

Qualora una clausola della lex specialis di gara preveda un certo metodo di conteggio (regola dell'arrotondamento alla seconda cifra decimale) per quanto concerne la valutazione del ribasso delle offerte, non è assolutamente scontato che lo stesso criterio, nel silenzio della norma, debba essere applicato anche al calcolo delle offerte anomale

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 6561 del 7 novembre 2006 ci insegna che:

<Anzitutto, va sottolineato che la decisione del Consiglio di Stato n. 1277/2003, che l'appellante assume essere circostanziale e inapplicabile nella fattispecie, esprime un unico principio, assolutamente condivisibile, che è stato opportunamente richiamato dal TAR: "nel silenzio della regolamentazione di gara, la commissione non avrebbe potuto procedere ad arrotondamenti nel calcolo delle medie e della soglia di anomalia", che è come dire ubi lex voluti dixit>

Ma, di questo pare che la stessa appellante sia convinta, tant'è che sostiene (infondatamente) che la regola dell'arrotondamento alla seconda cifra decimale, prevista per le offerte, debba "quantomeno in via analogica" essere applicata anche per la determinazione della soglia di anomalia.

La tesi non può essere condivisa, perché 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, ovvero che se invece per i ribassi non è previsto arrotondamento, esso non deve essere previsto neppure per "gli ulteriori sviluppi".>

In conclusione quindi:

<Peraltro, in assenza di una "regola matematica" che imponga il troncamento o l'arrotondamento del risultato di un qualsivoglia calcolo ad un numero prefissato di decimali, e di una "regola giuridica" che preveda tale troncamento o arrotondamento, non appare chiara la ragione (forse per simmetria con quanto previsto per le offerte) che ha indotto la Commissione ad alterare il risultato della operazione aritmetica per la determinazione della soglia di anomalia. **In ogni caso, per motivi di convenienza o per comodità di calcolo, si sarebbe potuto procedere ad un troncamento o ad un arrotondamento della soglia di anomalia, ma alla condizione (imprescindibile) di conservare un numero di decimali sufficiente ad evitare di falsare il risultato del calcolo e quindi di danneggiare alcuno dei concorrenti**>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da ***. – Impresa *** s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Alfredo Bianchini e dall'avv. Fabio Lorenzoni, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma, via del Viminale, n. 43,

contro

Costruzioni Generali *** s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Manzi, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, via F. Confalonieri, n. 5,

il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Servizi Integrati Infrastrutture e Trasporti per il Veneto, Trentino Alto Adige e Friuli Venezia Giulia (S.I.I.T.) – Settore Infrastrutture – Magistrato delle Acque, rappresentato e difeso dalla Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è per legge domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12,

per l'annullamento

della sentenza n. 290 del 2006 del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, sede di Venezia sez. I, resa inter partes.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti avanti indicate;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 14 luglio 2006, relatore il Consigliere Giuseppe Romeo, uditi l'avv. Bianchini, l'avv. Lorenzoni, l'avv. Manzi e l'avvocato dello Stato Baghetti.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il TAR Veneto, con la sentenza di cui viene chiesta la riforma, ha accolto il ricorso della odierna appellata, disponendo l'annullamento del verbale della Commissione di gara, con il quale è stata deliberata l'aggiudicazione provvisoria, in favore della appellante, dell'appalto per l'esecuzione dei lavori per la nuova costruzione ad uso uffici, laboratori e magazzini per l'Ispettorato centrale Repressione e Frodi – sede di Conegliano, da realizzarsi nel Comune di Susegana su terreno edificabile concesso dall'Istituto sperimentale per la viticoltura di Susegana.

Il TAR premette in fatto che, una volta calcolata la soglia di anomalia (12,98%), la ricorrente - appellata è stata automaticamente esclusa per avere offerto un ribasso pari alla percentuale del 12,98%, e l'appalto è stato aggiudicato, in via provvisoria, alla controinteressata - appellante, la quale aveva offerto il ribasso percentuale di 12,93%, più vicino, per difetto, alla soglia di anomalia.

Il ricorso della istante è stato accolto, perché è stata riconosciuta fondata la censura di violazione di legge e di eccesso di potere: la soglia di anomalia è stata illegittimamente calcolata mediante un arrotondamento non previsto dalla lex specialis della media aritmetica alla seconda cifra decimale, senza il quale l'offerta della ricorrente (odierna appellata) non sarebbe stata esclusa in quanto la soglia di anomalia è di 12,9828125...%, superiore e non uguale al ribasso offerto del 12,98%.

