

REPUBBLICA ITALIANA

N. 7042/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 9759 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, quinta Sezione

ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto della ditta ELIO DE LUCA, in persona dell'omonimo titolare rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Baldassarre, ed elettivamente domiciliata in Roma, presso il suo studio alla via Cola di Rienzo n. 271;

contro

CODOMAR SRL, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Caiulo ed elettivamente domiciliato in Roma, via Cicerone n. 44 presso l'avv. Francesco Carluccio;

COMUNE DI ERCHIE, non costituitosi;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Sezione Staccata di Lecce - n. 3908 del 2007;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla camera di consiglio del 24 marzo 2009 relatore il Consigliere Giancarlo Montedoro;

Udito l'avv. Baldassarre;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Il COMUNE di ERCHIE, con determinazione dirigenziale n. 134 del 1 marzo 2007 indisse una gara per la sistemazione e costruzione di strade all'interno del centro abitato, da svolgersi a mezzo asta pubblica, per l'importo a base d'asta di euro 302.559,60.

Il relativo bando stabilì l'esclusione automatica per le offerte che avessero presentato una soglia di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, individuata ai sensi dell'art. 86 , primo comma del d.lgs. n. 163 del 2006.

Sempre nella lex specialis, si prevede che le offerte economiche delle imprese partecipanti dovessero contenere il ribasso percentuale sull'importo a base di gara, al netto degli oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza, espresso sino alla terza cifra decimale.

Tuttavia il bando di gara, non conteneva alcuna prescrizione in ordine alle cifre decimali da calcolare per l'accertamento della media delle offerte ai fini della determinazione della soglia di anomalia.

La Commissione di gara calcolò la media aritmetica delle offerte ammesse, previa effettuazione del c.d. taglio delle ali, in misura pari al 30,3739%, che, incrementata della media aritmetica di tutti gli scarti, pari allo 0,0628, offrì come risultato della soglia di

anomalia la percentuale del 30,4367% (erroneamente riportato nel verbale di gara del 29 maggio 2007 con la percentuale del 30,4363%).

In ragione del calcolo effettuato l'impresa CODOMAR, che aveva offerto un ribasso del 30,437% fu esclusa perché superiore alla soglia di anomalia, e, conseguentemente, il seggio di gara aggiudicò l'appalto alla ditta ELIO DE LUCA che aveva offerto una percentuale di ribasso pari al 30,436% ossia l'offerta più prossima alla soglia di anomalia, in tal guisa correggendo i calcoli precedenti.

Con successiva determina dirigenziale n. 74 del 27 giugno 2007 il Responsabile del servizio aggiudicò in via definitiva l'appalto dei lavori alla ditta DE LUCA, approvando i relativi verbali di gara.

Con il ricorso di primo grado la società CODOMAR impugnò innanzi al Tar per la Puglia, Sezione Staccata di Lecce, l'aggiudicazione provvisoria in favore della ditta DE LUCA, deducendo un unico ed articolato motivo di impugnazione, sostanzialmente lamentando che il seggio di gara avrebbe dovuto calcolare la soglia di anomalia sino alla terza cifra decimale.

Tuttavia la Commissione di gara, all'uopo richiamando nel verbale di gara del 29 maggio 2007 la deliberazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, n. 114 del 2002, dando atto della mancanza di una esplicita prescrizione del bando, aveva effettuato il calcolo della media "con un numero di cifre decimali pari al

maggior numero di cifre proposto dai concorrenti più uno” ossia aveva calcolato la soglia di anomalia considerando fino alla quarta cifra decimale.

Il Tribunale amministrativo, con la sentenza in forma semplificata che si impugna, n. 3908 del 2007, ha accolto l’impugnativa della ditta CODOMAR sostenendo in motivazione che “la circostanza che il bando non abbia previsto operazioni di troncamento nei calcoli della soglia, e che quindi possano risultare anche numeri periodici, implica la necessità di individuare la soglia dell’anomalia con un numero determinato di decimali. In assenza di un criterio dettato in proposito dal bando e quindi in considerazione della arbitrarietà di qualsiasi determinazione in modo autonomo del numero dei decimali, non può che ricorrersi, ai fini della fissazione della soglia dell’anomalia, in via estensiva all’unico criterio dettato dal bando in ordine al numero di cifre decimali ammesse, cioè quello relativo alla formulazione dell’offerta con tre decimali.”

L’appello contesta l’applicazione estensiva del criterio dettato dal bando per la formulazione alla determinazione della soglia di anomalia, ravvisando una identità di ratio e di funzioni tra due situazioni che si presentano ontologicamente e teleologicamente differenti.

Si richiama in proposito l’orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato (CdS VI n. 6561 del 2006 e CdS VI n. 1277 del 2003) secondo cui, nella determinazione della soglia di ano-

malia , gli arrotondamenti sono consentiti solo se espressamente previsti dalle norme speciali della gara.

