

Prot. n. 249/C/2018

Preg.mi Sigg.
Titolari e/o Legali Rappresentanti
delle Imprese associate
LORO SEDI

Ragusa, 20 Settembre 2018

Oggetto: **L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'art. 97, comma 2, lett. b), del Codice in tema di calcolo della soglia di anomalia.**

Nelle gare aggiudicate con il criterio del prezzo, il 'fattore di correzione della media delle offerte', previsto nel secondo dei cinque metodi di calcolo della soglia di anomalia, è elaborato tenendo conto solo di quelle rimanenti dopo il taglio delle ali.

E' quanto chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 13 del 30 agosto 2018, con la quale ha risposto al quesito della Quinta Sezione (Cons. St., sez. V, ord., Cons. St., sez. V, ord., 8 giugno 2018, n. 3472) che, rilevato un contrasto in giurisprudenza circa un profilo di diritto decisivo ai fini della definizione della controversia, aveva sospeso il giudizio e rimesso la questione alla stessa Adunanza Plenaria, a cui ha chiesto la corretta interpretazione dell'articolo 97, comma 2, lettera b) del Codice dei contratti (d.lgs. 50/2016) con specifico riguardo alla nozione di "concorrenti ammessi". Come noto, tale articolo esplicita cinque meccanismi matematici (metodi) alternativi volti a scongiurare i tentativi di turbativa delle gare ad evidenza pubblica, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, e, tra questi, proprio quello previsto al comma 2, lettera b), poneva numerosi dubbi interpretativi a causa della non felice formulazione del testo legislativo, peraltro già oggetto di correzioni ad appena un anno dalla sua entrata in vigore (*cfr.* il cd. '*decreto correttivo al codice*', d.lgs. 56/2017).

Come rilevato dalla Quinta Sezione, nonostante dette modifiche e prima dell'intervento dell'A.P., restava tuttavia problematica l'individuazione della soglia di anomalia nel caso in cui, in occasione della gara, il RUP o la commissione giudicatrice avessero sorteggiato il citato metodo di cui alla lettera *b)* dell'art. 97.

In particolare, quest'ultimo metodo di cui alla lettera *b)* prevede due distinte operazioni matematiche:

1. il calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, dalle quali vanno escluse il venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di minor ribasso arrotondato all'unità superiore (c.d. taglio delle ali);

2. calcolo dalla somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi, che costituisce il correttivo da applicare alla media in precedenza determinata a seconda che la cifra dopo la virgola sia dispari (per cui la media viene decrementata

percentualmente di un valore pari a tale cifra) ovvero pari ovvero uguale a zero (nel quale caso la media resta invariata).

Su questo secondo passaggio matematico - denominato dal Consiglio rimettente 'calcolo del fattore di correzione della soglia di anomalia' - la giurisprudenza ha assunto posizioni divergenti (cfr. TAR Piemonte, sez. II, 8 marzo 2017, n. 327 e idem, sez. II, 21 aprile 2017, n. 538 in base alle quali la somma dei concorrenti ammessi dovesse identificarsi nella stessa somma effettuata tramite il c.d. taglio delle ali nonché T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 27 ottobre 2017 n. 10752, Tar Sicilia - Palermo, sez. II, 19 settembre 2017, n. 2196 secondo cui la seconda somma doveva riguardare tutte le offerte ammesse anche in ragione del principio generale del *favor participacionis*).

Al fine di dirimere tali divergenze, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha pertanto enunciato il seguente principio di diritto: *«l'articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo 50 del 2016 ('Codice dei contratti pubblici') si interpreta nel senso che la locuzione "offerte ammesse" (al netto del c.d. 'taglio delle ali') da prendere in considerazione ai fini del computo della media aritmetica dei ribassi e la locuzione "concorrenti ammessi" da prendere in considerazione al fine dell'applicazione del fattore di correzione fanno riferimento a platee omogenee di concorrenti. Conseguentemente, la somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi (finalizzata alla determinazione del fattore di correzione) deve essere effettuata con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi, ma al netto del c.d. 'taglio delle ali'».*

Si ricorda in proposito che l'ANCE aveva a suo tempo proposto per quest'ultimo orientamento perché coerente con l'interpretazione di un metodo analogo già adottato in Sicilia con la Legge regionale 10 luglio 2015, n. 14. Inoltre, tale interpretazione appariva, fin dalla prima lettura, coerente con quanto osservato in giurisprudenza, laddove era stato a suo tempo più volte evidenziato che le c.d. "ali" possono rappresentare *«offerte disancorate dai valori medi»*, presentate *«al solo fine di condizionare la media»*; le quali, per tale ragione, dovevano essere escluse da qualsiasi conteggio (cfr. Cons. Stato, Sez. V, nn. 1924/2011, 6323/2009, 1094/2003 e 3068/2002 nonché CGA n. 531/2005, tutte richiamate nel Parere Avcp n.133 del 24/07/2013).

Si osserva infine che anche l'ANAC ha aderito all'opzione interpretativa di cui sopra, con le Linee Guida n. 4, nel testo aggiornato con la delibera n. 206 del 1° marzo 2018 (di portata non vincolante e 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"*).

In particolare, al punto 5.2.6, sub k) di dette Linee Guida l'ANAC ha stabilito che *«nel caso di sorteggio del metodo di cui all'articolo 97, comma 2, lettera b) del Codice dei contratti pubblici, una volta operato il cosiddetto taglio delle ali, occorre sommare i ribassi percentuali delle offerte residue e, calcolata la media aritmetica degli stessi, applicare l'eventuale decurtazione stabilita dalla norma tenendo conto della prima cifra decimale del numero che esprime la sommatoria dei ribassi»* (cfr. News ANCE ID 32027 del 23 marzo 2018).

L'intervento dell'Adunanza Plenaria, rendendo recessiva qualsiasi e diversa considerazione di ordine sistematico e teleologico, risponde all'esigenza di dare certezza nello svolgimento delle gare ad evidenza pubblica, di cui potranno trarre beneficio stazioni appaltanti e operatori economici.

Cordialità

ANCE RAGUSA
II VICE PRESIDENTE
(Geom. Giovanni Bonometti)