2.- Questa conclusione non è condivisa dalla appellante, la quale sostiene (unitamente alla Amministrazione, costituitasi in giudizio) che il TAR avrebbe dovuto tenere in debito conto della disposizione (non impugnata) del disciplinare di gara (valevole non solo per le offerte), secondo la quale "Le eventuali offerte contenenti decimali saranno prese in considerazione solamente fino ai centesimi, con eventuale arrotondamento alla unità superiore qualora la terza cifra decimale sia pari o superiore a cinque". Con questa disposizione l'Amministrazione ha, infatti, enunciato "un modus operandi cui attenersi nell'espletamento dell'intera procedura di aggiudicazione dell'appalto". Avrebbe errato il TAR nel richiamare un orientamento giurisprudenziale (C.S., dec. n. 1277/2003), non pertinente alla fattispecie, perché, nel caso esaminato, la lex specialis prevedeva che "il ribasso dovrà essere espresso sino alla seconda cifra decimale", e "non prevedeva alcun arrotondamento all'unità superiore nel caso in cui la terza cifra decimale fosse pari o superiore a cinque", diversamente da quanto nella specie disciplinato dal bando "anche per la terza cifra decimale prevedendosi espressamente che essa rilevasse ai soli fini dell'arrotondamento incrementativo". La prescrizione tassativa della procedura di arrotondamento da seguire nel caso di offerte formulate con un numero di decimali superiore a quello richiesto, dovrebbe essere applicata "quantomeno in via analogica in relazione all'intero procedimento volto all'individuazione del soggetto aggiudicatario dell'appalto e, conseguentemente, anche per la determinazione della soglia di anomalia". In ogni caso - prosegue l'appellante - il menzionato orientamento giurisprudenziale merita di essere rivisto alla luce "del principio secondo cui le regole matematiche (diversamente da quanto affermato a pagina 4 della sentenza 1277/2003, secondo cui "le regole matematiche sarebbero automaticamente applicabili"), lungi dal dover essere applicate in forza di un non meglio precisato automatismo, sono applicabili e, dunque, per così dire vivono nel diritto solo se e nella misura in cui siano espressamente recepite da un atto avente natura giuridica" (il diritto non si trova in una condizione di ricezione passiva rispetto alla scienza). Da ultimo, l'appellante enuncia un paradosso: se si aggiudicasse l'appalto alla appellata con un ribasso di 12,98%, si verrebbe ad aggiudicare l'appalto ad una impresa che ha formulato una offerta diversa da quella indicata in sede di gara, giacché la Costruzioni Generali *** ha offerto una percentuale di ribasso pari al 12,983%, superiore alla soglia di anomalia risultante dal calcolo matematico, pari a 12,9828125, e, quindi, da escludere.

3.- Si è costituita la appellata, chiedendo la reiezione del ricorso.

4.- Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'udienza del 14 luglio 2006.

DIRITTO

1.- La questione (in sé semplice e affatto nuova) sottoposta all'esame del Collegio, è sorta perché la lex specialis della gara per l'aggiudicazione (da effettuarsi secondo il criterio del massimo ribasso percentuale, e con esclusione automatica delle offerte con percentuali di ribasso pari o

superiori alla soglia dell'offerta anomala determinata ai sensi dell'art. 21, comma 1 bis, della legge n. 109 del 1994) dei lavori per la nuova costruzione ad uso uffici, laboratori e magazzini per l'Ispettorato centrale Repressione frodi – sede di Conegliano, ha previsto che “le eventuali offerte contenenti decimali saranno prese in considerazione solamente fino ai centesimi, con eventuale arrotondamento all'unità superiore qualora la terza cifra decimale sia pari o superiore a cinque”. Sebbene nulla fosse stato stabilito per la determinazione della soglia di anomalia delle offerte, l'Amministrazione ha calcolato la soglia della anomalia, procedendo all'arrotondamento alla seconda cifra decimale della media dei ribassi, della media degli scarti e della stessa soglia di anomalia, con il risultato che tale soglia di anomalia è stata fissata in 12,98%, cioè in una percentuale che ha comportato la esclusione automatica della ricorrente – appellata, la cui offerta presentava un ribasso percentuale di 12,98%.

2.- La soluzione che il primo giudice ha dato alla questione se l'Amministrazione potesse procedere all'arrotondamento alla seconda cifra decimale della soglia di anomalia, in assenza di una esplicita previsione del bando di gara (l'arrotondamento è stato stabilito solo per le offerte in ribasso), è corretta e merita di essere condivisa. La soglia di anomalia non poteva essere arrotondata alla seconda cifra decimale, e sarebbe dovuta essere espressa nella cifra risultante dalla operazione di calcolo, cioè in 12,9828125...%, e, quindi, la ricorrente – appellante, che aveva offerto un ribasso di 12,98%, non poteva essere esclusa.

