

Pubblicato il 10/03/2017

N. 00707/2017 REG.PROV.COLL.

N. 02371/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2371 del 2016, proposto da:

“Clamar” di ..., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. ...;

contro

il Comune di Santo Stefano Quisquina, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Impresa edile e stradale “Capobianco Giuseppe”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- dei verbali di gara dei giorni 25 luglio e 1° agosto 2016, relativi alla procedura negoziata per l'aggiudicazione dei lavori di “Realizzazione dell'impianto di pubblica illuminazione in contrada Rosario - Morticelli e sistemazione della strada Prisa, per la realizzazione di nuovi interventi infrastrutturali compatibili con le finalità del patto territoriale generalista “Magazzolo – Platani” - CIG: 6606133169 - GUP: F74H15001530006” per l'importo a base d'asta di € 118.310,23, oltre ad € 5.285,02 per oneri provvisionali della sicurezza non soggetti a ribasso, nella parte in cui la commissione di gara ha fatto erronea applicazione del metodo di determinazione della soglia di anomalia di cui all'art. 97, co. 2, lett. b) del D. Lgs. n. 50/2016, così pervenendo ad un'errata determinazione della media ed ha proceduto ad aggiudicare in via provvisoria l'appalto all'odierna controinteressata;

- della nota del 29 agosto 2016, prot. 6425, trasmessa via pec dal Comune di Santo Stefano Quisquina, con la quale è stato rigettato il reclamo inoltrato dalla ricorrente tendente alla revoca in autotutela degli esiti della gara ed all'aggiudicazione della gara in suo favore;

- di ogni altro atto o provvedimento collegato o connesso con gli atti sopra impugnati, compresa l'aggiudicazione definitiva o il contratto qualora medio tempore intervenuti, anche se non noti alla ricorrente;

E PER IL RICONOSCIMENTO

del diritto dell'istante al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione della gara, ovvero ed in subordine al risarcimento dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, con condanna della stazione appaltante, in persona del legale rappresentante pro-tempore, al pagamento delle relative somme con interessi legali e rivalutazione da quantificarsi secondo gli ordinari criteri fissati dalla giurisprudenza amministrativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista l'ordinanza cautelare n. 1146/2016, e l'ordinanza del C.G.A. n. 88/2017;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il consigliere dott.ssa Maria Cappellano;

Udito all'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2017 il difensore di parte ricorrente, come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A. – Con ricorso ritualmente notificato e depositato, l'impresa "Clamar" di ... ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, relativi alla procedura negoziata per l'aggiudicazione dei lavori di *"Realizzazione dell'impianto di pubblica illuminazione in contrada Rosario - Morticelli e sistemazione della strada Prisa, per la realizzazione di nuovi interventi infrastrutturali compatibili con le finalità del patto territoriale generalista "Magazzolo – Platani"* (importo a base d'asta di € 118.310,23, oltre ad € 5.285,02 per oneri provvisionali della sicurezza non soggetti a ribasso).

Con il medesimo gravame ha impugnato la nota del 29 agosto 2016, con la quale il Comune di Santo Stefano Quisquina ha rigettato il reclamo inoltrato dalla ricorrente al fine di ottenere la revoca in autotutela degli atti di gara, e l'aggiudicazione in suo favore.

Premette, in punto di fatto:

- di avere partecipato alla predetta gara, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo sull'importo dei lavori posti a base della gara, con applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale calcolate ai sensi dell'art. 97, co. 2, d. lgs. n. 50/2016;

- che alla procedura negoziata hanno partecipato quindici concorrenti, tra cui l'odierna ricorrente e l'aggiudicataria provvisoria;

- che, estratto il metodo di calcolo della soglia di anomalia in quello previsto dall'art. 97, co. 2, lett. b), citato, la commissione di gara ha escluso il 10 % delle 14 offerte ammesse, pervenendo alla determinazione della soglia di anomalia e, in data 1.8.2016, all'aggiudicazione provvisoria dell'appalto all'odierna controinteressata; mentre la ricorrente è risultata seconda in graduatoria.

Espone, quindi, che il Comune, con la nota impugnata, ha respinto anche il reclamo presentato dalla ricorrente al fine di fare rilevare l'errata applicazione del metodo di calcolo.

