

Il calcolo della soglia di anomalia delle offerte anormalmente basse

di Cristiano Giovanni Gasparutti

Data di pubblicazione: 6-2-2018

Il Presidente dell'ANAC ha inteso ribadire che per il calcolo della media aritmetica non vanno considerate le offerte previamente escluse in virtù del taglio delle ali e il modus procedendi per dare applicazione alla disposizione de qua sembra doversi così ricostruire:

- 1. escludere il 10 % (arrotondato all'unità superiore) delle offerte di maggior ribasso e altrettante di quelle di minor ribasso (cd. taglio delle ali);*
- 2. effettuato il taglio delle ali, sommare i ribassi rimasti, indi calcolarne la media aritmetica;*
- 3. se la prima cifra dopo la virgola della somma suddetta è una cifra pari, oppure è zero, la media resta invariata; se è dispari, allora la media viene diminuita di una percentuale pari a tale cifra.*

Pubblicato il 23/01/2018

N. 00435/2018 REG.PROV.COLL.

N. 02295/2017 REG.RIC.

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 2295 del 2017, proposto da:

Consorzio Stabile Rei Società Consortile a r. l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Lilli, Carlo Greco, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Lilli in Roma, viale di Val Fiorita, 90;

contro

So.Ge.Ap S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Tangari, con domicilio eletto presso lo studio Valeria Maffei in Roma, piazza Conca d'Oro, 25;

Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Piemonte-Valle D'Aosta-Liguria - Sede di Genova, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura gen.le dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Piemonte – Torino, Sezione II, 8 marzo 2017 n. 327, resa tra le parti, concernente annullamento, previa sospensione dell'efficacia, del provvedimento di aggiudicazione definitiva n. 6634 del 19 dicembre 2016 dei lavori di manutenzione straordinaria e di adeguamento dei locali della Direzione generale delle Entrate in Torino;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di So.Ge.Ap S.r.l. e di Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Piemonte-Valle D'Aosta-Liguria - Sede di Genova;

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 26 ottobre 2017 il Cons. Daniele Ravenna e uditi per le parti gli avvocati Carlo Greco, Giovanni Palatiello per l'Avvocatura generale dello Stato, Carlo Tangari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Stabile Rei Società Consortile a r.l. (di seguito semplicemente “Consorzio”) impugna la sentenza in epigrafe, che ha respinto il suo ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva a So. Ge. Ap. S.r.l. dei lavori di manutenzione straordinaria e di adeguamento locali dello stabile della sede della Direzione regionale delle Entrate in Torino.

Il Consorzio appellante prospetta due motivi di gravame, entrambi riferiti all’applicazione dell’articolo 97, comma 2, lettera b), del nuovo codice degli appalti, disposizione la quale detta una delle 5 formule per il calcolo della soglia di anomalia delle offerte, fra le quali la Stazione appaltante è tenuta a sorteggiare quella da applicare, e che in concreto è stata estratta ed applicata nella gara de qua.

Con un primo motivo l’appellante, ricordate le “considerazioni, quasi rassegnazioni, in ordine all’incertezza del quadro normativo” di cui è costellata la sentenza, osserva che il Giudice, non avendo ravvisato nessuna logica intrinseca della disposizione, ha ritenuto preferibile una interpretazione che riduca gli adempimenti della commissione giudicatrice, valutando un inutile aggravio della procedura il calcolo di due distinte medie aritmetiche.

L’appellante ricorda che il nodo è rappresentato dalla interpretazione da fornire alla seconda parte della disposizione sopra citata, la quale – prima delle modifiche introdotte con il d. lgs. “correttivo” (19 aprile 2017, n. 56) - prevedeva che la soglia di anomalia è determinata quale “media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra;”. Il quesito starebbe, in particolare, sul modo di individuare la “prima cifra dopo la virgola”:

- a) se prendere a riferimento la stessa media aritmetica risultante dal cd. taglio delle ali;
- b) se prendere a riferimento la somma di tutti i ribassi offerti dai concorrenti ammessi, inclusi quelli accantonati.

