

Pubblicato il 22/11/2019

N. 01007/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00766/2019 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 la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 766 del 2019, proposto da Co.Ba. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Galante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico *ex lege* presso la Segreteria della Sezione in Brescia, Via Zima n. 3;

contro

Comune di Brescia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesca Moniga, Andrea Orlandi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso la sede dell'Avvocatura civica in Brescia, Corsetto Sant'Agata, 11/B;

nei confronti

Gruppo Sapa S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lucio Perone, Crescenzo Giuseppe

Rinaldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico *ex lege* presso la Segreteria della Sezione in Brescia, Via Zima n. 3;

per l'annullamento

- DEL PROVVEDIMENTO IN DATA 23/9/2019, RECANTE L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DELLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI REALIZZAZIONE DI NUOVI SPAZI PER SERVIZI (PENSILINA) E SPAZI ESTERNI IN VIA MILANO;

nei limiti dell'interesse

- DEL VERBALE DEL 19/7/2019, CON IL QUALE LA STAZIONE APPALTANTE HA DEERMINATO LA SOGLIA DI ANOMALIA;

- DELLA NOTA 4/7/2019 RECANTE L'INTERPRETAZIONE DELL'ART. 97 COMMA 2 DEL CODICE DEI CONTRATTI;

- DI OGNI ATTO PRESUPPOSTO, CONNESSO E CONSEGUENTE, ANCHE SCONOSCIUTO, NELLA MISURA IN CUI RISULTA LESIVO.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Brescia e di Gruppo Sapa S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2019 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Evidenziato:

- che, alla luce dell'opposizione della controinteressata all'istanza di rinvio formulata dalla parte ricorrente (e della mancata adesione dell'amministrazione all'istanza predetta), il Collegio ritiene opportuno

trattenere la causa in decisione per emettere una sentenza in forma semplificata (tenuto conto della recente sentenza breve di questa Sezione 8/11/2019 n. 968, che ha affrontato un caso analogo a quello odierno);

- che si controverte della gara indetta dal Comune di Brescia per l'affidamento dei lavori di riqualificazione dell'area di Via Milano 140 (intervento di recupero con importo a base d'appalto di 474.373,11 €);

- che, ai fini della determinazione della soglia di anomalia, la *lex specialis* ha richiamato il metodo di cui all'art. 97 comma 2 del D. Lgs. 50/2016, nella versione da ultimo introdotta a mezzo dell'art. 1 comma 20 lett. u) del D.L. 18/4/2019 n. 32, convertito con modificazioni dalla L. 14/6/2019 n. 55;

- che, nell'*iter* delineato dal legislatore e articolato in quattro fasi, rilevano le operazioni descritte alla lettera d) per cui *“la soglia calcolata alla lettera c) è decrementata 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)”*;

- che il Comune ha determinato il valore di decremento da applicare alla “prima soglia” di anomalia;

Rilevato:

- che il punto controverso investe la natura del predetto valore da portare in diminuzione, dovendosi chiarire se si tratti di una “percentuale” oppure di un “valore assoluto”, soluzioni tra loro alternative e suscettibili di determinare un differente *quantum* di riduzione della cifra di partenza (la cd. *“prima soglia”*);

- che, recentemente, la giurisprudenza è pervenuta a soluzioni contrapposte;

- che, secondo il T.A.R. Sicilia Catania, sez. I – 16/9/2019 n. 2191 <<*la lettera della norma in questione induce a ritenere che l'operazione matematica di “decremento” di cui all'art.97, co.2, lett. d) cit., indica una sottrazione tra i due valori come sopra individuati, mentre l'espressione “valore percentuale” fa riferimento alla grandezza numerica oggetto della sottrazione (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, ord. n.*

937 del 25 luglio 2019)>>;

- che detta impostazione è stata condivisa dal MIT e dall'ANAC, nelle risoluzioni evocate da entrambe le parti del giudizio;
- che il T.A.R. Marche – 7/10/2019 n. 722 si è espresso in senso contrario, per cui “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 ...”*, e <<*“dal confronto fra la disposizione previgente e l'attuale formulazione dell'art. 97 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...”*>>;

Considerato:

- che l'espressione introdotta dal legislatore non risulta facilmente intellegibile;
- che, tuttavia, un'attenta analisi del dato letterale induce ad aderire alla prima linea interpretativa enunciata (avallata dai pareri resi dal Ministero e da ANAC);
- che, anzitutto, la locuzione “decremento” di per sé è neutrale rispetto alla qualificazione del valore da portare in diminuzione;
- che la soluzione è fornita dalla struttura della disposizione, la quale nella sua seconda parte descrive l'operazione preliminare da compiere, per cui il *“prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi”* è applicato come percentuale allo *“scarto medio aritmetico di cui alla lettera b”*;
- che, al termine del passaggio, la cifra così calcolata deve essere sottratta alla cd. “prima soglia”, e viene in rilievo come grandezza assoluta, dal momento che la norma non specifica che l'operazione contempla nuovamente (e, dunque, una seconda volta) l'applicazione di un dato in

percentuale;

- che il nuovo testo si disallinea dal previgente art. 97 comma 2 lett. b), il quale associava il decremento a una percentuale, previa determinazione di un determinato valore;

Dato atto:

- che la nota del RUP del 4/7/2019 (cfr. doc. 3 Comune), anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, si è risolta in un semplice chiarimento sulla modalità di calcolo della soglia di anomalia, avulso dalla *lex specialis* di gara (silente sul punto);

- che, in ogni caso, un provvedimento amministrativo non può cristallizzare l'interpretazione di una norma giuridica, sulla quale è chiamato ad esprimersi il giudice con il conforto dei principi generali del diritto (dato testuale e coerenza logica della ricostruzione);

Ritenuto:

- che, in conclusione, il gravame è fondato e merita accoglimento;

- che le spese di lite possono trovare compensazione, alla luce dei contrasti giurisprudenziali evocati;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando accoglie il ricorso in epigrafe, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

La presente sentenza è depositata in forma telematica, e la Segreteria del Tribunale provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Tenca

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO