

Pubblicato il 03/03/2023

N. 00224/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00052/2023 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 Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 52 del 2023, proposto da

Co.Ge.For. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Falzea e Andrea Lollo, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Scilla, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Natale Polimeni, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di Co.Ge.Po. S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 1602 del 25/01/2023 del responsabile del servizio tecnico
del Comune di Scilla con cui è stata rigettata la richiesta di annullamento in
autotutela dell'aggiudicazione definitiva in favore dell'impresa CO.GE.PO.
S.r.l.;

- della determinazione del responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Scilla, numero d'ordine di Registro generale n. 646 del 30.12.2022, pubblicata sull'albo pretorio in data 2.01.2023, nella parte in cui determina “1) - di approvare i verbali di gara redatti in data 28/12/2022 e 30/12/2022, relativi alla gara mediante procedura aperta per l'appalto dei lavori di efficientamento delle infrastrutture fognarie e depurative esistenti nel territorio comunale (Scilla centro e frazioni); 2) - di approvare, ai sensi dell'art. 33 comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016, la proposta di aggiudicazione della procedura in oggetto, di cui ai verbali redatti in data 28/12/2022 e 30/12/2022 a favore dall'Impresa CO.GE.PO. S.r.l. da Polistena (RC); 3) - di aggiudicare in via definitiva i lavori di che trattasi all'Impresa CO.GE.PO. S.r.l. da Polistena (RC), per l'importo complessivo di € 884.800,75 di cui € 800.801, 24 al netto del ribasso del 32,856%, sull'importo a base d'asta di € 1.192.662,39 per lavori soggetti a ribasso, € 3.563,08 per oneri connessi alla sicurezza non soggetti a ribasso ed € 80.436,43 per IVA al 10%”;
- della nota prot. n. 17335 del 30/12/2022 del responsabile del servizio tecnico del Comune di Scilla (Città Metropolitana di Reggio Calabria), avente a oggetto “esito della gara mediante procedura aperta mepa-rdo n.3344674 per l'affidamento dei lavori per l'efficientamento delle infrastrutture fognarie e depurative esistenti nel territorio”;
- dei verbali di gara redatti in data 28/12/2022 e 30/12/2022, relativi alla gara mediante procedura aperta per l'appalto dei lavori di efficientamento delle infrastrutture fognarie e depurative esistenti nel territorio comunale (Scilla centro e frazioni), nella parte in cui aggiudicano la gara in oggetto all'impresa CO.GE.PO. S.r.l.;
- nonché di ogni altro atto presupposto, successivo, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto.

E PER LA DECLARATORIA DI INEFFICACIA

dell'eventuale contratto di appalto dei lavori in oggetto medio tempore stipulato tra il Comune di Scilla e l'Impresa CO.GE.PO. s.r.l..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Scilla;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2023 la dott.ssa Agata Gabriella Caudullo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

1. Con determina n. 602 RG del 12/12/2022 il Comune di Scilla ha indetto una procedura aperta ai sensi degli artt. 59, 60 e 71 del D.lgs. n. 50/2016, da esperire attraverso una richiesta di offerta nell'ambito del Mercato Elettronico della P.A, per l'affidamento dei lavori di efficientamento delle infrastrutture fognarie e depurative esistenti nel territorio comunale (Scilla centro e frazioni), per un importo a base d'asta di € 1.192.662,39, oltre € 3.563,08 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso e IVA al 10%.

L'articolo 4 del bando di gara ha previsto quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso ai sensi dell'art. 36, comma 9 bis, del D.lgs. n. 50/2016 ed ha, altresì, precisato che alla determinazione della soglia dell'anomalia, nel caso di ammissione di almeno dieci offerte, si sarebbe proceduto applicando i commi 2, 2 bis o 2 ter dell'art. 97 del D.lgs. n. 50/2016, in considerazione del numero di offerte effettivamente ammesse, con conseguente proposta di aggiudicazione in favore del concorrente la cui offerta più si avvicini per difetto alla soglia di anomalia così sopra determinata.

Alla gara hanno partecipato 12 imprese, 11 delle quali sono state ammesse alla procedura.

Nelle sedute del 28 e 30 dicembre 2022 il seggio di gara ha individuato la soglia dell'anomalia ai sensi dell'art. 97 comma 2 del D.lgs. n. 50/2016 (offerte ammesse =>15) e proposto l'aggiudicazione in favore della CO.GE.PO. s.r.l.

la cui offerta, pari ad un ribasso del 32,8560%, è risultata quella più vicina per difetto alla soglia dell'anomalia così come individuata.

Con determinazione del responsabile del Servizio Tecnico n. 646 del 30 dicembre 2022 sono stati approvati i verbali di gara e disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della CO.GE.PO s.r.l., per l'importo complessivo di € 884.800,75 di cui € 800.801,24 al netto del ribasso del 32,856% sull'importo a base d'asta di € 1.192.662,39, € 3.563,08 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso ed € 80.436,43 per IVA al 10%.