Ciò premesso, nel contestare i suddetti atti, deduce la censura di *Eccesso di potere – Violazione di legge – Violazione dell'art. 97 co. 2 lett. B) del d.lgs. n. 50/2016 – Violazione del punto 2 (procedura di gara) della lex specialis – Vizio di procedimento*: il seggio di gara avrebbe applicato in maniera errata il metodo di calcolo previsto dall'art. 97, co. 2, lett. b), d. lgs. n. 50/2016, in quanto la corretta applicazione di tale metodo comporterebbe non già il taglio delle ali delle offerte ammesse da escludere fittiziamente, ma solo una riduzione percentuale (del 10 %) della media aritmetica dei ribassi di tutte le offerte ammesse.

Documenta, poi, che se il seggio di gara avesse fatto corretta applicazione del metodo di calcolo, la ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria; e che il risultato non sarebbe mutato anche in caso di applicazione del cd. taglio delle ali, con esclusione del 10 %, rispettivamente, delle offerte di maggiore ribasso e di minore ribasso.

Chiede, pertanto, l'annullamento degli atti impugnati e l'aggiudicazione in suo favore; formulando anche domanda di risarcimento del danno, sia in forma specifica, che per equivalente.

B. – Sia la controinteressata che il Comune di Santo Stefano Quisquina, benché ritualmente intimati, non si sono costituiti in giudizio.

C. – Con ordinanza n. 1146/2016 è stata respinta l'istanza cautelare: detto provvedimento è stato confermato dal C.G.A. con ordinanza n. 88/2017, tenuto conto dell'imminente trattazione del ricorso nel merito.

All'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2017, presente il difensore di parte ricorrente, il ricorso è stato posto in decisione.

D. – Ritiene il Collegio - *re melius perpensa* e alla luce delle indicazioni fornite dal C.G.A. con l'ordinanza appena citata – di rivedere la delibazione assunta in fase cautelare, atteso che il ricorso è fondato nei termini che saranno subito precisati.

La ricorrente deduce, con unica articolata censura, la non corretta applicazione dell'art. 97, lett. b), del d. lgs. n. 50/2016, sotto un duplice profilo: sotto un primo profilo, sostiene che la nuova disposizione non prevederebbe un taglio delle ali delle offerte ammesse, da escludere fittiziamente, e che sarebbe prevista solo la riduzione percentuale (del 10 %) della media aritmetica dei ribassi di tutte le offerte ammesse.

Sotto un secondo profilo – valorizzato dal C.G.A. nell'ordinanza n. 88/2017 - assume che l'applicazione del cd. taglio delle ali avrebbe dovuto determinare l'esclusione del 10 % delle offerte di maggior ribasso e del 10 % di quelle di minor ribasso; e non, come concretamente effettuato dal seggio di gara, il 10 % complessivamente inteso.

Il primo profilo non può trovare accoglimento.

Deve premettersi che, negli appalti di lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del miglior prezzo, la congruità delle offerte è valutata ai sensi dell'art. 97, co. 2 del d. lgs. 50/2016, emanato in attuazione della lettera ff), dell'art. 1, co. 1, della legge delega n. 11/2016, secondo cui il Codice avrebbe dovuto indicare le “*modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale, che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento*”

per il calcolo dell'offerta anomala, con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria”.

L'art. 97 citato ha, quindi, introdotto il sorteggio, in sede di gara, di uno dei cinque metodi previsti per l'individuazione della soglia di anomalia, stabilendo, in particolare, ai primi due commi, che:

“1. Gli operatori economici forniscono, su richiesta della stazione appaltante, spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta.

2. Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata, al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, procedendo al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi:

a) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media;

b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, 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;

c) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del 20 per cento;

d) media aritmetica dei ribassi in termini assoluti di tutte le offerte ammesse, decurtata del 20 per cento;

e) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,8; 1; 1,2; 1,4.”

Nel caso di specie, il metodo sorteggiato dal seggio di gara è quello disciplinato dalla lettera b), la cui applicazione è stata resa difficile dalla carenza del testo normativo, il quale non indica a quale valore deve applicarsi la decurtazione del 10 %.

Deve anche precisarsi che su tale delicata questione interpretativa è intervenuta l'ANAC con un comunicato del 5 ottobre 2016, successivo peraltro alla celebrazione della gara, rispetto alla quale il seggio ha ritenuto di applicare il cd. taglio delle ali, del 10 % - calcolato come pari a 2 (arrotondato all'unità superiore) - escludendo fittiziamente un numero complessivo di due offerte e, in particolare, l'offerta di maggior ribasso e l'offerta di minor ribasso.

