

Il calcolo della soglia di anomalia dell'offerta

di Giampaolo De Piazzi

Data di pubblicazione: 9-7-2020

L'attuale formulazione dell'art. 97, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, dedicato alle offerte anormalmente basse, è frutto della modifica apportata dall'art. 1, comma 20, d.l. n. 32 del 2019 (cd. decreto sblocca-cantieri), ed assolve alla funzione di rendere estremamente complesso per le imprese partecipanti ad una procedura di gara indetta per l'aggiudicazione di pubblici appalti la predeterminazione della soglia di anomalia dell'offerta, nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso.

In materia di calcolo della soglia di anomalia delle offerte, appare chiaro che nell'ambito dell'art. 97, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016 risulta descritta una sottrazione, posto che il verbo «decrementare», infatti, sta a significare «diminuire» e nella norma sono indicati i termini della sottrazione. In particolare, il minuendo è costituito dalla «soglia calcolata alla lettera c)» della norma, la cd. prima soglia, che è rappresentata dalla «somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lett. b)», per cui è il risultato di un'addizione fra una media aritmetica – la quale, essendo i ribassi espressi in percentuale sulla base d'asta, è una percentuale – e «lo scarto medio aritmetico, che è anch'esso una percentuale». Il minuendo dell'operazione di sottrazione richiesta dall'art. 97, comma 2, lett. d), la cd. prima soglia, è un valore percentuale (e lo è in quanto omogeneo ai ribassi). Per stabilire il sottraendo, occorre solamente compiere l'operazione imposta dal legislatore, che si articola nei seguenti passaggi: a) calcolo della somma dei ribassi secondo le indicazioni contenute nella lettera a); b) calcolo del prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma così ottenuta; c) calcolo dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b); d) infine, «applicazione» del prodotto delle prime due cifre dopo la virgola allo scarto medio aritmetico, e cioè effettuazione del «calcolo percentuale» moltiplicando lo scarto medio aritmetico per il prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi, e dividendo poi per cento. Il valore così ottenuto costituisce il sottraendo, che è un valore percentuale (come descritto nella norma). Nessuna altra operazione è richiesta, e si può quindi compiere la sottrazione e calcolare la soglia di anomalia.

La sottrazione da compiere secondo quanto indicato dall'art. 97, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016, per il calcolo della soglia di anomalia in gare da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso, è fra due percentuali, tali essendo sia il minuendo che il sottraendo.

La formulazione originaria dell'art. 97, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016 non risulta affatto sovrapponibile all'attuale formulazione della lett. d) della norma de qua. Posto che nella prima formulazione la lett. b) imponeva di «decrementare percentualmente» la media aritmetica dei ribassi della prima cifra dopo la virgola della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi, occorre considerare che la locuzione «decrementare percentualmente» non appare sinonimo di «decrementare di un valore percentuale», ma descrive il calcolo percentuale non più previsto dall'art. 97, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016.

GUIDA ALLA LETTURA.

La sentenza in rassegna affronta un tema particolarmente complesso, rappresentato dalle modalità tratteggiate dal legislatore per il calcolo della soglia di anomalia dell'offerta, e compendiate nell'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016.

In linea generale, la previsione dell'anomalia dell'offerta trova la sua ratio nella necessità di tutelare un corretto confronto concorrenziale fra gli operatori economici che aspirano a divenire contraenti della p.a., e ad evitare le distorsioni dovute a competitori che presentano offerte (destinate a rivelarsi) economicamente non sostenibili, in quanto di fatto inidonee a remunerare convenientemente le prestazioni da affidare. Ed infatti, quanto al primo profilo (tutela del corretto confronto concorrenziale), la ratio traspare evidente già dal testo dell'art. 97, comma 2-ter, d.lgs. n. 50 del 2016, che prevede la rideterminazione (e quindi la modifica) delle modalità di calcolo della soglia di anomalia al fine di evitare che i concorrenti possano predeterminare i relativi parametri, modulando in tal modo artificiosamente la propria offerta, e quindi falsando il confronto concorrenziale. Quanto al secondo aspetto (prevenzione del rischio di aggiudicare l'appalto a concorrenti che hanno presentato offerte non remunerative), la relativa ratio sembra emergere dal primo comma della norma de qua, che menziona i caratteri di serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta.

Giova inoltre evidenziare che, secondo l'insegnamento della giurisprudenza, il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta risulta finalizzato allo scrutinio dei caratteri di attendibilità e di serietà dell'offerta stessa, e cioè dell'effettiva possibilità per l'operatore economico di eseguire correttamente le prestazioni oggetto di appalto alle condizioni proposte (Consiglio di Stato, sez. V, 9 marzo 2020, n. 1671). Il sistema della previsione delle offerte anomale, benché appaia finalizzato in via diretta alla tutela del corretto meccanismo della concorrenza, tutela anche l'interesse pubblico concretamente perseguito dalla p.a. attraverso la gara (Cons. giust. Amm., 29 gennaio 2018, n. 37), nonchè le esigenze di contenimento della spesa pubblica, in quanto evita che l'appalto venga affidato ad un operatore economico che ha formulato un'offerta carente sotto il profilo della serietà e della correttezza imprenditoriale, e quindi non sostenibile, con la verosimile impossibilità di eseguire correttamente le prestazioni che formano oggetto delle obbligazioni da assumere nei confronti della stazione appaltante. Del resto, anche per i contratti in cui è parte una p.a. trova cittadinanza il principio di diritto scolpito nell'art. 1218 c.c., in base al quale l'obbligazione deve essere esattamente eseguita (configurandosi diversamente un inadempimento, costituente il cd. illecito contrattuale).

In base a quanto prefigurato dal legislatore già nel previgente codice dei contratti pubblici, l'offerta anomala è quella che presenta un ribasso pari ovvero superiore ad una determinata percentuale dell'importo complessivo dell'appalto (art. 86, commi 1 e 2, d.lgs. n. 163 del 2006), percentuale che viene determinata in modo differente a seconda che il criterio di aggiudicazione prescelto sia il prezzo più basso ovvero l'offerta economicamente più vantaggiosa. Ed infatti, come è stato chiarito dall'a.n.a.c. nella vigenza della precedente disciplina, «Perofferta anomala si intende un'offerta anormalmente bassa rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando e che, al contempo, suscita il sospetto della scarsa serietà

dell'offerta medesima e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale, per il fatto di non assicurare all'operatore economico un adeguato profitto».

L'attuale disciplina dettata in tema di verifica delle offerte anomale, contenuta nell'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016, risulta il frutto delle modifiche introdotte da ultimo con il d.l. n. 32 del 2019 (cd. decreto sblocca cantieri), convertito con modificazioni nella l. n. 55 del 2019. La norma de qua, sin dalla sua originaria formulazione, nel mantenere ferma la distinzione – già presente nella previgente normativa – fra i due ricordati criteri di aggiudicazione, dettava due diverse modalità per la determinazione della soglia di anomalia dell'offerta, distinte proprio sulla base di tale criterio. Il più recente intervento normativo, nel mantenere separate le discipline relative ai due ricordati criteri di aggiudicazione, ha modificato il contenuto del comma 2, ed ha introdotto i commi 2-bis e 2-ter, prevedendo per gli appalti da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso due differenti procedimenti da seguire per il calcolo della soglia di anomalia, distinti a seconda che le offerte ammesse al procedimento concorsuale siano pari o superiori a quindici (comma 2), ovvero siano inferiori (comma 2-bis). Anche per gli appalti da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa le modalità dettate dal legislatore differiscono a seconda del numero di offerte ammesse (commi 3 e 3-bis).

Analogamente a quanto risultava sancito nella precedente disciplina, l'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016 non prevede l'automatica esclusione delle offerte che risultano essere anormalmente basse, ma prevede al comma 1 che la stazione appaltante richieda all'operatore economico di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi, assegnando allo scopo un termine non inferiore a quindici giorni, indicato nel successivo comma 5. La stazione appaltante esclude l'offerta se le giustificazioni fornite dall'operatore economico non appaiono idonee a rappresentare le ragioni che fondano il basso livello dei prezzi o dei costi proposti. Tuttavia, per l'ipotesi prefigurata al comma 8 la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara di determinate offerte (ipotesi che sembra rappresentare una deroga alla regola generale della verifica dell'anomalia).

Per quanto attiene la fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, costituente un subprocedimento (così T.A.R. Puglia - Lecce,, sez. II, 4 maggio 2020, n. 494), in quanto inserito con carattere di eventualità nell'ambito del procedimento di scelta dell'affidatario dell'appalto, si deve precisare che oggetto della verifica non è ogni singola voce di costo in cui si articola l'offerta presentata dal concorrente (con le differenze proprie dei due differenti criteri di aggiudicazione), trattandosi in realtà di un giudizio complessivo e sintetico avente ad oggetto un apprezzamento globale della stessa, sotto il profilo della sua affidabilità e sostenibilità sul piano economico. In particolare, secondo un orientamento giurisprudenziale che può definirsi consolidato, il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non risulta finalizzato a ricercare (quasi in chiave sanzionatoria) singole inesattezze dell'offerta economica, ma tende ad accertare in concreto che detta offerta risulti nel suo complesso attendibile ed affidabile (Consiglio di Stato, sez. III, 15 gennaio 2018, n. 188), restando del tutto irrilevanti le – eventuali – inesattezze riscontrabili (Consiglio di Stato, sez. VI, 7 maggio 2020, n. 2885).

