

In realtà, a causa di un lapsus di immediata percezione, la pronuncia può apparire incomprensibile, in quanto confonde la "media" (utilizzata per individuare la soglia provvisoria di anomalia) con la "somma" dalla quale ricavare la prima cifra decimale che, se dispari, comporta la modifica della (unica) media.

Per rendere comprensibile la pronuncia, che conserva la sua sostanza di merito, sono state aggiunte le note in calce.

08 marzo 2017, n. 00327/2017

REG.PROV.COLL. N.

00118/2017 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 il Piemonte (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 118 del 2017, proposto da:

Consorzio Stabile Rei Società Consortile a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati ...;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura distrettuale dello Stato ...;

Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per il Piemonte, la Valle d'Aosta e la Liguria, non costituito;

nei confronti di

So.Ge.Ap S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato ...;

per l'annullamento

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva prot. n. 6634 del 19.12.2016, ricevuto per posta in data 29.12.2016, della procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria e di adeguamento dei locali siti al piano terra dello stabile sede della Direzione Regionale delle Entrate di C.so Vinzaglio n 8 - Torino;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, non consegnato in copia e non conosciuto, nonché del verbale di gara rep. n. 5977 del 06.12.2016, nella parte relativa alle operazioni compiute per il calcolo della soglia di anomalia delle offerte ammesse e per il calcolo della

somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi, calcoli previsti dall'art. 97, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016;

- di ogni altro atto e provvedimento, anche sconosciuto o non consegnato in copia, annesso, connesso, presupposto e conseguente; ivi compresa la *lex specialis* di gara, nella parte in cui fossero interpretati nel senso imposto dalla stazione appaltante;

nonché per la declaratoria

di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato, e del diritto del ricorrente al subentro nel rapporto;

nonché per la condanna al risarcimento del danno ingiusto,

in forma specifica o per equivalente, subito dalla ricorrente per effetto degli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di So.Ge.Ap S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2017 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Il consorzio ricorrente ha partecipato alla gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria e di adeguamento locali al pian terreno dello stabile della sede della Direzione regionale delle Entrate, gara bandita ai sensi dell'art. 36 co. 2 lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 e da aggiudicarsi al minor prezzo determinato sul ribasso percentuale dei lavori a base di gara ai sensi dell'art. 97 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016, con esclusione automatica delle offerte anomale.

Nel corso della gara è stato sorteggiato, quale criterio di calcolo della soglia di anomalia, quello di cui all'art. 97 co. 2 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016; nella sua applicazione la stazione appaltante ha proceduto dapprima a calcolare la media dei ribassi con esclusione delle "ali", pari 24,481%; ha quindi individuato la prima cifra dopo la virgola (pari a 4) che, essendo una cifra pari ha lasciando invariato il risultato. La gara è stata aggiudicata alla controinteressata SO.GE.AP. s.r.l. che, con un ribasso del 23,257%, è risultata la miglior offerta non anomala.

Con un unico motivo di ricorso parte ricorrente lamenta che la stazione appaltante avrebbe errato nell'applicare il criterio di cui all'art. 97 co. 2 lett b) d.lgs. n. 50/2016 e che la corretta applicazione del criterio avrebbe comportato l'aggiudicazione della gara in suo favore.

L'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, per il caso di aggiudicazione al prezzo più basso, ed "*al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia*" (soglia al di sopra della quale i concorrenti sono esclusi, determinandosi così l'automatica vittoria del primo concorrente non escluso) ha previsto che detta soglia possa essere calcolata secondo criteri tra loro alternativi, uno dei quali viene sorteggiato nell'ambito della gara.

Nel caso di specie è stato sorteggiato il criterio dettato dall'art. 97 co. 2 lett. b) del d. lgs. n. 50/2016 secondo cui la soglia di anomalia viene determinata nella *“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”*.

La disposizione, **poco lineare**, ha dato luogo a numerosi dubbi interpretativi.

