

Le offerte con ribasso pari alla soglia di anomalia calcolata secondo il metodo A dell'allegato II.2 del d.lgs. n. 36/2023 sono anomale e, in caso di appalti sotto soglia con applicazione del c.d. meccanismo di esclusione automatica, devono essere escluse

di Adriano Cavina, Donato Caterino

Data di pubblicazione: 11-7-2024

È dunque illogico e contraddittorio con le stesse previsioni di cui ai punti 1 e 2 del metodo A secondo cui «la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata», che l'offerta recante uno sconto pari alla soglia non sia esclusa in quanto, lo si ripete, la soglia fissata in base al metodo è proprio il limite iniziale o, se così può dirsi, la porta varcata dalla quale ha inizio l'anomalia e ciò si evince chiaramente dalla tabella esemplificativa contenuta nella citata Relazione (p. 85), recante "Esito della gara secondo i diversi metodi", la quale mostra che l'offerta L, che ha presentato uno sconto pari alla soglia di anomalia determinata – nel caso preso ad esempio dalla Relazione – nel 13%, è esclusa.

Pubblicato il 01/07/2024

N. 05780/2024 REG.PROV.COLL.

N. 04230/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ai sensi degli artt. 38 e 60 c.p.a.

sul ricorso numero di registro generale 4230 del 2024, proposto da FSI s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandataria del r.t.i. con Magistri s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A03CC4DF03, rappresentata e difesa dall'Avvocato Emilia Piselli e dall'Avvocato Daniele Bracci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Emilia Piselli in Roma, via Mercalli, n. 13;

contro

Politecnico di Torino, in persona del Rettore *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Roberta Pavarino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

DGM Consorzio Stabile s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Vincenzo Assenza e dall'Avvocato Antonio Corrado Assenza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cotti Impianti s.r.l., non costituita in giudizio;

Agrogreen s.r.l., non costituita in giudizio;

Decorì e Restauri s.r.l., non costituita in giudizio;

C.G.V. s.r.l., non costituita in giudizio;

Paschetto Mobili s.n.c. di Paschetto Luciano & Silvia, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 409 del 26 aprile 2024 del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, sez. I, resa in forma semplificata tra le parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a., che ha respinto il ricorso proposto dall'odierna appellante, FSI s.r.l., contro:

- il decreto del Direttore Generale del Politecnico di Torino rep. n. 1108/2024 del 5 aprile 2024, recante "*Decreto: Aggiudicazione - Accordo Quadro triennale suddiviso in tre lotti per la manutenzione straordinaria edile, elettrica, idrotermica finalizzata alla conservazione del Patrimonio Edilizio degli immobili di proprietà o in uso al Politecnico di Torino – Lotto 1 CIG: A03CB7F507- Lotto 2 CIG: A03CC33990 – Lotto 3 CIG: A03CC4DF03 - C.U.I.: L00518460019202300009*", con cui è stata conclusa la procedura di affidamento per il lotto 3 (CIG A03CC4DF03) della procedura per l'affidamento del menzionato Accordo Quadro con l'aggiudicazione in favore del r.t.i. controinteressato;

- la nota del Politecnico di Torino, senza protocollo, firmata in data 29 marzo 2024 dal Responsabile di Progetto, Ing. arch. Alessia Berutto, recante il rigetto dell'istanza in autotutela presentata dal r.t.i. ricorrente in data 25 marzo 2024;

- tutti i verbali di gara concernenti tutte le sedute pubbliche e riservate, con particolare riferimento al verbale della seduta dell'8 marzo 2024, nel corso della quale il seggio di gara «*in ottemperanza alle disposizioni dell'art. 54, comma 1 del D. Lgs. 36/2023, ha proceduto ad effettuare il calcolo della soglia di anomalia con l'utilizzo del Metodo A di cui all'Allegato II.2, individuando le seguenti soglie di anomalia: per il lotto 3: 27,23%*» e ha conseguentemente predisposto una errata ed illegittima graduatoria in relazione al lotto n. 3;
- l'esclusione del r.t.i. ricorrente dalla graduatoria relativa al lotto n. 3, per manifesto vizio sull'applicazione delle regole contenute nel d. lgs. n. 36 del 2023 e nel relativo Allegato II.2 in relazione al "Metodo A";
- ove occorra, tutti gli atti di gara e ogni atto di indizione della procedura di affidamento, con particolare riferimento all'art. 19 della lettera di invito, nella parte in cui prevede, in aperta violazione dell'art. 54 del d. lgs. n. 36 del 2023, la seguente disposizione, secondo cui «*ai sensi dell'art. 54, comma 1 del D.Lgs. 36/2023, qualora il numero delle offerte sia pari o superiore a cinque, si procederà all'esclusione automatica delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia*»;
- ove occorra, le regole tecniche su cui si è svolta la procedura di gara, ove si dovesse accertare un "vizio di sistema" della piattaforma telematica in relazione alle regole sull'individuazione della soglia di anomalia nonché la violazione dei "Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte" e sulle relative conseguenze;
- ogni altro atto, provvedimento o comportamento presupposto, connesso e consequenziale adottato dalla stazione appaltante, nella parte in cui pregiudizievole per la posizione del r.t.i., odierno appellante.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Politecnico di Torino e della controinteressata DGM Consorzio Stabile s.c.a.r.l.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 25 giugno 2024 il Consigliere Massimiliano Nocelli e uditi per l'odierna appellante, FSI s.r.l., l'Avvocato Daniele Bracci Daniele, per il Politecnico di Torino l'Avvocato Roberta Pavarino e per la controinteressata DGM Consorzio Stabile s.c.a.r.l. l'Avvocato Antonio Corrado Assenza;

sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il presente giudizio verte sugli esiti della procedura ad evidenza pubblica, indetta dal

