

Pubblicato il 09/03/2020

N. 00610/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00215/2020 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 staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 215 del 2020, proposto da

Eredi Geraci Salvatore S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandro Arcifa in Catania, via Gabriele D'Annunzio n. 111;

contro

Città Metropolitana di Messina, non costituita in giudizio;

nei confronti

Alkantara Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro De Luca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in

Catania, viale A. De Gasperi 93;

per l'annullamento

- 1) della determinazione dirigenziale n.1394 del 23.12.2019 della Città Metropolitana di Messina di approvazione dei verbali redatti in data 9 e 16 dicembre 2019 comprendenti gli allegati A, B e C, relativi alla gara avente ad oggetto «lavori di manutenzione straordinaria per migliorare i livelli di sicurezza lungo le SS.PP. del Primo Ufficio Viabilità (dai Villaggi Sud del Comune di Messina al Comune di Mandanici)» e di aggiudicazione alla controinteressata Alkantara Costruzioni srl;
- 2) del verbale di riapertura della gara del 16.12.2019 con il quale è stata proposta la aggiudicazione della gara in favore della odierna controinteressata riformando la precedente proposta di aggiudicazione in favore della Eredi Geraci Salvatore srl a seguito di un asserito “utilizzo di un programma informatico non autorizzato”;
- 3) nonché degli atti tutti presupposti, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Alkantara Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2020 la dott.ssa Giuseppina Alessandra Sidoti 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. Parte ricorrente ha esposto di avere partecipato alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, indetta dalla Città Metropolitana

di Messina ai sensi dell'art. 36, co. 9-bis e dell'art. 63, c.2, del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. per l'affidamento *“dei lavori di manutenzione straordinaria per migliorare i livelli di sicurezza lungo le SS.PP. del Primo Ufficio Viabilità (dai Villaggi Sud del Comune di Messina al Comune di Mandanici)”* per l'importo complessivo di € 745.850,47. La lettera di invito (inviata a 14 operatori economici) prevedeva, quale criterio di aggiudicazione, all'art. 19 che *“la aggiudicazione avverrà secondo il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 36 c.9 bis) del. d.lgs. 50/2016 e ssmmi, determinato mediante offerta di ribasso espressa in cifre percentuali di ribasso con 4 (quattro) cifre decimali, sull'importo complessivo dei lavori a base di gara, al netto degli oneri per la sicurezza. Si procede alla determinazione della soglia di anomalia mediante ricorso all'art. 97, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016 e s.s.mm.ii., solamente in presenza di almeno 5 (cinque) offerte ammesse. Si procede alla esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia. ... L'esclusione automatica dalla gara delle offerte non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a 10 (dieci)”*.

La ricorrente ha rappresentato che la gara si celebrava in data 9 dicembre 2019; a seguito della apertura della documentazione, venivano ammesse tutte le n. 11 imprese che avevano risposto all'invito e nel verbale si precisava che *“essendo le offerte ammesse inferiore a n. 15, per il calcolo delle soglie di anomalia, si applica l'art. 97, comma 2 bis) d.lgs. n. 50/2016 ssmmi”*; pertanto, il seggio di gara procedeva, ai sensi della suddetta norma, al *“a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato alla unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso”*; essendo n. 11 le offerte presentate, la Commissione procedeva preliminarmente al c.d. taglio delle ali (con esclusione del 10 per cento, arrotondato alla unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso) delle due (1,1 veniva arrotondato a 2) offerte di maggior ribasso e delle due offerte