3.- L'appellante critica questa soluzione sulla base di considerazioni che paiono frutto di equivoci e fraintendimenti. Essa oppone che: - l'Amministrazione, sebbene abbia fissato una regola valida per le sole offerte in ribasso, abbia stabilito un modus operandi per l'intera procedura; - la decisione del Consiglio di Stato n. 1277/2003 (resa in fattispecie analoga), richiamata dal primo giudice, non sia pertinente, perché nella specie è stata “disciplinata anche la terza cifra decimale”; - l'orientamento giurisprudenziale, espresso con questa decisione, merita comunque di essere rivisto, in quanto “le regole matematiche vivono nel diritto solo e nella misura in cui siano espressamente recepite da un atto avente natura giuridica”, e non sono automaticamente applicabili (questo si legge a pag. 4 della decisione n. 1277/2003).

Anzitutto, va sottolineato che la menzionata decisione del Consiglio di Stato, che l'appellante assume essere circostanziale e inapplicabile nella fattispecie, esprime un unico principio, assolutamente condivisibile, che è stato opportunamente richiamato dal TAR: “nel silenzio della regolamentazione di gara, la commissione non avrebbe potuto procedere ad arrotondamenti nel calcolo delle medie e della soglia di anomalia”, che è come dire *ubi lex voluit dixit*.

Ma, di questo pare che la stessa appellante sia convinta, tant'è che sostiene (infondatamente) che la regola dell'arrotondamento alla seconda cifra decimale, prevista per le offerte, debba “quantomeno in via analogica” essere applicata anche per la determinazione della soglia di anomalia.

La tesi non può essere condivisa, perché 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, ovvero che se invece per i ribassi non è previsto arrotondamento, esso non deve essere previsto neppure per “gli ulteriori sviluppi”.

Appare ancora singolare la critica che l’appellante muove alla decisione n. 1277/2003 del Consiglio di Stato, richiamata – come detto – dal TAR, con la quale si sostiene che “le regole matematiche sono applicabili” non automaticamente (come statuito in questa decisione), ma nella misura in cui esse “vivono nel diritto”

Il “rapporto tra scienza e diritto” è malamente evocato dall’appellante, perché nella specie non viene in evidenza il calcolo (o la regola) della media aritmetica dei ribassi che la Commissione ha eseguito ai sensi della normativa vigente (art. 21, comma 1 bis, della legge n. 109/1994), la cui correttezza non è stata da alcuno contestata, ma il fatto (indiscutibile) che il risultato della operazione aritmetica, seguita per la determinazione della soglia di anomalia, sia stato arbitrariamente alterato, arrotondando (senza una esplicita previsione in tal senso) la cifra vera di 12,9828125...% in 12,98%, il che ha comportato l’illegittima esclusione automatica della ricorrente – appellata, la quale aveva offerto un ribasso di 12,98%, erroneamente ritenuto pari alla soglia di anomalia.

Peraltro, in assenza di una “regola matematica” che imponga il troncamento o l’arrotondamento del risultato di un qualsivoglia calcolo ad un numero prefissato di decimali, e di una “regola giuridica” che preveda tale troncamento o arrotondamento, non appare chiara la ragione (forse per simmetria con quanto previsto per le offerte) che ha indotto la Commissione ad alterare il risultato della operazione aritmetica per la determinazione della soglia di anomalia. In ogni caso, per motivi di convenienza o per comodità di calcolo, si sarebbe potuto procedere ad un troncamento o ad un arrotondamento della soglia di anomalia, ma alla condizione (imprescindibile) di conservare un numero di decimali sufficiente ad evitare di falsare il risultato del calcolo e quindi di danneggiare alcuno dei concorrenti.

Rimane, da ultimo, la prospettazione del paradosso, che, secondo l’appellante, sarebbe dovuto al fatto che la originaria ricorrente avrebbe offerto un ribasso di 12,983%, superiore alla soglia di anomalia risultante dal calcolo matematico (pari a 12,9828125...%), per cui, in virtù della diversità di regole all’interno della medesima procedura, alla stessa verrebbe aggiudicato l’appalto, sebbene la sua offerta sia appunto superiore alla soglia di anomalia.

Ferma restando la diversità dei due momenti all’interno della stessa procedura (formulazione delle offerte e determinazione della soglia di anomalia), di cui si è avanti detto, resta il fatto che non è vero che la Costruzioni Generali *** abbia offerto un ribasso di 12,983%, giacché questa ha presentato un solo ribasso di offerta, quello a due decimali (12,98%); il ribasso a tre decimali (12,983%) è superato dall’arrotondamento operato dalla stessa Costruzioni Generali *** (la situazione non cambierebbe se la riduzione a due decimali fosse stata effettuata dalla Commissione ai sensi della previsione del bando), e questo risulta dal verbale prodotto in atti, dove sono riepilogate le offerte delle ditte: “34)- ATI Costruzioni Generali *** s.r.l....il ribasso del 12,983% arr.to 12,98%”.

L’appello va, pertanto, respinto.

Sussistono motivi per disporre la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in epigrafe.
Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma, il 14 luglio 2006 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) DEPOSITATA IN SEGRETERIA - il.....07/11/2006.....