

Il calcolo dell'anomalia dell'offerta nei procedimenti aggiudicati secondo il criterio del miglior prezzo: chiarimenti giurisprudenziali

di Valeria Aveta

Data di pubblicazione: 18-9-2020

Ai fini del calcolo della soglia di anomalia dell'offerta nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia il prezzo più basso e le offerte ammesse siano almeno 15 si applica il disposto di cui all'art. 97 comma 2 d.lgs. n. 50/2016, che descrive un algoritmo articolato in diverse fasi successive: in particolare, il valore considerato dalla lettera d) non è assoluto ma è già un valore percentuale e non necessita di ulteriori calcoli.

GUIDA ALLA LETTURA

La pronuncia in commento è stata resa a definizione di un giudizio avente ad oggetto una procedura di appalto per lavori di ricostruzione di un edificio scolastico.

Il nodo della vertenza concerne l'esatta interpretazione della disposizione di cui all'art. 97 comma 2, come novellato dal d.l. n. 32/2019, circa **il calcolo della soglia di anomalia dell'offerta** nei casi in cui il bando preveda l'applicazione del criterio di aggiudicazione del **prezzo più basso**.

Com'è noto, il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzato a salvaguardare **la concorrenza e la leale competizione** tra i partecipanti, facendo sì che eventuali offerte ingiustificatamente basse non arrivino a falsare il risultato della gara, oltre che ad evitare che l'aggiudicazione secondo il criterio del minor prezzo cada su offerte poco affidabili sotto il profilo qualitativo. La norma di cui all'art. 97, infatti, dispone – nell'ottica collaborativa finalizzata al corretto svolgimento della competizione – che la stazione appaltante può richiedere agli operatori economici chiarimenti o spiegazioni ove risulti che il prezzo o i costi appaiano anormalmente bassi, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità e fattibilità dell'offerta.

La norma – in linea con quanto previsto dall'art. 69 della direttiva eurounitaria 2014/24/UE – chiarisce che le offerte poste al di sotto della soglia di anomalia non vengono automaticamente escluse, ma impongono obblighi chiarificatori sulle motivazioni del prezzo anormalmente basso, che saranno poi valutate dalla stazione appaltante. L'esclusione automatica sarà comminata solo nel caso in cui venga accertato che l'anomalia dell'offerta dipende dal

mancato rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e di lavoro.

La **formulazione originaria** della disposizione prevedeva la possibilità, tramite sorteggio, di selezionare uno dei cinque criteri di calcolo della soglia di anomalia previsti dal previgente comma 2.

Sul punto, è intervenuto il legislatore del 2019, che ha riscritto l'art. 97 comma 2 ed ha inserito i nuovi commi 2bis e 2ter. Nella sua **nuova formulazione**, la disposizione ha individuato i criteri di calcolo applicabili - non più mediante sorteggio - ma a seconda del numero delle offerte ammesse: il criterio di calcolo della soglia di cui al comma 2 dell'art. 97 è oggi limitato ai soli procedimenti in cui il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a 15. Nei restanti casi, si applicherà il nuovo comma 2 bis.

Il procedimento di individuazione della soglia è stato inoltre modificato, abbandonando il criterio dell'estrazione tra i cinque metodi di calcolo e optando per la determinazione di un **criterio unico** articolato in diversi passaggi "obbligati".

Tale disposizione, tuttavia, ha creato numerosi problemi applicativi, derivanti dalla difficoltà di tradurre in formula algebrica la descrizione letterale dei passaggi matematici contenuta nella norma.

La prima fase del procedimento di individuazione della soglia continua ad essere affidato al cd. "**taglio delle ali**", propedeutico ad individuare le offerte ammesse.

Sul punto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 13 del 30 agosto 2018, aveva già chiarito che tale operazione, delineata dall'art. 97 comma 2 lett. a), è finalizzata ad accantonare provvisoriamente le offerte di maggior ribasso e di minor ribasso della soglia del 10%, per evitare che queste - ampliando la forbice di prezzi - vadano ad incidere sull'individuazione della soglia falsandone il risultato. Il descritto sub-procedimento non comporta l'automatica esclusione delle offerte ricadenti nelle "ali", ma implica unicamente il loro **temporaneo accantonamento** ai soli fini del calcolo aritmetico della soglia di anomalia a fini prudenziali.

Il procedimento di individuazione della soglia, poi, al netto del taglio delle ali, è descritto dalle lettere a)-d) di cui all'art. 97 comma 2, che delineano un dettagliato calcolo aritmetico che va dalla somma dei ribassi e dalla seguente individuazione del ribasso medio, espresso in percentuale, allo scarto dei valori che superano tale media. Lo scarto va poi sommato alla media aritmetica dei ribassi ed è prevista l'applicazione di un fattore correttivo.