Con nota trasmessa a mezzo PEC in data 9 gennaio 2023, la ricorrente ha chiesto l'annullamento in autotutela degli atti di gara lamentando l'erronea applicazione, ai fini della determinazione della soglia dell'anomalia, del comma 2 dell'art 97 del D.lgs. n. 50/2016, in luogo del successivo comma 2 bis, da applicarsi in caso di offerte ammesse inferiore a 15 e rappresentando che la corretta determinazione della soglia dell'anomalia le avrebbe consentito di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto.

L'istanza è stata rigettata con nota del 25 gennaio 2023 con la quale il responsabile del Servizio Tecnico ha rappresentato di aver applicato l'art. 97, comma 2 bis, del D.lgs. n. 50/2016 ed ha puntualizzato, altresì, che l'offerta della ricorrente non avrebbe potuto comunque risultare aggiudicataria in quanto "in entrambe le procedure di calcolo dell'offerta anomala, rientra nel 10% tra quelle accantonate (offerta di maggior ribasso) per cui viene esclusa dal calcolo della soglia di anomalia".

2. Con ricorso notificato e depositato in data 30 gennaio 2023 la ricorrente è insorta contro il provvedimento di aggiudicazione in favore della CO.GE.PO. s.r.l. nonché contro la nota di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela, lamentandone la illegittimità sotto i seguenti profili: *Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 97, commi 2 e 2-bis, del D. lgs. n. 50/2016 - Violazione e/o falsa applicazione della Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 24.10.2019 - Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento di potere e della carenza di istruttoria.*

Contesta la ricorrente l'erronea applicazione del criterio di determinazione della soglia dell'anomalia dell'offerta in quanto, in presenza di un numero di offerte inferiore a 15, la stazione appaltante avrebbe dovuto applicare il comma 2 bis dell'art. 97 e non il comma 2 che, invece, riguarda l'ipotesi in cui le offerte ammesse sia pari o superiore a 15.

Nel caso di specie il numero delle offerte ammesse è pari a 11.

Applicando il criterio di calcolo corretto la ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria, avendo presentato il ribasso che più si avvicina per difetto alla soglia dell'anomalia, pari a 39,372.

Ha, altresì, contestato l'assunto secondo cui l'offerta, rientrando nel 10% dei ribassi da accantonare, non avrebbe potuto in ogni caso risultare aggiudicataria atteso che l'accantonamento serve solo per determinare la soglia dell'anomalia e non comporta l'esclusione dell'offerta dalla procedura.

3. Si è costituito in giudizio, con atto di mero stile, il Comune di Scilla.

4. La società controinteressata, pur ritualmente intimata, non si è costituita in giudizio.

5. All'udienza in camera di consiglio del 22 febbraio 2023, previo avviso alle parti circa la possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 c.p.a., la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Il ricorso è fondato.

6.1. Emerge dagli atti di causa che alla procedura di gara sono state ammesse 11 offerte.

Il seggio di gara, tuttavia, ha determinato la soglia di anomalia utilizzando il criterio di cui al comma 2 dell'art. 97 del D.lgs. n. 50/2016 (v. prospetto allegato alla nota prot. n. 17335 del 30 dicembre 2022), ed ha così proposto l'aggiudicazione in favore della CO.GE.PO. s.r.l., la cui offerta è risultata la più vicina per difetto alla soglia dell'anomalia, come determinata in applicazione della suddetta disposizione.

6.2. Il ricorso a tale sistema di determinazione della soglia dell'anomalia è palesemente errato.

Il richiamato comma 2 dell'art. 97 riguarda, invero, l'ipotesi in cui il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a quindici.

6.3. Allorché, invece, come nel caso in esame, il numero delle offerte sia inferiore a 15 deve farsi applicazione del criterio di determinazione della soglia dell'anomalia di cui al successivo comma 2 bis, aggiunto dall'articolo 1, comma 20, lettera u), numero 1), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla Legge 14 giugno 2019, n. 55, ai sensi del quale:

2-bis. 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)”.

6.4. In applicazione del corretto criterio di calcolo, la soglia dell'anomalia risulta pari a 39,372 (v. all. 7 al ricorso introduttivo: prospetto di calcolo).

L'offerta che più si avvicina per difetto alla soglia di anomalia così determinata è, pertanto, quella della Co.Ge.For. s.r.l. che ha offerto un ribasso percentuale del 33,897 %, ovvero il maggior ribasso offerto, ma pur sempre inferiore alla soglia di anomalia individuata.

6.5. I provvedimenti impugnati sono, pertanto, illegittimi nella parte in cui, previa errata determinazione della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016, dispongono l'aggiudicazione dell'appalto in favore della CO.GE.PO. s.r.l.

6.6. L'affermazione contenuta nella nota del 25 gennaio 2023, secondo cui la soglia dell'anomalia sarebbe stata determinata con il criterio di cui al successivo comma 2 bis, appare pretestuosa e risulta, peraltro, *per tabulas*, smentita dallo stesso prospetto allegato alla proposta di aggiudicazione in cui è scritto in modo inequivocabile che il programma di calcolo utilizzato è quello di cui all'art. 97, comma 2 (*= > 15 offerte ammesse*).

