

## **Ancora sulla soglia di anomalia nell'offerta con il criterio del solo prezzo**

**(7 febbraio 2017)**

La storia infinita del calcolo della soglia di anomalia nelle offerte con il criterio del solo prezzo di cui all'articolo 97, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016, si arricchisce sempre di nuovi capitoli.

In disparte il fantasioso sistema dei cinque metodi (che in realtà sono dieci) [1] per il calcolo della soglia, ciò che qui interessa è il cosiddetto "taglio delle ali", richiamato direttamente in applicazione dei metodi di cui alle lettere a) ed e), nonché "indirettamente" in applicazione del metodo di cui alla lettera b), dal momento che l'incompletezza logica di quest'ultimo metodo ha costretto l'interprete a introdurre artificialmente il taglio delle ali, per permettere un'applicazione "utile" di tale metodo. [2]

Il taglio delle ali è stato disciplinato per la prima volta dal comma 1-bis dell'articolo 21 della non indimenticabile legge n. 109 del 1994, introdotto dall'articolo 7, comma 1, della legge n. 415 del 1998. La finalità era quella di evitare che offerte "estreme" (troppo elevate o troppo modeste) con eventuali loro combinazioni collusive degli offerenti potessero condizionare il risultato della gara. Tale finalità (che sia conseguita o meno è un'altra storia) è la stessa che ha successivamente permeato l'articolo 86, comma 1, del decreto legislativo n. 163 del 2006, l'articolo 121 del d.P.R. n. 207 del 2010 e, da ultimo senza soluzione di continuità, l'articolo 97, comma 2, del nuovo Codice dei contratti.

Nessun problema si è posto in presenza di una sequenza di offerte diversificate; le offerte da accantonare ai fini del calcolo della soglia, come noto, erano e sono pari al 10% delle offerte ammesse, arrotondato all'unità superiore. Trentuno offerte ammesse, sono accantonate quattro offerte "in alto" (offerte di maggior ribasso o ala superiore) e quattro offerte "in basso" (offerte di minor ribasso o ala inferiore). La questione si poneva in presenza di offerte di identico valore (caso raro ma non improbabile) [3] quando queste offerte uguali si collocavano "a cavallo" di una o di ambedue le ali. Tornando all'esempio precedente di trentuno offerte, nel caso in cui le cinque offerte di ribasso di maggior valore fossero 25, 25, 26, 27, e 29 nessun dubbio che le ultime tre andavano accantonate, ma la quarta offerta per valore era riferita a due concorrenti diversi con offerta identica (mutuando l'espressione da altri ambiti, da considerarsi *ex aequo*), quindi si poneva la questione di quale delle due offerte accantonare.

Trascurando le esperienze più risalenti, l'orientamento si era consolidato sul punto specifico, nel senso che le offerte di uguale valore poste "a cavallo" dell'ala (nell'esempio le due offerte pari a 25), andavano escluse ambedue, ovvero andava applicato il criterio "relativo" secondo il quale il 10 per cento doveva essere calcolato rispetto ai valori delle offerte e non al loro numero.

Ne conseguiva (e ne consegue tuttora) l'obbligo di accantonare le offerte identiche "a cavallo" delle ali, considerandole come un'unica offerta, allo scopo di evitare contraddizioni logiche, ossia che un ribasso fosse accantonato (in quanto fuorviante) ma contemporaneamente utilizzato per il calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico perché inserito identico in un'altra offerta che fuoriuscisse dal numero di quelle da accantonare; non potendosi logicamente mantenere in gara un'offerta di ribasso di uguale valore rispetto all'ultima delle offerte da accantonare.

---

<sup>1</sup> Infatti il metodo sub. lettera b) può avere due conclusioni casuali in base alla condizione di pari o dispari della prima cifra decimale dopo la virgola, mentre il metodo sub. lettera e) può avere cinque conclusioni altrettanto casuali in base ad un coefficiente correttivo estratto tra cinque possibili da 0,60 a 1,40.