Il giudizio di anomalia dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, che appare sindacabile dal giudice amministrativo soltanto in caso di macroscopica illogicità ed

irragionevolezza, ovvero di erroneità fattuale ovvero ancora di inadeguatezza dell'istruttoria, essendo precluso al giudice procedere alla verifica della congruità dell'offerta, rappresentando cioè una non consentita invasione della sfera propria della p.a. (Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1541).

Tanto premesso a livello di principi generali, e venendo al contenuto della sentenza in rassegna, occorre premettere che l'art. 97, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 (applicabile per espressa voluntas legis alle gare da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso e quando il numero delle offerte ammesse risulta pari ovvero superiore a 15), tratteggia un complesso procedimento, articolato in quattro fasi, per il calcolo della soglia di anomalia, che ha determinato il sorgere di un contrasto giurisprudenziale incentratosi soprattutto sull'interpretazione del contenuto della lettera d) dello stesso. In particolare, detto comma prevede inizialmente il calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse (lett. a), con esclusione del dieci per cento delle offerte di maggiore e di minore ribasso (cd. taglio delle ali); successivamente, il calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata come appena indicato (lett. b); si ha quindi la cd. prima soglia, rappresentata dalla somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b) del comma 2 (lett. c); infine, la soglia calcolata in base alle prescrizioni contenute nella lettera c) è decrementata di un fattore correttivo, rappresentato 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) sempre del ricordato comma 2 (lett. d).

Il contrasto giurisprudenziale formatosi sull'interpretazione della riportata lett. d) attiene all'individuazione della natura del valore ottenuto applicando allo scarto medio aritmetico il prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi. Nello specifico, sulla base del dato normativo della lett. d), secondo cui la prima soglia (calcolata in base alle indicazioni fornite alla precedente lett. c) «è decrementata di un valore percentuale», per una parte della giurisprudenza tale valore sarebbe un valore assoluto (T.A.R. Lombardia - Brescia, sez. I, 8 novembre 2019, n. 968; T.A.R. Puglia - Bari, sez. III, 22 maggio 2020, n. 736), sul rilievo che decrementare un numero di un valore percentuale significa calcolare il valore assoluto a cui corrisponde quella determinata percentuale e quindi sottrarlo al numero di partenza (T.A.R. Marche, sez. I, 7 ottobre 2019, n. 622).

Secondo altra parte della giurisprudenza, invece, tutti i valori ottenuti attraverso le operazioni previste dall'art. 97, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 consistono in percentuali rispetto all'importo a base d'asta (Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2020, n. 2856), e quindi tale risulta anche il valore indicato alla lett. d).

Le due opposte soluzioni prospettate in giurisprudenza risultano suscettibili di determinare un differente quantum di riduzione della cifra di partenza, e cioè della cd. prima soglia (come gustamente osservato da T.A.R. Lombardia - Brescia, n. 968/2019, cit.), e conducono quindi a potenziali contrasti nell'aggiudicazione degli appalti ricadenti nel ricordato comma 2.

La sentenza che si annota si inserisce nel solco dell'orientamento secondo cui il valore indicato dall'art. 97, comma 2, lett. d), del codice dei contratti pubblici è un valore percentuale.

Più in particolare, il collegio, pur riconoscendo che la disposizione de qua risulta essere di difficile interpretazione, è partito osservando che nella citata lett. d) risulta descritta una sottrazione, in quanto il verbo «decrementare» sta a significare «diminuire», e nella norma risultano indicati i termini della sottrazione. Il cd. minuendo risulta costituito dalla «soglia calcolata alla lettera c» (la cd. prima soglia), rappresentata dalla «somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b)», per cui essa rappresenta il risultato di una addizione fra una media aritmetica – che, essendo i ribassi espressi in percentuale sulla base d’asta, è a sua volta una percentuale – e lo scarto medio aritmetico, che rappresenta anch’esso una percentuale, ed è calcolato secondo le indicazioni fornite alla precedente lettera b), e lo si ottiene per differenza fra i singoli ribassi che risultano superiori alla media dei ribassi, e la media dei ribassi stessi.

Stabilito che il minuendo dell’operazione di sottrazione (la cd. prima soglia) richiesto dalla ricordata lett. d) risulta essere un valore percentuale (e tale risulta in quanto omogeneo ai ribassi), ha osservato la sentenza in commento che il sottraendo dà adito a dubbi, essendo definito dal legislatore valore percentuale, ma ha di seguito precisato che tale dubbio può essere agevolmente superato considerando che il legislatore non prescrive un’altra operazione matematica, ma descrive il risultato di un’operazione. Di conseguenza, per stabilire il sottraendo occorre solamente compiere l’operazione imposta dalla norma, che si articola in vari passaggi: il primo, rappresentato dal calcolo della somma dei ribassi secondo le prescrizioni poste dalla lett. a); il secondo, costituito dal calcolo del prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma così ottenuta; il terzo, dato dal calcolo dello scarto medio aritmetico di cui alla lett. b); il quarto, consistente nell’applicazione del prodotto delle prime due cifre dopo la virgola allo scarto medio aritmetico. Il valore così ottenuto costituisce il sottraendo, che è anch’esso un valore percentuale, come indicato dal legislatore.

Il collegio si è fatto carico inoltre di precisare che la formulazione originaria dell’art. 97, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016 non risulta affatto sovrapponibile alla formulazione dell’attuale lett. d) della norma de qua. Ed infatti, posto che la versione della ricordata lett. b) imponeva di «decrementare percentualmente» la media aritmetica dei ribassi della prima cifra dopo la virgola, ha osservato che tale locuzione non appare sinonimo di decrementare di un valore percentuale, descrivendo invece il calcolo percentuale non più previsto nella lett. d).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9595 del 2019, proposto da

Gruppo Sapa s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Lucio Perone e Crescenzo Giuseppe Rinaldi, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

Co.Ba. s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Galante, con domicilio eletto presso il suo studio in Potenza, via Maratea, 8;

Comune di Brescia, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesca Moniga e Andrea Orlandi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Orlandi in Brescia, Corsetto Sant'Agata, 11/B;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), n. 01007/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Co.Ba. s.r.l. e del Comune di Brescia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 maggio 2020 il Cons. Federico Di Matteo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determina dirigenziale 6 giugno 2019 n. 1149 il Comune di Brescia – Settore trasformazione urbana ed urban center indicava una procedura di gara aperta per l'affidamento dei lavori di “Realizzazione nuovi spazi per servizi e spazi esterni in via Milano 140 – Intervento 2B”; nel disciplinare di gara era specificato (Titolo VIII – Modalità relative all'espletamento della gara e all'aggiudicazione): *“La gara è esperita ai sensi dell'art. 60 del Codice con il criterio del minor prezzo, inferiore a quello posto a base di gara, determinato mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara, come previsto dall'art. 36, comma 9-bis del Codice, con esclusione automatica delle offerte con percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, individuata con il metodo di cui all'art. 97, comma 2, ovvero 2 –bis del codice, in applicazione del comma 8 del medesimo articolo”*.

1.1. Compilate le operazioni di gara l'appalto era aggiudicato al Gruppo Sapa s.r.l.; con

comunicazione inserita nel portale informatico Co.ba. s.r.l., altro concorrente, segnalava alla stazione appaltante l'errato calcolo della soglia di anomalia la quale, per il metodo prescelto negli atti di gara, sarebbe dovuta essere fissata al 23,11457% e non, invece, al 24,03447%, con conseguente aggiudicazione a suo favore.

Con nota 6 agosto 2019 il R.u.p. – responsabile unico del procedimento rispondeva di aver fatto corretta applicazione della metodologia per il calcolo della soglia di anomalia delle offerte prevista dall'art. 97, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 così come già indicata nel comunicato inserito nel portale il 4 luglio 2019; la stazione appaltante specificava, in particolare, di aver effettuato le seguenti operazioni: “...n. 3 calcolo della media ribassi dopo esclusione ali...”; “n. 4 calcolo media scarti dei ribassi superiori alla media dopo esclusione ali...”; “n. 5 prima soglia = media ribassi + media scarti”; “n. 6 si considerano le prime due cifre decimali della somma dei ribassi delle offerte mediate...”; “n. 7 si considera il prodotto di tali cifre tra di loro...”; “n. 8 il valore percentuale ottenuto da tale prodotto applicato allo scarto medio si sottrae in percentuale alla soglia di anomalia iniziale...”; “n. 9 (soglia anomalia = prima soglia – (prima soglia *Y) laddove Y è la percentuale di decremento)...”, ulteriormente precisando che: “Il valore sopra calcolato differisce presumibilmente da quello da voi proposto per il seguente motivi: avete sottratto il valore di $Y = 1,21925$ direttamente dal valore della prima soglia ($24,33113 - 1,21925$) anziché sottrarlo in percentuale (la norma recita che la soglia di cui al punto c) dell'art. 97, comma 2 del codice, ovvero 24,33113 viene decrementata di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) pari a 36, applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b) ”.

L'interlocuzione tra Co.ba s.r.l. e la stazione appaltante continuava con la nota della prima, del 16 settembre 2019, di trasmissione del comunicato del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 5 luglio 2019 con le istruzioni per la corretta applicazione della metodologia di calcolo della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 2, del codice dei contratti pubblici e con la nota di replica della stazione appaltante del 16 settembre 2019, in cui dichiarava di aver scelto, a fronte delle diverse interpretazioni correnti sull'operazione prevista dalla lett. d) del comma 2 dell'art. 97 citato, quella che prevede il “decremento percentuale” anziché il “decremento in termini assoluti”.

1.2. Con determinazione dirigenziale 23 settembre 2019 la gara era aggiudicata definitivamente al Gruppo Sapa s.r.l.

2. Co.ba s.r.l. impugnava il provvedimento di aggiudicazione al Tribunale regionale amministrativo per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, con ricorso affidato a due motivi; nel primo motivo lamentava “violazione e falsa applicazione dell'art. 97, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50” per aver il Comune di Brescia errato nell'interpretare la metodologia di calcolo della soglia di anomalia per il caso di procedura con criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e numero delle offerte ammesse superiore a 15; in particolare, a detta della ricorrente, l'errore della stazione appaltante era consistito nell'aver diviso per cento il valore ottenuto attraverso l'ultima operazione prevista dalla lett. d) dell'art. 97, comma 2, seconda parte (*id est* 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)) prima di effettuare la

sottrazione alla prima soglia di anomalia del seconda parte, operazione esclusa dalle istruzioni fornite dal Ministero.

Il secondo motivo era diretto a far valere *“Eccesso di potere per errore nei presupposti, contraddittorietà, carenza di istruttoria e violazione del principio di autolimita”* per non aver dato seguito alle indicazioni che essa stessa le aveva fornito con le note inviate prima del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

2.1. Si costituivano in giudizio il Comune di Brescia e il Gruppo Sapa s.r.l. che concludevano per il rigetto del ricorso.

Con sentenza in forma semplificata, sez. I, 22 novembre 2019, n. 1007 era accolto il ricorso proposto da Co.ba. s.r.l. ed annullato il provvedimento di aggiudicazione.

2.2. Il tribunale, definito il punto controverso nella *natura* del valore da portare in diminuzione ai sensi della lett. d) dell'art. 97, comma 2, del codice dei contratti pubblici e, precisamente, *“se si tratti di una “percentuale” oppure di un “valore assoluto”, soluzioni tra loro alternative e suscettibili di determinare un differente quantum di riduzione della cifra di partenza (la c.d. “prima soglia”)*”, rilevata la presenza di soluzioni diverse nelle prime pronunce giurisprudenziali sulla questione, dava preferenza all'interpretazione avallata dal ricorrente per essere: - la locuzione “decremento” di per sé neutrale rispetto alla qualificazione del valore da portare in diminuzione; - l'operazione preliminare descritta nella seconda parte della disposizione come applicazione percentuale del “prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi” allo “scarto medio aritmetico di cui alla lettera b” e, dunque, al termine di tale passaggio “la cifra così calcolata (deve) essere sottratta alla c.d. “prima soglia”, e viene in rilievo come grandezza assoluta dal momento che la norma non specifica che l'operazione contempla nuovamente (e, dunque, una seconda volta) l'applicazione di un dato percentuale”; - il nuovo testo disallineato dal previgente art. 97, comma 2, lett. b) il quale associava il decremento ad una percentuale, previa determinazione di un determinato valore.

3. Propone appello Gruppo Sapa s.r.l.; si sono costituiti in giudizio il Comune di Brescia e Co.Ba s.r.l.; con ordinanza 19 dicembre 2019, n. 6294, è stata accolta l'istanza di sospensione degli effetti esecutivi della sentenza per aver il Collegio ritenuto meritevoli di favorevole apprezzamento le ragioni a fondamento dell'appello *“in quanto il valore da detrarre di cui all'art. 97 comma 2, lett. d) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 un numero percentuale”* e precisando, altresì, che fosse necessario mantenere la *res adhuc integrafino* alla pronuncia di merito. Le spese della fase cautelare erano poste a carico in solido delle appellate.

Le parti hanno presentato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche del Gruppo Sapa s.r.l. e del Comune di Brescia; queste ultime hanno anche depositato note di udienza ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

All'udienza del 21 maggio 2020 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. Dopo aver svolto una premessa sulla questione giuridica oggetto della controversia, l'appellante propone un primo motivo di appello con il quale lamenta l'omessa pronuncia sull'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio per genericità, proposta nella memoria depositata in primo grado e non esaminata dal giudice in sentenza.

A suo dire, il giudice avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il ricorso introduttivo del giudizio in quanto articolato nella mera elencazione di alcune pronunce giurisprudenziali unitamente alle note e circolari del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'ANAC sulla metodologia applicabile per il calcolo della soglia di anomalia, senza che fosse stato fornito alcun elemento interpretativo per contrastare la lettura della disposizione data dalla commissione di gara.

1.1. Il motivo è infondato.

Il ricorso di primo grado era articolato in due motivi nei quali veniva esattamente individuato l'errore interpretativo imputato alla stazione appaltante e le ragioni a fondamento della critica proposta, sia pure mediante il richiamo, in particolare, alle istruzioni fornite dal Ministero per le infrastrutture e i trasporti nella circolare del 5 luglio 2019.

Lo stesso appellante, nei motivi dell'appello, dimostra di aver ben chiaro il ragionamento critico che il ricorrente aveva proposto al giudice per ottenere l'annullamento degli atti impugnati.

2. Con il secondo motivo di appello la sentenza è censurata per *“Error in iudicando. Sulla erroneità della sentenza nella parte in cui ha accolto il primo motivo di ricorso, senza adeguatamente tenere conto degli elementi di fatto e di diritto evidenziati dall'odierno appellante. Difetto e/o insufficienza della motivazione. Illogicità della interpretazione fornita dal TAR Brescia e della conseguente motivazione della sentenza appellata”*.

La tesi dell'appellante è che il fattore di decremento della c.d. prima soglia di anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 2, lett. d) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 debba essere considerato in termini percentuali e non assoluti ovvero per un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi applicato allo scarto medio aritmetico; la sentenza di primo grado che, all'opposto, ha considerato il fattore di decremento in termini assoluti si sarebbe posta in contrasto con il dettato normativo, sebbene conforme alla circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, la quale però, per orientamento costante della giurisprudenza, non ha valore vincolante per i soggetti estranei all'amministrazione dalla quale è adottata, anche se con finalità interpretative.

A sostegno della sua tesi l'appellante riporta la motivazione della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche 7 ottobre 2019, n. 622 secondo cui *“da una esegesi della lett. d) del comma 2 del novellato art. 97 Codice appalti che tenga debitamente conto delle nozioni e dei concetti propri della matematica, si desume che: - “decrementare” un numero di un “valore percentuale” significa calcolare il valore assoluto a cui corrisponde quella determinata percentuale e sottrarre tale valore al numero di partenza (ad esempio, decrementare 100 del valore percentuale 20% significa calcolare a quanto corrisponde il 20%*

di 100 e poi sottrarre tale numero a 100) ...”, ma specialmente evidenzia, in contrasto con quanto ritenuto dal giudice di primo grado, la sostanziale sovrapposibilità della costruzione letterale della norma, così come formulata nell’originaria versione del codice dei contratti pubblici, con quella ora in vigore – come derivante dalla modifica apportata dal c.d. sblocca cantieri (d.l. 18 aprile 2019, n. 32) – per trarne la conseguenza che, se in passato la giurisprudenza amministrativa era unanimemente orientata nel senso che il valore da portare in decremento fosse di natura percentuale, non sussisterebbero valide ragioni per ritenere che ora debba essere inteso come valore assoluto, considerato, peraltro, che la reale differenza tra le due discipline risiederebbe nel calcolo della percentuale di decremento la quale, nel testo previgente, era pari alla prima cifra dopo la virgola della somma dei ribassi, mentre ora è frutto di una serie ulteriore di operazioni matematiche (prima di tutto moltiplicare la prima e la seconda cifra decimale della somma dei ribassi offerti; poi applicare la percentuale così determinata allo scarto medio dei ribassi), introdotte con l’intento di rendere imprevedibile il calcolo della soglia di anomalia.

Aggiunge, poi, che la interpretazione accolta dal giudice di primo grado dovrebbe ritenersi in chiaro contrasto con il concetto matematico di “decremento percentuale” di un dato valore, che non consiste nell’operare una mera sottrazione, ma nel verificare quale sia l’incidenza del valore da decrementare sul valore iniziale in termini percentuali ed, ancora, che il tribunale avrebbe, con la sua interpretazione, riferito il termine “percentuale” non al valore da decrementare, come imposto dalla lettera della norma, ma alla modalità di calcolo del valore stesso, così operando una vera e propria modifica lessicale della disposizione in esame.

3. Il motivo è infondato e va respinto.

3.1. Alla luce di un più approfondito esame della questione controversa, indotto anche dalle pronunce intervenute successivamente all’ordinanza del 19 dicembre 2019, n. 6294, e, in special modo, dalla sentenza di questa Sezione 6 maggio 2020, n. 2856, il Collegio ritiene che l’interpretazione accolta dal giudice di primo grado meriti conferma.

3.2. L’attuale formulazione dell’art. 97 (*Offerte anormalmente basse*), comma 2, del codice dei contratti pubblici è frutto della modifica apportata dall’art. 1, comma 20, d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (noto come decreto sblocca-cantieri) conv. con mod. in l. 14 giugno 2019, n. 55, con l’intento di rendere estremamente complesso per le imprese partecipanti ad una procedura di gara la predeterminazione della soglia di anomalia dell’offerta nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso.

3.3. Di difficile interpretazione è, però, la disposizione contenuta alla lett. d) del comma 2 dell’art. 97 in cui è descritta in questi termini l’operazione conclusiva: *“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 lett. b)”*

Un punto appare chiaro: nella lett. d) dell’art. 2 è descritta una sottrazione; il verbo “decrementare”, infatti, sta a significare “diminuire” e nella norma sono indicati i termini della sottrazione.

3.3.1. Il minuendo è costituito dalla “soglia calcolata alla lettera c)”: la c.d. prima soglia.

La prima soglia, secondo quanto stabilito dalla lett. c) del secondo comma dell’art. 97, è rappresentata dalla “*somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lett. b)*”; essa, dunque, è il risultato di un’addizione tra una media aritmetica – la quale, essendo i ribassi espressi in percentuale sulla base d’asta, è una percentuale – e lo “scarto medio aritmetico” che è, anch’esso, una percentuale.

Lo scarto medio aritmetico, infatti, è calcolato secondo le indicazioni della lettera b) del medesimo comma dell’art. 97 ove l’operazione è così definita “*calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a)*” e la lett. a) impone di calcolare la somma dei ribassi e la media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse con esclusione dei 10 per cento, arrotondando all’unità superiore rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso.

Lo scarto medio aritmetico si ottiene, allora, per differenza tra i singoli ribassi che risultano superiori alla media dei ribassi e la media dei ribassi stessi. Esso, dunque, sta ad indicare di quanto eccedono rispetto alla media dei ribassi le offerte con ribasso superiore rispetto alla media.

Quel che importa è che il minuendo dell’operazione di sottrazione richiesta dall’art. 97, comma 2, lett. d), la c.d. prima soglia, è un valore percentuale (e lo è in quanto omogeneo ai ribassi).

3.3.2. Il sottraendo dà adito a dubbi perché il legislatore lo definisce “valore percentuale”; è nell’interpretazione di questa locuzione che emergono le differenti tesi dell’appellante e dell’appellato (quest’ultima accolta dal giudice di primo grado).

Senonchè il dubbio può essere agevolmente superato tenendo presente che il legislatore definisce il sottraendo come “valore percentuale pari al...”, ossia – ed è questo il punto decisivo – non è qui prescritta un’(altra) operazione matematica, ma è descritto il risultato di un’operazione i cui passaggi si rinvengono immediatamente dopo (“pari al...” equivale a “risultante da...”).

L’operazione per calcolare quel “valore percentuale” è la seguente: “...*il 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)*”.

3.3.3. Per stabilire il sottraendo occorre solamente compiere l’operazione imposta dal legislatore, la quale si articola nei seguenti passaggi:

- a) calcolo della somma dei ribassi secondo le indicazioni della lett. a) già riportate;
- b) calcolo del prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma così ottenuta;
- c) calcolo dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b) con le modalità già in precedenza

riferite (par. 3.3.1.);

d) infine “applicazione” del prodotto delle prime due cifre dopo la virgola di cui sopra (lett. a) allo scarto medio aritmetico ovvero effettuare il “calcolo percentuale” descritto nella circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (pag. 4) con la seguente formula: Sc (scarto medio aritmetico) * prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi / 100.

Il valore così ottenuto costituisce il sottraendo; esso, per quanto, in precedenza detto, è un valore percentuale, come appunto il legislatore stesso lo descrive.

3.3.4. Nessun'altra operazione è richiesta; ottenuti, attraverso i passaggi descritti, il minuendo (la c.d. prima soglia) e il sottraendo (il “valore percentuale”), è possibile compiere la sottrazione e calcolare in questo modo la soglia di anomalia.

Come, infatti, affermato da questa Sezione, nel precedente già richiamato (la sentenza n. 2856 del 2020 al par. 9) la sottrazione da compiere secondo quanto indicato dalla lett. d) è tra due percentuali: tale è il minuendo, ma tale è anche il sottraendo calcolato secondo i passaggi da a) a d) riportati nel precedente paragrafo.

Accogliere la tesi dell'appellante significherebbe, invece, aggiungere ai passaggi da a) a d) un'altra operazione matematica di calcolo, vale a dire una determinazione percentuale, che, da un lato, non è necessaria perché, come fino a questo momento spiegato, il sottraendo ottenuto attraverso i passaggi descritti è già un numero percentuale, e, dall'altra parte, non trova alcun riscontro nella formulazione letterale della disposizione in esame.

3.3.5. Lo prova la seguente considerazione.

Contrariamente a quanto affermato dall'appellante, la formulazione originaria dell'art. 97, comma 2, lett. b) del codice dei contratti pubblici non è affatto sovrapponibile all'attuale formulazione dell'art. 97, comma 2, lett. d).

Nella prima formulazione, infatti, l'art. 97, comma 2, lett. b) imponeva di “decrementare percentualmente” la media aritmetica dei ribassi della prima cifra dopo la virgola della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi; questo era, infatti, il testo della disposizione: “*b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unita' 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*”.

Senonchè, “decrementare percentualmente” non è sinonimo di “decrementare di un valore percentuale”, ma descrive proprio quel calcolo percentuale non più previsto dall'art. 97, comma 2, lett. d) che l'appellante impropriamente assume come necessario. In tale

prospettiva “valore percentuale” non equivale a “percentuale” o anche “percentualmente”.

3.4. Ogni altra deduzione dell'appellante è respinta:

- la circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 5 luglio 2019 fornisce un esempio applicativo della metodologia di calcolo per la determinazione della soglia di anomalia coerente con l'interpretazione del dato normativo in precedenza accolta ed è per questo pienamente legittima;

- la nota del 4 luglio 2019, con la quale il Comune di Brescia rendeva noto agli operatori economici concorrenti di voler fare applicazione del metodo definito del “decremento percentuale” è in contrasto con l'interpretazione fornita della disposizione in esame ed è stata, pertanto, correttamente annullata dalla sentenza di primo grado unitamente al provvedimento di aggiudicazione.

Anche il terzo motivo di appello (*“Error in iudicando. Ulteriore profilo di illogicità della interpretazione fornita dal Tar Brescia e della conseguente motivazione della sentenza appellata”*) nel quale l'appellante lamentava che la stazione appaltante – quale che fosse l'esatta interpretazione dell'art. 97, comma 2, lett. d) del codice dei contratti pubblici – fosse tenuta a rispettare quella da essa stessa prescelta va pertanto respinto.

4. Con memoria depositata il 5 maggio 2020 il Comune di Brescia ha proposto istanza di revoca della condanna alle spese disposta a suo carico (in solido con la società Co.Ba s.r.l.) con l'ordinanza cautelare 19 dicembre 2020, n. 6294.

Riferisce, inoltre, il Comune di aver dato ottemperanza alla predetta ordinanza con la determinazione del 23 gennaio 2020, di annullamento degli atti adottati in esecuzione della sentenza di primo grado e, conseguente conferma dell'aggiudicazione già disposta a favore del Gruppo Sapa s.r.l.; provvedimento impugnato in via autonoma dall'odierna appellata al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – sez. staccata di Brescia.

Nel presente giudizio il Comune ha concluso per il rigetto dell'appello ritenendo di condividere l'interpretazione accolta nella sentenza di primo grado e, nella memoria di replica, si è detto pronto a *“sterilizzare gli effetti dei provvedimenti assunti in esecuzione dell'ordinanza cautelare n. 6294/2019 del 19.12.2019, con i quali ha annullato l'aggiudicazione a favore della società Co.Ba. e contestualmente ha aggiudicato la procedura al Gruppo Sapa”*.

4.1. L'istanza del Comune di Brescia merita accoglimento.

L'art. 57 (*Spese del procedimento cautelare*) cod. proc. amm. prevede che: *“Con l'ordinanza che decide sulla domanda il giudice provvede sulle spese della fase cautelare. La pronuncia sulle spese conserva efficacia anche dopo il provvedimento che definisce il giudizio, salvo diversa statuizione espressa nella sentenza di merito”*.

Ritiene il Collegio di dover rivedere la determinazione sulle spese della fase cautelare contenuta nell'ordinanza 19 dicembre 2019, n. 6294; per il contrasto interpretativo sull'esatta

interpretazione dell'art. 97, comma 2, lett. d) del codice dei contratti pubblici è giustificata la compensazione tra tutte le parti in causa delle spese, oltre che del presente grado del giudizio, anche della precedente fase cautelare.

5. In conclusione, l'appello va respinto e la sentenza di primo grado integralmente confermata. Le spese della fase cautelare e del merito sono integralmente compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del presente grado del giudizio e della precedente fase cautelare.

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