

Esclusione automatica tra ANAC e Consiglio di Stato

(perché non si è ancora riusciti a dissipare gli equivoci nell'individuazione delle "ali" nel calcolo della soglia di anomalia)

Nella prima versione delle Linee guida n. 4 «*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*», approvate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 (in G.U. n. 274 del 23 novembre 2016) ANAC aveva giustamente trascurato di specificare le modalità per il calcolo della soglia di anomalia nelle gare con il criterio del minor prezzo. Giustamente dal momento che di per sé la soglia di anomalia è un istituto diverso e autonomo rispetto alle procedure negoziate e alle procedure sottosoglia. I due ambiti si intersecano ma non si sovrappongono, esistendo procedure sottosoglia per le quali è obbligatorio l'opposto criterio del miglior rapporto qualità/prezzo (lavori a partire da 2.000.000 di euro, all'epoca a partire da 1.000.000 di euro; servizi con prevalenza di manodopera, servizi intellettuali ecc.) così come esistono gare soprassoglia per le quali è ammesso il criterio del minor prezzo (servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato).

Del resto in un paese minimamente civile, una disposizione come l'articolo 97, comma 2, del Codice, composto da 310 parole con cinque metodi [1] di calcolo della soglia di anomalia, con finalità cosiddetta "antiturbativa" poteva e doveva essere scritta in modo più comprensibile senza necessità di ulteriori specificazioni o interpretazioni lunari. Anche perché la questione della soglia e del taglio delle ali, oggetto delle presenti note, è fonte di polemica sin dal 2006 (in vigore dell'articolo 86, comma 1, del Codice abrogato, poi apparentemente chiarita dall'articolo 121 del d.P.R. n. 207 del 2010, a sua volta abrogato) e se in 12 anni non si è risolta una simile questione del tutto irrilevante nell'economia generale degli appalti, lasciamo immaginare come sia digeribile il resto.

La polemica è stata rinfocolata dalla versione originaria dell'articolo 97, comma 2, parzialmente corretta (ma a quanto pare con scarsa utilità) dal decreto correttivo del 2017, quali due occasioni perse al fine di chiarire il sistema.

Sulla prima versione si è sbilanciata ANAC con il comunicato del Presidente del 5 ottobre 2016, il quale è stato oggetto almeno di due vicende curiose:

--- prima è stato impallinato come giuridicamente irrilevante da T.A.R. Umbria nell'ordinanza 4 aprile 2017, n. 428 con la quale era stato sospeso il giudizio nelle more del deposito della decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in merito all'interpretazione dell'analogia fattispecie prevista dall'articolo 86, comma 1, del Codice abrogato «... *in considerazione delle difficoltà interpretative acuite dal passaggio al nuovo Codice degli appalti pubblici e conseguente abrogazione del d.P.R. n. 207 del 2010*»; [2]

¹ In realtà i metodi sono otto in quanto la lettera e) prevede quattro varianti.

² L'Adunanza Plenaria, con sentenza 29 settembre 2017, n. 5, poi smentirà la tesi sostenuta da ANAC nel citato comunicato, ma curiosamente il T.A.R. Umbria, disattendendo la conclusione del massimo consesso amministrativo, in fase di merito con sentenza 2 marzo 2018, n. 47, ha poi sposato la criticata posizione di ANAC.

--- poi è stato colpito da «*un Fato maligno*» [3] con un refuso che, ferma restando la «*infelicità redazionale della disposizione di cui trattasi*» [4] ha invertito la collocazione nel testo delle locuzioni «*arrotondato all'unità superiore*» e «*con l'esclusione del dieci per cento*» con un robusto contributo all'incertezza interpretativa.

Il *focus* era sempre incentrato sul calcolo della soglia di anomalia e sull'operazione preliminare, limitata ai metodi di cui all'articolo 97, comma 2, lettere a), b) ed e), dell'individuazione delle offerte da accantonare (cosiddette "ali").