<sup>2</sup> In tal senso anche ANAC nel proprio comunicato del 5 ottobre 2016, condivisibile per mancanza di alternative ragionevoli.

<sup>3</sup> Specialmente in presenza di un numero rilevante di offerte e di limitazione a due decimali della indicazione dei ribassi.

La questione sul punto si è evoluta con interpretazioni contrastanti in riferimento alle offerte identiche non solo “a cavallo delle ali” ma interne alle ali; tornando ancora all’esempio precedente, nel caso in cui le cinque offerte di maggior ribasso fossero 25, 26, 27, 27, e 29, si poneva il problema se il 10 per cento (pari a 4 nell’esempio di trentuno offerte) andasse applicato accantonando le ultime quattro offerte oppure considerando come unica offerta le due offerte uguali, con accantonamento delle 4 offerte in termini di valore, quindi di 5 offerte in termini di numero.

Su questo secondo aspetto, in vigore del Codice abrogato, sia prima che dopo l’entrata in vigore del relativo regolamento d’attuazione approvato con d.P.R. n. 207 del 2010, si erano formati due orientamenti contrastanti, nessuno dei quali, è bene precisarlo, metteva in discussione il già descritto accantonamento delle offerte uguali collocate “a cavallo” delle ali.

Un primo orientamento, secondo il quale le offerte all’interno delle ali dovevano essere considerate in modo distinto, anche se di valore identico. [4] In buona sostanza *«Si è, quindi, ritenuto che all’interno delle ali le offerte debbano essere considerate e computate nella loro individualità, indipendentemente dalla misura dei ribassi (criterio assoluto), in quanto la norma letteralmente fa riferimento alle offerte e non al valore delle stesse. Tuttavia, nell’ipotesi in cui l’ala non fosse sufficiente a comprendere tutte le offerte con il medesimo ribasso, si è ritenuto che vadano escluse anche le offerte identiche situate a cavallo della percentuale del 10 per cento»*. È importante osservare come tale conclusione sia una diretta applicazione (seppure in via interpretativa) dell’articolo 86, comma 1, del codice abrogato.

Un secondo orientamento, secondo il quale le offerte all’interno delle ali devono essere considerate in modo unitario, quando sono di valore identico. [5] In buona sostanza *«... una volta ammesso che il tenore letterale dall’articolo 86, comma 1, del decreto legislativo n. 163 del 2006 può essere superato in via interpretativa per le offerte a cavallo delle ali, non vi sono ragioni per non applicare lo stesso metodo al caso delle offerte che rimangono interne alle ali»*. Ovviamente la questione era risolta, nel senso del secondo orientamento (recentemente consolidatosi) con l’avvento dell’articolo 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010, a tenore del quale *«1. Ai fini della individuazione della soglia di anomalia di cui all’articolo 86, comma 1, del codice, le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese distintamente nei loro singoli valori in considerazione sia per il calcolo della media aritmetica, sia per il calcolo dello scarto medio aritmetico. 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»*.

Ma l’aspetto più rilevante è la natura interpretativa del detto articolo 121, comma 1; in altri termini l’ultima interpretazione è ancora radicata sull’articolo 86, comma 1, del codice abrogato. Nulla è stato innovato dalla norma regolamentare, né alcunché poteva essere innovato pena l’eccesso di delega e, in assenza di altri indizi, si deve ritenere che la norma regolamentare fosse pienamente legittima. Ne sono prova le affermazioni: *«... questo passaggio interpretativo [l’accantonamento delle offerte uguali interne alle ali - n.d.r.] è stato ora codificato dall’art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010»* e ancora *«In applicazione di tale disposizione [l’articolo 86, comma 1, del codice abrogato - n.d.r.] l’articolo 121, comma 1, del Regolamento prevede ...»* e infine *«L’articolo 121, comma 1 del d.P.R. n. 207 del 2010 ha, dunque, eliminato ogni dubbio interpretativo, specificando che le offerte da accantonare sono quelle identiche, senza distinzione tra ribassi a cavallo o all’interno delle ali»*. [6] In poche parole l’articolo 121, comma 1, non ha fatto che recepire un orientamento prevalente e, incidentalmente, condivisibile, offrendo un’applicazione

---

<sup>4</sup> In tal senso: Consiglio di Stato, Sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6323; Sez. V, 29 gennaio 2014, n. 4429, AVCP, parere n. 66 del 7 aprile 2011.

<sup>5</sup> In tal senso: Consiglio di Stato, Sez. V, 18 giugno 2001, n. 3216; Sez. V, 6 luglio 2012, n. 3953; Consiglio di Giustizia Amministrativa R.S. 26 luglio 2006, n. 439 e 21 luglio 2008, n. 608; AVCP, parere n. 133 del 24 luglio 2013; ANAC, parere n. 87 del 23 aprile 2014.

<sup>6</sup> Giurisprudenza e provvedimenti ANAC citati.

della norma primaria di rango legislativo, alla quale la giurisprudenza e l'autorità di settore erano già giunte autonomamente.

Ma se l'articolo 121 del d.P.R. n. 207 del 2010 era una norma interpretativa e non innovativa (e sul punto non pare possa dubitarsi), la sua avvenuta abrogazione il 19 aprile 2016 non incide sull'interpretazione della norma primaria (allora l'articolo 86, comma 1, del codice abrogato, oggi l'articolo 97, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016, identico per quanto qui interessa).

Ci si chiede dunque quale motivazione abbia indotto ANAC a mutare orientamento, con il Comunicato del Presidente del 5 ottobre 2016, [7] secondo il quale *«Il metodo di cui alla predetta lettera a) riproduce quello previsto dall'art. 86, comma 1, d.lgs. 163/2006, tuttavia l'abrogazione dell'art. 121, comma 1, d.pr. 207/2010, senza che il relativo contenuto sia stato trasposto nel nuovo Codice, potrebbe determinare incertezze interpretative. Tale disposizione, infatti, stabiliva, che le offerte di uguale valore dovevano essere prese distintamente nei loro singoli valori sia per il calcolo della media aritmetica sia per il calcolo dello scarto medio aritmetico, qualora nell'effettuare il calcolo del 10 per cento delle offerte da accantonare fossero presenti più offerte di eguale valore, le stesse dovevano essere accantonate al fine del successivo calcolo della soglia. Poiché è presumibile che diverse stazioni appaltanti continuino ad applicare tale "regola" per prassi amministrativa, appare importante ribadire che l'art. 121 citato è stato abrogato e che non è più possibile applicarlo. La scelta del legislatore si giustifica in base alla considerazione che l'accantonamento delle ali costituisce una mera operazione matematica, distinta, come tale dall'effettiva esclusione di concorrenti che superano la stessa soglia di anomalia. Conseguentemente il mancato accantonamento di un'offerta identica a quella presentata da altro concorrente e accantonata per il calcolo della soglia di anomalia non produce discriminazione tra gli operatori economici ammessi alla gara».*

In disparte l'ermeticità dell'ultimo periodo, l'interpretazione di ANAC non può essere condivisa. Se è incontestato che l'articolo 97, comma 2, del nuovo Codice, seppure limitatamente alle lettere a) ed e), riproduce la previsione dell'articolo 86, comma 1, del codice abrogato [8] e se l'articolo 121 del regolamento del 2010 era il recepimento di un'interpretazione consolidata della norma primaria e non introduceva alcuna novità, la conclusione dovrebbe essere che la cosiddetta "prassi amministrativa" (che ANAC sembra imputare ad una sorta di distrazione delle stazioni appaltanti) sia in realtà la corretta applicazione della norma vigente, secondo i canoni interpretativi consolidati e dai quali non vi sono ragioni per discostarsi.

Nell'occasione meritano attenzione altri tre aspetti secondari, in parte estranei alle considerazioni che precedono.

Il primo attiene ancora al Comunicato del Presidente del 5 ottobre 2016, laddove recita *«Poiché soprattutto per i metodi a) ed e) [9] sono necessarie almeno 5 offerte da confrontare per poter calcolare la media e lo scarto medio delle offerte (non accantonate) che superano detta media, in assenza di una previsione normativa analoga a quella contenuta nell'art. 86, comma 4, del d.lgs. 163/2006, è necessario indicare nella documentazione di gara che si procederà alla determinazione della soglia di anomalia mediante ricorso ai metodi di cui all'art. 97, comma 2, del Codice solamente in presenza di almeno cinque offerte ammesse».* In realtà la prima parte del periodo è del tutto ragionevole e comprensibile, tuttavia i metodi di cui alle lettere c) e d) sono applicabili anche in presenza di due sole offerte; questi metodi non prevedono il taglio delle ali ma la sola media delle offerte ammesse (rispettivamente incrementata o decurtata del 20 per cento) per cui *«Secondo un'interpretazione conforme al principio di buon andamento, essa avrebbe dovuto invece estrarre uno dei criteri applicabili in presenza di due sole offerte, vale a dire un*

---

<sup>7</sup> *Indicazioni operative in merito alle modalità di calcolo della soglia di anomalia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso.*

<sup>8</sup> *Cosa che escluderebbe una "nuova" scelta del legislatore, bensì una continuità della disciplina sul punto.*

<sup>9</sup> *Ma anche per il metodo di cui alla lettera b), se si condivide lo stesso comunicato a proposito di tale lettera.*

*criterio tra quello indicato sub c) ... e quello riportato sub d) ...». [10]*

È vero che essendo sempre in presenza di meno di dieci offerte ammesse non è possibile l'esclusione automatica di cui all'articolo 97, comma 8, tuttavia l'individuazione della soglia di anomalia, per le offerte pari o superiori a detta soglia costituisce la discriminante tra la doverosità e la discrezionalità della verifica in contraddittorio delle giustificazioni, ai sensi rispettivamente del comma 2 e del comma 6, terzo periodo, dell'articolo 97.

Il secondo aspetto, che esula dalla questione del taglio delle ali e dal numero delle offerte ammesse, riguarda sempre i metodi di cui alle lettere c) e d). Se lo scarto tra le offerte non è eccessivo (ovvero si discosta dalla media in misura inferiore al 20 per cento) l'applicazione del metodo di cui alla lettera c) può rendere ammissibili tutte le offerte, mentre il metodo di cui alla lettera d) le può rendere tutte anomale.

Infine, considerato che in presenza di meno di dieci offerte ammesse è precluso il ricorso all'esclusione automatica, ne consegue che in assenza di tale possibilità la soglia di anomalia non riveste alcuna importanza pratica dal momento che eventuali giustificazioni in contraddittorio devono sempre iniziare dall'offerta di valore più elevato e, in caso di rigetto delle giustificazioni, seguire in sequenza secondo l'ordine decrescente delle offerte, rendendo inutile il fine che si intendeva perseguire al comma 2 «... di non rendere predeterminabili dai candidati [rectius: dagli offerenti - n.d.r.] i parametri di riferimento per il calcolo della soglia ...». Risponderebbe a ragionevolezza (e per questo non si farà mai) la sostituzione del terzo periodo del comma 8 dell'articolo 97, da «Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci» a «Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci, in tal caso non trova applicazione il comma 2». La garanzia circa la verifica della congruità delle offerte sintomatiche di anomalia resterebbe presidiata dal terzo periodo del comma 6.

**B. Bosetti**

---

<sup>10</sup> T.A.R. Lazio, Sez. I-ter, 19 gennaio 2017, n. 878 che, curiosamente, riporta il testo del predetto comunicato ANAC con proprie correzioni e integrazioni nel senso in commento.