di minor ribasso. In particolare, la Commissione escludeva quali offerte di maggior ribasso la Chiofalo Group srl e la Alkantara Costruzioni srl, che avevano offerto il ribasso rispettivamente del 32,81360 % e del 33,18090%; e quali offerte di minor ribasso la Lutiviem srl (16,19420%) e la AN.CO. srl (24,87650%). A seguito delle successive operazioni previste alle lett. c), d), ed e) dell'art. 97, comma 2 bis, d.lgs. n. 50/2016, il seggio di gara disponeva la proposta di aggiudicazione in favore della Eredi Geraci Salvatore srl, che aveva offerto il ribasso del 31,08430% e che più si avvicinava alla soglia di anomalia del 34,72800%. In data 16 dicembre 2019, tuttavia, senza alcun preavviso, il seggio di gara si riconvocava e, assumendo che *“la proposta di aggiudicazione, a causa dell'utilizzo di un programma informatico non verificato, è stata erroneamente attribuita alla ditta Eredi Geraci Salvatore srl”*, provvedeva a riaprire il verbale del 9 dicembre 2019 e proponeva l'aggiudicazione della gara in favore della Alkantara Costruzioni srl. In realtà, l'asserito errore (*“utilizzo di un programma informatico non verificato”*) e la ragione invece della nuova aggiudicazione in favore della controinteressata, come risulterebbe dal raffronto tra il verbale del 9 dicembre 2019 e quello del 16 dicembre 2019 e del relativo allegato C, consisterebbe esclusivamente nel tipo di *“taglio delle ali”* effettuato dal seggio di gara. E invero, mentre con il verbale del 9 dicembre 2019 di aggiudicazione in favore della ricorrente il *“taglio delle ali”* sarebbe avvenuto in maniera c.d. reale (sicché la controinteressata che aveva offerto il ribasso più alto dell'ala di maggior ribasso era stata esclusa), con il verbale di riapertura il *“taglio”* sarebbe stato effettuato in maniera fittizia.

Parte ricorrente ha, quindi, impugnato la determinazione di aggiudicazione alla controinteressata e gli altri atti indicati in epigrafe, deducendo quale unico motivo la *“Violazione e falsa applicazione dell'art. 97, comma 2 bis, lett. A) del d.lgs. 18.4.2016 n. 50”*.

Si duole parte ricorrente, in particolare, della circostanza che il “taglio” delle ali di maggior ribasso e di minor ribasso avrebbe dovuto essere realmente e non fittiziamente applicato, così come avvenuto con il primo verbale del 9 dicembre 2019; tale soluzione sarebbe avvalorata dalla recente giurisprudenza in materia (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 27 dicembre 2019, n. 2979).

2. Si è costituita la controinteressata per resistere al giudizio, la quale ha sostenuto che la sua offerta si colloca al di sotto della soglia di anomalia, per cui non avrebbe senso l'esclusione della stessa dalla gara; l'esclusione del 10 per cento sarebbe finalizzata solo alla determinazione della congruità delle offerte e quindi si tratterebbe di esclusione provvisoria solo ai fini del calcolo della soglia; le cause di esclusione, del resto, sono quelle tassativamente indicate dalla legge.

3. In vista della camera di consiglio la ricorrente ha prodotto istanza di rinvio della trattazione della domanda cautelare, ritenendo che *“il deposito del ricorso completo dell'istanza di fissazione si è perfezionato soltanto in data 10.2.2020”*.

4. Alla camera di consiglio del 13 febbraio 2020, su richiesta di parte ricorrente, la trattazione è stata rinviata al 27 febbraio 2020.

5. Alla camera di consiglio del 27 febbraio 2020, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, il Collegio ha dato avviso alle parti della possibile definizione della controversia con sentenza in forma semplificata; indi il ricorso è stato posto in decisione.

6. Il ricorso è infondato per le ragioni di seguito esposte.

7. Oggetto del contendere è la questione se le offerte rientranti nel 10 % di maggiore o minore ribasso (cd. ali) debbano essere fittiziamente escluse solo ai fini del calcolo della soglia di anomalia oppure se il loro taglio debba rappresentare una definitiva fuoriuscita dal novero delle offerte valide per la gara.

La norma applicata al caso in questione (art. 97, co. 2-bis, d. lgs. n. 50/2016, per offerte ammesse inferiori a quindici) così dispone: *“Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è inferiore a quindici, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; ai fini della determinazione della congruità delle offerte, al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:*

- a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;*
- b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a);*
- c) calcolo del rapporto tra lo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b) e la media aritmetica di cui alla lettera a);*
- d) se il rapporto di cui alla lettera c) è pari o inferiore a 0,15, la soglia di anomalia è pari al valore della media aritmetica di cui alla lettera a) incrementata del 20 per cento della medesima media aritmetica;*
- e) se il rapporto di cui alla lettera c) è superiore a 0,15 la soglia di anomalia è calcolata come somma della media aritmetica di cui alla lettera a) e dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b)”.*

Ritiene il Collegio che la norma vada interpretata nel senso che il taglio delle cd. “ali”, previsto dall’art.97, comma 2-bis lett. a), debba essere fittizio e non reale, ponendosi lo stesso nell’ambito del procedimento di individuazione della

soglia di anomalia delle offerte.

