

# Edilizia e Territorio

## Gare al massimo ribasso, Palazzo Spada: ecco come va corretta la soglia di anomalia

3 settembre 2018 - Massimo Frontera

Il Consiglio di Stato (adunanza plenaria) indica la procedura da seguire per determinare la soglia di anomalia nella procedura ex articolo 97, comma 2, lettera “b”



Il Consiglio di Stato, in adunanza plenaria, interviene sul criterio di aggiudicazione al massimo ribasso, enunciando un principio di diritto di carattere regolamentare, volto a disciplinare la determinazione dell'anomalia procedendo al taglio delle ali. La decisione di Palazzo Spada arriva a poca distanza di tempo da un'altra pronuncia in materia di procedura con il criterio del massimo ribasso. [Il 6 agosto scorso, infatti, la V sezione del Consiglio di Stato \(pronuncia n.4821\) aveva indicato la linea da seguire per la procedura ex articolo 97, comma 2, lettera “a”.](#)

Ora invece il Consiglio di Stato - questa volta in adunanza plenaria - affronta la procedura ex articolo 97, comma 2 lettera “b”, indicando la strada da seguire tra due orientamenti divergenti e relativi alla determinazione della media aritmetica della soglia di anomalia. I giudici della Plenaria sono stati chiamati in causa dalla Quinta Sezione, nella cui ordinanza di rimessione ([n.3472/2018, su appello di una sentenza del Tar Umbria](#)), hanno preso atto di due divergenti orientamenti della giurisprudenza circa l'interpretazione di una novità introdotta dal nuovo

codice (sulla quale la prassi del “vecchio” Dlgs 163 non era in grado di fornire indicazioni).

### I due diversi orientamenti

Per prima cosa i giudici della Plenaria individuano l'elemento “di confusione” che ha originato la divergente giurisprudenza. Elemento che, più precisamente, riguarda la duplice possibilità su quali e quante offerte devono essere prese in considerazione per calcolare la somma dei ribassi, al fine di determinare il cosiddetto fattore di correzione: tutte quelle presentate oppure solo quelle che residuano dopo il taglio delle ali. «Mentre nel ‘Codice’ del 2006 - spiegano i giudici - era palese che le uniche offerte da prendere in considerazione ai fini del computo della media aritmetica (e quindi, della soglia di anomalia) fossero quelle ‘ammesse’, ma al netto del c.d. ‘taglio delle ali’; al contrario il nuovo ‘Codice’ non fornisce immediata chiarezza circa le offerte da prendere in considerazione ai fini delle operazioni di computo di cui al più volte richiamato articolo 97, comma 2, lettera b)».

In assenza di indicazioni chiare, la prassi delle stazioni appaltanti ha dato luogo a due diversi metodi. Il primo metodo, in base a un orientamento che i giudici definiscono “dissociativo”, discende da una interpretazione del Codice che va nel senso di tenere distinte, da un lato, «la platea dei concorrenti in relazione ai quali determinare la media aritmetica dei ribassi (platea che andrebbe individuata previo il ‘taglio delle ali’)» e, dall'altra, «la platea dei concorrenti da prendere in considerazione al fine della determinazione del c.d. ‘fattore di correzione’ (platea che andrebbe identificata con l'intero novero dei concorrenti ammessi, senza ‘taglio delle ali’)».

Nel secondo caso, in base all'orientamento definito “associativo”, «la locuzione ‘offerte ammesse’ (al netto del ‘taglio delle ali’) di cui alla prima parte del comma 2, lettera b) e la locuzione ‘concorrenti ammessi’ di cui alla seconda parte della disposizione farebbero riferimento a platee omogenee (ambidue da individuare previo il ‘taglio delle ali’)».

### Il principio di diritto, a favore del metodo “associativo”

Dopo la loro argomentazione, i giudici della Plenaria concludono che «prevalenti ragioni inducano a propendere per la seconda delle richiamate opzioni», cioè l'orientamento contrario a quello che, nella vicenda trattata, aveva applicato l'Anas e che il Tar aveva avallato.

Il Consiglio di Stato ha infatti optato per il secondo metodo, enunciando un principio di diritto, che rappresenta di fatto, un “pezzetto” di regolamento riferito all'articolo 97, comma 2, lettera “b”. «L'articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo 50 del 2016 - affermano i giudici della Plenaria - 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’».

In altre parole, affermano i giudici, la determinazione aritmetica della media dei ribassi e della somma dei ribassi, deve essere eseguita su una platea omogenea di offerte.

### **Il caso in questione: gara Anas per ricostruzione post-sisma**

L'applicazione dell'uno o dell'altro metodo, determina in modo significativo l'aggiudicazione, soprattutto nel caso in esame - un appalto di lavori stradali post-terremoto in Umbria bandito dall'Anas - che ha visto la presentazione di 70 offerte.

Come ricorda il Consiglio di Stato, applicando il primo metodo (censurato dalla Plenaria) si ottiene una soglia di anomalia di 29,310% mentre applicando l'altro metodo si ricava una soglia di anomalia del 29,606 per cento. La differenza dei decimali significa l'aggiudicazione all'una o all'altra delle imprese coinvolte nel contenzioso. La pronuncia della Plenaria assume un notevole rilievo, non solo per l'applicazione in generale dell'articolo 97, comma 2, lettera “b”, ma anche per il fatto che ad aver applicato il sistema controindicato da Palazzo Spada è una stazione appaltante “seriale” come l'Anas, peraltro nel contesto del nutrito numero di gare bandite dall'Ente in qualità di soggetto attuatore della Protezione Civile, per riparare la rete stradale danneggiata dal terremoto del 2016 in quattro regioni. Per la gara è stata scelta la procedura aperta accelerata, anche in linea con le previsioni di legge sugli interventi post-sisma.

### **Sul «fattore di correzione» sintonia con Anac**

Nella pronuncia, il Consiglio di Stato, riferisce che «anche l'Anac (sia pure con atti di portata non vincolante) ha aderito all'opzione interpretativa di cui sopra. In particolare, le Linee Guida n. 4 (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”, nel testo aggiornato con la delibera n. 206 del 1° marzo 2018), al punto 5.2.6, sub k) hanno 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 della norma tenendo conto della prima cifra decimale del numero che esprime la sommatoria dei ribassi”».

[La pronuncia n.13/2018 della Plenaria](#)

[L'ordinanza di rimessione n.3472 della Quinta Sezione](#)

[La sentenza n.72/2018 del Tar Umbria](#)