



REPUBBLICA ITALIANA

N. 951/09 Reg.Dec.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 769 Reg.Ric.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, ANNO 2008

in sede giurisdizionale, ha pronunciato la seguente

**D E C I S I O N E**

sul ricorso in appello n. 769/2008, proposto dalla

C. & P. s.r.l.

in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Benedetto Calpona ed elettivamente domiciliata in Palermo, via Catania n. 42/B, presso lo studio dell'avv. Santi Migliorino;

c o n t r o

il COMUNE DI LIBRIZZI, in persona del Sindaco *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Librizzi ed elettivamente domiciliato in Palermo, via P.pe di Villafranca n. 46, presso lo studio dell'avv. Calogero Lo Re;

e c o n t r o

l'ASSESSORATO REGIONALE DEI LAVORI PUBBLICI, in persona dell'Assessore *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo presso i cui uffici in Palermo, via A. De Gasperi n. 81, è elettivamente domiciliato;

e nei confronti

della VENTURA s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Nicolò D'Alessandro ed elettivamente domiciliata in Palermo, via F. Cordova n. 76, presso la Se-

greteria di questo Consiglio;

per l'annullamento

previa sospensione (non accordata con ordinanza 21 luglio 2008, n. 646), della sentenza del T.A.R. per la Sicilia - Sezione staccata di Catania (sez. IV) - n. 951 del 23 maggio 2008.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'avv. S. Librizzi per il Comune di Librizzi, dell'Avvocatura dello Stato per l'Assessorato regionale dei lavori pubblici e dell'avv. N. D'Alessandro per la Ventura s.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il consigliere Paolo D'Angelo;

Uditi alla pubblica udienza del 19 febbraio 2009, l'avv. B. Calpona per la C. & P., l'avv. S. Librizzi per il Comune di Librizzi e l'avv. N. D'Alessandro per la Ventura s.p.a.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### F A T T O

La C. & P. s.r.l. ha partecipato alla gara per l'affidamento in appalto dei lavori di completamento del consolidamento della zona R4, variante ovest del centro urbano di Librizzi - II stralcio di completamento; gara vinta dalla Ventura s.p.a..

L'interessata ha impugnato avanti al T.A.R. sezione staccata di Catania gli atti di gara nei capi in cui veniva determinato lo scarto medio aritmetico delle offerte senza tenere conto delle offerte fittizia-

mente escluse e veniva ammessa la Ventura s.p.a..

Si è costituita per resistere quest'ultima società con ricorso incidentale, chiedendo annullarsi l'ammissione alla gara della C. & P., contestando la fondatezza dei motivi e chiedendo il rigetto del ricorso, col favore delle spese.

Con ricorso per motivi aggiunti la C. & P. ha impugnato il capo del disciplinare nella parte in cui contiene prescrizioni a carico, tra l'altro, dei direttori tecnici.

L'adito T.A.R. ha respinto il ricorso principale e dichiarato inammissibile quello per motivi aggiunti, con assorbimento di quello incidentale, con la sentenza indicata in epigrafe che l'appellante impugna, con richiesta di annullamento, col favore delle spese. Censura il capo nel quale la sentenza ritiene legittimo il procedimento di determinazione dello scarto medio aritmetico.

Si è costituito per resistere l'Assessorato ma non ha spiegato difese scritte.

L'appellata Ventura s.p.a., con memoria, ha contestato la fondatezza dei motivi e concluso per il rigetto, col favore delle spese. Ha riproposto la censura di violazione e falsa applicazione delle lettere b) e c) dell'art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e del punto 4) del disciplinare di gara, già dedotta in primo grado col ricorso incidentale.

Il Comune di Librizzi, prima con controricorso e poi con memoria, ha chiesto il rigetto del ricorso, col favore delle spese.

## DIRITTO

Il Collegio può prescindere dall'esame dell'appello incidentale

data l'infondatezza dell'appello principale, che verte sulla interpretazione dell'art. 21 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, coordinato con le norme recate da ultimo dall'art. 1 della L.R. 21 agosto 2007, n. 20.

