

La Quinta Sezione deferisce all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la disciplina del d.lgs. n. 50 del 2016 relativa al calcolo del c.d. "fattore di correzione" per la determinazione della soglia di anomalia nell'aggiudicazione al prezzo più basso.

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 8 giugno 2018, n. 3472 – Pres. Caringella, Est. Lotti

Contratti pubblici – Offerte anomale – Offerte al prezzo più basso – Calcolo soglia di anomalia – Fattore di correzione – Deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Va rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., la questione relativa alla corretta interpretazione dell'art. 97, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui si richiamano i "concorrenti ammessi" (secondo alinea della lett. b) per il computo del cd. "fattore di correzione", per stabilire se vi rientrano anche i concorrenti le cui offerte sono state escluse dal punto di vista aritmetico per il calcolo del cd. taglio delle ali (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in epigrafe la Quinta Sezione del Consiglio di Stato - chiamata a giudicare la legittimità del calcolo della soglia di anomalia in procedura di gara da aggiudicare al prezzo più basso - preso atto dell'esistenza di orientamenti giurisprudenziali contrapposti sul punto, ha deferito all'Adunanza plenaria la questione relativa alla corretta interpretazione dell'art. 97, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2016, con specifico riferimento alle modalità applicative del c.d. "fattore di correzione", previsto dalla citata previsione normativa.

Al fine del corretto inquadramento della fattispecie esaminata dall'ordinanza in rassegna 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 2017), 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 in rassegna 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 dall'art. 97, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2016. Nel caso d'interesse la soglia di anomalia è così determinata, secondo la disposizione citata, nel testo risultante dalle modifiche conseguenti all'intervento correttivo di cui al d.lgs. n. 56 del 2017: *"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 in rassegna 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. – La questione è sorta nell’ambito di un contenzioso che può essere sintetizzato nei termini che seguono:

- con il ricorso proposto dinanzi al T.a.r. per l’Umbria venivano impugnate l’aggiudicazione di una gara indetta da ANAS e la verifica dell’anomalia dell’offerta dell’aggiudicataria; si trattava di gara aggiudicata al prezzo più basso e nell’ambito della quale il metodo sorteggiato dal seggio di gara per la determinazione della soglia di anomalia era quello di cui all’art. 97, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016;
- nell’effettuare il calcolo della soglia di anomalia la stazione appaltante aveva proceduto a redigere una doppia media: al fine del calcolo della <media aritmetica> dei ribassi, aveva effettuato la sommatoria delle 42 offerte presentate in gara, al netto del taglio delle ali, dividendo il risultato per 42, ottenendo il risultato di 29,606; al fine del calcolo della <somma dei ribassi> aveva invece proceduto alla sommatoria di tutti i ribassi percentuali delle 72 offerte presentate, senza quindi tener conto del taglio delle ali, indicando tale valore in 2.086,17;
- poiché la prima cifra dopo la virgola della <somma dei ribassi> era dispari (cioè 1), la stazione appaltante aveva determinato la soglia di anomalia sottraendo alla <media aritmetica> (29,606) un valore percentuale pari alla cifra dispari suddetta (1%), ottenendo quindi una soglia di anomalia pari al 29,31% (derivante dalla sottrazione a 29,606 di 0,296, cioè dell’1% di 29,606);

- respingendo le censure della ricorrente il T.a.r. per l'Umbria, con la sentenza n. 72 del 2018, aveva ritenuto corretto l'operato della stazione appaltante e in particolare l'aver, da un lato, determinato la <media aritmetica> tenendo conto delle offerte ammesse, ma con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso (c.d. taglio delle ali), e, dall'altro lato, aver invece determinato la <somma dei ribassi> valutando i ribassi offerti da tutti i ricorrenti ammessi, senza tener conto del taglio delle ali;
- l'impresa ricorrente in primo grado ha proposto appello, evidenziando che la <somma dei ribassi> doveva essere calcolata unicamente sulla base delle 42 offerte valide al netto del taglio della ali e non già tenendo conto di tutte le 72 offerte presentate; col risultato che la <media aritmetica> non doveva essere assoggettata ad ulteriori riduzioni, essendo pari la prima cifra dopo la virgola di tale sommatoria;
- esaminando la questione sottoposta, la Quinta Sezione, stante il contrasto giurisprudenziale esistente sulla interpretazione della normativa in esame, ha deferito la questione stessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

III. – Il deferimento all'Adunanza plenaria è 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";
 - 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 (c.d. primo correttivo) 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.

IV. – Si segnala per completezza quanto segue:

- d) 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.appalticontratti.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;

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

e1) 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; 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*”);

e2) 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;).*