Un problema interpretativo si è posto con riferimento alla prima operazione di media matematica da compiere, ossia quella che la norma definisce *“media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento”*.

La proposizione evoca il cosiddetto e preesistente meccanismo del taglio delle ali, senza tuttavia esattamente descriverlo; letteralmente infatti pare che si dovrebbe procedere dapprima al calcolo di una media aritmetica di *tutte* le offerte ammesse, salvo poi escludere un *“dieci per cento”*, **non è dato capire di cosa** (offerte peggiori, estreme ecc.).

In siffatta incertezza interpretativa i primi commentatori hanno rilevato come la lett. b) si inserisca in un catalogo di ipotesi in cui anche altri casi (lett. a) e lett. e)) rievocano, con maggior precisione, il meccanismo del taglio delle ali.

Si legge infatti nell'*incipit* della lett. a) che deve procedersi al calcolo della *“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”*; identico è l'*incipit* della lett. e). Trattasi in tal caso della compiuta descrizione del cosiddetto meccanismo del taglio delle ali, come già noto alla normativa ed alla prassi.

In siffatto contesto i primi interpreti hanno ritenuto che, salvo il non coordinamento lessicale, anche la lett. b) intendesse evocare il medesimo meccanismo del taglio delle ali; in tal senso si è espressa l'ANAC nel comunicato del 5.10.2016 ed a siffatta interpretazione si è conformata la stazione appaltante, senza che, per questo profilo, vi siano contestazioni delle parti.

Anche il correttivo al codice in corso di approvazione propone di omogeneizzare la prima parte della lett. b) dell'art. 97 co. 2 con le ipotesi di cui alle lett. a) ed e).

Ulteriore profilo problematico, oggetto del presente contenzioso, si riscontra nel prosieguo della disposizione là dove essa prevede la necessità di individuare la prima cifra dopo la virgola della *“somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi”* (la quale - se pari - lascia inalterato il risultato - se dispari - rende necessaria una ulteriore operazione).

In particolare la stazione appaltante ha ritenuto che la media **(1)** da cui desumere la prima cifra dopo la virgola fosse la stessa risultante dall'operazione del taglio delle ali (in tal caso quindi la prima cifra dopo la virgola era il 4 e il dato da utilizzare come soglia di anomalia è stato lasciato invariato); la ricorrente ritiene invece che l'inciso *“della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi”* evochi la necessità del calcolo di una ulteriore e diversa media **(2)** (quella di tutti i ribassi offerti, senza procedere al taglio delle ali) al fine di individuare la prima cifra dopo la virgola di interesse e poi di così valutare se occorre o meno operare sulla media aritmetica ricavata con il taglio delle ali.

Applicando siffatta soluzione la prima cifra dopo la virgola della diversa media **(3)** sarebbe dispari ed occorrerebbe quindi procedere al decremento percentuale della media calcolata con il taglio delle ali; in tal modo la gara sarebbe aggiudicata alla ricorrente.

Tutte le parti hanno tentato di individuare argomenti sistematici a sostegno dell'una o dell'altra tesi.

Sul punto pare al collegio davvero difficile evincere una coerente e complessiva *ratio* normativa che consenta di avvalorare una piuttosto che l'altra tesi interpretativa.

Basti pensare che il mero sorteggio di uno qualunque degli altri criteri di possibile calcolo della soglia di anomalia avrebbe condotto ad esiti della gara anche radicalmente diversi. A mero titolo esemplificativo, applicando il criterio di calcolo di cui alla lett. a) dell'art. 97 la soglia di anomalia sarebbe stata pari al 25,9029%, con vittoria della concorrente ICF, che ha offerto un ribasso del 25,853%; applicando il criterio di calcolo di cui alla lett. c) la soglia di anomalia si sarebbe attestata al 28,884%, con vittoria della concorrente l'Avvenire 1921, che ha offerto un ribasso del 26,883%; applicando il criterio di cui alla lett. d) la soglia di anomalia si abbasserebbe drasticamente al 19,256%, con vittoria della concorrente Picalarga s.r.l. che si colloca, con il 15,607%, addirittura in "un'ala" dei valori di ribasso.

