

Pubblicato il 07/10/2019

N. 00622/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00405/2019 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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 405 del 2019, proposto da

Edil Ma.Vi. Torino S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati ...

contro

Comune di Jesi, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato ...

Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Jesi-Santa Maria Nuova-Monsano, non costituita in giudizio;

nei confronti

Scientia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato ...3C

Aedificatoria Società a.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa concessione di misure cautelari,

della nota prot. 44384 in data 14/08/2019 con cui il Comune di Jesi ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione della "procedura aperta per l'affidamento in appalto dei lavori di ricostruzione della scuola secondaria di I grado Lorenzini - 2° e 3° stralcio"- CIG 79635029BC; della Determinazione Dirigenziale n. 967 in data 14/08/2018 con cui il Dirigente dell'Area Servizi tecnici - Manutenzione Stabili, Politiche Energetiche e Finanziamenti Europei della Città di Jesi

ha approvato il verbale di gara ed ha aggiudicato l'appalto di ricostruzione della scuola Lorenzini alla Società Scientia S.r.l.; del verbale del Seggio di gara in data 01/08/2019; della graduatoria di gara pubblicata sulla piattaforma *e-procurement* per gli Enti della Regione Marche; della nota in data 04/09/2019 con cui il Comune di Jesi, in risposta al preavviso di ricorso trasmesso da Edil Ma.Vi. S.r.l., ha comunicato di ritenere corretto il calcolo della soglia di anomalia effettuato dal Seggio di gara; della nota in data 12/09/2019 con cui il Comune di Jesi ha descritto il procedimento asseritamente utilizzato per calcolare la soglia di anomalia e dello schema di calcolo allegato alla stessa; di tutti i provvedimenti relativi al procedimento di calcolo della soglia di anomalia; di ogni altro atto presupposto, antecedente e conseguente, quali in particolare il Bando, il Disciplinare, il Capitolato Speciale d'Appalto nonché i relativi allegati, i chiarimenti resi dalla Stazione Appaltante e tutta la documentazione di gara ove interpretata in senso difforme da quanto in questa sede argomentato;

e per la declaratoria dell'inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato dal Comune di Jesi con la Scientia S.r.l.; nonché per la declaratoria

dell'illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto in favore della Scientia S.r.l., della graduatoria di gara e del procedimento di calcolo della soglia di anomalia; e per la conseguente condanna delle Amministrazioni resistenti a:

(i) in via principale: annullare l'aggiudicazione definitiva in favore della Scientia S.r.l., annullare tutti i provvedimenti impugnati, dichiarare l'illegittimità del calcolo della soglia di anomalia delle offerte, e, previo riconoscimento della correttezza del calcolo della soglia di anomalia effettuato dalla ricorrente, dichiarare l'esclusione dalla procedura delle offerte delle concorrenti Scientia S.r.l. e 3 C Aedificatoria S.r.l. e dichiarare l'aggiudicazione della procedura in favore di Edil Ma.Vi Torino S.r.l.;

(ii) in via subordinata, annullare l'aggiudicazione definitiva in favore della Scientia S.r.l., annullare tutti i provvedimenti impugnati, dichiarare l'illegittimità del calcolo della soglia di anomalia delle offerte e condannare le Amministrazioni resistenti a ripetere il calcolo della soglia di anomalia, aderendo alle indicazioni fornite dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, dalla giurisprudenza amministrativa, dall'A.N.C.E. e tenendo in considerazione quanto argomentato nel presente ricorso;

con espressa riserva di domandare il risarcimento dei danni tutti patiti e patienti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 ottobre 2019 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ditta ricorrente contesta l'esito di una procedura ad evidenza pubblica bandita dalla Centrale Unica di Committenza costituita fra i Comuni di Jesi Monsano e Santa Maria Nuova per l'affidamento dell'appalto relativo ai lavori di ricostruzione della scuola secondaria di I grado "Lorenzini" di Jesi (2° e 3° stralcio).

L'appalto, avente un valore presunto di € 4.735.450,21 IVA esclusa, era da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso. Alla gara hanno preso parte 105 ditte e all'esito delle operazioni che la commissione di gara ha svolto in applicazione dell'art. 97, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016, come novellato dall'art. 1, comma 20, lett. u), n. 1), D.L. n. 32/2019, convertito in L. n. 55/2019, è risultata aggiudicataria la controinteressata Scientia S.r.l., che ha praticato un ribasso del 26,959% sul prezzo a base d'asta.