In ordine all'interpretazione del novellato comma 2, si è espressa dapprima l'ANAC, con delibera n. 715 del 23 luglio 2019, in sede di parere precontenzioso ex art. 211, giungendo al medesimo orientamento poi fatto proprio dalla giurisprudenza successiva alla novella del 2019 (Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2020, n. 4502), che ha chiarito che il calcolo della soglia di anomalia va effettuato applicando il metodo di calcolo di cui all'art. 97 comma 2 in maniera progressiva seguendo tutti i successivi passaggi in cui esso è articolato.

La prima fase consiste, ai sensi della lettera a), nella duplice operazione di calcolo “della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse”, come sopra individuate al netto del taglio delle ali.

La lettera b) richiede poi di pervenire allo “scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a)”, consistente nella media dei differenziali dei ribassi superiori alla media complessiva come calcolata secondo la precedente lettera a).

Segue quindi l’operazione prevista dalla lettera c), in cui lo scarto medio aritmetico dei ribassi ottenuto va sommato alla “media aritmetica” risultante dall’operazione prevista dalla lettera a).

Si perviene infine all’operazione regolata dalla lettera d). Per essa, la somma tra la media dei ribassi e lo scarto medio aritmetico 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)”.

La lettera appena richiamata impone quindi 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 di cui alla lettera b); il valore che ne risulta va infine portato a decremento della soglia determinata dalla somma prevista dalla lettera c) tra la media dei ribassi e lo scarto medio aritmetico.

Il nodo della questione è stabilire se il risultato dell’operazione di cui alla lett. d) sia un **valore percentuale**, ovvero se sia un **valore assoluto** da convertire ulteriormente in percentuale.

A parere della giurisprudenza, confermata dalla sentenza in commento, il valore di cui alla lett. d) è **già espresso in termini percentuali**– al pari di tutti i valori ottenuti dalle operazioni previste dall’art. 97 comma 2 – e pertanto non va effettuata alcuna ulteriore operazione di calcolo.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9866 del 2019, proposto da Edil Ma.Vi. Torino S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Sanino, Alessandro Sciolla e Sergio Viale, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

Comune di Jesi, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesca Petullà, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;
Centrale Unica di Committenza Tra i Comuni di Jesi-Santa Maria Nuova-Monsano, non costituita in giudizio;

nei confronti

Scientia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Giangiacomo e Mario Zotta, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;
3c Aedificatoria S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, sez. I, n. 622/2019, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Jesi e di Scientia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2020 il Cons. Giovanni Grasso, nessuno essendo comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con determinazione n. 848 del 10/07/2019, il Dirigente dell'Ufficio comune con funzioni di Centrale Unica di Committenza di Jesi, Monsano e Santa Maria Nuova approvava gli atti della gara per l'affidamento in appalto, ai sensi dell'art. 36 co. 2 D. Lgs. 50/2016, dei lavori di ricostruzione della scuola secondaria di I grado Lorenzini - 2° e 3° stralcio, per un importo a base di gara di € 4.735.450,21 IVA esclusa.

La *lex specialis* di procedura prevedeva: a) l'applicazione del criterio di aggiudicazione del

minor prezzo, b) il calcolo della soglia di anomalia “secondo quanto previsto dall’art. 97 commi 2 e 2bis Codice Appalti”, con “esclusione automatica delle offerte che super[assero] la soglia, ai sensi del combinato disposto dell’art. 36 comma 2 lett. d) e dell’art. 97 comma 8 del Codice”.

Acquisite le domande di partecipazione, il Seggio di gara provvedeva all’apertura ed all’esame delle offerte economiche delle partecipanti e, valutatane la generale ammissibilità, effettuava il calcolo della soglia di anomalia, richiamando, in conformità al disciplinare, l’applicazione dell’art. 97 co. 2 D.Lgs. 50/2016.

In concreto, la soglia di anomalia veniva determinata nel 27,051%, il che portava alla esclusione automatica di tutte le offerte superiori ed alla pedissequa elaborazione della graduatoria di gara, che vedeva collocarsi al primo posto Scientia S.r.l., con il ribasso del 26,959%, al secondo posto 3C Aedificatoria S.r.l., con ribasso offerto del 26,95% ed al terzo posto l’odierna appellante, Edil.Ma.Vi. Torino S.r.l., con ribasso del 26,733%.

Quest’ultima, avvedutasi di un ventilato errore procedimentale nel calcolo della soglia di anomalia, in data 06/08/2019 trasmetteva alla Stazione Appaltante una richiesta di rettifica del calcolo della soglia di anomalia, evidenziando l’errore commesso dal Seggio di gara e la discrasia tra il calcolo effettuato dalla C.U.C. rispetto alle direttive impartite dal Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture.

Ciò nonostante, con determinazione n. 967 del 14/08/2019, il Dirigente dell’Area Servizi Tecnici del Comune di Jesi approvava il verbale del seggio di gara, aggiudicando l’appalto di lavori alla Scientia S.r.l..

Edil.Ma.Vi. Torino S.r.l. insorgeva con rituale ricorso presso il TAR per le Marche che, con la sentenza epigrafata, assunta in forma semplificata, lo respingeva.

2.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, la società impugna la ridetta statuizione, di cui argomenta la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l’integrale riforma.

Si costituivano in giudizio il Comune di Jusi e l’aggiudicataria Scientia s.r.l..

Nel rituale contraddittorio delle parti, all’udienza del 4 giugno 2020 la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L’appello è fondato e va accolto.

Si controverte in ordine alla corretta interpretazione da conferire all’art. 97, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*.

La disposizione, nel testo applicabile alla fattispecie in esame, rinveniente dalla novella

apportata dall'art. 1, comma 20, lett. u), n. 1), del d.-l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, è del seguente tenore:

“Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a quindici, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a);

c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b);

d) 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)”.

2.- Viene in rilievo, segnatamente, la questione di se il valore di cui alla appena detta lett. d) sia da considerarsi “assoluto”, come ritenuto dalla stazione appaltante e dall'odierna appellante, o “percentuale”, come affermato dal primo giudice in accoglimento del ricorso di primo grado.

3. La questione, i cui termini vanno rapportati a quanto di seguito rilevato, va risolta a favore della prima delle dette opzioni.

4. Il Collegio non ravvisa infatti ragioni per discostarsi dalla interpretazione della norma fatta propria dalla Sezione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2020, n. 2856 e Id., sez. V, 13 luglio 2020, n. 4502), alla cui luce l'appello si rivela fondato, con conseguente superamento di ogni questione derivante dall'opposto contenuto delle due ordinanze cautelari della stessa Sezione citate in fatto e aventi a oggetto il tema qui in esame.

Al riguardo di queste deve comunque segnalarsi il principio per cui le pronunzie cautelari sul *fumus*, per la loro natura di *summaria cognitio* e portata interinale, non contengono valutazioni assimilabili al pieno sindacato giurisdizionale proprio delle decisioni di merito: esse non possono quindi essere utilmente invocate in comparazione con quelle assunte nelle sentenze che definiscono il giudizio amministrativo, né sono idonee a ingenerare un ragionevole affidamento delle parti circa l'esito della controversia (Cons. Stato, V, 4 ottobre 2019, n. 6688; 3 maggio 2019, n. 2876).

5. Anche nella odierna fattispecie va per quanto sopra osservato che la soluzione della questione di diritto posta dall'appello richiede l'esame dell'art. 97, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 nel suo complesso e dunque delle fasi in cui si dipana il calcolo della soglia di anomalia ivi regolato.

6. La prima fase consiste, ai sensi della lettera a) della citata disposizione, nella duplice operazione di calcolo "della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse", vale a dire quelle non collocate nell'ambito delle c.d. "ali".

La lettera b) richiede poi di pervenire allo "scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a)", consistente nella media dei differenziali dei ribassi superiori alla media complessiva come calcolata secondo la precedente lettera a).

Segue quindi l'operazione prevista dalla lettera c), in cui lo scarto medio aritmetico dei ribassi ottenuto va sommato alla "media aritmetica" risultante dall'operazione prevista dalla lettera a).

Si perviene infine all'operazione regolata dalla lettera d). Per essa, la somma tra la media dei ribassi e lo scarto medio aritmetico 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)".

La lettera appena richiamata impone quindi 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); il valore che ne risulta va infine portato a decremento della soglia determinata dalla somma prevista dalla lettera c) tra la media dei ribassi e lo scarto medio aritmetico.

7. Tanto chiarito, risulta evidente che il valore considerato dalla predetta lettera d) è già di suo un valore percentuale: si tratta dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b), il quale a sua volta esprime la media dei differenziali dei ribassi percentuali sulla base d'asta superiori alla media precedentemente ottenuta dopo il taglio delle ali.

8. Del resto, tutti i valori ottenuti attraverso le operazioni previste dall'art. 97, comma 2, del Codice dei contratti consistono in percentuali rispetto alla base d'asta.

Ciò è vero:

- per la media dei ribassi percentuali prevista dalla lettera a);
- per lo scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b), pari al differenziale medio di quelli superiori alla media;
- per la somma della media dei ribassi con lo scarto medio aritmetico di cui alla lettera c);

- infine, per il valore ottenuto, secondo quanto dispone la lettera d), applicando il prodotto delle prime due cifre della somma dei ribassi allo scarto medio aritmetico, che è un valore già espresso in percentuale, di cui deve essere decrementata la somma della media dei ribassi con lo scarto medio aritmetico.

9. Ne deriva che il Seggio di gara ha erroneamente applicato quale valore correttivo ai sensi della lettera d) in parola, un ulteriore valore percentuale, non previsto dalla legge.

Ne discende l'accoglimento dell'appello e, in riforma della sentenza impugnata, il corrispondente accoglimento del ricorso di primo grado.

La novità e la complessità della questione interpretativa dibattuta giustifica la compensazione delle spese di giudizio del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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