Politecnico di Torino con la lettera di invito del 18 dicembre 2023, per l'affidamento del lotto 3 (CIG A03CC4DF03) dell'“*Accordo quadro a unico operatore economico per la Manutenzione Straordinaria edile, elettrica e idrotermica finalizzata alla conservazione del Patrimonio Edilizio degli immobili di proprietà o in uso al Politecnico di Torino*”, di valore pari a € 2.180.000,00, da aggiudicare secondo il criterio del minor prezzo, con esclusione automatica delle offerte ai sensi dell'art. 54 del d. lgs. n. 36 del 2023.

1.2. Nella seduta dell'8 marzo 2024, il seggio di gara ha proceduto ad aprire le buste contenenti le offerte economiche dei concorrenti per poi effettuare il calcolo della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 54, comma 1, del d. lgs. n. 36 del 2023, mediante utilizzo del “*Metodo A*” di cui all'Allegato II.2.

1.3. All'esito delle suddette operazioni, la soglia di anomalia calcolata in relazione al lotto 3 era pari a 27,23% e, cioè, una percentuale identica a quella del ribasso contenuto nell'offerta del r.t.i., odierno appellante.

1.4. In dichiarata applicazione delle regole contenute nell'Allegato II.2 del d. lgs. n. 36 del 2023, la stazione appaltante ha escluso il r.t.i. odierno appellante dalla graduatoria, capeggiato da FSI s.r.l., ritenendo che, laddove il ribasso proposto sia coincidente alla soglia di anomalia calcolata, l'offerta debba essere considerata anomala e, dunque, non possa essere ammessa alla graduatoria finale di gara.

1.5. Con l'istanza in autotutela del 25 marzo 2024, il r.t.i. odierno appellante ha contestato gli esiti della procedura di affidamento, assumendo come la decisione assunta dalla stazione appaltante si ponga in aperto contrasto con le disposizioni contenute nell'Allegato II.2 del d. lgs. n. 36 del 2023 in materia di “*Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte*”.

1.6. Con la nota del 29 marzo 2024, il Politecnico di Torino ha rigettato l'istanza in autotutela proposta dal r.t.i. odierno appellante, confermando le determinazioni assunte, e dunque confermando la graduatoria del Lotto 3 da cui il r.t.i. è risultato escluso per asserito superamento della soglia di anomalia.

1.7. Con Decreto del D.G. n. 1108 del 5 aprile 2024, il lotto 3 è stato definitivamente aggiudicato al raggruppamento controinteressato.

2. Con il ricorso avente R.G. n. 375/2024 proposto avanti al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (di qui in avanti, per brevità, il Tribunale), F.S.I. s.r.l. ha impugnato la propria esclusione nonché il provvedimento di aggiudicazione della procedura per riscontrata violazione dell'art. 54 del d. lgs. n. 36 del 2023 e delle regole contenute nell'Allegato II.2 al d. lgs. n. 36 del 2023, nonché per la riscontrata illegittimità dell'art. 19 della lettera di invito per la violazione dell'art. 54 del d. lgs. n. 36 del 2023 e del relativo allegato II.2.

2.1. Nel primo grado del giudizio si sono costituiti il Politecnico di Torino e la controinteressata per chiedere la reiezione del ricorso.

3. All'esito della camera di consiglio del 23 aprile 2024, fissata per l'esame della domanda di sospensione, il primo giudice ha trattenuto la causa in decisione e, con la sentenza n. 409 del 26 aprile 2024 resa in forma semplificata, ha respinto il ricorso.

3.1. Il Tribunale ha rilevato che, secondo le prime pronunce della giurisprudenza amministrativa in materia, l'interpretazione letterale dell'art. 54 del d. lgs. n. 36 del 2023 e dell'Allegato II.2. depone univocamente nel senso che le offerte ricomprese nelle ali siano "da accantonare" momentaneamente, prevedendosi la sanzione espulsiva soltanto per le offerte con ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, per come determinata in esito alle relative operazioni di calcolo, e che tali conclusioni trovano autorevole conforto nella delibera ANAC n. 536 del 21 novembre 2023, per la quale sulla base di una doverosa interpretazione sistematica – coerente con l'evoluzione nel tempo della normativa e con la sua relativa *ratio* – ha ritenuto che la stessa «*non induce a rintracciare la volontà del legislatore di compiere un'inversione di tendenza nelle modalità applicative dell'istituto ma al contrario, come sottolineato più volte nella relazione di accompagnamento, si coglie l'intento di salvaguardare la continuità con la previgente normativa*», concludendo nel senso che «*l'offerta che presenta un ribasso percentuale pari alla soglia di anomalia, calcolata dalla stazione appaltante secondo il metodo prescelto, andrà esclusa automaticamente insieme alle offerte di ribassi superiori, come avveniva in costanza della disciplina previgente*».

4. Avverso tale sentenza ha proposto appello FSI s.r.l., lamentandone l'erroneità per le ragioni che saranno esaminate, e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

4.1. Si sono costituiti il Politecnico e la controinteressata DGM Consorzio Stabile s.c.a.r.l. per chiedere la reiezione del ricorso.

4.2. Nella camera di consiglio del 25 giugno 2024, fissata per l'esame dell'istanza sospensiva proposta dall'appellante, il Collegio, sentiti i difensori delle parti e dato avviso questi ai sensi dell'art. 60 c.p.a., ha trattenuto la causa in decisione, anche se del caso con sentenza in forma semplificata.

5. L'appello è infondato.

6. L'odierna appellante sostiene, con il primo motivo (pp. 5-14 del ricorso), che il quadro normativo introdotto con il nuovo codice dei contratti pubblici – d. lgs. n. 36 del 2023 – prevede che, a prescindere dal metodo concretamente adottato, l'offerta è da considerarsi anomala soltanto allorché il ribasso sia "superiore" alla soglia di anomalia.

6.1. In particolare, laddove trovi applicazione il Metodo A, l'esclusione automatica trova applicazione soltanto con riferimenti agli «*sconti superiori alla soglia di anomalia*» e non anche agli sconti "pari" alla medesima, come letteralmente prevede il punto 3 del Metodo A di cui all'Allegato II.2 al codice.

6.2. Nel caso di specie, lo sconto del 27,23% proposto dal r.t.i., odierno appellante, essendo "pari" alla soglia di anomalia calcolata dal Politecnico, non poteva considerarsi anomalo e,

dunque, non poteva essere escluso automaticamente, come invece ha erroneamente fatto la stazione appaltante.

6.3. Il primo giudice era chiamato a risolvere una questione che oggettivamente è caratterizzata da evidenti margini di assoluta novità e incertezza, come rilevato dalla stessa ANAC nella delibera n. 356 del 21 novembre 2023, dal Politecnico di Torino nei provvedimenti impugnati, nonché dallo stesso Politecnico e dalla controinteressata nelle rispettive difese, e per tali ragioni l'appellante ha dedotto che la risposta giurisdizionale fornita dal giudice di primo grado sia del tutto insoddisfacente e inadeguata, poiché la motivazione della sentenza impugnata si è limitata a tre frasi assolutamente carenti di un adeguato impianto motivazionale a sostegno della decisione.

6.4. Come emerge chiaramente dal testo dell'allegato II.2 al codice, la disciplina prevista al Metodo A prevede espressamente al punto 3 che l'esclusione automatica delle offerte si applichi soltanto agli «sconti superiori alla soglia di anomalia» e non anche agli sconti "pari" alla medesima e, diversamente da quanto statuito dal Tribunale nella sentenza qui impugnata, il testo di legge sarebbe formulato chiaramente nel senso che un'offerta pari alla soglia di anomalia non deve essere automaticamente esclusa.

6.5. Tale circostanza sarebbe confermata da una lettura sistematica dei tre metodi contenuti nell'Allegato II.2, in ciascuno dei quali è previsto che l'anomalia di un'offerta si configura esclusivamente per quelle che presentano uno sconto "superiore" alla soglia di anomalia individuata:

- metodo A, punto 3: «*Tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi*»;
- metodo B, punto 2: «*Tutti gli sconti pari o inferiori alla soglia di anomalia di cui al punto 1), inclusi quelli accantonati nel calcolo di cui al punto 1), lettera a), sono offerte "non anomale"*»;
- metodo C, punto 3: «*Tutti gli sconti superiori alla soglia di cui alla lettera e) del punto 2) sono automaticamente esclusi*».

6.6. Non vi sarebbe dubbio, dunque, che ciascuno dei tre metodi di calcolo della soglia di anomalia indicati nell'Allegato II.2 preveda la regola per la quale un'offerta è da considerarsi anomala soltanto se la stessa prevede un ribasso "superiore" alla soglia di anomalia e non anche nel caso in cui il ribasso sia "pari" alla medesima.

6.7. In considerazione di quanto esposto, deduce ancora l'appellante, non sarebbe obiettivamente comprensibile l'iter logico-giuridico seguito dal primo giudice, che ha fatto menzione di una asserita «*doverosa interpretazione sistematica – coerente con l'evoluzione nel tempo della normativa e con la sua relativa ratio*», di cui tuttavia non si scorge traccia e che, comunque, non è stata minimamente spiegata nella motivazione della sentenza impugnata.

6.8. Da ultimo, nella memoria depositata il 21 giugno 2024 l'appellante, sviluppando

ulteriormente le proprie argomentazioni difensive, ha sostenuto che il manifesto errore finora compiuto dalla giurisprudenza pronunciata sul tema è quello di confondere la norma disciplinante il metodo di calcolo della soglia di anomalia (punti 1 e 2) con la (nuova) norma precettiva disciplinante l'esclusione automatica dell'offerta (punto 3) perché, a ben vedere, i punti 1 e 2 del Metodo A disciplinano esclusivamente il metodo di calcolo (in sostanziale continuità con le regole del vecchio codice contenute all'art. 97, commi 2 e 2-bis) e, per contro, la norma "precettiva" disciplinante l'esclusione automatica, introdotta al punto 3 del Metodo A, è manifestamente differente da quanto previsto all'art. 97, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016 e rappresenta una evidente addizione operata dal d. lgs. n. 36 del 2023.

6.9. Da un lato, il previgente regime di cui all'art. 97, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016 prevedeva l'esclusione automatica per le offerte che presentavano un ribasso "pari o superiore" alla soglia di anomalia calcolata con il metodo di cui ai commi 2 e 2-bis, mentre, dall'altro lato, il nuovo regime disciplinato al punto 3 del Metodo A (Allegato II.2) prevede che ad essere automaticamente esclusi sono «*gli sconti superiori alla soglia di anomalia*» calcolata secondo i metodi di cui ai precedenti punti 1 e 2 e pertanto, laddove a pag. 82 della Relazione al nuovo codice si legge «*Metodo A -Questo metodo replica esattamente il metodo introdotto, all'art. 97, commi 2 e 2-bis, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (...)*», tale affermazione riguarderebbe solamente il metodo di calcolo della soglia di anomalia (invero i punti 1 e 2 del "Metodo A" si pongono in continuità con i metodi disciplinati al previgente art. 97, commi 2 e 2-bis), non anche la "norma precettiva" che disciplina il meccanismo di esclusione automatica, ieri contenuta al comma 8 dell'art. 97, e oggi contenuta al punto 3 del "Metodo A".

7. Le argomentazioni dell'appellante non meritano condivisione.

8. La questione sottoposta in primo grado al Tribunale e qui riproposta, come rileva l'appellante, era ed è fondamentalmente la seguente e, cioè, se, in applicazione del d. lgs. n. 36 del 2023, debba essere escluso o meno l'operatore economico che ha offerto un ribasso coincidente con la soglia di anomalia calcolata dalla stazione appaltante.

8.1. Ora, se anche è vero, come sostiene l'appellante, che la motivazione della sentenza qui impugnata è eccessivamente stringata e non si è misurata sufficientemente sul piano argomentativo con le deduzioni difensive di FSI, nondimeno la conclusione a cui essa è pervenuta si deve ritenere corretta per le ragioni che qui si vengono ad esporre.

8.2. Certamente, il punto 3 del metodo A dell'allegato II.2 al codice dei contratti pubblici sconta una infelice formulazione letterale, frutto di una evidente svista legislativa e di un difettoso coordinamento con le precedenti previsioni dei punti 1 e 2, allorché prevede, come si è accennato, che «*tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi*» e non, come invece prevedeva l'art. 97, comma 8, dell'abrogato codice dei contratti pubblici, che anche gli sconti pari a detta soglia sono automaticamente esclusi.

8.3. Ma che si tratti di una svista – alla quale porre rimedio opportunamente in un futuro intervento correttivo da parte del legislatore – non è dimostrato solo dalla considerazione, pur rilevante, che il nuovo codice dei contratti pubblici ha inteso porsi in linea di ininterrotta,

perfetta e totale continuità con quello precedente, sicuramente quanto alla conferma del metodo del c.d. taglio delle ali – v., sul punto, anche Ad. plen., 19 settembre 2017, n. 5 in riferimento all’analogo metodo di cui al d. lgs. n. 163 del 2006 – (ora metodo A dell’allegato II.2) per la determinazione della soglia, come si evince dalla Relazione di accompagnamento agli articoli e agli allegati di questo Consiglio di Stato, secondo cui tale metodo *«replica esattamente il metodo introdotto, all’art. 97, commi 2 e 2-bis, del decreto legislativo n. 50 del 2016, dalla lett. u), n. 1), dell’art. 1, comma 20, del decreto-legge n. 32 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 55 del 2019»* perché *«esso permette alle stazioni appaltanti di ricorrere ad un metodo da loro già ampiamente utilizzato e, quindi, riduce le complessità di adeguarsi nell’immediato a sistemi potenzialmente più efficaci, ma anche più complessi quali quelli dei due metodi presentati di seguito come Metodo B e Metodo C»* .

8.4. La perentorietà delle affermazioni contenute nella Relazione risulta ancor più di conforto al convincimento reiettivo del Collegio laddove si consideri che quest’ultima assume le vesti di una sorta di “interpretazione autentica” delle norme contenute nel codice, posto che nella premessa alla Relazione illustrativa (e, segnatamente, alla p. 7) è stato espressamente chiarito che *«anche le novità sono molteplici, tutte analiticamente illustrate nella relazione di accompagnamento, un “materiale della legge” (Gesetzmaterial) che si propone come un vero e proprio manuale operativo per l’uso del nuovo codice, assorbendo anche la funzione di indirizzo attuativo sinora rivestita dalle “linee guida non vincolanti”»*.

8.5. A confortare l’assunto che si tratti di una svista depone soprattutto la considerazione logica che la soglia di anomalia determinata in base a tale metodo, calcolata appunto attraverso l’operazione matematica dell’accantonamento del 10%, arrotondato all’unità superiore, delle offerte rispettivamente di maggior ribasso e di minor ribasso, comporta che lo sconto pari a tale soglia sia, appunto, esso stesso anomalo e passibile di immediata esclusione, a differenza del metodo B, dove invece vale il contrario (v. punto 2), in quanto tutti gli sconti pari o inferiori alla soglia determinata in base a tale ultimo metodo sono, al contrario, non anomali.

8.6. Quanto al metodo C, infine, la previsione di cui al punto 3 per la quale solo gli sconti superiori alla soglia determinata sono esclusi si spiega, ancora una volta, con la peculiarità di tale metodo, derivante dall’esperienza internazionale con metodi simili, in ragione del quale, come bene illustra la citata Relazione agli articoli e agli allegati (p. 84), la stazione appaltante *«applica una componente randomica allo sconto di riferimento per definire la soglia di anomalia»* e *«lo sconto maggiore tra quelli non superiori a tale soglia vince»*, non senza precisare che *«questa componente randomica implica che nel Metodo C tutte le offerte possano essere indicate come anomale; in questo caso si deve ricorrere alla valutazione in contraddittorio e non al nuovo espletamento della gara»*.

8.7. È dunque illogico, e contraddittorio con le stesse previsioni di cui ai punti 1 e 2 del metodo A secondo cui *«la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata»*, che l’offerta recante uno sconto pari alla soglia non sia esclusa in quanto, lo si ripete, la soglia fissata in base al metodo è proprio il limite iniziale o, se così può dirsi, la porta varcata la quale ha inizio l’anomalia e ciò si evince chiaramente dalla tabella esemplificativa contenuta nella citata Relazione (p. 85), recante

“Esito della gara secondo i diversi metodi”, la quale mostra che l’offerta L, che ha presentato uno sconto pari alla soglia di anomalia determinata – nel caso preso ad esempio dalla Relazione – nel 13%, è esclusa.

9. L’interpretazione sostenuta dall’odierna appellante, che pure invoca il dato letterale del punto 3 del metodo A dell’allegato 2.II, si scontra sul piano dell’interpretazione sistematica con le considerazioni, di cui si è detto, che inducono alla sicura reiezione del motivo.

9.1. Come hanno rilevato l’ANAC nel citato parere di cui alla delibera n. 536 del 21 novembre 2023 e le prime pronunce dei Tribunali amministrativi regionali che hanno affrontato la questione, infatti, un’interpretazione sistematica della normativa non induce a rintracciare la volontà del legislatore di compiere un’inversione di tendenza nelle modalità applicative dell’istituto ma, al contrario, come sottolineato più volte nella Relazione di accompagnamento al codice, si coglie l’intento di salvaguardare la continuità con la previgente normativa.

9.2. A tacer d’altro, ciò risulta immediatamente evidente dall’esempio sopra citato al § 8.7. e inserito, “a titolo illustrativo”, in chiusura della trattazione della Relazione stessa, che esclude dalla procedura un’offerta caratterizzata da un ribasso (il 13%) esattamente pari alla soglia di anomalia calcolata partendo da tutte le offerte e che, a ben guardare, risulta assolutamente in linea con quanto sin qui si è detto nella precedente ricostruzione della genesi e delle ragioni che hanno portato alla riproposizione, anche nel nuovo testo normativo, del criterio di cui al metodo A dell’Allegato II.2, che non risulta per nulla caratterizzato dal requisito della novità, ma che costituisce una sostanziale riproposizione dell’analogo criterio previsto dalla normativa abrogata.

10. Ne segue, in conclusione, che il primo motivo di appello debba essere respinto, con la conseguente conferma, anche (e soprattutto) per le ragioni qui esposte, della sentenza impugnata.

11. Dalle ragioni sin qui esposte discende, per logica necessità, anche la reiezione del secondo motivo (pp. 15-16 del ricorso), con cui l’odierna appellante deduce di avere in primo grado impugnato l’art. 19 della lettera di invito, nella parte in cui afferma che «*ai sensi dell’art. 54, comma 1 del D.lgs. 36/2023, qualora il numero delle offerte sia pari o superiore a cinque, si procederà all’esclusione automatica delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia*».

11.1. Tale formulazione della *lex specialis*, oggi impugnata con il presente appello, risulterebbe palesemente in contrasto con il dato normativo e, dunque, dovrebbe essere annullata.

11.2. In particolare, l’art. 54, comma 2, del d. lgs. n. 36 del 2023 stabilisce, al comma 2, che «*nei casi di cui al comma 1, primo periodo, le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l’individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell’allegato II.2, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell’allegato II.2*».

11.3. Dal chiaro disposto dell’art. 54, comma 2, si evincerebbe che la stazione appaltante ha

una discrezionalità assolutamente vincolata nell'individuare il metodo di calcolo della soglia di anomalia, in quanto la stessa può semplicemente sceglierlo «*fra quelli descritti nell'allegato II.2*», senza poterne individuare di diversi e, dunque, senza poter modificare quelli descritti nell'Allegato II.2.

11.4. Il motivo va disatteso.

11.5. La stazione appaltante infatti, diversamente da quanto sostiene l'appellante, non ha individuato alcun metodo diverso da quelli diversi normativamente previsti e, quanto al metodo A, correttamente interpretati alla luce di quanto sin qui si è detto.