Ovvero la contrapposizione tra il cosiddetto criterio «**assoluto**» secondo il quale offerte identiche collocate all'interno della quota di offerte da accantonare, oppure collocate al margine della predetta quota (in gergo «*a cavallo*» tra le ali e le offerte centrali) andavano considerate autonomamente, distintamente una dalle altre, [5] facendo coincidere il concetto di "offerte" con quello di "offerenti" e l'opposto criterio cosiddetto «**relativo**» secondo il quale le predette offerte andavano considerate accorpate come un'unica offerta. [6] Quest'ultimo criterio era stato cristallizzato dall'articolo 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010, tuttavia la successiva abrogazione di questa norma era ritenuta rilevante da ANAC per motivare la prevalenza del criterio «assoluto».

Sul punto appare superfluo commentare l'esegesi sostenuta nelle varie pronunce, ci si limita a ricordare Consiglio di Stato, Sezione VI, 17 ottobre 2017, n. 4803 e la già citata n. 435 del 2018 della Sezione V, che hanno indicato con chiarezza la sequenza del percorso procedimentale con l'applicazione del criterio «assoluto». Ciò malgrado anche recentemente si sono scontrate le tesi opposte: T.A.R. Umbria, 2 marzo 2018, n. 147, per il criterio «relativo» e T.A.R. Marche, 28 febbraio 2018, n. 157 per il criterio «assoluto».

Quel che conta è che ANAC con la revisione delle Linee guida n. 4, senza che ce ne fosse alcun bisogno, contrariamente alla versione del 2016, ha ritenuto di disciplinare nel dettaglio anche l'applicazione dell'articolo 97, comma 2, del Codice in materia di anomalia. Ovviamente, avendo caparbiamente sposato il criterio «assoluto», con la delibera n. 1018 dell'11 ottobre 2017, lo aveva trasfuso nelle nuove Linee guida trasmesse per i pareri di rito, disponendo che nel caso di ricorso ad uno dei metodi di cui alle lettere a), b) ed e) dell'articolo 97, comma 2, del Codice «*si accantonano solo quelle offerte necessarie per raggiungere la soglia del 20% (o del 10%), indipendentemente dalla presenza di più offerte con identico ribasso percentuale*».

Il Consiglio di Stato nel parere n. 361 del 12 febbraio 2018, ha pazientemente invitato ANAC a meglio ponderare la questione ricordando il principio ormai pressoché consolidato per cui «*le offerte di identico ammontare debbono essere accantonate sia nel caso in cui si collochino al margine delle ali, sia nel caso in cui si collochino all'interno di esse*».

E finalmente siamo alla versione definitiva (?) della revisione delle Linee guida n. 4, approvate con delibera ANAC n. 206 del 1° marzo 2018 (in G.U. n. 69 del 23 marzo 2018) e per quanto qui interessa al paragrafo 5.2.6, lettera k), oggetto di queste note e che qui viene riprodotto, malamente conformato al suggerimento del Consiglio di Stato.

³ Letteralmente in Consiglio di Stato, Sezione V, 23 gennaio 2018, n. 435.

⁴ Consiglio di Stato, cit.

⁵ Ex multis: Consiglio di Stato, Sez. V, 28 agosto 2014 n. 4429.

⁶ Ex multis: Consiglio di Stato, Sez. V, 8 giugno 2015, n. 2813 e Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 818.

k) nel caso di applicazione del criterio del minor prezzo occorre altresì specificare, per l'ipotesi in cui sia sorteggiato uno dei metodi di cui alle lettere a), b) ed e) dell'articolo 97, comma 2 del Codice dei contratti pubblici:

- a) che il così detto taglio delle ali, che consiste nel tralasciare e non considerare le offerte estreme nella misura percentuale indicata dalla legge, si applica per individuare le offerte tra le quali calcolare la media aritmetica dei ribassi percentuali offerti. Successivamente il calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media si effettua esclusivamente prendendo in considerazione i ribassi delle offerte che sono residue dopo il suddetto taglio delle ali;**
- b) che, in caso di sorteggio del metodo di cui all'articolo 97, comma 2, lettera b), del Codice dei contratti pubblici, una volta operato il così detto 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;**
- c) che le offerte con identico ribasso percentuale avranno, ai fini della soglia di anomalia, lo stesso trattamento e saranno pertanto considerate come un'offerta unica;**
- d) a prescindere dal metodo sorteggiato, il numero di decimali per il ribasso offerto da considerare per il calcolo dell'anomalia.**

Prima imprecisione.

Il secondo periodo del punto a), trattando dello scarto medio aritmetico non ha nulla a che vedere con il metodo di cui alla lettera b), essendo previsto solo per i metodi di cui alle lettere a) ed e); quindi l'alinea della lettera k) andrebbe riscritto.

Seconda imprecisione.

Al punto b), riferito al metodo di cui alla lettera b), l'espressione *«tenendo conto della prima cifra decimale del numero che esprime la sommatoria dei ribassi»* è equivoca, non chiarendo che si tratta della sommatoria dei ribassi percentuali delle offerte residue dopo l'accantonamento delle ali (come indicato dal Consiglio di Stato) e non della somma di (tutti) i ribassi offerti dai concorrenti ammessi, come potrebbe sembrare dalla lettera della norma e come applicato da parte di una giurisprudenza minoritaria;

Terza imprecisione.

Al punto c), riferito ai metodi di cui alle lettere a), b) ed e), l'espressione *«che le offerte con identico ribasso percentuale avranno, ai fini della soglia di anomalia, lo stesso trattamento e saranno pertanto considerate come un'offerta unica»* sposa il condivisibile criterio «relativo» ma sembra intendere che le offerte identiche che si considerano come un blocco unitario siano tutte quelle presenti e non solo quelle che sono da accantonare in quanto collocate all'interno delle "ali" o a margine delle stesse ali. Inoltre le offerte uguali sono considerate unitariamente non ai fini del calcolo della soglia di anomalia bensì ai fini dell'individuazione delle offerte da accantonare in quanto di maggior ribasso e di minor ribasso.

Quarta imprecisione.

Il punto d), che correttamente prescinde dal metodo utilizzato, nel senso che è applicato a tutti e 5 i metodi previsti dall'articolo 97, comma 2, contraddice l'alinea che disciplina solo i metodi di cui alle lettere a), b) ed e).

Quinta imprecisione.

Al punto d), che correttamente dispone la necessità di indicare il numero dei decimali utili da esprimere nelle singole offerte, deve essere precisato che tale limite non opera nelle operazioni di calcolo in quanto l'arrotondamento o il troncamento nei calcoli a valle dell'offerta costituisce arbitraria manipolazione del risultato. [7]

Proviamo dunque a riformulare la lettera k):

- k) nel caso di applicazione del criterio del minor prezzo occorre altresì specificare, in relazione al sorteggio di cui all'articolo 97, comma 2, del Codice dei contratti pubblici:**
- 1) per l'ipotesi in cui sia sorteggiato uno dei metodi di cui alle lettere a), b) ed e) della predetta norma, che il cosiddetto taglio delle ali, che consiste nel tralasciare e non considerare le offerte estreme nella misura percentuale indicata dalla legge, si applica per individuare le offerte tra le quali calcolare la media aritmetica dei ribassi percentuali offerti; a tale scopo le offerte con identico ribasso percentuale, collocate nelle "ali" o a cavallo delle "ali", ai fini del calcolo del numero delle offerte da accantonare, avranno lo stesso trattamento e saranno pertanto considerate come un'offerta unica;**
 - 2) limitatamente ai metodi di cui alle lettere a) ed e) della norma citata, una volta operato il cosiddetto taglio delle ali di cui al numero 1), il calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media aritmetica si effettua esclusivamente prendendo in considerazione i ribassi delle offerte che sono residue dopo il suddetto taglio delle ali;**
 - 3) limitatamente al metodo di cui alla lettera b) della stessa norma, una volta operato il cosiddetto taglio delle ali di cui al numero 1), 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 delle predette offerte residue;**
 - 4) a prescindere dal metodo sorteggiato, il numero di decimali per il ribasso offerto da considerare per il calcolo dell'anomalia; nelle successive operazioni di calcolo è utilizzato il numero di decimali necessario a discriminare le posizioni in graduatoria, senza arrotondamenti o troncamenti.**

⁷ Consiglio di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 268 e, ancora attuale anche se risalente, stessa Sezione, 10 marzo 2003, n. 1277.