Appare quindi arduo individuare una logica di sistema della disposizione, nel suo confronto con la realtà di una gara, risultando pienamente rispettato il solo criterio dell'imprevedibilità dell'esito, con dubbio sacrificio di ogni altro valore (la soglia di anomalia dovrebbe correlarsi ad una ragionevole affidabilità dell'offerta, garantendo nel contempo all'amministrazione il miglior risultato economico possibile): **la soglia di anomalia non sembra in questo contesto indice di alcun significato economico inerente le offerte**, visto che può spaziare indifferentemente da più del 28% a poco meno del 20%, in un contesto ove i ribassi si sono attestati tra il 15% e il 32%, con l'effetto che quasi tutte o quasi nessuna delle offerte ammesse potrebbero essere qualificate "anomale" nella stessa gara a seconda del criterio sorteggiato.

Fatta questa premessa, non ravvisandosi alcuna logica economica delle operazioni, pur lodevolmente cercata dalle parti negli atti difensivi, si ritiene innanzitutto preferibile, per quanto sempre opinabile, una interpretazione che riduca gli adempimenti dei già farraginosi meccanismi; appare quindi soluzione di inutile aggravio della procedura quella proposta in ricorso che imporrebbe di calcolare due diverse medie **(4)**, di cui, per altro, la seconda al solo fine di verificare se la prima cifra dopo la virgola sia pari o dispari, per eventualmente procedere alla correzione della prima delle medie calcolate. **(5)**

Ancora si osserva come la dizione letterale della disposizione (prima ed a prescindere dalle ortopedie interpretative che hanno indotto a ritenere che essa intenda muovere da una operazione di calcolo della media con taglio delle ali analoga a quella di cui alle lett. a) ed e)) faccia per due volte riferimento alla media aritmetica dei ribassi percentuali di "tutte le offerte (o concorrenti) ammessi" dando l'impressione che il legislatore, pur non avendo chiaro il funzionamento del meccanismo del taglio delle ali o la scelta per questo meccanismo, intendesse comunque impernare tutti i calcoli su un'unica media (sempre denominata di tutte le offerte - o concorrenti - ammessi); risulta in effetti scarsamente giustificabile, in un'ottica di razionalità ed economicità della disposizione, immaginare un doppio calcolo di medie al solo

fine di individuare una cifra dopo la virgola. Ancora nella pur incerta formulazione della disposizione il secondo inciso che evoca tutte le offerte ammesse pare del tutto pleonastico mentre la "prima cifra dopo la virgola" sembra immediatamente connettersi all'unico calcolo di media **(6)** appena descritto.

Si ritiene pertanto che il ricorso non possa trovare accoglimento e l'operato della stazione appaltante debba essere confermato, per nell'incertezza evidente del quadro normativo.

L'opinabilità e novità della questione giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso;
compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Savio Picone, Consigliere

Paola Malanetto, Primo Referendario, Estensore

- (1)** in luogo di «la media» *leggasi* «la somma»;
- (2)** in luogo di «di una ulteriore e diversa media» *leggasi* «di una somma ulteriore e diversa rispetto a quella utilizzata per calcolare la media»;
- (3)** in luogo di «della diversa media» *leggasi* «della diversa somma rispetto a quella utilizzata per calcolare la media»;
- (4)** in luogo di «calcolare due diverse medie» *leggasi* «due diverse somme, una per individuare la media e una per individuare il primo decimale dopo la virgola»;
- (5)** in luogo di «della prima media calcolata» *leggasi* «della media già calcolata»;
- (6)** in luogo di «all'unico calcolo di media» *leggasi* «all'unico calcolo della somma, sia al fine del calcolo della media che al fine di individuare la cifra dopo la virgola».