

La decurtazione del 10% deve intervenire prima del calcolo della media delle offerte ammesse

di Esper Tedeschi

Data di pubblicazione: 4-11-2016

Ai fini dell'applicazione del metodo di cui alla lett. b) dell'art. 97 co. 2 del nuovo codice dei contratti pubblici, la norma deve essere letta coordinatamente alle lett. a) ed e) del medesimo comma; pertanto, la decurtazione del 10% deve intervenire prima del calcolo della media delle offerte ammesse.

Guida alla lettura

Il Codice, all'art. 97, comma 2, prevede che quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, "la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata, al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, procedendo al sorteggio, in sede di gara, di uno" tra i cinque criteri enucleati nelle lettere da a) a e).

Nel ricorso proposto avverso l'aggiudicazione dei lavori per la realizzazione di un impianto di pubblica illuminazione, trova esame una delle prime incertezze sulle modalità di calcolo della soglia di anomalia nelle aggiudicazioni con criterio del prezzo più basso previste dal nuovo codice. La ricorrente contesta la determinazione della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 2, lettera b) del d.lgs. n. 50 del 2016, assumendo che la commissione sarebbe pervenuta dunque ad un'errata determinazione della media.

In particolare la ricorrente ritiene che l'esclusione ivi prevista del 10% dal calcolo dovesse avvenire con riferimento alla media di tutti i ribassi.

Il TAR nel respingere la richiesta di provvedimento cautelare ha dato una prima lettura della norma in commento, procedendo ad un'integrazione analogica della norma: laddove la norma prevede come uno dei metodi "la media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento" va letto facendo ricorso a quanto disposto dalle lett. a) ed e) della medesima norma che dispongono a seguire le parole "arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso" (nello stesso senso: comunicato del Presidente dell'Autorità 5 ottobre 2016).

N. 01146/2016 REG.PROV.CAU.

N. 02371/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 2371 del 2016, proposto da:

“Clamar” di Bongiorno Calogero, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall’avv. Raimondo Alaimo, C.F. LMARND56H26A089K, elettivamente domiciliato presso lo studio dell’avv. Michele Roccella in Palermo, piazza Marina, n. 19;

contro

Comune di Santo Stefano Quisquina, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Impresa edile e stradale “Capobianco Giuseppe”, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- dei verbali di gara dei giorni 25 luglio e 1° agosto 2016, relativi alla procedura negoziata per l’aggiudicazione dei lavori di “Realizzazione dell’impianto di pubblica illuminazione in contrada Rosario - Morticelli e sistemazione della strada Prisa, per la realizzazione di nuovi interventi infrastrutturali compatibili con le finalità del patto territoriale generalista “Magazzolo – Platani” - CIG: 6606133169 - GUP: F74H15001530006” per l’importo a base d’asta di € 118.310,23, oltre ad € 5.285,02 per oneri provvisori della sicurezza non soggetti a ribasso, nella parte in cui la commissione di gara ha fatto erronea applicazione del metodo di determinazione della soglia di anomalia di cui all’art. 97, comma 2, lettera b) del D.Lgs.vo n. 50/2016, così pervenendo ad un’errata determinazione della media ed ha proceduto ad aggiudicare in via provvisoria l’appalto all’odierna controinteressata;

- della nota del 29 agosto 2016, prot. 6425, trasmessa via pec dal Comune di Santo Stefano

Quisquina, con la quale è stato rigettato il reclamo inoltrato dalla ricorrente tendente alla revoca in autotutela degli esiti della gara ed all'aggiudicazione della gara in suo favore;

- di ogni altro atto o provvedimento collegato o connesso con gli atti sopra impugnati, compresa l'aggiudicazione definitiva o il contratto qualora medio tempore intervenuti, anche se non noti alla ricorrente;

E PER IL RICONOSCIMENTO

del diritto dell'istante al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione della gara, ovvero ed in subordine al risarcimento dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, con condanna della stazione appaltante, in persona del legale rappresentante pro-tempore, al pagamento delle relative somme con interessi legali e rivalutazione da quantificarsi secondo gli ordinari criteri fissati dalla giurisprudenza amministrativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del 26 ottobre 2016 il consigliere Aurora Lento e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che la ricorrente contesta l'interpretazione che il seggio di gara ha dato dell'art. 97, comma 2, lettera b, del d.lgs.vo n. 50 del 2016 che testualmente dispone quanto segue: "Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata, al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, procedendo al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi: b) 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";

Considerato che, con comunicato del 5 ottobre 2016, il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione ha interpretato la surriportata disposizione nel senso che, ai fini dell'individuazione della grandezza rispetto alla quale va calcolata la percentuale del 10 %, la lacuna deve essere colmata, mediante il procedimento analogico, facendo risposto a quanto disposto nelle lettere a) ed e), cosicché la norma dovrebbe essere letta come di seguito:

“media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, arrotondato all’unità superiore, con esclusione del 10 % rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso”;

Rilevato che si contesta essenzialmente la circostanza che l’esclusione del 10 % è avvenuta relativamente a tutte le offerte ammesse e, pertanto, prima del calcolo della media, la quale è stata effettuata con riferimento a tutti i ribassi esclusi quelli rientranti nel taglio (ovverosia 14 – 2 derivante dall’arrotondamento per eccesso del 10 % delle offerte ammesse);

Considerato che, secondo la prospettazione della ricorrente, l’esclusione del 10 % dovrebbe aversi con riferimento alla media di tutti i ribassi;

Ritenuto che, ad una sommaria valutazione, la censura sembrerebbe non essere assistita da adeguato fumus boni juris tenuto conto che la lettera della norma (e in particolare la collocazione dell’inciso “con esclusione del dieci per cento”) e lo stesso parere dell’ANAC (laddove fa riferimento a un’estensione analogica della lettera a) e fa riferimento al 10 % delle offerte di maggior e minore ribasso) sembrerebbero fare propendere per un’interpretazione secondo la quale la decurtazione

del 10 % deve intervenire prima del calcolo della media delle offerte ammesse;

Ritenuto, pertanto, di rigettare l’istanza cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza)

Respinge l’istanza cautelare di cui al ricorso in epigrafe.

Fissa per la trattazione di merito del ricorso l’udienza pubblica del 20 febbraio 2016.

Nulla spese.

La presente ordinanza sarà eseguita dall’Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2016 con l’intervento dei magistrati:

Solveig Cogliani, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere

Aurora Lento, Consigliere, Estensore



L'ESTENSORE
Aurora Lento

IL PRESIDENTE
Solveig Cogliani

IL SEGRETARIO