

Publicato il 06/05/2020

N. 02856/2020REG.PROV.COLL.
N. 01270/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1270 del 2020, proposto da

Coed 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 p.e.c. da registri di giustizia;

contro

Paolo Beltrami Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Elena Pontiroli e Salvatore Alberto Romano, con domicilio digitale p.e.c. da registri di giustizia;

nei confronti

Comune di Castelfidardo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabrizio Colagiacomini, con domicilio digitale p.e.c. da registri di giustizia;

Provincia di Ancona, non costituito in giudizio;

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

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per le Marche (sezione prima) n. 82/2020, resa tra le parti, concernente la procedura di affidamento in appalto dei lavori di costruzione di una nuova scuola media ubicata nel Comune di Castelfidardo;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Paolo Beltrami Costruzioni s.p.a. e del Comune di Castelfidardo;

Visto il decreto cautelare ex art. 84, comma 1, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, del 20 marzo 2020, n. 1279;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2020, tenuta con le modalità previste dall'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, il consigliere Fabio Franconiero;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Co.Ed. s.r.l. – Consulenza edile e prefabbricati in c.a. propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche in epigrafe, con cui in accoglimento del ricorso della Paolo Beltrami Costruzioni s.p.a. sono stati annullati gli atti della procedura di affidamento in appalto dei lavori di costruzione di una nuova scuola media nel Comune di Castelfidardo, in via Meucci.

2. La gara, svoltasi attraverso la piattaforma telematica della stazione unica appaltante Provincia di Ancona, era aggiudicata (con determinazione del Comune di Castelfidardo del 30 ottobre 2019, n.

3/413) all'appellante, in raggruppamento temporaneo di imprese con la Elettrica Sistem s.r.l., all'esito della selezione sulla base del minor prezzo sulla base d'asta di € 3.878.309,44, ai sensi dell'art. 36, comma 9-*bis*, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. La ricorrente Paolo Beltrami Costruzioni s.p.a. era stata invece esclusa dalla gara per anomalia del ribasso, pari al 26,491% sulla base d'asta, superiore alla soglia del 26,359%, automaticamente determinata ai sensi dell'art. 97, commi 2 e 8, del codice dei contratti pubblici, in relazione alla quale la migliore offerta era risultata quella dell'aggiudicataria Co.Ed., con il ribasso del 26,225%.

3. La sentenza appellata ha tuttavia ritenuto l'algoritmo di calcolo applicato dalla piattaforma telematica utilizzata per la procedura di gara non conforme alla lettera d) del sopra citato art. 97, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, ai sensi del quale la soglia di anomalia calcolata in base alle precedenti lettere della medesima disposizione *«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)»*.

Secondo la sentenza l'errore nell'algoritmo utilizzato dalla stazione unica appaltante Provincia di Ancona era consistito nel decrementare la soglia di anomalia calcolata in base alle precedenti disposizioni del medesimo art. 97, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 di un valore assoluto, anziché di un *«valore percentuale»*, come invece previsto dalla citata lettera d). La corretta applicazione di quest'ultima norma - aggiungeva la sentenza - avrebbe dovuto condurre a determinare la soglia di anomalia delle offerte nel 26,503% sulla base d'asta. Per

effetto di ciò era disposta la riammissione in gara della ricorrente «*ai fini di una rivalutazione da parte dell'Amministrazione*».

4. Nel proprio appello la Co.Ed. sostiene che l'algoritmo di calcolo sarebbe conforme alle disposizioni del codice dei contratti pubblici in materia e chiede pertanto la riforma della sentenza di primo grado, con il rigetto del ricorso della Paolo Beltrami Costruzioni.

5. Si sono costituiti l'originaria ricorrente e il Comune di Castelfidardo.

DIRITTO

1. La presente controversia verte sull'applicazione dell'art. 97, comma 2, lett. d), del codice dei contratti pubblici, recante l'operazione conclusiva da svolgere per determinare in via automatica la soglia di anomalia delle procedure di affidamento da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, ai sensi del comma 8 della medesima disposizione, nella versione risultante dalle modifiche introdotte dal decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*; convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55).

