

Ancora incertezze sulla soglia di anomalia dell'art. 97. Tar Marche, Sez.I, 07/10/2019 n. 622

Con l'Ordinanza del TAR Lombardia – Milano, sezione I, 25 luglio 2019, n. 937, l'ordinanza del Tar Calabria, Catanzaro, Sez.I, 16/09/2019 n. 363, e la prima sentenza di un Tar sulla nuova soglia di anomalia dopo lo “sblocca-cantieri”, ossia Tar Sicilia, Catania, Sez. I, 16/09/2019, n. 2191, le modalità di calcolo illustrate dal MIT avevano trovato una conferma.

La norma aveva trovato stabilità presso gli operatori del settore (stazioni appaltanti ed imprese).

La non felice formulazione dell'art. 97, comma 2, dopo le modifiche del Decreto cd. “Sblocca cantieri”, aveva creato notevoli problemi nella ricostruzione del significato del testo oscuro adottato dal legislatore.

La sentenza Tar Marche, Sez. I, 07/10/2019 n. 622 mette in discussione le certezze, discostandosi dalla giurisprudenza predetta e dalle indicazioni del MIT.

“In relazione alle prime decisioni che il giudice amministrativo ha adottato in subiecta materia (si tratta, come detto, della sentenza “breve” del TAR Catania n. 2191/2019 e delle ordinanze cautelari del TAR Milano n. 937/2019 e del TAR Catanzaro n. 363/2019) e agli atti che il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e l'ANAC hanno a loro volta adottato sull'argomento, si deve osservare come si sia creato un singolare ed autoreferenziale percorso argomentativo, atteso che:

– con il predetto parere reso alla Regione Toscana il Ministero ha ritenuto che la lett. d) del novellato art. 97 vada applicata secondo quanto sostiene nel presente giudizio Edil Ma.Vi. Successivamente, un organismo periferico del M.I.T. ha adottato analoghe istruzioni operative finalizzate a dirimere un dubbio interpretativo emerso in occasione di una specifica gara svolta nella Regione Sicilia (doc. allegato n. 20 al ricorso);

– con delibera n. 715 del 23 luglio 2019 l'ANAC, chiamata ad esprimere un parere di precontenzioso nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica in cui veniva in rilievo la medesima questione qui controversa, ha così testualmente statuito “Si ritiene, tenuto conto della lettera della disposizione, che il decremento della soglia di cui alla lettera c) non sia percentuale e che l'interpretazione corretta sia quella sostenuta dalla stazione appaltante...”. Nel prosieguo l'Autorità richiama anch'essa il citato parere del M.I.T.;

– anche nelle richiamate decisioni del giudice amministrativo di cui si ha ad oggi contezza viene semplicemente richiamato il parere del M.I.T., quasi che lo stesso assuma valore normativo. Sottolineato che non è questa la sede idonea per dare conto della ormai più che centenaria giurisprudenza formatasi in tema di valenza giuridica delle circolari amministrative e che, ad ogni buon conto, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti non può comunque “legiferare” in tema di appalti di servizi e di forniture, è sicuramente da sottolineare come anche l'ANAC si sia limitata a richiamare l'avviso del Ministero, dando peraltro per scontato che la formulazione della norma fosse nel senso che il decremento da apportare alla soglia di cui alla let. c) non sia percentuale;

– al contrario, la formulazione letterale della lett. d) depone proprio in senso opposto, per cui sarebbe stato necessario che l'Autorità desse adeguatamente conto delle ragioni per le quali la norma andrebbe interpretata in senso apparentemente dissonante dal suo tenore letterale. Ma in realtà, ed in assenza di una modifica normativa o dell'adozione di una disposizione di interpretazione autentica, non vi sono ragioni che giustificino le tesi sinora affermatesi in giurisprudenza, visto che l'obiettivo del legislatore (ossia evitare che i concorrenti possano conoscere ex

ante quale sarà la soglia di anomalia) è perseguibile anche utilizzando la formula che nella specie ha applicato la stazione appaltante, la quale risulta certamente più adeguata al tenore letterale della norma di riferimento“.

Secondo il Collegio da una esegesi della lett. d) del comma 2 del novellato art. 97 Codice appalti che tenga debitamente conto delle nozioni e dei concetti propri della matematica, si desume che:

“- decrementare” un numero di un “valore percentuale” significa calcolare il valore assoluto a cui corrisponde quella determinata percentuale e sottrarre tale valore al numero di partenza (ad esempio, decrementare 100 del “valore percentuale” 20% significa calcolare a quanto corrisponde il 20% di 100 e poi sottrarre tale numero a 100);

– la “prima soglia di anomalia” che viene calcolata ai sensi della lett. c), seppure graficamente espressa come se fosse una percentuale (il che si giustifica per il fatto che essa è la media di ribassi percentuali sui prezzi a base di gara incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi ed è dunque graficamente connotata dal simbolo “%”) in questo senso va intesa come un numero assoluto, rispetto al quale va operato il “decremento”;

– nella specie, per decrementare la “prima soglia di anomalia” calcolata dalla commissione di gara del “valore percentuale” ottenuto con le modalità di calcolo di cui alla lett. d) occorre calcolare lo 0,405% di 27,161 e sottrarre il valore così ottenuto da tale valore-soglia. E poiché lo 0,405% di 27,161 è pari a 0,11, la soglia di anomalia finale è pari a 27,051 (ossia 27,161-0,11).

Laddove il legislatore avesse inteso effettivamente disporre quanto sostiene la ricorrente (ovvero la sottrazione secca n.d.r.), allora avrebbe dovuto utilizzare un lessico più consono e inequivoco“.

Roma, 10 ottobre 2019

A cura di Giuseppe Failla