Il Collegio ha sospeso l'efficacia della sentenza richiamando l'orientamento della giurisprudenza della Sesta Sezione prima citato.

DIRITTO

L'appello è fondato.

Va esaminata in primo luogo la questione – riproposta in grado di appello con memoria di costituzione della CODOMAR – relativa alla mancata comunicazione alla CODOMAR della data in cui la Commissione di gara, che aveva proposto l'aggiudicazione dell'appalto in questione alla CODOMAR, avrebbe riesaminato il proprio operato. In sostanza si lamenta la violazione del principio di pubblicità della gara.

In effetti nella giurisprudenza del Consiglio si è ritenuto che la riapertura del procedimento di gara ai fini dell'esercizio del potere di autotutela volto ad eliminare illegittimità precedentemente verificatesi non costituisce un nuovo procedimento amministrativo, essendo unico il procedimento di gara per la scelta del contraente nei pubblici appalti che ha inizio con il bando di gara e si conclude solo con l'aggiudicazione definitiva, con la conseguenza che non è necessaria la comunicazione della riapertura del procedimento di gara e delle successive attività della commissione ma solo la comunicazione della data in cui la commissione procede al riesame (Consiglio Stato, sez. IV, 05 ottobre 2005, n.

5360).

La commissione di gara è un organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione aggiudicatrice (C.d.S., sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 560; C.G.A., 6 settembre 2000, n. 413; e non già una figura organizzativa autonoma e distinta rispetto ad essa, C.d.S., sez. V, 14 aprile 1997, n. 358), la cui attività acquisisce rilevanza esterna solo in quanto recepita e approvata dagli organi competenti della predetta amministrazione appaltante.

Infatti, essa svolge compiti di natura essenzialmente tecnica, con funzione preparatoria e servente, rispetto all'amministrazione appaltante, essendo investita della specifica funzione di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti, finalizzata alla individuazione del miglior contraente possibile, attività che si concreta nella c.d. aggiudicazione provvisoria.

Com'è intuitivo, la funzione di detta commissione si esaurisce soltanto con l'approvazione del proprio operato da parte degli organi competenti dell'amministrazione appaltante e, cioè, con il provvedimento di c.d. aggiudicazione definitiva: nel periodo intercorrente tra tali atti non può fondatamente negarsi il potere della stessa commissione di riesaminare nell'esercizio del potere di autotutela il procedimento di gara già espletato, anche riaprendo il procedimento di gara per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi, anche in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente.

Tale potere di riesame, infatti (che pur potrebbe esercitato anche indirettamente, informando cioè del dubbio di legittimità del proprio stesso operato il competente organo dell'amministrazione appaltante investito del potere di approvazione degli atti di gara ed invitandolo, pertanto, a sospendere il procedimento finalizzato all'aggiudicazione definitivo e a rimettere gli atti alla stessa commissione di gara per il riesame delle questioni dubbie), costituisce concreta attuazione dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento (consacrati dall'articolo 97 della Costituzione) che devono informare qualsiasi attività della Pubblica Amministrazione e che impongono, conseguentemente, l'adozione di atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (C.d.S., sez. V, 2 luglio 2001, n. 3610) e che, nel caso di specie, si configura proprio come autotutela (C.d.S., sez. V, 28 febbraio 2002, n. 1224; 3 febbraio 2000, n. 661).

La giurisprudenza di questo consesso (ex multis, sez. V, 1 dicembre 2003, n. 7833) ha, poi, escluso che possa configurarsi un autonomo procedimento nell'ipotesi di annullamento, in via di autotutela decisoria, del precedente verbale (della commissione di gara) recante l'ammissione dei concorrenti (autonomo procedimento cui ricollegare l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento), unitario essendo il procedimento per la scelta del contraente privato da parte della Pubblica amministrazione (tra le tante, C.d.S., sez. V, 2 aprile 2001, n. 1909; 19 marzo 2001, n. 1642; 7 marzo 2001, n. 1344), procedimento che, sebbene artico-

lato in varie fasi, si conclude soltanto con l'aggiudicazione definitiva, con la conseguenza che non è configurabile l'obbligo di comunicazione l'avvio del procedimento (ai concorrenti) nel caso di riesame delle precedenti determinazioni assunti dalla commissione di gara circa l'ammissione alla gara di alcuni concorrenti, sempreché non sia già intervenuto il provvedimento di aggiudicazione definitiva (non dovendo tuttavia confondersi la comunicazione di avvio del procedimento, non necessaria, con l'obbligo di comunicare la data di nuova riunione della commissione, indispensabile ai fini del rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza che pure devono presiedere allo svolgimento delle pubbliche gare).

Il principio di pubblicità delle sedute tuttavia –come ritenuto da una copiosa giurisprudenza amministrativa di primo grado - non riguarda le fasi delle valutazioni tecniche delle offerte in quanto appare funzionale al rispetto delle esigenze di imparzialità e trasparenza che sono proprie di ogni attività amministrativa, sicché la pubblicità delle sedute assurge a principio generale della materia dei contratti pubblici, con esclusione però della fase di valutazione tecnica delle offerte.

Nella specie la Commissione di gara ha solo dovuto riesaminare le modalità di calcolo della soglia di anomalia e deve in conclusione ritenersi che tale valutazione tecnica ben può essere svolta senza pubblicità – al pari di ciò che accade per le sedute delle valutazioni tecniche nell'appalto concorso - per garantire la

maggiore serenità dell'operato della Commissione, senza vulnerare gli interessi protetti dal principio generale della pubblicità delle sedute.

Inoltre va considerato che tutte le ditte interessate – compresa la CODOMAR - avevano presentato osservazioni al riguardo sicché erano state messe in grado di svolgere le loro considerazioni su un piano di parità.

Né alcun rilievo poteva avere la rinuncia alla richiesta di riesame dell'aggiudicazione provvisoria della ditta CL COSTRUZIONI GENERALI SRL, originariamente opposti all'aggiudicazione provvisoria, nel precludere l'attività della Commissione, in quanto l'autotutela ben può essere officiosa.

Ne consegue il rigetto del motivo di ricorso riproposto in appello con semplice memoria in quanto assorbito dalla sentenza di primo grado.

Con ulteriore motivo riproposto in appello si censura l'operato dell'ente locale, per avere violato il termine di cui all'art. 12 del codice dei contratti pubblici d.lvo 12 aprile 2006 n. 163).

Recita l'art. 12, comma 1 del codice dei contratti pubblici, invocato dall'appellata CODOMAR:

“1. L'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli

ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, l'aggiudicazione si intende approvata...”.

Orbene il termine di trenta giorni per l'esercizio del potere di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria può essere interrotto nel caso in cui si svolga un'istruttoria documentale, circostanza ricorrente nella specie, avendo la ditta CODOMAR inviato le proprie osservazioni, a seguito dell'opposizione formale di un'altra ditta, in data 30 aprile del 2007 su precisa richiesta del COMUNE (missiva del 19 aprile 2007 che apriva la fase istruttoria interrompendo il termine).

E' solo dal 30 aprile 2007 che quindi maturano le condizioni, per l'amministrazione, di completezza istruttoria necessaria per decidere sull'eventuale autotutela sulla aggiudicazione provvisoria, per cui tempestivo si appalesa il verbale di aggiudicazione provvisoria del 29 maggio 2007 comunicato con raccomandata del 30 maggio 2007.

Ne consegue anche sotto questo profilo il rigetto del motivo riproposto dall'appellata CODOMAR perché rimasto assorbito in primo grado.

Può ora esaminarsi nel merito l'appello proposto dalla ditta DE LUCA.

S è ritenuto nella giurisprudenza del Consiglio di Stato che "il fatto che l'Amministrazione non abbia specificato che la regola fissata per le offerte debba valere anche per la determinazione della soglia di anomalia, depone per la applicabilità della regola solamente alla formulazione delle offerte, che è momento differente dal calcolo della soglia di anomalia. L'arrotondamento dei ribassi offerti ha, infatti, il solo scopo di assicurare la loro omogeneità, che può risultare più comoda, ancorché non sia necessaria, atteso che si possono confrontare anche valori dotati di un numero diverso di decimali. Ben diversa è la realtà dei calcoli successivi, che contengono quozienti e che quindi possono comportare un numero di decimali anche elevato. In questo caso, l'introduzione dell'arrotondamento può falsare il risultato (come peraltro avvenuto nella specie), e, pertanto, appare illogica la pretesa che la previsione di un arrotondamento nella formulazione dei ribassi di offerta debba potersi automaticamente applicare anche "in tutti i suoi ulteriori sviluppi", in nome di un identico *modus operandi*, reclamato dall'appellante. Non è dato, infatti, intravedere alcun rigido collegamento tra la formulazione dei ribassi di offerta e i calcoli successivi per la determinazione della soglia di anomalia, per cui appare errata la tesi dell'appellante, la quale sostiene che se per i ribassi è previsto un arrotondamento, lo stesso arrotondamento deve essere adottato per i calcoli successivi, ov-

vero che se invece per i ribassi non è previsto arrotondamento, esso non deve essere previsto neppure per "gli ulteriori sviluppi" (CdS VI n. 6561 del 2006).

Nella specie l'amministrazione aveva prima applicato il criterio dell'arrotondamento alla terza cifra decimale, dettato per la formulazione dei ribassi , poi aveva rivisto il proprio operato in ossequio alla delibera dell'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici n. 114 del 2002 calcolando la soglia di anomalia con arrotondamento fino alla quarta cifra decimale per evitare numeri periodici.

Infatti, la *lex specialis* si è limitata a prescrivere l'indicazione dei ribassi sino alla terza cifra decimale, senza formulare regole speciali afferenti la determinazione della soglia di anomalia.

Si osserva che, nella delicata fase di individuazione dell'offerta più bassa e di esclusione delle offerte ricadenti automaticamente oltre la soglia di anomalia, ogni arrotondamento costituisce una deviazione dalle regole matematiche da applicare in via automatica; ciò premesso, deve ritenersi che gli arrotondamenti siano consentiti solo se espressamente previsti dalle norme speciali della gara.

Nel caso di specie, dette disposizioni prevedevano, come già detto, la sola indicazione dei ribassi sino alla terza cifra decimale (senza peraltro specificare se si trattava di vero e proprio arrotondamento o di una limitazione nella presentazione dell'offerta, ferma restando la rispondenza tra prezzo e ribasso); nessun arro-

tondamento è stato invece previsto per il calcolo delle medie utile ai fini della determinazione della soglia di anomalia.

L'amministrazione avrebbe quindi dovuto calcolare le medie dei ribassi e le medie degli scarti senza procedere ad alcun arrotondamento alla seconda cifra decimale; conseguentemente anche la soglia di anomalia doveva essere determinata senza il predetto arrotondamento (CdS VI n. 1277 del 2003).

Va anche considerato che l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha correttamente evidenziato la necessità che i bandi di gara contengano esplicita disciplina relativa agli arrotondamenti ed al numero di cifre decimali da prendere in considerazione per il calcolo della soglia di anomalia, consigliando di prevedere che "le medie siano calcolate fino alla terza cifra decimale arrotondata all'unità superiore qualora la quarta cifra decimale sia pari o superiore a 5 e *comunque disponendo che siano fissati decimali e le modalità di arrotondamento*".

La stessa Autorità, quindi, sottolinea la necessità che le modalità di calcolo della soglia di anomalia e gli eventuali arrotondamenti siano fissati nel bando di gara, aggiungendo che, in assenza di previsione espressa, il calcolo della media dovrà essere effettuato con un numero di cifre decimali pari al maggior numero di cifre proposto dai concorrenti, più uno .

Recita la delibera testualmente : "Nel caso in cui il bando di gara non preveda esplicita disciplina in tal senso, non sembra possano essere posti limiti alle offerte proposte dai concorrenti

con la conseguenza che il calcolo della media dovrà essere effettuato con un numero di cifre decimali pari al maggior numero di cifre proposto dai concorrenti più uno”.

E' vero che tale ultima affermazione - a rigore – sembra riferirsi al numero di cifre decimali da utilizzare per il calcolo delle medie, e non anche al numero di cifre decimali in cui deve essere espresso il risultato del calcolo delle medie (nella sostanza, l'Autorità ha voluto dire che le offerte presentate in modo non omogeneo con riguardo al numero dei decimali della percentuale di ribasso devono essere rese omogenee considerando il numero di cifre decimali pari al maggior numero di cifre proposto dai concorrenti, senza quindi procedere ad alcun arrotondamento).

Tuttavia è ricavabile dalla determinazione dell'Autorità un'esigenza di certezza e di determinazione, che si concreta nell'intento di evitare che il risultato del calcolo sia un numero periodico (un numero decimale periodico è un numero in cui una porzione della sua parte decimale si ripete indefinitamente) e, nel contempo, di garantire attraverso il troncamento solo dopo la cifra massima proposta dai concorrenti aumentata di una unità che il troncamento non sia arbitrario e manipolativo (di qui la ragione dell'aumento di una unità).

Nella specie l'amministrazione – pur in assenza del bando - troncava il calcolo alla quarta cifra decimale in considerazione della determinazione dell'Autorità per i lavori pubblici che si armonizza maggiormente, per quanto osservato, con le conclusioni

accolte dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato prima citata, che imporrebbero – a rigore - addirittura di evitare qualsiasi troncamento e di accettare anche formulazioni con numeri periodici.

Ne consegue la legittimità dell'operato dell'amministrazione che ha operato nello spirito della determina citata.

Sussistono giusti motivi in ragione della complessità della controversia per compensare le spese processuali.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe specificato lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 24 marzo 2009 con l'intervento dei Sigg.ri:

Raffaele Iannotta	Presidente
Cesare Lamberti	Consigliere
Claudio Marchitiello	Consigliere
Vito Poli	Consigliere
Giancarlo Montedoro	Consigliere Est.
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Giancarlo Montedoro	f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Agatina M. Vilardo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....12/11/2009.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale