

Pubblicato il 29/01/2020

N. 00082/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00523/2019 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 523 del 2019, proposto da Paolo Beltrami Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Elena Pontiroli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Ancona, non costituita in giudizio;

Comune di Castelfidardo, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabrizio Colagiacomì, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Co.Ed. s.r.l. Consulenza Edile Prefabbricati in c.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Senatore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Elettrica Sistem s.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensiva:

- della determina T n. 03/413 del 30 ottobre 2019, con la quale il Responsabile del Settore Lavori Pubblici – Servizi Tecnici del Comune di Castelfidardo ha preso atto dell'aggiudicazione definitiva non efficace della procedura di appalto per l'affidamento dei lavori di costruzione di una nuova scuola media;

- del verbale di gara della procedura aperta per l'affidamento dei lavori di costruzione della nuova scuola media sita in Castelfidardo, via Meucci – I lotto, redatto dall'organo di gara della SUA Provincia di Ancona nella parte in cui identifica la soglia di anomalia nel 26,359%, conseguentemente determinando l'esclusione della ricorrente dalla gara ed identificando quale migliore offerta quella del RTI tra CO.ED. S.r.l. e Elettrica Sistem S.r.l.;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale;

e per la reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione della gara in favore di Paolo Beltrami Costruzioni s.p.a., se del caso, previa declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto medio tempore stipulato tra il Comune di Castelfidardo (ovvero la Stazione Unica Appaltante Provincia di Ancona) e l'ATI formata da CO.ED. Consulenza Edile Prefabbricati in c.a. s.r.l. ed

Elettrica Sistem s.r.l. per il conseguente subentro della ricorrente nell'esecuzione dell'appalto;

ovvero, in subordine, per l'accertamento e la declaratoria di illegittimità dei provvedimenti impugnati e per la condanna della Stazione Unica Appaltante Provincia di Ancona e del Comune di Castelfidardo al risarcimento per equivalente del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa che ha condotto all'illegittima aggiudicazione dell'appalto in favore del costituendo RTI tra CO.ED. Consulenza Edile Prefabbricati in c.a. s.r.l. ed Elettrica Sistem s.r.l. e alla

conseguente mancata aggiudicazione della gara in favore della ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castelfidardo e di Co.Ed. s.r.l. Consulenza Edile Prefabbricati in c.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2020 la dott.ssa Simona De Mattia 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 società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta indetta dalla Provincia di Ancona, nella propria veste di Stazione Unica Appaltante (SUA), a ciò delegata dal Comune di Castelfidardo per la realizzazione di una nuova scuola media nel proprio territorio. Il criterio di aggiudicazione prescelto è quello del prezzo più basso e l'importo a base di gara è pari a € 3.930.000,00. La procedura si è svolta tramite la piattaforma telematica della Provincia di Ancona e hanno presentato l'offerta quarantasei operatori economici, tra cui, appunto, la ricorrente e l'ATI controinteressata.

All'esito della verifica di anomalia svolta in applicazione dell'art. 97, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, come novellato dall'art. 1, comma 20, lett. u), n. 1), del D.L. n. 32 del 2019, convertito in legge n. 5 del 2019, la Beltrami Costruzioni, che aveva offerto un ribasso del 26,491%, è stata esclusa dalla procedura, mentre è stata giudicata quale migliore offerta quella presentata dalla concorrente CO.ED. s.r.l., in ATI con Elettrica Sistem s.r.l., il cui ribasso offerto era del 26,225%.

1.2. La ricorrente sostiene che l'algoritmo applicato dalla piattaforma telematica utilizzata per gestire la procedura di gara e volto a calcolare la

soglia di anomalia e a identificare l'impresa aggiudicataria non sarebbe conforme alle previsioni dell'art. 97, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016. In particolare, la Provincia di Ancona, anziché decrementare la soglia di anomalia del valore percentuale ottenuto applicando lo scarto medio, avrebbe semplicemente sottratto lo scarto medio (in valore assoluto) alla "prima soglia di anomalia". Qualora, invece, fosse stato utilizzato un algoritmo conforme al dettato normativo, la soglia di anomalia finale sarebbe stata fissata a 26,503 e la gara le sarebbe stata aggiudicata, avendo essa presentato il ribasso più vicino, per difetto, alla soglia correttamente calcolata.

1.3. Di qui il presente ricorso, affidato ad un unico motivo: violazione e falsa applicazione dell'art. 97, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016. Assume, in sintesi, la ricorrente che la Provincia di Ancona, ai fini del calcolo della soglia di anomalia, pur avendo pedissequamente seguito il dettato normativo per quanto concerne le operazioni matematiche previste dalle lettere a), b) e c) dell'anzidetta disposizione, se ne sarebbe, invece, discostata per quanto concerne la lettera d). Ciò emergerebbe dalla semplice lettura del verbale di gara del 21 ottobre 2019, da cui sarebbe possibile verificare *“che la Provincia di Ancona ha correttamente calcolato la media aritmetica dei ribassi (lett. a) che è risultata 25,470%; ha correttamente calcolato lo scarto medio (lett. b) che è risultato 1,085%; ha certamente correttamente sommato lo scarto medio aritmetico alla media aritmetica (lett. c), $25,47+1,085=26,555$ (lo deduciamo dal fatto che anche l'operazione successiva è corretta); ha altresì calcolato correttamente il prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi applicata allo scarto medio: infatti, essendo la somma dei ribassi 916,92, la Provincia di Ancona ha preso le prime due cifre dopo la virgola, ovvero 9 e 2, le ha moltiplicate tra loro ottenendo 18 ed ha applicato lo scarto medio (in altre parole ha calcolato l'1,085% di 18 ottenendo 0,195% come decremento della soglia. Tuttavia, per rispettare il dettato della lett. d) dell'art. 97, comma 2 citato, avrebbe dovuto calcolare lo 0,195% di 26,555, pari a 0,052 (infatti*

26,555:100×0,195=0,052) e poi sottrarre da 26,555 proprio 0,052, ottenendo la soglia di anomalia finale che pertanto è $26,555-0,052=26,503$. Al contrario, la Provincia di Ancona si è limitata a sottrarre 0,195 dalla “prima soglia di anomalia”, ottenendo $26,555-0,195=26,359$ ” (cfr., testualmente, ricorso pagine 5 e 6). Tale *modus operandi* si porrebbe in contrasto con il disposto dell’art. 97, comma 2, lettera d), del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo l’interpretazione offerta da questo Tribunale con la pronuncia n. 622 del 7 ottobre 2019, citata dalla ricorrente a sostegno dei propri assunti.

In particolare, la tesi che questo TAR ha sostenuto nella sentenza appena menzionata è quella secondo cui “da una esegesi della let. 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 let. 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 let. 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 $27,161-0,11$)”.

1.4. Il Comune di Castelfidardo e la società CO.ED. s.r.l. Consulenza Edile Prefabbricati in c.a., costituitisi in giudizio, assumono la correttezza

dell'operato della Commissione di gara, sostenendo che esso sarebbe in linea con la diversa (e opposta) interpretazione del menzionato art. 97, comma 2, lettera d), sposata in altre pronunce (T.A.R. Lombardia Brescia, sentenze n. 968 dell'8 novembre 2019 e n. 1007 del 22 novembre 2019; T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, sentenza n. 2119 del 16 settembre 2019; T.A.R. Calabria Catanzaro, ordinanza n. 363 del 16 settembre 2019; T.A.R. Lombardia Milano, ordinanza n. 937 del 25 luglio 2019) e conforme, peraltro, alle indicazioni contenute nella circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT) del 24 ottobre 2019 e nelle delibere ANAC n. 715 del 23 luglio 2019 e n. 892 del 2 ottobre 2019. In base a tale differente esegesi della norma, l'operazione matematica di "decremento" di cui all'art. 97, comma 2, lett. d) citato, indicherebbe una sottrazione tra i due valori individuati, mentre l'espressione "valore percentuale" farebbe riferimento alla grandezza numerica oggetto della sottrazione. In altri termini, poiché secondo la disposizione in esame 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*", la cifra così calcolata andrebbe sottratta alla cosiddetta "prima soglia" e verrebbe in rilievo come grandezza assoluta, anche perché la norma non specificherebbe che l'operazione contempla l'applicazione, per una seconda volta, di un dato in percentuale.

1.5. All'udienza camerale del 18 dicembre 2019 è stato disposto il differimento della trattazione della domanda cautelare alla camera di consiglio dell'8 gennaio 2020, in attesa di conoscere l'esito degli appelli proposti avverso le sentenze n. 622 del 2019 di questo TAR e n. 1007 del 2019 del TAR per la Lombardia, sezione staccata di Brescia.

1.6. Nelle more, la quinta sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata con le ordinanze n. 6345 del 20 dicembre 2019 (resa nell'ambito del ricorso avverso la sentenza n. 622 del 2019) e n. 6294 del 19 dicembre 2019 (resa, da un Collegio diverso, nell'ambito del ricorso avverso la sentenza n. 1007

del 2019), con le quali, entrambi gli appelli cautelari sono stati accolti.

1.7. Alla camera di consiglio dell'8 gennaio 2020, previo avviso alle parti sulla possibilità di definire il giudizio ex art. 60 c.p.a., la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Sussistono i presupposti di cui all'art. 60 c.p.a. per la definizione della controversia con sentenza in forma semplificata, trattandosi di risolvere un'unica questione di diritto, peraltro già affrontata dal Tribunale nella sentenza n. 622 del 2019 citata; inoltre, le parti non hanno manifestato opposizioni al riguardo.

3. Il Collegio, rilevato che permane incertezza nel quadro giurisprudenziale venutosi a formare in *subiecta materia*, non essendo tuttora risolto il contrasto tra le due diverse soluzioni interpretative offerte dalle pronunce innanzi citate in merito alla corretta esegesi del novellato art. 97, comma 2, lettera d), del d.lgs. n. 50 del 2016, non ravvisa motivi per discostarsi dalla posizione già assunta da questo Tribunale nella sentenza n. 622 del 2019 - nonostante il pronunciamento di segno contrario contenuto nell'ordinanza del Consiglio di Stato n. 6345 del 2019 - e ciò per le considerazioni che si vanno ad esporre.

3.1. L'art. 97, comma 2, lettera d), del d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che *“la soglia calcolata al punto c) viene 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)”*.

Ebbene, sotto un primo profilo, strettamente matematico, si rileva che l'anzidetta ordinanza n. 6345 del 2019 fa riferimento a una formula $[SA = MAR + SMA (1 - PR)]$ che, applicata al caso in esame, darebbe un valore di SA (Soglia - finale - di Anomalia) pari a 7,025% $[(25,470+1,085(1-18)]$, diverso sia da quello ottenuto dall'Amministrazione (26,359%), sia da quello invocato dalla ricorrente (26,503%). La formula corretta avrebbe semmai dovuto essere $SA = (MAR+SMA)-(SMA*PR/100)$ da cui si ottiene,

appunto, il valore di 26,3597 $[(25,47+1,085)-(1,085*18/100)]$, basato sull'interpretazione che il “prodotto delle prime due cifre dopo la virgola...” (18) costituisce il “valore percentuale” (18%) che va “applicato allo scarto medio aritmetico...” (1,085) e la cui risultanza (0,1953) “viene decrementata” (cioè sottratta) dalla “soglia calcolata alla lettera c)” (26,555).

3.2. Sotto altro profilo, stante l'evidente dubbio interpretativo generato dalla formulazione sicuramente non chiara della norma, questo giudice ritiene che debba prevalere il significato strettamente letterale della stessa (che appare anche il più lineare); ciò al fine di tutelare l'esigenza di certezza delle regole di gara, che rischierebbero di essere indebitamente integrate per effetto di un procedimento ermeneutico della disposizione che attribuisca alla stessa significati non chiaramente rintracciabili nella sua espressione testuale.

Come, peraltro, già evidenziato dal Tribunale nella sentenza n. 622 del 2019, la formulazione letterale dell'art. 97, comma 2, lettera d), del d.lgs. n. 50 del 2016 depone nel senso che il decremento della soglia di cui alla lettera c) sia un valore percentuale; la disposizione richiede infatti di “decrementare” il valore di partenza di un “valore percentuale pari a...”, il che significa, con riferimento alla gara in esame e alla specifica posizione della ricorrente, che la stazione appaltante avrebbe dovuto calcolare lo 0,195% di 26,555 (soglia di cui alla lettera c), pari a 0,052 (valore percentuale così ottenuto) e poi sottrarre da 26,555 proprio 0,052.

Pertanto, in assenza di una modifica normativa o dell'adozione di una disposizione di interpretazione autentica, non vi sono ragioni che giustificano le tesi contrarie sinora affermatesi in giurisprudenza; né l'interpretazione della norma può essere condizionata dalla circolare del MIT del 24 ottobre 2019 (peraltro successiva alle operazioni di gara di cui al verbale del 21 ottobre 2019), che, come è noto, non può assumere un valore normativo (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato sez. VI, 2 marzo 2017, n. 986).

Peraltro, la *ratio legis* sottesa, che è quella di evitare che i concorrenti possano conoscere *ex ante* quale sarà la soglia di anomalia, non è affatto frustrata dall'utilizzo della formula invocata dalla ricorrente, che, oltre a soddisfare l'obiettivo perseguito dal legislatore, è anche rispettosa del dato letterale della norma di riferimento.

4. Per le suesposte ragioni, il ricorso è fondato e va accolto; gli atti impugnati vanno quindi annullati, con conseguente riammissione in gara della ricorrente, ai fini di una rivalutazione da parte dell'Amministrazione. Va altresì dichiarata l'inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato.

5. Sussistono i presupposti per disporre la compensazione delle spese del giudizio tra le parti, in ragione del contrasto giurisprudenziale esistente in materia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi precisati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitano, Consigliere

Simona De Mattia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Simona De Mattia

IL PRESIDENTE
Gianluca Morri

IL SEGRETARIO