2. Edil Ma.Vi., che ha praticato un ribasso del 26,733%, contesta l'aggiudicazione, sostenendo che la commissione di gara ha erroneamente determinato la soglia di anomalia e che la corretta applicazione dell'art. 97, comma 2, avrebbe determinato l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore. Infatti, poiché la corretta interpretazione dell'art. 97 determina che la soglia di anomalia nella specie sia pari al 26,756%, l'offerta di essa ricorrente risulta la più vicina, per difetto, a tale soglia, e va dunque individuata come aggiudicataria.

3. Questa nel dettaglio la tesi di parte ricorrente, la quale è stata altresì suffragata da una perizia a firma dell'ing. Milone:

- l'art. 97, come è noto, è stato notevolmente modificato dal D.L. n. 32/2019. In particolare, il legislatore del 2019 ha introdotto un nuovo meccanismo finalizzato ad impedire che i concorrenti possano *ex ante* calcolare la soglia di anomalia. Tale meccanismo consta di alcuni passaggi che, per quanto di interesse nel presente giudizio, sono descritti all'art. 97, comma 2, lett. a), b), c) e d) del D.Lgs. n. 50/2016;
- nel caso di specie, la commissione di gara ha correttamente applicato la norma fino al passaggio di cui alla lett. c), mentre, nello svolgere il passaggio finale (e determinante) di cui alla lett. d), ha introdotto un'operazione aritmetica ulteriore e non prevista dalla norma, il che ha falsato il risultato finale;
- infatti, prosegue la ricorrente, la corretta applicazione della disposizione di cui alla lett. d) presuppone che il valore percentuale ottenuto eseguendo il calcolo ivi indicato (che consiste nel moltiplicare il prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lett. a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lett. b) sia semplicemente

sottratto dalla "prima soglia di anomalia" calcolata secondo quanto prevede la lett. c). La commissione ha invece effettuato un ulteriore passaggio, dapprima moltiplicando la "prima soglia di anomalia" per il valore percentuale ottenuto effettuando la moltiplicazione prevista dalla lett. d), sottraendo poi il valore così ottenuto (0,11%) dalla prima soglia di anomalia;

- che l'operato della commissione sia illegittimo è confermato dal parere che il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha reso su richiesta dalla Regione Toscana (doc. allegato n. 21 al ricorso), nonché da recenti decisioni del giudice amministrativo di primo grado (ordinanze del TAR Milano n. 937/2019 e del TAR Catanzaro n. 363/2019 e sentenza del TAR Catania n. 2191/2019), nelle quali si afferma che il "decremento" di cui parla la lett. d) dell'art. 97, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, consiste nella semplice sottrazione dalla "prima soglia di anomalia" del valore percentuale ottenuto eseguendo la moltiplicazione indicata dalla norma.

4. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Jesi e la controinteressata Scientia S.r.l., chiedendo il rigetto del ricorso. La contro interessata ha altresì formulato un'istanza di integrazione del contraddittorio nei confronti della Regione Marche, visto che la stazione appaltante, per l'espletamento della presente gara, ha utilizzato la piattaforma telematica implementata dalla stessa Regione.

5. Alla camera di consiglio del 2 ottobre 2019, fissata per la trattazione collegiale della domanda cautelare, il Collegio ha dato avviso alle parti della possibilità di definire il giudizio già in questa sede (visto che nella presente causa vengono in rilievo unicamente questioni di diritto e che non sussistono dunque esigenze istruttorie), non riscontrando opposizioni o riserve di sorta.

6. Il ricorso va respinto, il che esonera il Collegio dall'esame della predetta istanza di Scientia S.r.l. (l'istanza sarebbe comunque da disattendere, perché nella specie la Regione non ha esercitato alcun potere di supremazia gerarchica sulla stazione appaltante odierna intimata, a cui ha solo concesso l'utilizzo di uno strumento tecnico di sua proprietà, mentre la responsabilità per la conduzione della procedura è in capo esclusivamente alla C.U.C. costituita fra i Comuni di Jesi, Monsano e Santa Maria Nuova).

7. In effetti, da una esegesi della lett. d) del comma 2 del novellato art. 97 Codice appalti che tenga debitamente conto delle nozioni e dei concetti propri della matematica, si desume che:

- "decrementare" un numero di un "valore percentuale" significa calcolare il valore assoluto a cui corrisponde quella determinata percentuale e sottrarre tale valore al numero di partenza (ad esempio, decrementare 100 del "valore percentuale" 20% significa calcolare a quanto corrisponde il 20% di 100 e poi sottrarre tale numero a 100);

- la “prima soglia di anomalia” che viene calcolata ai sensi della lett. c), seppure graficamente espressa come se fosse una percentuale (il che si giustifica per il fatto che essa è la media di ribassi percentuali sui prezzi a base di gara incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi ed è dunque graficamente connotata dal simbolo “%”) in questo senso va intesa come un numero assoluto, rispetto al quale va operato il “decremento”;
- nella specie, per decrementare la “prima soglia di anomalia” calcolata dalla commissione di gara del “valore percentuale” ottenuto con le modalità di calcolo di cui alla lett. d) occorreva calcolare lo 0,405% di 27,161 e sottrarre il valore così ottenuto da tale valore-soglia. E poiché lo 0,405% di 27,161 è pari a 0,11, la soglia di anomalia finale è pari a 27,051 (ossia 27,161-0,11).

Laddove il legislatore avesse inteso effettivamente disporre quanto sostiene la ricorrente, allora avrebbe dovuto utilizzare un lessico più consono e inequivoco.

8. In relazione alle prime decisioni che il giudice amministrativo ha adottato *in subiecta materia* (si tratta, come detto, della sentenza “breve” del TAR Catania n. 2191/2019 e delle ordinanze cautelari del TAR Milano n. 937/2019 e del TAR Catanzaro n. 363/2019) e agli atti che il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e l’ANAC hanno a loro volta adottato sull’argomento, si deve osservare come si sia creato un singolare ed autoreferenziale percorso argomentativo, atteso che:

- con il predetto parere reso alla Regione Toscana il Ministero ha ritenuto che la let. d) del novellato art. 97 vada applicata secondo quanto sostiene nel presente giudizio Edil Ma.Vi. Successivamente, un organismo periferico del M.I.T. ha adottato analoghe istruzioni operative finalizzate a dirimere un dubbio interpretativo emerso in occasione di una specifica gara svolta nella Regione Sicilia (doc. allegato n. 20 al ricorso);
- con delibera n. 715 del 23 luglio 2019 l’ANAC, chiamata ad esprimere un parere di precontenzioso nell’ambito di una procedura ad evidenza pubblica in cui veniva in rilievo la medesima questione qui controversa, ha così testualmente statuito *“Si ritiene, tenuto conto della lettera della disposizione, che il decremento della soglia di cui alla lettera c) non sia percentuale e che l’interpretazione corretta sia quella sostenuta dalla stazione appaltante...”*. Nel prosieguo l’Autorità richiama anch’essa il citato parere del M.I.T.;
- anche nelle richiamate decisioni del giudice amministrativo di cui si ha ad oggi contezza viene semplicemente richiamato il parere del M.I.T., quasi che lo stesso assuma valore normativo. Sottolineato che non è questa la sede idonea per dare conto della ormai più che centenaria giurisprudenza formatasi in tema di valenza giuridica delle circolari amministrative e che, ad ogni buon conto, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

non può comunque “legiferare” in tema di appalti di servizi e di forniture, è sicuramente da sottolineare come anche l’ANAC si sia limitata a richiamare l’avviso del Ministero, dando peraltro per scontato che la formulazione della norma fosse nel senso che il decremento da apportare alla soglia di cui alla lett. c) non sia percentuale;

- al contrario, la formulazione letterale della lett. d) depone proprio in senso opposto, per cui sarebbe stato necessario che l’Autorità desse adeguatamente conto delle ragioni per le quali la norma andrebbe interpretata in senso apparentemente dissonante dal suo tenore letterale. Ma in realtà, ed in assenza di una modifica normativa o dell’adozione di una disposizione di interpretazione autentica, non vi sono ragioni che giustifichino le tesi sinora affermatesi in giurisprudenza, visto che l’obiettivo del legislatore (ossia evitare che i concorrenti possano conoscere *ex ante* quale sarà la soglia di anomalia) è perseguibile anche utilizzando la formula che nella specie ha applicato la stazione appaltante, la quale risulta certamente più adeguata al tenore letterale della norma di riferimento.

9. Quanto poi al confronto fra la disposizione previgente e l’attuale formulazione dell’art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016 (pagg 11 e 12 del ricorso), si osserva che, a ben vedere, non vi è sostanziale differenza fra le due disposizioni, visto che il previgente art. 97, comma 2, lett. b), prevedeva che la media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse fosse “...decrementata percentualmente di un valore pari a...”, mentre l’attuale disposizione, come detto, stabilisce che la “prima soglia di anomalia” sia “...decrementata di un valore percentuale pari al...”.

10. Per tutto quanto precede, il ricorso va respinto.

Le spese del giudizio si possono però compensare, sia in ragione dell’esistenza di pronunce giurisdizionali di segno opposto, sia alla luce della indubitabile novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 2 ottobre 2019 con l’intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

Giovanni Ruiu, Consigliere