L’appellante afferma che la seconda tesi – già patrocinata nel ricorso di primo grado – sarebbe quella maggiormente conforme all’interpretazione letterale della legge e sarebbe confortata da prassi applicative, studi specialistici e recente giurisprudenza. Viceversa l’Amministrazione precedente si sarebbe erroneamente limitata a calcolare la media dei

ribassi offerti con esclusione delle ali e a prendere a riferimento la cifra dopo la virgola della medesima media. Essendo la media suddetta 24,4817 e dunque la prima cifra dopo la virgola una cifra pari (4), l'Amministrazione ha lasciato invariata la media aritmetica. Ad avviso dell'appellante, invece, la commissione avrebbe dovuto fare riferimento alla somma di tutti i ribassi offerti, pari a 336,989; essendo la prima cifra dopo la virgola una cifra dispari (9), l'Amministrazione avrebbe dovuto ridurre la media aritmetica sopra indicata di un valore pari al 9%, così che la soglia di anomalia si sarebbe attestata al 22,27278 per cento. Con un ribasso offerto del 20,560% - conclude sul punto l'appellante – la propria offerta sarebbe risultata la migliore di quelle non anomale e pertanto automatica aggiudicataria dell'appalto.

Con un secondo motivo, l'appellante afferma che la sentenza sarebbe affetta da un travisamento di fatto, nel senso che il Giudice avrebbe ritenuto che la tesi sostenuta da lei ricorrente in giudizio postulasse il calcolo di due medie aritmetiche da parte della commissione di gara, mentre in realtà il Consorzio ricorrente, ed ora appellante, aveva sostenuto che la Commissione avrebbe dovuto verificare semplicemente la natura pari o dispari della prima cifra dopo la virgola della mera somma dei ribassi, e non calcolare una nuova media. Inoltre l'appellante afferma che dalla modifica in via di introduzione da parte del decreto legislativo non ancora emanato (divenuto poi il decreto legislativo "correttivo" 19 aprile 2017, n. 56, che con l'art. 62, comma 1, lettera b), ha introdotto nell'art. 97 in discussione un comma 3-bis, secondo il quale il calcolo di cui al comma 2 è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque), dovrebbe desumersi che il riferimento sia a tutte le offerte ammesse dalla commissione di gara alla seduta di scrutinio dell'offerta economica e non solo di quelle che sono risultate non anomale.

L'appellante conclude per l'annullamento dell'aggiudicazione e il proprio subentro, proponendo al contempo istanza cautelare.

Si è costituito il Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Piemonte-Valle d'Aosta-Liguria-Sede di Genova.

Si è costituito il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, argomentando avverso l'appello e in particolare richiamando il comunicato del Presidente dell'ANAC del 5 ottobre 2016, che avrebbe "integrato" il più volte richiamato art. 97.

Si è costituita l'aggiudicataria So.Ge.Ap. s.r.l., eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello.

Quanto al rito, ripropone l'inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa impugnazione

di talune Note dell'Amministrazione resistente, che nella sostanza recherebbero una integrazione alla motivazione del provvedimento impugnato. Quanto al merito, afferma che l'Amministrazione avrebbe operato puntuale applicazione della disposizione, avendo proceduto anzitutto al "taglio delle ali" (nella misura del dieci per cento delle offerte complessive, arrotondato all'unità superiore) ed accantonandole dalla base di calcolo per la determinazione della soglia di anomalia, come previsto dalla norma e ribadito dal Presidente dell'ANAC nel comunicato sopra citato.

Alla camera di consiglio dell'11 maggio 2017, la So. Ge. Ap. S.r.l. ha dichiarato di non procedere alla stipulazione del contratto prima della discussione, nel merito, della causa. Il Presidente, pertanto, su accordo delle parti, ha disposto l'abbinamento della sospensiva al merito, rinviando la trattazione della causa alla pubblica udienza del 26 ottobre 2017.

Successivamente il Consorzio appellante e le parti resistenti hanno ribadito e approfondito con memorie le rispettive prospettazioni. In particolare la So. Ge. Ap. ha prospettato un ulteriore motivo di inammissibilità dell'originario ricorso e dell'appello per vizio della firma digitale e comunque di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, poiché il Consorzio appellante sarebbe stato privo di un requisito prescritto a pena di esclusione.

All'udienza del 26 ottobre 2017 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Non occorre procedere all'esame dei motivi di inammissibilità e improcedibilità dell'appello prospettate dalla So. Ge. Ap. poiché l'appello è infondato nel merito.

Le conclusioni cui è pervenuto il Giudice di primo grado dunque vanno confermate, peraltro con le seguenti puntualizzazioni riguardo alle motivazioni su cui si fonda la sentenza.

Preliminarmente il Collegio conviene con i rilievi, invero peculiarmente incisivi, espressi nella sentenza in ordine all'art. 97, comma 2, del nuovo codice appalti, disposizione assai "poco lineare", che ha dato luogo a "numerosi dubbi interpretativi", destinata a condurre, a seconda dell'esito del sorteggio fra i 5 metodi di calcolo della soglia di anomalia ivi previsti, a risultati della gara "radicalmente diversi", sì che risulta "arduo individuare una logica di sistema della disposizione, nel suo confronto con la realtà della gara, risultando pienamente rispettato il solo criterio dell'imprevedibilità dell'esito", dal momento che "quasi tutte o quasi nessuna delle offerte ammesse potrebbero essere qualificate 'anomale' nella stessa gara a seconda del criterio sorteggiato".

Giova richiamare nuovamente il testo della disposizione in questione, che – alla lettera b), quella estratta dalla Stazione appaltante, prevede (nella versione precedente il “correttivo”, da applicare al caso in esame) la seguente formula per la determinazione della soglia di anomalia:

“b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra;”
(sottolineature aggiunte).

All'infelicità redazionale della disposizione di cui trattasi ha inteso offrire un contributo migliorativo il richiamato Comunicato stampa del Presidente dell'ANAC del 5 ottobre 2016, avente ad oggetto “Indicazioni operative in merito alle modalità di calcolo della soglia di anomalia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso”, secondo il quale la norma dovrebbe essere letta come se recitasse: “media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, arrotondato all'unità superiore, con esclusione del dieci per cento, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso”, ove tuttavia un Fato maligno pare essersi accanito inserendo un refuso, giacché la parole “arrotondato all'unità superiore” andrebbero chiaramente riferite al “dieci per cento” e collocate dopo questo.

In ogni modo, il Presidente dell'ANAC ha inteso ribadire che per il calcolo della media aritmetica non vanno considerate le offerte previamente escluse in virtù del taglio delle ali.

In definitiva, il modus procedendi per dare applicazione alla disposizione de qua sembra doversi così ricostruire:

1. escludere il 10 % (arrotondato all'unità superiore) delle offerte di maggior ribasso e altrettante di quelle di minor ribasso (cd. taglio delle ali);
2. effettuato il taglio delle ali, sommare i ribassi rimasti, indi calcolarne la media aritmetica;
3. se la prima cifra dopo la virgola della somma suddetta è una cifra pari, oppure è zero, la media resta invariata; se è dispari, allora la media viene diminuita di una percentuale pari a tale cifra.

Risulta agli atti che la Stazione appaltante ha proceduto come segue:

- di 14 offerte ammesse, ne ha escluse 4 (cd. taglio delle ali);
- ha sommato i ribassi offerti dalle 10 concorrenti rimaste, ottenendo la cifra di 244, 817;
- ha calcolato la media aritmetica di tali ribassi rimasti ($244,817 : 10$), pari a 24,4817;
- ha preso atto che la prima cifra dopo la virgola della somma dei ribassi è pari (8) e pertanto non ha variato la suddetta media aritmetica.

