

Soglia di anomalia e taglio delle ali: \bar{A} davvero tutto chiarito?

M. T. Massi (www.appaltiecontratti.it 22/9/2017)

Nella [recentissima sentenza dell'Adunanza plenaria](#), il supremo consesso, su rinvio della III sezione dello stesso Consiglio di Stato, veniva interrogato affinché, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., dirimesse le seguenti questioni:

“a) se nel calcolo del 10% delle offerte aventi maggiore e/o minore ribasso, ai sensi dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, occorra computare tutte le offerte aventi medesimo valore (e, dunque, medesimo ribasso) singolarmente una ad una o, invece, quale unica offerta (c.d. blocco unitario), facendo detta disposizione riferimento, letteralmente, all'esclusione del 10% delle offerte aventi maggiore e minore ribasso e non dei singoli ribassi;

b) se la disposizione regolamentare dell'art. 121, comma 1, secondo periodo, del d.P.R. n. 207 del 2010, nel prevedere che «qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del Codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia», intenda o, comunque, presupponga che le offerte aventi eguale valore rispetto a quelle da accantonare siano considerate, «accantonate» e accorpate come un'unica offerta o, invece, si limiti a prevedere solo che debbano essere escluse («accantonate») dal calcolo della soglia di anomalia le offerte che, pur non rientrando nella quota algebrica del 10%, abbiano tuttavia eguale valore rispetto a quelle da accantonare e cioè, per logica necessità, a quelle situate al margine estremo delle ali (c.d. offerte a cavallo).”

A seguito di analisi dei precedenti orientamenti ed dopo aver sommariamente esposto anche le motivazioni a favore o contro i medesimi pronunciamenti, la Plenaria ha enunciato i seguenti principi di diritto:

“1) il comma 1 dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163 del 2006 deve essere interpretato nel senso che, nel determinare il dieci per cento delle offerte con maggiore e con minore ribasso (da escludere ai fini dell'individuazione di quelle utilizzate per il computo delle medie di gara), la stazione appaltante deve considerare come ‘unica offerta’ tutte le offerte caratterizzate dal medesimo valore, e ciò sia se le offerte uguali si collocano ‘al margine delle ali’, sia se si collocano ‘all’interno’ di esse; (

2) il secondo periodo del comma 1 [dell'articolo 121] del d.P.R. 207 del 2010 (secondo cui “qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia”) deve a propria volta essere interpretato nel senso che l'operazione di accantonamento deve essere effettuata considerando le offerte di eguale valore come ‘unica offerta’ sia nel caso in cui esse si collocano ‘al margine delle ali’, sia se si collocano ‘all’interno’ di esse.”

Semberebbero quindi risolti, almeno in parte (metodo di cui alla lett. a) e, per estensione, anche delle lett. b) ed e) dell'art. 97, co. 2 del Codice) alcune questioni interpretative sorte subito dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti, che avevano portato l'ANAC ad emanare il Comunicato del 5 ottobre 2016.

Tuttavia la sentenza riguarda il d.lgs. 163/2006 (art. 86) e l'interpretazione della specifica norma regolamentare (art. 121 del DPR 207/2010) e lo stesso consesso ammette che *“4. Ad avviso del Collegio, pur dandosi atto della complessità della questione, prevalenti ragioni testuali e sistematiche depongono nel senso dell'adesione al prevalente orientamento secondo il quale, ai fini del comma 1 dell'articolo 86 del previgente ‘Codice’ e del comma 1 dell'articolo 121 del relativo Regolamento di esecuzione ed attuazione, le offerte di identico ammontare debbono essere accantonate sia nel caso in cui si collocano al margine delle ali, sia nel caso in cui si collocano all'interno di esse (si tratta della tesi che, sia pure con qualche inevitabile semplificazione, è stata ricondotta all'etichetta definitoria del ‘criterio relativo’ o del ‘blocco unitario’).*

5. Va premesso al riguardo che non si ritiene di desumere alcun argomento (a favore o contro la tesi in parola) dalle previsioni di cui al nuovo ‘Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), il quale – come è noto – detta una disciplina in tema di determinazione delle soglie di anomalia diversa rispetto a quella del previgente ‘Codice’ e non reca una disposizione analoga a quella del comma 1 dell'articolo 121 del previgente ‘Regolamento’.

Potrebbe lungamente disquisirsi in ordine al se tale scelta normativa sia idonea ad arrecare elementi di convincimento in relazione alla questione qui controversa (palesando, a seconda dei punti di vista, elementi di continuità o di discontinuità rispetto al recente passato).

Il Collegio ritiene tuttavia che l'oggettiva opinabilità dei risultati che potrebbero trarsi dall'esegesi fondata sul nuovo ‘Codice’ del 2016 (pacificamente non applicabile alla vicenda per cui è causa) induca a ritenere tale corpus normativo del tutto irrilevante ai fini della presente decisione.

Per le medesime ragioni, il Collegio ritiene non rilevanti ai fini del decidere le osservazioni svolte al punto 11.3 dell'ordinanza di rimessione in ordine al disposto di cui al ‘nuovo’ articolo 197, comma 2, relativo al sorteggio dei criteri matematici volti a determinare la soglia di anomalia.”

E più oltre, in relazione alla presunta (da parte del Collegio rimettente) applicabilità di tali principi anche alla analoga disposizione di cui all'art. 97, comma 2, lett. a), del d. lgs. n. 50 del 2016, la Plenaria osserva che *“pur condividendo in via generale la preoccupazione sottesa in parte qua all'ordinanza di rimessione (la quale auspica un chiarimento in ordine al regime applicabile in sede di anomalia delle offerte per le gare cui si applica il ‘nuovo’ articolo 197 (n.d.r. in realtà articolo 97)), nondimeno si tratta di una questione che potrà trovare adeguato componimento nelle pronunce che riguarderanno le gare indette successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 50 del 2016.”*

Anche l'ANAC riconosce la presenza delle diverse opzioni, e di ulteriori questioni, tant'è che nel documento di consultazione sotteso all'emanazione dell'Aggiornamento delle linee guida n. 4, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici” sottolinea che *“Una terza questione sulla quale si sollecitano osservazioni è quella relativa alla modalità di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale. La questione non pone problemi di scelta tra opzioni alternative, in quanto la materia è già disciplinata dal Codice dei contratti pubblici; tuttavia, considerata l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali non univoche sulle modalità di individuazioni delle ali da tagliare, al punto 5.2.6 che tratta la questione si è indicata l'opportunità che la stazione appaltante comunichi nella lettera di invito se l'accantonamento delle ali è limitato all'operazione di calcolo della media dei ribassi indicati nelle offerte ammesse oppure è estesa anche al calcolo dello scarto medio aritmetico (soluzione indicata costantemente dall'Autorità) e le modalità con cui individuare e trattare eventuali offerte identiche per la determinazione delle ali.”*

E al successivo paragrafo 5.2.6 si prevede infatti che le lettere invito descrivano *“1) le modalità del sorteggio, in sede di gara, da effettuarsi successivamente alla fase di ammissione delle offerte, del metodo per la valutazione della congruità delle offerte tra quelli elencati all'art. 97, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, specificando: (i) se l'esclusione del 20% delle offerte ammesse (cd. “taglio delle ali”) di cui alla lettera a), b) ed e) del comma 2 del citato art. 97 sarà applicata solo per il calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali offerti o anche per il calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media; (ii) se, qualora nell'effettuare il calcolo del 20% delle offerte da accantonare fossero presenti più offerte di uguale valore, si accantoneranno solo quelle offerte necessarie per raggiungere la soglia del 20% oppure saranno accantonate tutte le offerte identiche, in quest'ultimo caso occorre indicare il numero di decimali che saranno considerati per qualificare due offerte come identiche.”*

Peraltro, tale estensione dell'esclusione non garantisce la limitazione di fenomeni collusivi perché, sempre come riportato nella sentenza, *“la ‘sterilizzazione’ di un maggior numero di ribassi identici non appare ex se idonea ad impedire accordi collusivi o la valorizzazione di offerte inaffidabili, in quanto operatori in mala fede ben potrebbero sortire il medesimo effetto presentando offerte diversificate fra loro in modo infinitesimale;”*

Ammesso e non concesso pertanto che l'art. 121 del D.P.R. 207/2010, nell'interpretazione datane dalla Plenaria, sia espressione di un principio immanente al sistema del taglio delle ali, destinato pertanto ad essere applicato anche in base alla nuova normativa, occorrerà comunque declinarlo adeguatamente e specificare se l'esclusione operata ai fini del calcolo della “prima” media venga operata anche per il successivo computo dello scarto aritmetico medio.

In presenza di diverse letture ed interpretazioni, la regola è sempre la stessa: scegliere, motivare e prevedere, quanto più possibile, nella disciplina di gara.