Detto articolo in particolare ai commi 1 bis, 1 bis 1, 1 bis 2, 1 bis 3 e 1 bis 4 dispone testualmente:

*"1-bis. Nei casi di aggiudicazione di lavori di importo pari o superiore al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP con il criterio del prezzo più basso di cui al comma 1, l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'articolo 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media..... Relativamente ai soli appalti di lavori pubblici di valore inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata aggiudica l'appalto all'offerta, espressa in cifre percentuali di ribasso, che risulta pari, o in mancanza, che più si avvicina per difetto alla media aritmetica dei ribassi individuata con le modalità di cui ai commi 1 bis 1 e 1 bis 2. Le medie sono calcolate sino alla quarta cifra decimale, arrotondata alla unità superiore qualora la quinta cifra decimale sia pari o superiore a cinque.*

*1 bis 1. La commissione aggiudicatrice dopo la fase di ammissione delle offerte, in pubblica seduta, ai soli fini della determinazione della*

*media di riferimento, procede ad escludere fittiziamente il 50 per cento delle offerte ammesse. A tal fine sorteggia un numero intero da 11 a 40; il numero sorteggiato costituisce la percentuale relativa al numero delle offerte di minor ribasso; la differenza tra 50 ed il numero sorteggiato costituisce la percentuale relativa al numero delle offerte di maggior ribasso. I numeri delle offerte da eliminare fittiziamente, corrispondenti a tali percentuali, sono determinati senza tenere conto di eventuali cifre decimali. La procedura di cui al presente comma non è esercitabile qualora il numero di offerte valide risulti inferiore a cinque.*

*1 bis 2. La commissione aggiudicatrice calcola la media aritmetica delle offerte che restano dopo l'operazione di esclusione fittizia di cui al comma 1 bis 1: se il numero sorteggiato è compreso tra 11 e 24, l'aggiudicazione viene fatta all'offerta che risulta pari o che più si avvicina per difetto alla media dei ribassi delle offerte rimaste in gara dopo la procedura di esclusione delle offerte di maggiore e minore ribasso incrementata dello scarto aritmetico di cui al comma 1 bis. Se il numero sorteggiato risulta compreso tra 26 e 40, l'anzidetta media viene decrementata dello scarto medio aritmetico. Se il numero sorteggiato risulta pari a 25 non si procede alla determinazione dello scarto medio aritmetico e la media di aggiudicazione è quella risultante dalla media delle offerte rimaste in gara".*

*1-bis 3. Ove si sia in presenza di più aggiudicatari con offerte uguali, si procede esclusivamente al sorteggio del primo e del secondo aggiudicatario, escludendo qualsiasi altro sistema di scelta. Il sorteggio*

*deve essere effettuato nella stessa seduta pubblica in cui sono stati individuati più aggiudicatari con offerte uguali.*

*1-bis 4. Nel caso di presentazione alla gara di più offerte aventi identico ribasso, l'esclusione fittizia delle offerte, ai sensi del comma 1-bis 1, non può essere superiore in termini numerici al 50 per cento delle offerte presentate, non rilevando a tal fine l'ipotesi in cui le offerte presentino un identico ribasso e si collochino a cavallo delle due soglie di esclusione. Stante la natura fittizia dell'esclusione del 50 per cento delle offerte ammesse per la formazione della media, tutte le offerte ammesse concorrono alle successive fasi di aggiudicazione della gara.*

In relazione a tali disposizioni, la parte appellante sostiene che, per determinare lo scarto medio aritmetico, il seggio di gara avrebbe dovuto tenere conto anche delle offerte fittiziamente escluse ....

La deduzione non può essere condivisa per le seguenti ragioni.

Tutto il procedimento di aggiudicazione applicato in Sicilia è regolato da calcoli matematici che tendono ad impedire che accordi tra gli offerenti possano determinare l'aggiudicazione a soggetto scelto dagli offerenti stessi e ciò con turbativa d'asta.

A tal fine sono stati introdotti nel sistema dei correttivi, indicati farraginosamente dal legislatore, da ultimo con la legge regionale n. 20 del 2007. Sino a tale momento, per quanto riguarda la questione all'esame, lo scarto medio aritmetico che andava ad incrementare o decrementare la media aritmetica veniva calcolato non computando le offerte fittiziamente escluse.

La locuzione di cui a detta legge, secondo la quale “*stante la natura fittizia dell’esclusione del 50% delle offerte ammesse per la formazione della media, tutte le offerte ammesse concorrono alle successive fasi di aggiudicazione della gara*” ha creato dei dubbi interpretativi che, però, sembrano superabili.

Ritiene il Collegio che non sia contestabile che le offerte si dividono in due categorie: quelle escluse e quelle ammesse. Di quelle escluse non è dato occuparci.

Le offerte ammesse, per rendere difficoltosa l’intesa tra gli offerenti attraverso l’introduzione di elementi non controllabili preventivamente perché affidati al caso, vengono ripartite in due categorie: quelle ammesse a determinare la media di aggiudicazione e le altre, cioè quelle fittiziamente escluse.

Il termine esclusione fittizia usato dalla legge merita di essere spiegato chiarendone il significato, anche se ovvio. Le offerte ammesse ma fittiziamente escluse non ricevono lesione di alcuna loro pretesa perché anche esse concorrono all’aggiudicazione della gara, che può anche essere a loro favore. La natura fittizia dell’esclusione comporta solo che esse non partecipano alla determinazione della media.

Le offerte non escluse possono, quindi, dividersi in due gruppi: quelle che vanno a fare parte del nucleo che parteciperà alla determinazione della media aritmetica e, poi, alla determinazione dello scarto medio aritmetico (correttivo della media aritmetica), e quelle fittiziamente escluse che non partecipano alla determinazione né della media né dello scarto. Una volta determinate la media e lo scarto e fissata la

media di aggiudicazione, l'offerta (o le offerte con pari ribasso) potranno rinvenirsi tanto nel nucleo quanto al di fuori di esso e cioè tra le offerte fittiziamente escluse. Questo, e non altro, è il senso della locuzione *“tutte le offerte concorrono alle successive fasi di aggiudicazione della gara”*.

La locuzione riportata nulla aggiunge alle disposizioni della legge e serve solo a chiarire che aggiudicataria potrà essere un'offerta in precedenza fittiziamente esclusa; e non poteva essere diversamente (anche se la legge non l'avesse esplicitato) perché, individuata la media di aggiudicazione l'offerta aggiudicataria andava cercata tra tutte le offerte non escluse.

Tutta la questione, pertanto, si risolve con la precisazione che tutte le offerte ammesse partecipano all'aggiudicazione, anche se la media viene determinata calcolando solo una parte di esse che, per effetto della partecipazione alla fissazione di tale media non sono privilegiate, data l'imprevedibilità dell'esito. Imprevedibilità connessa in particolare al fatto che lo scarto medio aritmetico, a seconda dei casi (affidati alla sorte), può operare come elemento di decremento della media aritmetica, oppure di incremento, oppure ancora può non operare affatto

Per contro la tesi secondo cui tutte le offerte ammesse concorrono alla determinazione dello scarto medio non trova elementi letterali di riscontro. Il legislatore siciliano ha previsto infatti che le offerte fittiziamente escluse concorrono alle fasi successive (rispetto al calcolo della media di riferimento in cui interviene la determinazione dello

scarto medio) della aggiudicazione e quindi alla fase finale della procedura. Sul piano logico non emergono elementi per una interpretazione diversa da quella letterale, risultando per contro irrazionale una scomposizione delle offerte prese a base del calcolo delle medie.

Esattamente al riguardo il T.A.R. ha osservato che diversamente opinando, verrebbe utilizzata una formula di calcolo disomogenea ed irrazionale, il che non è conforme alle regole della logica matematica.

In conclusione il ricorso è, quindi, infondato e va respinto.

Le spese del grado di giudizio possono essere compensate in ragione della particolarità della vicenda.

P. Q. M.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede giurisdizionale, respinge e compensa le spese.

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

Così deciso in Palermo, dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede giurisdizionale, nella camera di consiglio del 19 febbraio 2009, con l'intervento dei signori: Pier Giorgio Trovato, Presidente, Raffaele Maria De Lipsis, Paolo D'Angelo, estensore, Filippo Salvia, Pietro Ciani, componenti.

F.to: Pier Giorgio Trovato, Presidente

F.to: Paolo D'Angelo, Estensore

F.to: Maria Assunta Tistera, Segretario

Depositata in segreteria

il 15 ottobre 2009