



DELIBERA N. 217

23 aprile 2024

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 presentata dalla S.C.P. - Società Costruzioni Progettazioni a r.l. - Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione pista ciclabile dalla tangenziale Nomentana - San Martino fino a via Aldo Moro - Comune di Monterotondo - 1° Lotto - CIG: B07BE17DBD - Importo: euro: 1.808.749,27 - S.A.: Stazione Unica Appaltante Città Metropolitana di Roma per conto del Comune di Monterotondo
UPREC/PRE/0099/2024/L/PREC

Riferimenti normativi

Art. 54 d.lgs. 36/2023

All. II.2 d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Esclusione automatica offerte anomale – Metodo C – Ribassi pari alla soglia di anomalia

Massima

Appalto pubblico – In genere – Offerta economica – Esclusione automatica offerte anomale – Metodo C) - Soglia di anomalia– Offerte pari – Non vanno automaticamente escluse

In caso di ricorso al metodo C) dell'allegato II.2 al Codice per la determinazione della soglia di anomalia, vanno automaticamente escluse solo le offerte recanti un ribasso superiore alla soglia di anomalia, non anche quelle pari.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 23 aprile 2024



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 39939 del 26 marzo 2024, con cui la S.C.P., Società Costruzioni Progettazioni a r.l., ha contestato l'errata applicazione del metodo "C" per l'esclusione automatica delle offerte anomale e l'aggiudicazione della procedura di gara in oggetto in favore dell'impresa ESSEPI Costruzioni S.r.l., che avrebbe meritato l'esclusione per aver offerto un ribasso pari alla soglia di anomalia;

VISTO quanto rappresentato dall'istante in merito alle disposizioni della *lex specialis* e alle operazioni svolte dal Seggio di gara. Il bando della procedura in oggetto stabiliva che si sarebbe proceduto all'esclusione automatica delle offerte che presentavano ribassi pari o superiori alla soglia di anomalia. Il metodo per la determinazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'Allegato II.2 "Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte" del Codice, era stato individuato nel Metodo C e lo sconto di riferimento - tra i valori riportati nella Tabella A del citato Allegato II.2- era stato fissato al 25,956%. L'istante offriva il ribasso del 25,9559%. Nel verbale di apertura delle offerte economiche (la gara era soggetta a inversione procedimentale), il seggio di gara rilevava che erano pervenute 237 offerte e, pur dichiarando di provvedere all'esclusione automatica delle offerte con ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, ammetteva le offerte presentate dalle imprese MI.RO.PA. S.r.l., ESSEPI COSTRUZIONI S.r.l. e COGEFEN S.r.l., che presentavano un ribasso pari alla soglia di anomalia, determinata nella percentuale del 25,956%; procedeva dunque al sorteggio delle tre offerte ex aequo e formulava la proposta di aggiudicazione in favore della ESSEPI costruzioni S.R.L.;

VISTE le argomentazioni svolte dall'istante a supporto dell'illegittimo operato della Stazione appaltante. S.C.P. s.r.l. ritiene che i punti 2 e 3 del metodo C) si pongano in contraddizione con riferimento all'ammissibilità o meno dell'offerta con ribasso PARI alla soglia di anomalia (se vada esclusa o vada considerata come prima offerta non anomala), analoga a quella già rilevata dall'Autorità in relazione al Metodo A e risolta nel senso che le offerte pari alla soglia di anomalia debbano essere automaticamente escluse. Lo stesso disciplinare di gara, in più punti, prevedeva che sarebbero state escluse in via automatica le offerte pari o superiori alla soglia. Pertanto, il seggio di gara avrebbe dovuto procedere con l'esclusione delle imprese MI.RO.PA. S.r.l., ESSEPI COSTRUZIONI S.r.l. e COGEFEN S.r.l., dando così a S.C.P. la possibilità di partecipare al successivo sorteggio (altri operatori economici hanno offerto la sua stessa percentuale di ribasso) e di aggiudicarsi la gara;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 42706 del 4 aprile 2024;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 42901 del 4 aprile 2024, con cui la Stazione appaltante ha rappresentato che le operazioni svolte dal seggio di gara sono corrette e pienamente conformi al Metodo C) che prevede l'esclusione automatica delle offerte che presentano un ribasso superiore (e non pari) alla soglia di anomalia. Il Bando/Disciplinare di gara, pur rinviando espressamente all'applicazione del Metodo C di cui all'allegato II.2 del D.Lgs. 36/2023, presenta un refuso (dovuto alla vecchia formulazione dell'art. 97, comma 8, del D.Lgs. 50/2016) stabilendo "*Si procederà all'esclusione automatica delle offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia...*" che però potrebbe essere ricondotto ad errore facilmente riconoscibile. L'art. 1431 cod. civ. prevede, infatti, che l'errore si considera riconoscibile se "*in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo*". Orbene, la formulazione dell'all. II.2 del D.Lgs. 36/2023 Metodo C) è chiara nel prescrivere al punto 3 "*Tutti gli sconti superiori alla soglia di cui alla lettera e) del punto 2) sono automaticamente esclusi*". Peraltro, tanto l'art. 54 del Codice quanto la parte introduttiva