11.6. D'altro canto, se è vero, come sostiene l'appellante con il motivo in esame, che la regola dell'esclusione automatica delle offerte assume di per sé natura del tutto eccezionale nel sistema della contrattualistica pubblica, come già chiarito dalla Corte di Giustizia UE, la quale ammette tale meccanismo di esclusione automatica soltanto negli appalti sottosoglia e a condizione che l'affidamento non rivesta un interesse transfrontaliero (cfr. Corte di Giustizia UE, 15 maggio 2008, in C-147/06 e in C-148/06, SECAP vs. *Santorso*), non si può condividere la deduzione per cui, nell'eventuale dubbio interpretativo, il giudice deve prediligere un'opzione ermeneutica restrittiva, al fine di limitare quanto più possibile gli ambiti applicativi del meccanismo dell'esclusione automatica, dato che in questo caso il dubbio interpretativo è dato solo da un'evidente svista del legislatore, che contraddice la stessa ragione d'essere e il *modus operandi* del metodo A nel non escludere, sul piano letterale, anche l'offerta che reca uno sconto almeno pari alla soglia di anomalia determinata in base ad esso.

11.7. La citata Relazione rammenta, a p. 81, che nell'ambito dei contratti di importo inferiore alle soglie europee, in effetti, la Corte di Giustizia UE (v. la citata sentenza del 28 maggio 2008 in C-147/06 e in C-148/06, SECAP vs. *Santorso*) ammette che possa essere accettabile ricorrere a sistemi di esclusione automatica, ma soltanto per appalti non di interesse transfrontaliero, al ricorrere di un numero indebitamente elevato di offerte e in presenza di elevati costi e significativi ritardi che la valutazione in contraddittorio di un numero tanto elevato di offerte potrebbe causare e proprio per questo l'art. 54 del codice, espressamente «*in deroga a quanto previsto dall'articolo 110*», si limita a prevedere l'applicazione del meccanismo dell'esclusione automatica, limitatamente alle procedure sotto-soglia, rette dal criterio del minor prezzo e con un numero di concorrenti inferiore a cinque.

11.8. Ai fini di velocizzare e semplificare il processo di gestione del rischio di anomalia, come ricorda la più volte citata Relazione, si è infatti mantenuto un sistema di esclusione automatica, ma limitatamente a quelle situazioni con un numero di offerte sufficientemente elevato (almeno cinque) e per cui il processo di valutazione dell'anomalia sia più lungo e costoso per le stazioni appaltanti in ragione della maggior complessità intrinseca dei contratti (e, quindi, per appalti di lavori e servizi, ma non di forniture).

11.9. Anche tale secondo motivo, dunque, va respinto in quanto l'interpretazione correttiva qui seguita, nei limiti segnati dall'art. 54 del codice, non viola i principî sanciti dalla citata sentenza della Corte UE né, tantomeno, dalla Direttiva 2014/24/UE.

12. Infine, non merita condivisione nemmeno il terzo motivo (p. 17 del ricorso), con cui l'appellante denuncia l'abnormità della condanna alle spese giudiziali subita per effetto della sentenza qui gravata.

12.1. Tale motivo deve essere respinto perché la condanna alle spese non può ritenersi invero abnorme, avendo fatto il primo giudice corretta applicazione della regola della soccombenza.

12.2. La novità delle questioni addotta dall'appellante a giustificazione dell'invocata compensazione non può *ipso facto* giustificare la compensazione, specialmente a fronte di quello che è, con ogni evidenza, un *lapsus* legislativo.

13. In conclusione, per le ragioni esposte, l'appello, infondato, deve essere respinto in tutti i suoi motivi, con la conseguente conferma, anche per dette ragioni, della sentenza impugnata.

14. Nondimeno le spese del presente grado del giudizio, per la complessità delle questioni trattate che hanno richiesto a questo Consiglio, comunque, l'esplicazione di ragioni integrative rispetto a quelle, stringate e insufficienti, della sentenza impugnata, possono essere interamente compensate tra le parti.

14.1. Rimane definitivamente a carico dell'appellante il contributo unificato richiesto per la proposizione del gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da FSI s.r.l., lo respinge e, per l'effetto, conferma anche ai sensi di cui in motivazione la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di FSI s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 25 giugno 2024, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Daniela Di Carlo, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere

Guida alla lettura

Con la Sentenza n. **5780** del **1° luglio 2024** la **Sezione Settima del Consiglio di Stato** si è pronunciata sull'**interpretazione del metodo A di cui all'Allegato II.2 del d.lgs. n. 36/2023 il quale risulta applicabile ai fini dell'individuazione della soglia di anomalia dell'offerta, assumendo particolare rilievo nelle ipotesi di esclusione automatica ex art. 54 del d.lgs. n. 36/2023.**

Come noto, il meccanismo di esclusione automatica di cui al richiamato art. 54, d.lgs. n. 36, cit., trova applicazione, in aderenza ai principi stabiliti dalla giurisprudenza di matrice europea, alle **procedure di affidamento degli appalti di lavori e servizi sottosoglia che non rivestono un interesse transfrontaliero certo, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.**

La pronuncia in commento riguarda una questione che, con riferimento all'esclusione delle offerte aventi un **ribasso pari alla soglia di anomalia**, origina dal tenore letterale del punto 3 del metodo A che sembra non essere perfettamente allineato con le prescrizioni contenute nei precedenti punti 1 e 2. La *quaestio iuris* alla base della pronuncia del Consiglio di Stato era stata già esaminata dalla giurisprudenza amministrativa di primo grado (TAR Torino, sez. I, 26 aprile 2024, n. 409; *Id.*, 15 maggio 2024, n. 514; TAR Bari, sez. I, 10 giugno 2024, n. 731), la quale ha ritenuto che dalla corretta applicazione del metodo A discende la **sanzione espulsiva nei confronti delle offerte con ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia**. Si tratta, tra l'altro, di un indirizzo che si pone in sintonia con quanto ritenuto (benché non avente portata vincolante) dall'ANAC nella delibera n. 536 del 21 novembre 2023.

