Appalti pubblici: il Consiglio di Stato si esprime sul calcolo dell'anomalia

28 Maggio 2020

L'orientamento secondo cui l'ultimo fattore correttivo per l'individuazione della soglia di anomalia è una percentuale e non una semplice sottrazione, deve ritenersi **privo di base legale**, nella misura in cui finisce per introdurre un'ulteriore operazione di calcolo non prevista dal Codice dei contratti pubblici.

Lo ha stabilito **il Consiglio di Stato in riforma ad una precedente decisione di primo grado del TAR Marche**, che aveva accolto il ricorso presentato da un concorrente escluso dalla gara per aver presentato un'offerta con un ribasso superiore alla soglia di anomalia (sentenza Cons. Stato, del 6 maggio 2020, n. 2856, in riforma della sentenza TAR Marche del 29 gennaio 2020, n. 82).

In primo grado i giudici avevano confermato l'orientamento già espresso dallo stesso TAR Marche, supportando **la tesi dell'appellante che verteva su un errore nell'algoritmo utilizzato dalla Provincia di Ancona** al fine di determinare in via automatica la soglia di anomalia; in particolare, era **censurata la parte in cui tale algoritmo procedeva all'operazione conclusiva del decremento della prima soglia di anomalia**, utilizzando il fattore correttivo finale.

Su tali premesse **il Consiglio di Stato ha ripercorso i passaggi del calcolo del suddetto decremento**, previsto all'art. 97, comma 2, lett. *d)* del Codice dei contratti, ricordando che questo che consiste:

a) nella duplice operazione di calcolo «*della **somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse***», vale a dire quelle non collocate nelle "ali";

b) nel richiedere poi di calcolare lo «***scarto medio aritmetico** dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a)*», laddove il primo rappresenta più precisamente la media dei differenziali dei ribassi superiori alla media complessiva come calcolata secondo la precedente lettera *a)*;

c) nella **somma tra scarto medio aritmetico dei ribassi e «media aritmetica»** già calcolata ai sensi della lettera *a)*.

d) nel riprendere la somma dei ribassi già calcolata ai sensi della lettera a), e di **moltiplicare tra loro le prime due cifre dopo la virgola di tale somma**; il prodotto così ottenuto va applicato allo scarto medio aritmetico a sua volta già calcolato in base alla lettera b); del valore così ottenuto va infine **decrementata la soglia determinata dalla somma prevista dalla lettera *c)*** tra la media dei ribassi e lo scarto medio aritmetico.

Come evidenziato dal Collegio, **la questione controversa è se il valore ottenuto applicando allo scarto medio aritmetico il prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi sia o meno «*un valore percentuale*»**.

Tuttavia, **a tale proposito è dirimente che tutti i valori ottenuti attraverso le operazioni** previste dall'art. 97, comma 2, del codice dei contratti pubblici **consistono in percentuali** rispetto alla base d'asta.

L'**errore interpretativo/applicativo del giudice di primo grado** è, quindi, risultato dall'avere eseguito il decremento previsto dalla norma utilizzando **valori percentuali anziché numeri assoluti**.

A conferma di ciò il Consiglio di Stato ha come di seguito ripercorso il calcolo (espresso sino alla terza cifra decimale) effettuato dalla Stazione appaltante:

- **somma dei ribassi**: **916,92** (lett. "*a*" dell'art. 97, comma 2 *cit.*);
- **prodotto delle prime due cifre** dopo la virgola della somma dei ribassi: **18** pari a 9 x 2;
- **applicazione di tale prodotto allo scarto medio aritmetico** (lett. "*b*" dell'art. 97, comma 2 *cit.*): **0,195%** pari al 18% di 1,085;
- **sottrazione del valore da ultimo ottenuto alla somma tra media dei ribassi e scarto aritmetico medio** (lett. "*c*" dell'art. 97, comma 2 *cit.*) **al fine di ottenere la soglia** di anomalia del **26,359%** pari a 26,555% (25,470%+1,085%) – 0,195%.

Costata la correttezza del calcolo dalla Provincia di Ancona, **il Consiglio di Stato ha quindi riformato una precedente decisione di primo grado**, che aveva accolto il ricorso presentato da un concorrente escluso dalla stazione appaltante per offerta anormalmente bassa, **confermando l'aggiudicazione all'offerta "non anomala" più bassa**.

La sentenza appare dirimente rispetto ad una **controversia giurisprudenziale sorta in relazione al criterio (unico) di determinazione della soglia di anomalia** per gare al massimo ribasso sul prezzo **con un numero di offerte ammesse pari o superiori a quindici**, prevista dall'art. 97 del c.d. Codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016, così come modificato dal Decreto-Legge n. 32/2019, il c.d. Sblocca cantieri, convertito dalla Legge n. 55/2019).

Tale incertezza sussisteva nonostante fossero – come visto – oggetto della suddetta controversia **le corrette modalità di calcolo del "*decremento percentuale*"**, su cui era **già espresso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con circolare interpretativa** n. 8 del 24 ottobre 2019.

A distanza di un anno dal decreto sblocca cantieri, il Consiglio di Stato ha quindi aderito all'orientamento Ministeriale, **dando conferma definitiva all'interpretazione che era stata peraltro sostenuta fin dal principio dall'ANCE** nel vademecum "Calcolo della soglia di anomalia".

Riferimenti

· Consiglio di Stato, sez. V, 06.05.2020 n. 2856

che ha aderito a:

– Circolare Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, 24 ottobre 2019, n. 8
– Circolare del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti – Provveditorato Interregionale OO.PP. Sicilia e Calabria – prot. n. 0017649 del 5 luglio 2019;

che hanno trovato conferma in:

· TAR Lombardia, Milano, Sez. I, ord. 25 luglio 2019, n. 937
· TAR Sicilia, Sez. staccata di Catania, Sez. I, 16 settembre 2019, n. 2191
· TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, ord. 16 settembre 2019, n. 363.
· TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, ord. 8 ottobre 2019, n. 765
· TAR Lombardia, Sez. staccata di Brescia, 8 novembre 2019, n. 968
· TAR Lombardia, Sez. staccata di Brescia, 22.11.2019 n. 1007

- Delibera ANAC, parere di precontenzioso n. 892 del 2 ottobre 2019
- Vademecum ANCE “Calcolo della soglia di anomalia” del 30 Luglio 2019

Modelli esemplificativi di esclusione automatica delle offerte ai sensi dell’art. 97 del D.lgs. 50/2016, Codice dei contratti pubblici, a seguito delle modifiche introdotte dal dl. 32/2019, convertito con modificazioni della l. 55/2019.

E in senso contrario:

- TAR Marche, Ancona, Sez. I, 06.02.2020 n. 93
- TAR Marche, Ancona, Sez. I, 29 gennaio 2020, n. 82 (sentenza riformata dal CDS)
- TAR Marche, Ancona, Sez. I, 7 ottobre 2019 n. 622