2. La Sezione reputa che la questione controversa, di diritto, possa essere definita con sentenza semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., secondo il regime processuale speciale connesso all'emergenza epidemiologica previsto dal più volte citato art. 84, comma 5, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, in forza del quale la sentenza può essere adottata alla camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, svolta con le modalità previste dalla disposizione ora richiamata, «*omesso ogni avviso*». Si tratta peraltro di

una modalità di definizione del giudizio di cui il Comune di Castelfidardo ha sollecitato l'adozione nel caso di specie, per le ragioni di urgenza sottese ai lavori da affidare.

3. Ciò premesso, la soluzione della questione di diritto posta dal presente appello richiede l'esame dell'art. 97, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 nel suo complesso e dunque delle fasi in cui il calcolo della soglia di anomalia si deve sviluppare.

La prima fase consiste ai sensi della lettera a) della citata disposizione nella duplice operazione di calcolo *«della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse»*, vale a dire quelle non collocate nelle “ali”.

La successiva lettera b) richiede poi di calcolare lo *«scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a)»*. Lo scarto medio aritmetico dei ribassi previsto dalla disposizione consiste più precisamente nella media dei differenziali dei ribassi superiori alla media complessiva come calcolata secondo la precedente lettera a).

Segue quindi l'operazione prevista dalla lettera c), in cui lo scarto medio aritmetico dei ribassi così ottenuto va sommato alla *«media aritmetica»* già calcolata ai sensi della lettera a).

4. Si perviene infine all'operazione su cui si controverte nel presente giudizio, prevista dalla lettera d).

Come premesso sopra, in essa la somma tra la media dei ribassi e lo scarto medio aritmetico ottenuta in base alla lettera c) deve essere decrementata di un fattore correttivo, dato da *«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)»*. La disposizione ora richiamata impone quindi di riprendere la somma

dei ribassi già calcolata ai sensi della lettera a) e di moltiplicare tra loro le prime due cifre dopo la virgola di tale somma; il prodotto così ottenuto va applicato allo scarto medio aritmetico a sua volta già calcolato in base alla lettera b); del valore così ottenuto va infine decrementata la soglia determinata dalla somma prevista dalla lettera c) tra la media dei ribassi e lo scarto medio aritmetico.

5. La questione che si pone nel presente è se il valore ottenuto applicando allo scarto medio aritmetico il prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi sia o meno «*un valore percentuale*», ai sensi dell'art. 97, comma 2, lett. d), del codice dei contratti pubblici.

Per la sentenza di primo grado così non è: il valore così ottenuto sarebbe invece un valore assoluto, che va pertanto ulteriormente convertito in percentuale. A tal fine esso va applicato alla soglia di anomalia determinata ai sensi della lettera c), pari come in precedenza esposto alla somma tra la media dei ribassi e lo scarto medio aritmetico.

6. Per effetto di questa impostazione, posto che nella procedura di gara oggetto del presente giudizio lo scarto medio aritmetico era pari all'1,085%, e che dalla moltiplicazione delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi, 9 e 2 (la somma era pari infatti a 916,92), si otteneva 18, secondo la sentenza appellata occorreva compiere due ulteriori operazioni. In base alla prima il prodotto 18 doveva essere applicato all'1,085%, ottenendosi 0,195: il 18% di 1,085% è appunto pari a 0,195. A questa operazione - in effetti compiuta dalla Provincia di Ancona, come la stessa Paolo Beltrami Costruzioni ha riconosciuto nel proprio ricorso di primo grado - avrebbe dovuto seguirne una seconda, invece non svolta dalla

stazione appaltante. Si doveva cioè applicare il valore di 0,195 alla somma della media dei ribassi con lo scarto medio aritmetico, pari nel caso di specie a 26,555% (25,470%, pari alla media dei ribassi + 1,085%, pari allo scarto medio aritmetico). Da quest'ultima operazione si sarebbe così ottenuto il valore 0,052%. Secondo la sentenza quest'ultimo sarebbe dunque stato il «*valore percentuale*» di cui decrementare ai sensi della più volte citata lettera d) dell'art. 97, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 la somma della media dei ribassi con lo scarto medio aritmetico, ottenuta invece in base alla precedente lettera c) della medesima disposizione del codice dei contratti pubblici.

7. Come tuttavia deduce l'appellante Co.Ed. la tesi affermata nella sentenza di primo grado è errata.

Essa trascura infatti che il valore di 0,195 ottenuto nella fattispecie applicando allo scarto medio aritmetico di 1,085% il prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi (18 pari a 9×2 , tratti come visto sopra dal valore di 916,92) è già «*un valore percentuale*», come previsto dalla lettera d). Lo 0,195 è infatti una percentuale dello scarto medio aritmetico ai sensi della lettera b), il quale a sua volta esprime la media dei differenziali dei ribassi percentuali sulla base d'asta superiori alla media precedentemente ottenuta dopo il taglio delle ali, e che nel caso di specie corrisponde al 18% di 1,085%.

8. Tutti i valori ottenuti attraverso le operazioni previste dall'art. 97, comma 2, del codice dei contratti pubblici consistono del resto in percentuali rispetto alla base d'asta:

- a partire dalla media dei ribassi percentuali prevista dalla lettera a);

- per proseguire con lo scarto medio aritmetico dei medesimi ribassi di cui alla lettera b), pari al differenziale medio di quelli superiori alla media;
- quindi, evidentemente, la somma della media dei ribassi con lo scarto medio aritmetico ai sensi della lettera c);
- e per finire al valore ottenuto, secondo quanto dispone la lettera d), applicando il prodotto delle prime due cifre della somma dei ribassi allo scarto medio aritmetico, ovvero ad un valore già espresso in percentuale, di cui deve essere decrementata la somma della media dei ribassi con lo scarto medio aritmetico.

9. Correttamente, pertanto, la Provincia di Ancona ha applicato quale valore correttivo ai sensi della lettera da ultimo richiamata, quello di 0,195, che per quanto esposto finora è già un «*valore percentuale*» in base alla medesima lettera, omogeneo alla somma della media dei ribassi con lo scarto medio aritmetico medio che va a decrementare.

10. La tesi dell'originaria ricorrente Paolo Beltrami Costruzioni, cui la sentenza di primo grado ha aderito, secondo cui per rispettare il disposto della lettera d) è invece necessario applicare il valore di 0,195 alla somma della media dei ribassi con lo scarto aritmetico medio, per ottenere un ulteriore valore percentuale, nel caso di specie pari 26,555% (25,470%+1,085%), e così ottenere infine il valore 0,052%, è invece priva di base legale, nella misura in cui finisce per introdurre un'ulteriore operazione di calcolo non prevista dall'art. 97, comma 2, del codice dei contratti pubblici. Tanto meno è un'operazione necessaria, in considerazione della carattere percentuale del valore ottenuto in pedissequa applicazione della medesima lettera d).

11. Per effetto di tutto quanto finora esposto il risultato di gara va confermato. Deve in particolare essere confermata, da un lato, l'aggiudicazione in favore dell'odierna ricorrente Co.Ed., autrice di un ribasso sulla base d'asta pari al 26,225%, risultato il migliore rispetto alla soglia di anomalia calcolata dalla Provincia di Ancona nel 26,359%, attraverso la corretta applicazione del valore percentuale di 0,195%, quale fattore di correzione ex art. 97, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016 alla somma della media dei ribassi con lo scarto aritmetico medio precedentemente calcolata ai sensi della precedente lettera c) della medesima disposizione, pari al 26,555%; e dall'altro lato l'esclusione della Paolo Beltrami Costruzioni, autrice di un ribasso superiore alla soglia di anomalia, pari al 26,491%.

Per le medesime ragioni è per contro infondata la tesi di quest'ultima secondo cui il fattore di correzione della medesima somma avrebbe dovuto essere quello di 0,052%, per cui la soglia di anomalia corretta avrebbe dovuto essere di 26,503%, donde la migliore offerta sarebbe stata la propria.

12. L'appello deve pertanto essere accolto.

In riforma della sentenza di primo grado va dunque respinto il ricorso di quest'ultima società, ma la complessità delle questioni controverse giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso della Paolo Beltrami Costruzioni s.p.a.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2020, svoltasi con le modalità previste dall'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO