

Calcolo della soglia di anomalia dell'offerta ex art. 97, co. 2 lett. e) del Codice e c.d. "taglio delle ali"

di Daniela Corsetti

Data di pubblicazione: 30-10-2017

(i) Il tema oggi in contestazione – se le offerte rientranti nel 10% di maggiore o minore ribasso (c.d. "ali") debbano essere fittiziamente escluse solo nella fase d'accertamento della soglia d'anomalia (per poi essere riammesse per la determinazione della media percentuale dei ribassi e per il calcolo dello scarto medio aritmetico) oppure se il loro "taglio" debba rappresentare una definitiva fuoriuscita dal novero delle offerte valide per la gara.

(ii) La formulazione del testo legislativo, di per sé, non chiarisce se la fittizia eliminazione del 10% delle offerte di maggior ribasso valga solo ai fini del calcolo della prima media (la media dei ribassi) e non anche della seconda media (la media degli scostamenti), oppure se tale depurazione interessi tutte e due le fasi del calcolo.

(iii) Senonché, elementi di carattere teleologico e sistematico militano a ritenere come 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.

(iv) Ai fini del calcolo, la disposizione prevede l'accantonamento dal calcolo di quelle offerte che si collocano sui margini estremi del gruppo, così percentualmente definiti. Si presume infatti che le offerte che si collocano in queste fasce estreme possano corrispondere non tanto ad una reale intenzione di contrarre, quanto all'obiettivo di condizionare la determinazione della media stessa e dunque della soglia di anomalia (c. d. offerte di appoggio).

(v) La logica del taglio delle ali è tale per cui la presunzione su cui si basa è di ordine generale, tale cioè da non soffrire eccezioni o intermittenze nello sviluppo logico e aritmetico della determinazione della soglia di anomalia, sicché un metodo di calcolo che la prendesse in considerazione ai fini della prima operazione, ma la escludesse dalla seconda, sarebbe intrinsecamente contraddittorio.

(iii) parere Cons. Stato, Sez. II, 3 marzo 1999, n. 285; determinazioni n. 4/1999 e 6/2009 Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1611 del 2017, proposto da:

SITE S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Stefanelli e Mario Sanino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Mario Sanino in Roma, viale Parioli, n. 180;

contro

CONSORZIO INTERUNIVERSITARIO CINECA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesca Giuffrè, presso i cui studio è elettivamente domiciliato in Roma, via dei Gracchi, n. 39;

nei confronti di

ELECTRA S.R.L., non costituita in giudizio;

per la riforma:

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA – BOLOGNA – Sez. I n. 983 del 2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Interuniversitario Cineca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2017 il Cons. Dario Simeoli e uditi per le parti gli avvocati Andrea Stefanelli e Francesca Giuffrè;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.– Con il ricorso promosso in primo grado, la società SITE S.P.A. impugnava l'aggiudicazione disposta dal CONSORZIO INTERUNIVERSITARIO CINECA in favore della ELECTRA S.R.L. per l'affidamento dei lavori d'adeguamento impiantistico della sala "F" e per la partizione A" del Supercalcolatore "Marconi", da installarsi presso la sede di Casalecchio di Reno (BO), con il criterio del prezzo più basso.

1.1.– La società SITE SPA, classificatasi seconda, lamentava l'errata applicazione del metodo di calcolo per la determinazione dell'anomalia delle offerte di cui all'art. 97, comma 2, lettera e), del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici). In particolare, la prima fase aveva portato allo scarto delle due offerte più alte e più basse, a seguito del quale si era poi proceduto alla determinazione dello "scarto medio aritmetico" (ovvero la sommatoria delle offerte rimaste in gara) ma, durante tale operazione, l'Amministrazione aveva reinserito "le due ali maggiori" (inizialmente "tagliate"), in tal modo determinando un valore del 3,36% quale scarto medio percentuale, anziché del 5,84% che si sarebbe invece ottenuto se non si fosse reinserita l'ala maggiore". Di conseguenza, la soglia d'anomalia era passata dal 27,89% al 30,37% e quindi la concorrente Electra, che aveva offerto un ribasso percentuale del 29,92%, non era stata esclusa ? come avrebbe dovuto essere, in quanto la lex specialis aveva disposto l'esclusione automatica delle offerte anomale, ai sensi dell'art. 97, comma 8, del codice dei contratti pubblici ? e si era anche aggiudicata la gara.