6.7. Con la stessa nota del 25 gennaio 2023, il responsabile dell'ufficio tecnico comunale ha, altresì, respinto l'istanza di annullamento in autotutela presentata dalla ricorrente in data 9 gennaio 2023 assumendo che la Co.Ge.For. s.r.l. non avrebbe potuto, comunque, risultare aggiudicataria, per aver presentato un'offerta che “in entrambe le procedure di calcolo dell'offerta anomala, rientra nel 10% tra quelle accantonate (offerta di maggior ribasso) per cui viene esclusa dal calcolo della soglia di anomalia”.

Lamenta la ricorrente la illegittimità di tale assunto, fondato su una errata applicazione dell'art. 97 comma 2 bis del D.lgs. n. 50/2016.

Anche tale rilievo è fondato.

Il Collegio condivide l'orientamento secondo cui l'art. 97, comma 2 bis, del Codice degli Appalti, con disposizione aggiunta dal d. l. n. 32/2019, conv. con modificazioni in l. n. 55/2019, ha previsto non l'esclusione delle imprese che si sono collocate nelle ali, ma soltanto un accantonamento provvisorio delle relative offerte (v. CGA sentenza n. 611 del 16 luglio 2020; Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 1808 del 15 marzo 2022; Tar Salerno, sez. I, sentenza n. 1032 del 23 aprile 2021).

Tale interpretazione appare coerente con il tenore letterale della disposizione che “non parla di esclusione automatica e diretta delle concorrenti le offerte delle quali siano collocate nelle ali, ma soltanto di offerte da accantonare (‘dette offerte sono altresì da accantonare...’) [...]. Del resto, alla esclusione di una offerta si può ricorrere solo qualora la legge lo preveda espressamente. Se il legislatore avesse voluto disporre l'esclusione reale e non fittizia delle offerte estreme, avrebbe dovuto esplicitarlo chiaramente, ma non l'ha fatto, e ciò, verosimilmente, anche per favorire, nei limiti del possibile, un maggiore risparmio per le stazioni appaltanti. D'altronde, la disciplina del c. d. taglio delle ali ai fini del calcolo della soglia di anomalia è sempre stata interpretata (nel vigore sia del d. lgs. n. 163/2006 e sia del d. lgs. n. 50/2016) nel senso che le offerte investite dal taglio delle ali sono, con ciò, solo ‘provvisoriamente accantonate’, e non già escluse, potendo essere escluse successivamente solo ove presentino un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia. In particolare, l'Adunanza plenaria, con la sent. n. 13/2018, sia pure sulla (diversa) questione se le offerte tagliate debbano o meno essere reinserite nelle successive operazioni di calcolo previste dal citato art. 97, 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. [...] Il meccanismo del taglio delle ali, così come regolamentato dal citato comma 2 bis, ha carattere fittizio e non reale, nel senso che tale operazione è solo virtuale e non comporta ‘de plano’ l'esclusione automatica dalla gara delle imprese che abbiano presentato

offerte ricadenti nelle “ali”. Esso implica unicamente l'accantonamento temporaneo di dette offerte dal calcolo della soglia di anomalia a fini prudenziali, in vista della individuazione della soglia di anomalia medesima” (CGA, sentenza n. 611/2020).

Nel caso di specie, applicando correttamente l'art. 97, comma 2 bis del D.lgs. n. 50/2016, la soglia dell'anomalia è pari a 39,372.

L'offerta della ricorrente, con un ribasso percentuale del 33,897%, si colloca al di sotto di tale soglia e corrisponde al miglior ribasso offerto, ovvero al ribasso che più si avvicina per difetto alla soglia dell'anomalia.

La sua collocazione nelle ali non comporta, pertanto, la sua esclusione ma solo il provvisorio accantonamento ai fini della determinazione della soglia dell'anomalia.

Appare, dunque, evidente che l'offerta della ricorrente non può essere reputata anomala e venire automaticamente esclusa e che, conseguentemente, ove l'amministrazione comunale avesse legittimamente e correttamente operato, la Co.Ge.For. s.r.l. sarebbe risultata aggiudicataria dell'appalto.

7. In conclusione il ricorso è fondato e va accolto, con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati dal quale deriva l'obbligo per la stazione appaltante di riprovedere sulla procedura alla luce delle statuizioni contenute in questa sentenza e di disporre l'aggiudicazione della gara, sussistendone le ulteriori condizioni, a favore della Co.Ge.For. s.r.l.

Le spese seguono la soccombenza nei confronti del Comune di Scilla e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo. Sussistono, invece, giusti motivi per dichiararle non ripetibili nei confronti della società controinteressata, non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Scilla al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese di lite che liquida in € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori e refusione del contributo unificato.

Dichiara non ripetibili le spese di lite nei confronti della società controinteressata, non costituita in giudizio.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Agata Gabriella Caudullo, Primo Referendario, Estensore

Alberto Romeo, Referendario

L'ESTENSORE
Agata Gabriella Caudullo

IL PRESIDENTE
Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO