



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1025 DEL 11 ottobre 2017

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da La Lux S.r.l. – Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per l'affidamento del servizio di pulizia delle sedi ufficiali comunali e di n. 2 diurni nel Comune di Lauria periodo 1.1.2017-31.12.2018 – Importo a base di gara: euro 187.829,10 - S.A.: Centrale Unica di Committenza presso l'Unione Lucana del Lagonegrese – riesame della delibera n. 354 del 29 marzo 2017

PREC 89/17/S

Prezzo più basso – soglia di anomalia - esclusione automatica – metodo di calcolo della soglia – incremento della media dei ribassi dello scarto medio dei ribassi

Il metodo di calcolo della soglia di anomalia disciplinato alla lettera b) del comma 2 dell'art. 97 del Codice prevede il calcolo della media dei ribassi a seguito del taglio delle ali e il successivo passaggio della determinazione del decremento/invariabilità della media in base alla prima cifra decimale dopo la virgola delle somma dei ribassi delle offerte ammesse, ma non che la media dei ribassi sia incrementata dello scarto medio dei ribassi che superano detta media.

Art. 97, comma 2, lett. b), e comma 8, d.lgs. n. 50/2016

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al protocollo n. 239 del 4 gennaio 2017, l'impresa La Lux s.r.l. ha lamentato la mancata richiesta, nei propri confronti, delle giustificazioni ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta, argomentando che le offerte che, come nel caso di specie, ricadono all'interno del cosiddetto "taglio delle ali", pur non concorrendo alla determinazione della soglia di anomalia, non sono escluse automaticamente dalla gara e devono essere assoggettate al vaglio di congruità ai fini dell'aggiudicazione. A conforto della propria tesi, l'istante ha richiamato, in modo non del tutto conferente, una recente sentenza del TAR Emilia Romagna (5 dicembre 2016 n. 983), che si è pronunciato in modo innovativo in merito al calcolo dello scarto medio dei ribassi (sostenendo che debbano esservi ricomprese le offerte temporaneamente accantonate con il taglio delle ali), e uno stralcio del Comunicato del Presidente dell'Autorità del 5 ottobre 2016 dedicato al differente problema dell'eventuale accorpamento delle offerte identiche che ricadono a cavallo o all'interno delle ali (questione su cui è in procinto di pronunciarsi l'Adunanza Plenaria).

La prospettazione dei fatti nei termini sopra evidenziati ha condotto all'adozione della delibera n. 354 del 29 marzo 2017, nella quale l'operato della stazione appaltante è stato valutato non conforme alla disciplina di settore.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Con nota acquisita al prot. n. 68986 del 17 maggio 2017, la stazione appaltante Centrale Unica di Committenza presso l'Unione Lucana del Lagonegrese ha chiesto all'Autorità il riesame della delibera rappresentando, da un lato, di avere calcolato lo scarto medio facendo riferimento alle offerte non accantonate in conformità al consolidato orientamento giurisprudenziale in materia, ed evidenziando, dall'altro, come, nel caso di specie, la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà di esclusione automatica delle offerte di cui all'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, espressamente prevista dal bando di gara.

Il corretto inquadramento della vicenda (comportante il superamento della doglianza fatta valere inizialmente dall'operatore economico istante) e l'approfondimento che ne è seguito hanno concorso a fare emergere una circostanza, non rappresentata dalle parti nelle memorie prodotte in sede procedimentale - ovvero il sorteggio da parte della commissione del metodo di calcolo della soglia di anomalia disciplinato dalla lettera b) del comma 2 dell'art. 97 (come desumibile dal verbale di gara della seduta del 22 novembre 2016) - su cui occorre svolgere ulteriori considerazioni.

Ritenuto in diritto

Il metodo di calcolo della soglia di anomalia di cui alla lettera b) del comma 2 dell'art. 97, nella versione della disposizione applicabile *ratione temporis* (antecedente alla modifica apportata dal correttivo d.lgs. n. 56/2017), consiste nel calcolo della «media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse con esclusione del dieci per cento, tenuto conto che se la prima cifra della virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra».