Nel contestare la concreta applicazione di tale metodo, ad avviso del Collegio la ricorrente non coglie nel segno sostenendo l'inapplicabilità del cd. taglio delle ali.

Invero, la prospettata decurtazione del 10 % dalla media aritmetica delle offerte ammesse non tiene conto del dato normativo su riportato, dal cui esame può desumersi che, laddove il legislatore ha voluto indicare la decurtazione (o l'incremento) del valore percentuale, lo ha fatto espressamente (v. art. 97, lettere c e d).

Deve, inoltre, rilevarsi che, con il citato comunicato del 5 ottobre 2016, il Presidente dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione ha interpretato la citata disposizione nel senso che, ai fini dell'individuazione della grandezza rispetto alla quale va calcolata la percentuale del 10 %, la lacuna deve essere colmata mediante il procedimento analogico, facendo riferimento a quanto disposto, in particolare, nella surriportata lettera a) dell'art. 97.

Ha in tal modo ritenuto, in maniera condivisibile, che la norma deve essere letta come: *“media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, arrotondato all'unità superiore, con esclusione del 10 % rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso”*: ne consegue che la media da utilizzare per il calcolo è, anche in questo caso, la media delle offerte decurtata delle “ali”, come per il metodo a).

Deve anche evidenziarsi che un'indiretta conferma della correttezza di tale soluzione può rinvenirsi nello schema del decreto correttivo al nuovo Codice Appalti, il cui art. 40, nell'apportare talune modifiche all'art. 97 del d. lgs. n. 50/2016, prevede che *“2) alla lettera b), dopo le parole: “del dieci per cento”, sono inserite le seguenti: “rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore”*.

Poste tali premesse, deve allora essere accolto il secondo profilo della censura, con il quale parte ricorrente sostiene che, applicando il cd. taglio delle ali, il seggio di gara avrebbe dovuto escludere il 10 %, rispettivamente, delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso.

Ora, nel caso di specie, come può evincersi dal verbale di gara del 1° agosto 2016, una volta determinato il numero delle offerte da escludere fittiziamente – tramite calcolo del 10 %, pari a 2 – si è proceduto all'esclusione non già di due offerte di maggior ribasso e di due offerte di minor ribasso, bensì all'esclusione fittizia di una sola offerta di maggior ribasso e di una di minor ribasso.

La ricorrente, poi, documenta che, se, invece, il seggio avesse correttamente applicato il metodo, come letto alla luce del complessivo tenore dell'art. 97, la stessa sarebbe risultata aggiudicataria.

Osserva, sul punto, il Collegio che, nonostante la mancanza di un passaggio nel calcolo allegato, il rilievo coglie nel segno.

Invero, rispetto al calcolo prodotto in atti – cui fa riferimento la ricorrente a pag. 12 del ricorso - non si riscontra, una volta determinata la media, l'ulteriore passaggio previsto dal metodo di cui alla lettera b), consistente nella determinazione del decremento/invariabilità della media.

E' previsto, in particolare, che, una volta stabilita la media, la stessa non subisce variazioni se la prima cifra decimale dopo la virgola della somma dei ribassi di tutte le offerte ammesse è pari od uguale a zero; prevedendo, invece, che, se tale cifra decimale è dispari, la stessa media è “ridotta” percentualmente di un valore pari a tale cifra.

Nel caso di specie, poiché la somma dei ribassi di tutte le ditte ammesse è pari a 262,193 – e quindi la cifra dopo la virgola è pari a 1 – la media deve essere decrementata di tale valore

percentuale (1%), pari a 0,180767: in tal modo, la soglia di anomalia risulta essere pari a 17,895933 e, pertanto, la ricorrente risulterebbe in ogni caso aggiudicataria, avendo formulato il ribasso (15,2500) che più si avvicina per difetto alla soglia di anomalia, come correttamente determinata.

Per tutto quanto esposto e rilevato, il ricorso, in quanto fondato, deve essere accolto e, per l'effetto, vanno annullati gli atti impugnati: il Comune intimato, una volta eseguiti i controlli con esito positivo, disporrà l'aggiudicazione in favore della ricorrente.

E. – Tenuto conto della novità della questione, sussistono i presupposti per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Solveig Cogliani, Presidente

Caterina Criscenti, Consigliere

Maria Cappellano, Consigliere, Estensore