2.– Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, con sentenza n. 983 del 2016, ha rigettato il ricorso, motivando che non vi era stato alcun errore nel calcolare lo «scarto aritmetico».

Secondo il giudice di prime cure, in applicazione del canone letterale di interpretazione, «se l'art. 97 citato avesse voluto escludere le offerte delle c.d. ali sia dal calcolo della media sia dalla determinazione dello scarto medio aritmetico, lo avrebbe detto esplicitamente precisando che i ribassi percentuali che superano la media da confrontare dovevano essere solo quelli precedentemente utilizzati per calcolare la media dei ribassi».

Aggiunge poi ? in punto di ratio ? che le offerte con ribassi estremi in un senso o nell'altro sono escluse dal primo calcolo per la necessità di evitare che offerte anomale incidano eccessivamente nel calcolare una media. L'individuazione dello scarto medio aritmetico serve invece a correggere detta media tenendo conto di tutte le offerte più alte presentate, così da rendere più vicina la media alla realtà delle offerte presentate, alzando la soglia di anomalia così da ricomprendere qualche concorrente che resterebbe oltre la soglia in caso di mero riferimento ad uno scarto calcolato sulle sole offerte che hanno partecipato al calcolo sulla media. Il tutto, conclude il TAR, «per favorire un maggior risparmio dell'Amministrazione».

3.? Avverso tale decisione la SITE S.P.A. ha proposto appello, chiedendo, in riforma della sentenza impugnata, l'accoglimento del ricorso proposto in primo grado. Secondo l'appellante la pronuncia gravata sarebbe palesemente illegittima, avendo dato una lettura assolutamente "illogica" del sistema di determinazione dell'anomalia delle offerte, che non troverebbe alcuna corrispondenza né nel testo normativo, né dal punto di visto logico. Poiché il contratto, avente ad oggetto i lavori di manutenzione è stato infatti totalmente eseguito dalla ELECTRA SRL, l'istante insiste nella domanda di risarcimento del danno, chiedendo che quest'ultimo venga calcolato nel 10% dell'importo dell'appalto al netto del ribasso percentuale offerto da SITE SPA sull'importo a base d'asta, pari al 27,14 %, scomposto negli ulteriori sotto profili relativi alla "perdita di chance" dell'impresa in merito a quella determinata commessa, nonché al cosiddetto "danno curriculare", posto che il mancato arricchimento del curriculum professionale pregiudica la sua capacità di competere sul mercato e di ottenere ulteriori affidamenti futuri.

4.? Il CONSORZIO INTERUNIVERSITARIO CINECA si è costituito nel presente secondo grado di giudizio, chiedendo che l'appello venga dichiarato infondato.

5.? All'udienza del giorno 22 giugno 2017, la causa è stata discussa ed è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1.– La statuizione del giudice di prime cure è erronea e l'appello deve essere accolto.

2.– Ai sensi dell'art. 97, comma 2, lettera e), del decreto-legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici): «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 ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dai 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: [...] lettera e) 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 di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice o, in mancanza della commissione, dal RUP, all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,7; 0,8; 0,9». La disposizione riproduce il calcolo di cui alla lettera a), a cui aggiunge un ulteriore passaggio, vale a dire la c.d. manipolazione della media degli scarti: una volta accantonate le ali, individuata la media e lo scarto medio degli scarti delle offerte che superano la predetta media deve essere sorteggiato un coefficiente casuale da 0,6 a 1,4 da moltiplicare alla media degli scarti (il metodo e) coincide con quello a) quando il coefficiente estratto è pari a 1).

2.1.? L'appellante contesta alla stazione appaltante di avere "reinserito" nel calcolo dello scarto medio aritmetico le due offerte previamente eliminate nella prima fase del taglio delle ali, in violazione dell'art. 97, comma 2, lettera e), del codice dei contratti. Le modifiche introdotte nella lettera dall'art. 62, comma 1, lettera a), punto 6), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 ? che pure non sarebbero applicabili in quanto la causa in oggetto attiene a fatti esauriti nel 2016 ? non rilevano quindi nel caso in esame.

3.– Occorre premettere che i precedenti evocati dal Tribunale amministrativo regionale non sono pertinenti, in quanto fanno riferimento alla diversa fattispecie dei ribassi identici.

Il tema oggi in contestazione – se le offerte rientranti nel 10% di maggiore o minore ribasso (c.d. "ali") debbano essere fittiziamente escluse solo nella fase d'accertamento della soglia d'anomalia (per poi essere riammesse per la determinazione della media percentuale dei ribassi e per il calcolo dello scarto medio aritmetico) oppure se il loro "taglio" debba rappresentare una definitiva fuoriuscita dal novero delle offerte valide per la gara – è diverso dalla quaestio iuris consistente nello stabilire se, nell'effettuare il "taglio delle ali" l'amministrazione debba considerare come offerta unica soltanto le offerte con eguale ribasso che si trovino "a cavallo" delle ali da tagliare, ovvero anche le offerte con eguale ribasso che

si collochino all'interno delle ali.

Quest'ultimo aspetto ? avuto tuttavia riguardo alla disciplina previgente dettata dal d.lgs. n. 163 del 2006 ? è stato recentemente risolto dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 19 settembre 2017, n. 5), enunciando i seguenti principi di diritto: «1) il comma 1 dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163 del 2006 deve essere interpretato nel senso che, nel determinare il dieci per cento delle offerte con maggiore e con minore ribasso (da escludere ai fini dell'individuazione di quelle utilizzate per il computo delle medie di gara), la stazione appaltante deve considerare come 'unica offerta' tutte le offerte caratterizzate dal medesimo valore, e ciò sia se le offerte uguali si collochino 'al margine delle ali', sia se si collochino 'all'interno' di esse; 2) il secondo periodo del comma 1 del d.P.R. 207 del 2010 (secondo cui "qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia") deve a propria volta essere interpretato nel senso che l'operazione di accantonamento deve essere effettuata considerando le offerte di eguale valore come 'unica offerta' sia nel caso in cui esse si collochino 'al margine delle ali', sia se si collochino 'all'interno' di esse».

4.- L'istituto dell'anomalia dell'offerta è risalente ed è stata nel tempo oggetto di ripetuti interventi correttivi. Tuttavia, rispetto alla specifica regola operativa che si chiede oggi di interpretare è ravvisabile una "continuità normativa", pur nella successione di diverse fonti, a partire dalla legge n. 415 del 98 e sino all'entrata in vigore dell'odierno decreto-legislativo n. 50 del 2016).

4.1.? La formulazione del testo legislativo, di per sé, non chiarisce se la fittizia eliminazione del 10% delle offerte di maggior ribasso valga solo ai fini del calcolo della prima media (la media dei ribassi) e non anche della seconda media (la media degli scostamenti), oppure se tale depurazione interessi tutte e due le fasi del calcolo. L'inciso della norma («incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media») può essere interpretato, sia nel senso di incrementare a media aritmetica con lo scarto ottenuto tenendo conto di tutti i ribassi percentuali eccedenti la media, e quindi anche del 10% delle offerte escluse dal calcolo della prima media aritmetica; sia nel senso di non considerare più le stesse (una volta fittiziamente eliminate) a fini del complessivo calcolo del valore di anomalia.

Senonché, elementi di carattere teleologico e sistematico militano a ritenere come 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. Si tratta ? è bene precisare sin d'ora ? di una soluzione ermeneutica che, a partire dal parere del Consiglio di Stato, sez. II, 3 marzo 1999, n. 285, non è mai stata posta in discussione dalla giurisprudenza, e rispetto alla quale il Collegio non ha motivo di discostarsi.

4.2.? Il metodo di calcolo della c. d. soglia di anomalia è composto da una serie di operazioni successive: anzitutto la determinazione della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, poi la determinazione dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superino la predetta media, quindi la somma del secondo risultato al primo. Ai fini del

calcolo, la disposizione prevede l'accantonamento dal calcolo di quelle offerte che si collocano sui margini estremi del gruppo, così percentualmente definiti. Si presume infatti che le offerte che si collocano in queste fasce estreme possano corrispondere non tanto ad una reale intenzione di contrarre, quanto all'obiettivo di condizionare la determinazione della media stessa e dunque della soglia di anomalia (c. d. offerte di appoggio): per questa ragione di prevenzione di un'ipotetica turbativa esse sono prudenzialmente accantonate dal calcolo e dunque temporaneamente private di effetto, salva restando la loro successiva verifica, ai fini della effettiva esclusione dalla gara, rispetto al risultato del calcolo stesso

4.3.? La logica del taglio delle ali è tale per cui la presunzione su cui si basa è di ordine generale, tale cioè da non soffrire eccezioni o intermittenze nello sviluppo logico e aritmetico della determinazione della soglia di anomalia, sicché un metodo di calcolo che la prendesse in considerazione ai fini della prima operazione, ma la escludesse dalla seconda, sarebbe intrinsecamente contraddittorio: da un lato infatti, ai fini della prima e principale operazione (la determinazione della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse) essa escluderebbe tali offerte a causa di questa presunzione; ma poi, ai fini della operazione di correttivo (la determinazione dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superino la predetta media) le recupererebbe facendole partecipare a pieno titolo al calcolo stesso del correttivo. Questo effetto sarebbe irragionevolmente contraddittorio, perché 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. La stessa formula di calcolo diverrebbe disomogenea e irrazionale, perché, per definire la media degli scarti (vale a dire un elemento semplicemente correttivo della media delle offerte) includerebbe nel calcolo fattori già esclusi (le offerte di margine) dall'elemento corretto, che questo non hanno concorso a determinare: sicché, trattandosi di una "correzione" che ha i caratteri e lo scopo di un affinamento ulteriore della media delle offerte da prendere in considerazione ai fini del calcolo, non si vede perché tali fattori prima esclusi dovrebbero ora concorrere a definire questo ulteriore affinamento. Inoltre, dal punto di vista pratico, l'attenuazione dell'effetto dell'accantonamento già operato provocherebbe la determinazione di una soglia di anomalia deviata dai ribassi più accentuati: vale a dire una contraddizione intrinseca non solo al calcolo, ma anche alla ratio della legge stessa, che è tesa ad evitare che le offerte disancorate dal mercato possano incidere negativamente sul conteggio. Il che evidenzia che l'opinione della limitazione del taglio delle ali alla sola prima operazione finirebbe per confliggere con le finalità della legge e del sistema in tema di esclusione delle offerte anomale e che, all'opposto, la sua estensione anche alla seconda operazione costituisce un elemento essenziale per mantenere coerenza al metodo di calcolo e al sistema. Occorre invero che il metodo sia tale da evitare ogni suo sostanziale squilibrio, strumentale all'ottenimento di una soglia-risultato eterodossa rispetto alla funzione della norma.

4.4.? Su queste basi, non vale obiettare che, in tal modo, la determinazione quantitativa della soglia di anomalia si colloca su valori costantemente più elevati rispetto al primo, con la conseguenza che anche l'aggiudicazione dell'appalto avviene a prezzi mediamente più alti.

La finalità della verifica dell'anomalia dell'offerta è quella di evitare che offerte troppo basse esponano l'amministrazione al rischio di esecuzione della prestazione in modo irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta e con modalità esecutive in violazione di norme

con la conseguenza di far sorgere contestazioni e ricorsi. L'amministrazione deve infatti aggiudicare l'appalto a soggetti che abbiano presentato offerte che, avuto riguardo alle caratteristiche specifiche della prestazione richiesta, risultino complessivamente proporzionate sotto il profilo economico all'insieme dei costi, rischi ed oneri che l'esecuzione della prestazione comporta a carico dell'appaltatore con l'aggiunta del normale utile d'impresa affinché la stessa possa rimanere sul mercato. Occorre quindi contemperare l'interesse del concorrente a conseguire l'aggiudicazione formulando un'offerta competitiva con quello della stazione appaltante ad aggiudicare al minor costo senza rinunciare a standard adeguati ed al rispetto dei tempi e dei costi contrattuali.

Lo spirito del meccanismo del taglio delle ali risponde all'esigenza di porre rimedio al fenomeno delle offerte largamente e palesemente disancorate dai valori medi, presentate al solo scopo di condizionare pesantemente le medie. Se la ratio sottesa alle norme in esame è quella di "sterilizzare" (attraverso il noto meccanismo dell'accantonamento) la valenza di offerte dal contenuto estremo (e in quanto tali tendenzialmente inaffidabili), è del tutto coerente con tale approccio che la predetta funzione correttiva operi sia sul versante del computo della media, sia del calcolo dello scarto aritmetico medio dei ribassi percentuali. Il reinserimento delle offerte "tagliate" nelle successive operazioni di calcolo si appalesa invece come contraria dello stesso fondamento di contrastare la turbativa degli incanti.

L'interpretazione accolta, tra l'altro, 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.

4.5.– In definitiva, va ribadito che la "soglia di anomalia" va determinata nel seguente modo:

- a) si forma l'elenco delle offerte ammesse disponendole in ordine crescente dei ribassi;
- b) si calcola il dieci per cento del numero delle offerte ammesse e lo si arrotonda all'unità superiore;
- c) si accantona in via provvisoria un numero di offerte, pari al numero di cui alla lettera b), di minor ribasso nonché un pari numero di offerte di maggior ribasso (taglio delle ali);
- d) si calcola la media aritmetica dei ribassi delle offerte che restano dopo l'operazione di accantonamento di cui alla lettera c);
- e) si calcola ? sempre con riguardo alle offerte che restano dopo l'operazione di accantonamento di cui alla lettera c) ? lo scarto dei ribassi superiori alla media di cui alla lettera d) e, cioè, la differenza fra tali ribassi e la suddetta media;
- f) si calcola la media aritmetica degli scarti e cioè la media delle differenze;
- g) si somma la media di cui alla lettera d) con la media di cui alla lettera f); tale somma costituisce la "soglia di anomalia".

4.6.– Tali modalità corrispondono peraltro alle esemplificazioni costantemente operate dalla apposita Autorità di vigilanza, ora ANAC (cfr. le determinazioni n. 4/1999 e n. 6/2009, non contraddette dal recente comunicato 5 ottobre 2016).

4.7.– L'argomento di interpretazione letterale utilizzato dal giudice di primo grado avrebbe dovuto svilupparsi lungo una direzione esattamente opposta: se il legislatore avesse volutamente disporre il reinserimento delle "ali tagliate" nel secondo conteggio ? contraddicendo un assetto ermeneutico oramai consolidato ? avrebbe dovuto esplicitarlo chiaramente.

4.8.? Peraltro, nel caso in esame, il giudice di prime cure ha omesso di stigmatizzare anche una ulteriore illegittimità. Dopo l'iniziale esclusione delle ali "estreme", la stazione appaltante ha reinserito, nei successivi conteggi, soltanto le "ali maggiori". Ebbene, pur ponendosi nella prospettiva interpretativa (sopra respinta) secondo cui lo scarto medio aritmetico andava calcolato mediante il reinserimento delle ali inizialmente tagliate, appare del tutto ingiustificato ? logicamente prima ancora che normativamente ? l'inserimento della sola "ala maggiore" e non delle offerte contenenti un ribasso più contenuto.

5.– In definitiva, la procedura di affidamento dell'appalto risulta viziata.

Sul versante conformativo, il Collegio deve tener conto del fatto che l'amministrazione appellata ha contestato in punto di fatto quanto affermato dall'appellante ? ovvero che il reinserimento delle due ali maggiori (inizialmente "tagliate") avrebbe determinato un valore del 3,36% quale scarto medio percentuale ? affermando invece che, anche utilizzando gli scarti di detta ala, la media degli scarti ottenuta sarebbe stata proprio del 5,84%, in esecuzione della presente sentenza.

Pertanto, in esecuzione della presente sentenza, la stazione appaltante dovrà dunque operare, nel contraddittorio delle parti, una ripetizione della gara "virtuale", nel rispetto dei canoni di determinazione della soglia di anomalia sopra indicati.

6.? Per economia di giudizi, il Collegio statuisce sin d'ora che, ove risulti all'esito della ripetizione virtuale della gara che la ELECTRA SRL (avendo offerto un ribasso percentuale del 29,92%) avrebbe dovuta esclusa, ai sensi dell'art. 97, comma 8, del codice dei contratti pubblici, la stazione appaltante dovrà liquidare in favore della società appellante il risarcimento del danno (il quale, come è noto, prescinde da un accertamento in ordine alla imputabilità soggettiva della lamentata violazione), calcolato secondo i criteri di seguito indicati ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a.

6.1.? A tale proposito, è utile richiamare i principi elaborati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 2 del 2017, alla stregua dei quali:

- ai sensi degli artt. 30, 40 e 124, comma 1, c.p.a., il danneggiato deve offrire la prova dell'an e del quantum del danno che assume di aver sofferto;

- nel caso di mancata aggiudicazione il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante

si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto);

- spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.);

- la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità - o di estrema difficoltà - di una precisa prova sull'ammontare del danno;

- le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente tecnico d'ufficio neppure nel caso di consulenza cosiddetta "percipiente", che può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, demandandosi al consulente l'accertamento di determinate situazioni di fatto, giacché, anche in siffatta ipotesi, è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti;

- la prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni (sulla base della regola della inferenza "probabilistica" e non "necessaria");

- va esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata;

- anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del nocumento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio curriculum professionale), quantificandolo in una misura percentuale specifica applicata sulla somma liquidata a titolo di lucro cessante;

- il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa.

6.2.? L'applicazione di tali principi al caso di specie conduce alle seguenti conclusioni:

a) va esclusa la possibilità di riconoscere, automaticamente e forfettariamente, a titolo di lucro cessante una somma corrispondente al 10% dell'importo dei lavori;

b) non è stata fornita la prova del c.d. danno curricolare;

c) sussistono i presupposti per applicare la detrazione relativa al c.d. aliunde perceptum.

Rileva, a tal fine, la considerazione: «secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili. Pertanto, in mancanza di prova contraria, che l'impresa che neghi l'*aliunde perceptum* può fornire anche sulla base dei libri contabili, deve ritenersi che essa abbia comunque impiegato proprie risorse e mezzi in altre attività, dovendosi quindi sottrarre al danno subito per la mancata aggiudicazione l'*aliunde perceptum*, calcolato in genere in via equitativa e forfettaria. Del resto -e si è al secondo ordine di considerazioni - nell'ambito delle gare d'appalto, tale conclusione risulta avvalorata dalla distinta, concorrente circostanza che, da un lato, non risulta ragionevolmente predicabile la condotta dell'impresa che immobilizza le proprie risorse in attesa dell'aggiudicazione di una commessa, o nell'attesa dell'esito del ricorso giurisdizionale volto ad ottenere l'aggiudicazione, atteso che possono essere molteplici le evenienze per cui potrebbe risultare non aggiudicataria della commessa stessa (il che corrobora la presunzione); dall'altro che, ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, sicché il comportamento inerte dell'impresa ben può assumere rilievo in ordine all'*aliunde perceptum*». (cfr. Adunanza Plenaria n. 2 del 2017).

6.3.? In definitiva, esclusa la possibilità di applicare la percentuale del 10%, e riconosciuta la particolare difficoltà di fornire una prova puntuale del relativo importo, tale utile non può che essere determinato in via equitativa (art. 2056 c.c.) nella misura del cinque per cento del valore dell'appalto (determinato in ragione del ribasso offerto in gara dall'avente diritto), da cui va però detratto un ulteriore 2% per cento, in quanto deve presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di non concorrere all'aggravamento del danno.

6.4.? Ai fini dell'integrale risarcimento del danno, che costituisce debito di valore, occorre riconoscere, inoltre, al danneggiato sia la rivalutazione monetaria (secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat), che attualizza al momento della liquidazione il danno subito, sia gli interessi compensativi (determinati in via equitativa assumendo come parametro il tasso di interesse legale) calcolati sulla somma periodicamente rivalutata, volti a compensare la mancata disponibilità di tale somma fino al giorno della liquidazione del danno, sia, infine, gli interessi legali sulla somma complessiva dal giorno della pubblicazione della sentenza (che con la liquidazione del credito ne segna la trasformazione in credito di valuta) sino al soddisfo.

7.? La liquidazione delle spese del doppio grado di giudizio segue la regola generale della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 1611 del 2017, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado nei sensi di cui in motivazione.

Condanna la controparte appellata al pagamento delle spese di lite del doppio grado di

giudizio in favore della società appellante, che si liquida in € 4.500,00, oltre IVA e CPA come per legge.

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

Guida alla lettura

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha offerto alcuni importanti chiarimenti in ordine al metodo di determinazione dell'anomalia dell'offerta stabilito dall'art. 97, co. 2, lett. e) del d.lgs. n. 50/2016 (il "**Codice**").

Nell'ambito di un appalto di lavori da affidare secondo il criterio del prezzo più basso l'appellante, già soccombente in primo grado, ha, infatti, fatto valere l'errata applicazione da parte della stazione appaltante del metodo di calcolo per la determinazione della soglia di anomalia dell'offerta di cui all'art. 97, co. 2, lett. e) del Codice.

Tale errore, avendo condotto alla determinazione di una soglia di anomalia più alta (il ribasso percentuale offerto rispetto alla base d'asta per calcolare l'anomalia sarebbe passato da 27,89% al 30,37%) si sarebbe tradotto nell'illegittima aggiudicazione della procedura in favore del concorrente che aveva offerto un ribasso del 29,92%. Difatti, qualora la soglia di anomalia fosse stata correttamente calcolata, tale concorrente avrebbe dovuto essere escluso, in applicazione della *lex specialis* di gara che, ai sensi dell'art. 97, co. 8 del Codice, prevedeva l'automatica esclusione delle offerte anomale.

Nel risolvere la controversia, il Consiglio di Stato ha anzitutto precisato che il sistema di calcolo della soglia di anomalia di cui all'art. 97, co. 2, lett. e), si articola in due passaggi:

(i) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, escludendo le offerte rientranti nel 10% di maggiore o minore ribasso (le c.d. "ali");

(ii) incremento della media così determinata, dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

Ciò posto, la questione posta dalla vicenda controversa, è se le "ali", escluse dal "primo passaggio" del procedimento di calcolo della soglia dell'anomalia, debbano o meno essere tenute in considerazione allorquando si passi a calcolare la media dello scarto aritmetico ("secondo passaggio").

Ed infatti, ad avviso dell'appellante, l'errore in cui sarebbe incorsa la commissione di gara sarebbe stato proprio quello di reintrodurre le ali nel secondo passaggio di calcolo della soglia di anomalia.

In tal senso, nella sentenza in commento si legge che *"Il tema oggi in contestazione – se le offerte rientranti nel 10% di maggiore o minore ribasso (c.d. "ali") debbano essere*

fittiziamente escluse solo nella fase d'accertamento della soglia d'anomalia (per poi essere riammesse per la determinazione della media percentuale dei ribassi e per il calcolo dello scarto medio aritmetico) oppure se il loro "taglio" debba rappresentare una definitiva fuoriuscita dal novero delle offerte valide per la gara".

A tal riguardo, ad avviso del Consiglio di Stato, la lettera della norma non chiarisce, di per sé, se la fittizia eliminazione del 10% delle offerte di maggior ribasso valga solo ai fini del calcolo della prima media (media dei ribassi) e non anche della seconda media (media degli scostamenti) ovvero interessi entrambe le fasi di calcolo, ed anzi essa si presta ad entrambe le interpretazioni.

Senonché, alla luce di elementi teleologici e sistematici, il Consiglio di Stato ritiene che il c.d. taglio delle ali, debba interessare entrambe le fasi del procedimento di calcolo della soglia di anomalia.

Ed infatti, poiché la logica sottesa al c.d. taglio delle ali è quella di accantonare quelle offerte che, in quanto si collocano sui margini estremi (percentualmente definiti) del gruppo delle offerte presentate, si presumono non corrispondere ad una reale intenzione di contrarre, quanto piuttosto a *"condizionare la determinazione della media stessa e dunque della soglia di anomalia (c.d. offerte di appoggio)"*, sarebbe contraddittorio ed illogico escluderle dal primo passaggio del procedimento di calcolo della soglia di anomalia per poi invece reinserirle nel secondo passaggio.

Da un punto di vista pratico, d'altra parte, ciò finirebbe per causare un'attenuazione dell'effetto dell'accantonamento già operato che provocherebbe la *"determinazione di una soglia di anomalia deviata da ribassi più accentuati"* così vanificando l'obiettivo insito nel meccanismo del c.d. taglio delle ali che, come anticipato, è quello di non tener conto delle offerte *"largamente disancorate da valori medi"* e, dunque, tendenzialmente inaffidabili, in quanto presentate al solo scopo di condizionare le medie.

Si tratta peraltro di una ricostruzione che corrisponde all'esemplificazione operata dall'ANAC (prima, Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici) sulle modalità di calcolo della soglia di anomalia (determinazioni n. 4/1999 e 6/2009).

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, il Consiglio di Stato, in riforma della sentenza impugnata, ha ritenuto viziata la procedura di affidamento dell'appalto.