dell'all. II.2 non lasciano alcun margine per una diversa formulazione - oltre ai metodi A, B e C - dei sistemi di calcolo utili alla determinazione della soglia di anomalia. Secondo la Stazione appaltante, quindi, la contraddizione rilevata già dall'Autorità nella Delibera n. 536 del 21.11.2023, riguarda esclusivamente il Metodo A, non anche il Metodo C), la cui formulazione appare indubbia nel riconoscere l'esclusione per i soli sconti "superiori" alla soglia di anomalia calcolata. Per tali ragioni, la presenza del refuso contenuto nel bando/disciplinare di gara non avrebbe comunque potuto determinare la disapplicazione del disposto normativo riferito al Metodo C dell'all.II.2 al Codice, al proposito inequivocabile (ed espressamente richiamato negli atti di gara);

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 43814 dell'8 marzo 2024 con cui l'istante ha reiterato le precedenti considerazioni e domande;

CONSIDERATO, alla luce di tutto quanto sopra premesso, che le questioni su cui l'Autorità è chiamata a pronunciarsi concernono *i/la sorte delle offerte pari alla soglia di anomalia nel Metodo C) e ii/se e in quali limiti è consentito alle Stazioni appaltanti di apportare modifiche ai metodi di calcolo delle offerte anomale indicati nell'allegato II.2 del Codice;*

VISTO l'art. 54, comma 1, del d.lgs. 36/2023, a mente del quale *" Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque..."* e il successivo comma 2 che prevede che *" Nei casi di cui al comma 1, primo periodo, le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2";*

VISTO l'Allegato II.2 - Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte, ed in particolare il Metodo C), così descritto:

" 1) L'applicazione di questo metodo richiede che, in via preliminare, la stazione appaltante abbia indicato nel bando di gara o nell'invito di partecipazione lo sconto di riferimento che rappresenta, indicativamente, la soglia di anomalia al netto di una componente randomica dipendente dagli sconti ricevuti. Tale sconto è espresso come percentuale della base d'asta rispetto a cui le imprese formulano i loro sconti e viene individuato o tra i valori riportati nella Tabella A (in PDF) oppure discostandosi da questi e motivando la scelta in base all'esigenza di selezionare un'offerta con caratteristiche di prezzo-qualità congrue con i bisogni della stazione appaltante stessa. In questo secondo caso, la stazione appaltante applica criteri verificabili per determinare lo sconto di riferimento, confrontando i benefici di sconti maggiori con i costi di selezionare un'offerta vincitrice con qualità potenzialmente inferiore.

2) La soglia di anomalia è determinata come segue:

a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);

c) calcolo di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b);



d) calcolo della somma di tutte le cifre, sia prima che dopo la virgola fino al secondo decimale, della somma dei ribassi di cui alla lettera a);

e) la soglia di anomalia è uguale allo sconto di riferimento di cui al punto 1):

1. decrementata del valore di cui alla lettera c), nel caso in cui il valore di cui alla lettera d) sia pari;

2. incrementata del valore di cui alla lettera c), nel caso in cui il valore di cui alla lettera d) sia dispari.

3) Tutti gli sconti superiori alla soglia di cui alla lettera e) del punto 2) sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, incluse quelle inizialmente accantonate per il calcolo di cui alla lettera a), la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto all'impresa aggiudicataria è quello che questa stessa impresa ha presentato. In caso di pareggio tra le offerte di maggior ribasso, il vincitore è deciso con un sorteggio. Se tutte le offerte presentate sono anomale, la stazione appaltante valuta l'effettiva anomalia in contraddittorio.”;

CONSIDERATO che, come noto, in tema di interpretazione della legge, l'art. 12 delle Disposizioni preliminari al codice civile (cd. Preleggi), stabilisce che “Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”. Da tale norma sono stati individuati vari criteri di interpretazione della legge (letterale, sistematico, estensivo, per analogia), in base ad una scala di priorità, in quanto il criterio ermeneutico primario è considerato quello letterale, che deve essere applicato quando il significato sia chiaro e univoco. Solo qualora la lettera della norma risulti ambigua, si può fare ricorso al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca della volontà del legislatore, che però deve emergere dall'esame complessivo del testo (cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 14 ottobre 2020, n. 22212; Consiglio di Stato sez. VI, 25 maggio 2020, n. 3298; sez. III, 28 dicembre 2017, n. 6129), “non essendo consentito all'interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma stessa è intesa... in particolare all'intenzione del legislatore, in base ad un'interpretazione logica, può darsi rilievo solo nell'ipotesi che tale significato non sia già chiaro ed univoco” (Cassazione civile sez. III, 4 ottobre 2018, n. 24165);

RITENUTO che il punto 3) del Metodo C) dell'allegato II.2 del Codice è assolutamente chiaro ed univoco nel prevedere l'esclusione automatica delle (sole) offerte recanti una percentuale di ribasso superiore alla soglia di anomalia, come determinata ai sensi del punto 2, lett. e), di talché risulta inammissibile un'ulteriore attività ermeneutica che poggi su pretesi significati nascosti della norma o su una presunta analogia con le conclusioni raggiunte dall'Autorità in relazione al Metodo A). Difatti, come chiaramente rappresentato dalla Stazione appaltante, lo sforzo ricostruttivo compiuto nella delibera n. 536 del 21.11.2023, ove sono state effettuate valutazioni anche sistematiche, teleologiche, storiche al fine di stabilire quale dovesse essere la sorte delle offerte pari alla soglia di anomalia, è stato determinato dalla contraddizione rilevata tra il punto 1) e il punto 3) del Metodo A), antinomia non rinvenibile in relazione al metodo C);

RITENUTO, altresì, che dalla lettura delle citate disposizioni emerge che gli spazi entro i quali può esprimersi la discrezionalità dell'Ente concernono i) la scelta del Metodo (A, b, o c) per il calcolo della soglia di anomalia e, ii) in relazione al Metodo C, l'individuazione negli atti di gara dello sconto di riferimento. Ne consegue che, una volta scelto il metodo, le modalità di applicazione non possono che essere quelle descritte nel Codice, all'allegato II.2, dovendosi escludere che possa essere rimessa alle opzioni programmatiche dell'Ente la possibilità di intervenire – *sub speciem* di modifiche od integrazioni – sul calcolo della soglia o sull'individuazione delle offerte da escludere in via automatica. Ne consegue che è irrilevante la circostanza che, nel caso di specie, il disciplinare di gara prevedesse l'esclusione delle offerte



“pari o superiori” alla soglia di anomalia, dovendo nel contrasto tra le clausole del bando e la legge, prevalere necessariamente quest’ultima;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che il Metodo C) per l’esclusione automatica delle offerte anomale, di cui all’allegato II.2 al Codice, prevede che vadano automaticamente escluse solo le offerte recanti un ribasso superiore alla soglia di anomalia e tale disposizione è destinata a prevalere su eventuali clausole del bando di gara di segno contrario. È conseguentemente corretto l’operato del seggio di gara e l’aggiudicazione dell’appalto in oggetto in favore dell’impresa Essepi Costruzioni S.r.l.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 maggio 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente