667; sul correttivo (d.lgs. n. 56 del 2017): F. CAPUTI IAMBRENGHI, *Le novità in*

tema di anomalia dell'offerta, in Il correttivo al Codice dei contratti pubblici, a cura di M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI, Milano, 2017, p. 289;

m) sulla giurisprudenza specifica relativa al tema oggetto dell'ordinanza in rassegna si vedano:

m1) in senso favorevole alla unicità di calcolo, al netto quindi del "taglio delle ali", sia per la determinazione della <media aritmetica> che della <somma dei ribassi>: Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018, n. 2959 (ove si ribadisce che non si ravvisano *"valide ragioni per cui, una volta eliminate alcune offerte dal criterio di calcolo, le stesse possano successivamente rientrare a farne parte"*); *id.* 23 gennaio 2018, n. 435, entrambe richiamate dalla plenaria; nella giurisprudenza di primo grado: T.a.r. per le Marche, sez. I, 5 giugno 2018, n. 418 (ove pure si rileva che *"il Collegio non nasconde come la norma in questione, nel testo modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017, ponga problemi interpretativi, in quanto la necessità del taglio della ali è specificata solo con riguardo alla media aritmetica dei ribassi e non alla somma degli stessi"*); T.a.r. per il Piemonte, sez. II, 9 maggio 2018, n. 568 (ove, tuttavia, nel confermare l'orientamento precedente, si annota che l'intervento normativo di cui al d.lgs. n. 56/2017 con *"la più estesa esplicitazione del dettato normativo ha forse indirettamente consentito di avallare anche la diversa interpretazione secondo la quale dovrebbero calcolarsi due medie, una - previo taglio delle ali - da utilizzarsi per l'applicazione di incrementi e decrementi, ed una calcolata al solo fine di selezionare la prima cifra dopo la virgola, tenendo conto di tutte le offerte ammesse"*); *id.* 21 aprile 2017, n. 538; *id.* 8 marzo 2017, n. 327; T.a.r. per la Sardegna, sez. I, 4 dicembre 2017, n. 765 (secondo cui *"il <taglio della ali> - cui il legislatore fa testualmente riferimento ai fini della determinazione del calcolo iniziale della media - debba rilevare anche per calcolare la somma dei ribassi, potenzialmente destinata a un successivo <ritocco> della media stessa: l'oggetto finale del calcolo è la soglia di anomalia - all'esito di una sequenza precisa di operazioni matematiche correlate- per cui il criterio interpretativo più lineare è quello che porta all'utilizzo dei medesimi parametri in tutti <i segmenti> di quest'unitaria operazione"*);

m2) in senso contrario all'unicità di calcolo, poiché il "taglio delle ali" vale solo ai fini della determinazione della <media dei ribassi>: T.a.r. per la Toscana, sez. I, 10 aprile 2018, n. 510; T.a.r. per il Lazio – Roma, sez. II *quater*, 27 ottobre 2017, n. 10752; T.a.r. per il Veneto, sez. I, 17 ottobre 2017 n. 923 (ove si evidenzia come *"da un lato, la lettera dell'art. 97, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, non contempla esplicitamente il cd. taglio delle ali - l'esclusione, dal novero delle offerte prese in considerazione, di quelle*

*collocate ai margini estremi dei ribassi, al vertice ed in fondo - nell'operazione di somma dei ribassi offerti dai <concorrenti ammessi>. Dall'altro, tale operazione di somma dei ribassi è diversa dalla media aritmetica prevista dalla prima parte dell'art. 97, comma 2, lett. b), cit., cosicché non coglie nel segno la doglianza di irragionevolezza dell'utilizzo di due medie diverse in una stessa disposizione"); T.a.r. per la Sicilia – Palermo, sez. II, 19 settembre 2017, n. 2196 (ove si richiama "il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa formatasi nella Regione Siciliana" sull'art. 19, c. 6 bis, l.r. 12/2011 secondo il quale "la locuzione <somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi> è da intendersi come riferita a tutte le offerte ammesse, ivi comprese quelle fittiziamente escluse ai soli fini del calcolo della media", citando i seguenti precedenti: T.a.r. per la Sicilia – Palermo, sez. III, 23 marzo 2017, n. 828; *id.*, sez. III, 3 febbraio 2017, n. 325; T.a.r. per la Sicilia – Catania, sez. I, 18 novembre 2016, n. 2968; *id.*, sez. I, 11 ottobre 2016, n. 2483; T.a.r. Sicilia – Palermo, sez. II, 20 luglio 2016, n. 2158; Cons. giust. amm., ord. nn. 237/2016, 242/2016, 253/2016, 294/2016 e 609/2016).*