Come noto, la formulazione del metodo nei termini sopra indicati ha comportato rilevanti criticità applicative, in quanto non specifica quale sia la grandezza rispetto alla quale va calcolato il menzionato 10%.

Nel richiamato Comunicato del 5 ottobre 2016, l'Autorità ha fornito la propria interpretazione della disposizione secondo la quale, tenendo conto della formulazione degli altri metodi di calcolo e, in particolare, di quelli descritti alle lettere a) ed e), entrambi recanti la dizione «con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso», la lacuna in parola può essere colmata mediante procedimento analogico, facendo riferimento a quanto disposto nelle lettere a) ed e).

In altri termini, si afferma nel Comunicato, la norma dovrebbe essere letta come di seguito indicato: «media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

arrotondato all'unità superiore, con esclusione del dieci per cento, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso».

Tale approccio ermeneutico ha trovato conferma nelle integrazioni apportate dal correttivo, a seguito delle quali la lettera b) del comma 2 dell'art. 97 attualmente recita: «media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra».

Come emerge chiaramente dalla lettera della norma, il metodo di calcolo disciplinato dalla lettera b) del comma 2 dell'art. 97 prevede che si calcoli la media dei ribassi con il ricorso al taglio delle ali (oggi nella misura del 20%), come nei metodi disciplinati dalle lettere a) ed e) ma, a differenza di questi, non contempla l'ulteriore passaggio dell'incremento della media dei ribassi con lo scarto medio dei ribassi. In luogo di questo passaggio, diversamente dai metodi di cui alle lettere a) ed e), la lettera b) prevede infatti che la media dei ribassi venga decrementata, o rimanga indifferente, in ragione della prima cifra decimale dopo la virgola della somma dei ribassi delle offerte ammesse (se è pari o zero, la media non subisce variazioni; se è dispari, è ridotta percentualmente di un valore pari a tale cifra).

L'attuale versione della norma (successiva alle modifiche del correttivo) non dà adito a dubbi interpretativi riguardo all'assenza del passaggio del calcolo della media degli scarti.

Ma anche nella fase antecedente al correttivo, il richiamo analogico ai metodi disciplinati dalle lettere a) ed e), invocato dall'Autorità per supplire alla lacuna che caratterizzava il dettato normativo, era limitato alla parte di quelle disposizioni disciplinanti il taglio delle ali - per consentire di chiarire il riferimento all' "esclusione del dieci per cento" - e non poteva considerarsi esteso all'incremento dello scarto medio dei ribassi, di cui nella lettera b) non vi era (e non v'è) traccia, come emerge dalla riformulazione della norma proposta dall'Autorità nel più volte citato Comunicato.

Nel caso in esame, la Commissione di gara, pur avendo sorteggiato il metodo disciplinato dalla lettera b), ha incrementato la media dei ribassi, calcolata a seguito del taglio delle ali, dello scarto medio dei ribassi.

Alla luce di quanto sopra, la Commissione non ha applicato correttamente il metodo sorteggiato che, come chiarito, prevede il calcolo della media dei ribassi a seguito del taglio delle ali e il successivo passaggio della determinazione del decremento/invariabilità della media in base alla prima cifra decimale dopo la virgola della somma dei ribassi delle offerte ammesse (cfr. TAR



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Sicilia, sez. III, 10 marzo 2017, n. 707), ma non che la media dei ribassi sia incrementata dello scarto medio dei ribassi che superano detta media.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

in riforma della delibera n. 354 del 29 marzo 2017, ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- la Commissione non ha applicato correttamente il metodo disciplinato dalla lettera b) del comma 2 dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 sorteggiato per il calcolo della soglia di anomalia.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 ottobre 2017

Il segretario Maria Esposito