Così ricostruita la vicenda, occorre confermare la legittimità dell'operato dell'Amministrazione nel dare applicazione alla disposizione citata, già affermata dal Giudice di primo grado, e respingere quindi il primo motivo di appello.

Quanto al secondo motivo di appello, relativo all'asserito travisamento di fatto in cui sarebbe incorso il Giudice (aver erroneamente attribuito alla ricorrente l'affermazione circa la necessità di calcolare una ulteriore e diversa media, quella cioè di tutti i ribassi offerti senza il taglio delle ali), esso pure non può essere accolto. Si ammetta pure che il Giudice abbia ricostruito non puntualmente l'argomentazione addotta dalla ricorrente avverso l'aggiudicazione, per poi rigettarla, e sia incorso in un lapsus nella ricostruzione delle modalità applicative della (come s'è detto tutt'altro che limpida) normativa laddove ha ritenuto che il numero dal quale trarre la prima cifra dopo la virgola fosse la media (e non la somma, come sopra si è chiarito) dei ribassi rimasti dopo il taglio delle ali (e in tal senso deve quindi intendersi emendata la motivazione). Ciò nondimeno è corretta la conclusione cui perviene la sentenza, pur attraverso il percorso suddetto, circa la preferibilità di una interpretazione della norma ispirata al principio della massima semplificazione e quindi al fondamento dell'intera operazione sul calcolo di una unica media e, in conclusione, il rigetto dell'originario ricorso.

In conclusione, l'appello va respinto; tuttavia la particolarità delle questioni prospettate giustifica la compensazione delle spese fra le parti.

P.Q.M.

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

Dispone la compensazione delle spese fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2017 con l'intervento dei

magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Daniele Ravenna, Consigliere, Estensore

GUIDA ALLA LETTURA

La questione principale sottoposta al Collegio riguardava il metodo di calcolo della soglia di anomalia, applicando il criterio dell'art. 97, co. 2, lett. b) – del Codice dei Contratti (sorteggiato dal Seggio di gara).

Preliminarmente, secondo il Giudice di appello, la disposizione in parola è assai “*poco lineare*”, ha dato luogo a “*numerosi dubbi interpretativi*” e risulta destinata a condurre, a seconda dell'esito del sorteggio fra i 5 metodi di calcolo della soglia di anomalia ivi previsti, a risultati della gara “*radicalmente diversi*”, sì che risulta “*arduo individuare una logica di sistema della disposizione, nel suo confronto con la realtà della gara, risultando pienamente rispettato il solo criterio dell'imprevedibilità dell'esito*”, atteso che “*quasi tutte o quasi nessuna delle offerte ammesse potrebbero essere qualificate 'anomale' nella stessa gara a seconda del criterio sorteggiato*”.

Tuttavia, all'infelicità redazionale della disposizione in esame, il Comunicato stampa del Presidente dell'ANAC del 5 ottobre 2016, avente ad oggetto “*Indicazioni operative in merito alle modalità di calcolo della soglia di anomalia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso*”, ha inteso ribadire che per il calcolo della media aritmetica non vanno considerate le offerte previamente escluse in virtù del taglio delle ali.

In definitiva, il *modus procedendi* per dare applicazione alla disposizione *de qua* è il seguente:

1. escludere il 10 % (arrotondato all'unità superiore) delle offerte di maggior ribasso e altrettante di quelle di minor ribasso (cd. taglio delle ali);
2. effettuato il taglio delle ali, sommare i ribassi rimasti, indi calcolarne la media aritmetica;

3. se la prima cifra dopo la virgola della somma suddetta è una cifra pari, oppure è zero, la media resta invariata; se è dispari, allora la media viene diminuita di una percentuale pari a tale cifra.

Analogamente, si segnala che il criterio di calcolo della soglia di anomalia, di cui all'art. 97, co. 2, lett e) –(il cui incipit è analogo alla lett. b) di che trattasi “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 (...)*” è stato interpretato nel senso che “*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 (cfr. Cons. St., Sez. VI, 17.10.2017, n. 4803).