Con il ricorso in appello il raggruppamento temporaneo di imprese appellante ha impugnato la decisione del giudice di primo grado (TAR Piemonte, sez. I, n. 409/2024) che, ritenendo legittima l'esclusione disposta dalla stazione appaltante nei confronti dell'offerta recante uno sconto pari alla soglia di anomalia calcolata sulla base del metodo A dell'Allegato II.2 del d.lgs. n. 36/2023, aveva respinto il ricorso proposto dall'operatore economico escluso.

Secondo la ricostruzione dell'appellante i giudici torinesi avrebbero operato una erronea applicazione dell'art. 54 del d.lgs. n. 36/2023 e del metodo A dell'allegato II.2 al medesimo decreto codificato dalla *lex* di gara come metodo di calcolo della soglia di anomalia.

La violazione del dato normativo, a detta della parte appellante, troverebbe conferma nella considerazione per cui, indipendentemente dal metodo concretamente adottato, l'offerta deve essere ritenuta anomala solo quando il ribasso offerto è "superiore" alla soglia di anomalia. Nello specifico, ritiene l'appellante che, in applicazione del punto 3 del metodo A dell'Allegato II.2 al codice dei contratti pubblici, la sanzione espulsiva sarebbe prevista solo per gli "sconti superiori alla soglia di anomalia" e non per quelli "pari" alla stessa.

Il **Consiglio di Stato**, investito della controversia in esame, ha confermato (seppur con argomentazioni più ampie rispetto a quelle del TAR) la correttezza dell'orientamento espresso dal giudice di primo grado, ritenendo che il punto 3 del metodo A dell'allegato II.2 al codice dei contratti pubblici **“sconta una infelice formulazione letterale frutto di una evidente svista legislativa e di un difettoso coordinamento con le precedenti previsioni dei punti 1 e 2, allorché prevede (...) che «tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi» e non, come invece prevedeva l'art. 97, comma 8, dell'abrogato codice dei contratti pubblici, che anche gli sconti pari a detta soglia sono automaticamente esclusi”**.

Il difetto di coordinamento delle disposizioni emerge limpidamente dalla lettura del metodo A dell'allegato II.2 al codice dei contratti pubblici. Invero, se per un verso i punti 1 e 2 del metodo A prevedono che: *“La congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata”*; per altro verso, il successivo punto 3 stabilisce che: *“Tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi”*.

Tuttavia, il Consiglio di Stato, pur auspicando un successivo intervento del legislatore in funzione correttiva, ha ritenuto che **la formulazione del punto 3 (rectius: della omissione dell'inciso “pari”)** integrerebbe una **mera imprecisione nella tecnica redazionale** che emergerebbe da una pluralità di ordini di ragioni.

In primo luogo, militano in questo senso le **indicazioni contenute nella Relazione di accompagnamento agli articoli e gli allegati del d.lgs. n. 36/2023** (che, come noto, assurge a rango di “materiale della legge” idoneo ad orientare l'interprete in caso di dubbi).

Infatti, la Relazione, con riferimento al metodo A dell'allegato II.2, riconosce l'assenza di qualsivoglia contenuto innovativo affermando che quest'ultimo **“replica esattamente”** il criterio contenuto nel precedente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) il che *“permette alle stazioni appaltanti di ricorrere ad un **metodo da loro già ampiamente utilizzato** e, quindi, riduce le complessità di adeguarsi nell'immediato a sistemi potenzialmente più efficaci, ma anche più complessi quali quelli dei due metodi presentati di seguito come Metodo B e Metodo C”*. E tale circostanza è tanto più rilevante ove si consideri che la Relazione di accompagnamento assume valore di **“interpretazione autentica”** in ragione del fatto che nelle medesime premesse viene dato atto che *“le novità sono molteplici, tutte analiticamente illustrate nella relazione di accompagnamento, un “materiale della legge” (Gesetzmaterial) che si propone come un vero e proprio manuale operativo per l'uso del nuovo codice, assorbendo anche la **funzione di indirizzo attuativo** sinora rivestita dalle “linee guida non vincolanti”*.

Peraltro – ha osservato il Consiglio di Stato – a conferma dell'erronea formulazione del punto 3 del metodo A vi è l'ulteriore e dirimente considerazione che all'interno della Relazione di accompagnamento è stata inserita, con finalità esplicative, una apposita **Tabella illustrativa**. Ebbene, la suddetta Tabella, relativamente al metodo A dell'Allegato II.2, prevede l'esclusione dell'operatore economico che abbia offerto un ribasso esattamente pari alla soglia di anomalia (p. 85).

Vi è poi un **ulteriore considerazione di carattere logico-sistematico** che induce a ritenere che il legislatore sia incorso in una mera “imprecisione” nella formulazione letterale del metodo A dell’Allegato II.2 al d.lgs. n. 36/2023 e ciò emerge dal confronto con i metodi B e C. In questo senso, infatti, se la soglia di anomalia determinata applicando il metodo A è calcolata attraverso l’operazione matematica dell’accantonamento del 10% delle offerte di maggior ribasso e di minor ribasso, ne consegue che lo sconto pari a tale soglia è anomalo e, dunque, meritevole di esclusione. Ciò – come osservato dal Consiglio di Stato – differenzia il metodo A dal metodo B allorché applicando quest’ultimo criterio tutti gli sconti pari o inferiori alla soglia sono non anomali (v. punto 2 metodo B). Con riferimento, invece, al metodo C la previsione per la quale solo gli sconti superiori alla soglia determinata sono esclusi (v. punto 3) si spiega con la peculiarità di tale metodo, derivante dall’esperienza internazionale con metodi simili, in ragione del quale, come bene illustra la citata Relazione agli articoli e agli allegati (p. 84), la stazione appaltante “*applica una componente **randomica** allo sconto di riferimento per definire la soglia di anomalia*” e “*lo sconto maggiore tra quelli non superiori a tale soglia vince*”, precisando che “*questa componente randomica implica che nel Metodo C tutte le offerte possano essere indicate come anomale; in questo caso si deve ricorrere alla valutazione in contraddittorio e non al nuovo espletamento della gara*”.

Ed è sulla base di tali considerazioni (l’una fondata sul contenuto e sul valore della Relazione illustrativa, l’altra di carattere logico-sistematico) che la Settima Sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto passibile di immediata esclusione l’offerta recante uno sconto pari alla soglia di anomalia calcolata secondo il metodo A dell’Allegato al d.lgs. n. 36/2023 affermando che sarebbe illogico e contraddittorio “*con le stesse previsioni di cui ai punti 1 e 2 del metodo A secondo cui «la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata», che l’offerta recante uno sconto pari alla soglia non sia esclusa in quanto, lo si ripete, la soglia fissata in base al metodo è proprio il limite iniziale o, se così può dirsi, la porta varcata dalla quale ha inizio l’anomalia*”. Ciò, peraltro, in considerazione del fatto che “**un’interpretazione sistematica della normativa non induce a rintracciare la volontà del legislatore di compiere un’inversione di tendenza nelle modalità applicative dell’istituto ma, al contrario, come sottolineato più volte nella Relazione di accompagnamento al codice, si coglie l’intento di salvaguardare la continuità con la previgente normativa**”.

Con un secondo ordine di censure l’appellante ha (inoltre) denunciato l’illegittimità del disciplinare di gara nella parte in cui ha previsto l’applicazione del c.d. meccanismo di esclusione automatica (secondo cui ove il numero delle offerte presentate fosse stato superiore a cinque tutte quelle pari o superiori alla soglia di anomalia sarebbero state escluse in quanto anomale).

Secondo l’appellante, infatti, la suddetta clausola della *lex specialis* sarebbe risultata in contrasto con i principi enucleati dalla CGUE (che ha ammesso il meccanismo di esclusione automatica solo negli appalti sottosoglia e a condizione che l’affidamento non presenti un interesse transfrontaliero) in quanto, in presenza di un quadro normativo incerto, si sarebbe dovuta prediligere una interpretazione tesa ad assicurare il *favor participationis* e quindi ad escludere le sole offerte con ribasso superiore alla soglia.

Il Collegio ha ritenuto non sussistere alcun profilo di contrasto tra i principi derivanti dalla Direttiva 2014/24/UE ed enucleati dalla giurisprudenza di matrice euro-unitaria rispetto all'interpretazione fornita del metodo A dell'Allegato II.2 al d.lgs. n. 36/2023. Infatti, **nonostante l'applicazione della regola dell'esclusione automatica riveste una portata eccezionale non può, solo per questo, propendersi per una interpretazione restrittiva** (come sostenuto dall'appellante) avente lo scopo di limitare l'ambito applicativo del meccanismo dell'esclusione automatica giacché il dubbio interpretativo origina esclusivamente da una imprecisione del legislatore e aderendo all'interpretazione fornita dall'appellante si giungerebbe a contraddire la *ratio* e il *modus operandi* del metodo A.

Alla luce di tutte le considerazioni suesposte il Consiglio di Stato ha, dunque, respinto l'appello e confermato la correttezza della decisione di primo grado.

La pronuncia in commento riveste particolare importanza perché si tratta della prima occasione in cui il massimo organo dell'autorità giurisdizionale amministrativa è stato chiamato a pronunciarsi sull'interpretazione da attribuire al punto 3 del metodo A di cui all'Allegato II.2 al d.lgs. n. 36/2023. Nella suddetta sentenza il Consiglio di Stato, pur riconoscendo l'apparente contrasto tra i punti 1-2 e il punto 3 del metodo A dell'Allegato II.2 al d.lgs. n. 36/2023, frutto di un'erronea formulazione del legislatore, hanno comunque fornito la corretta interpretazione mediante il ricorso a considerazioni di carattere logico-sistematico e alle indicazioni contenute nella Relazione illustrativa in chiave di valore di "interpretazione autentica".