Tale soluzione discende:

- a) dall'interpretazione letterale della legge, secondo cui “ ... *il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue: a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso*”;
- b) dalla finalità del meccanismo descritto: “*ai fini della determinazione della congruità delle offerte, al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia*”;
- c) dalla circostanza che l'esclusione di un'offerta, da qualunque causa determinata, è sempre un evento eccezionale, quindi non può ricorrere se non nei casi tassativi nei quali la legge lo preveda espressamente.

Già l'Adunanza Plenaria (con sentenza n. n. 13 del 30 agosto 2018) - sia pure con riferimento alla diversa e vexata quaestio se le offerte “tagliate” debbano o meno essere (re)inserite nelle successive operazioni di calcolo previste dall'art. 97 del D.Lgs, n. 163/2016 – ha fatto chiaro riferimento alla circostanza che le offerte interessate dal taglio debbano essere “accantonate” (e quindi non escluse dalla gara), ai fini delle successive operazioni coinvolte nel calcolo della anomalia.

La giurisprudenza ha, inoltre, chiarito che: “*Il metodo di calcolo della c. d. soglia di anomalia è composto da una serie di operazioni ... Ai fini del calcolo, la disposizione prevede l'accantonamento dal calcolo di quelle offerte che si collocano sui margini estremi del gruppo, così percentualmente definiti. Si presume infatti che le offerte che si collocano in queste fasce estreme possano corrispondere non tanto ad una reale intenzione di contrarre, quanto all'obiettivo di condizionare la determinazione della media stessa e dunque della soglia di anomalia (c. d. offerte di appoggio): per questa ragione di prevenzione di un'ipotetica turbativa esse sono prudenzialmente accantonate dal calcolo e dunque*

temporaneamente private di effetto, salva restando la loro successiva verifica, ai fini della effettiva esclusione dalla gara, rispetto al risultato del calcolo stesso” (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4803 del 2017).

Il meccanismo del taglio delle ali, insomma, mira a porre rimedio al fenomeno delle offerte disancorate dai valori medi, presentate potenzialmente allo scopo di condizionare le medie; con tale meccanismo e per le dette finalità si “sterilizzano”, attraverso l'accantonamento, le offerte “estreme”, in vista e allo scopo dell'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.

In altre parole, la detta operazione è “virtuale”; essa non comporta de plano l'esclusione automatica dalla gara delle imprese che abbiano presentato offerte ricadenti nelle “ali”, ma l'accantonamento temporaneo delle dette offerte dal calcolo della soglia di anomalia a fini prudenziali (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, n. 2800 del 2016).

In definitiva, va ritenuto che:

- a) il taglio delle ali opera fittiziamente solo ai fini della determinazione della soglia di anomalia e non determina alcuna esclusione automatica delle offerte che si trovino sulle “ali”;
- b) se il legislatore avesse voluto disporre l'esclusione reale e non fittizia delle offerte “estreme” avrebbe dovuto esplicitarlo chiaramente.

Ne consegue che l'offerta della controinteressata (collocatasi, peraltro, con ribasso del 33,18090%, al di sotto della soglia di anomalia determinata nel 34,72800%), per le ragioni dette, non avrebbe potuto essere esclusa automaticamente dalla gara per il solo fatto di rientrare nel taglio delle ali.

Del resto, se la finalità ultima del complesso meccanismo “antiturbativa” su descritto è quella di contemperare l'interesse del concorrente a conseguire l'aggiudicazione, formulando un'offerta competitiva, con quella della stazione appaltante ad aggiudicare al minor costo senza rinunciare a standard adeguati e

al rispetto dei tempi e dei costi contrattuali, tale finalità verrebbe frustrata ove si procedesse ad una automatica esclusione delle offerte “estreme” sol perché tali, ove non vi sia prova della “anomalia” e in assenza di una espressa e chiara previsione legislativa in tal senso.

Il ricorso va, quindi, respinto in quanto infondato.

8. In considerazione della non univocità degli orientamenti in materia e della parziale novità della questione trattata, le spese, in via d’eccezione, possono essere compensate tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Giuseppe La Greca, Consigliere

Giuseppina Alessandra Sidoti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Giuseppina Alessandra Sidoti

IL PRESIDENTE

Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO

