

## Taglio delle ali ed invarianza della media. Ancora sull'art. 19, co. 6 bis, della L.R. siciliana n. 12/2011.

di Fulvio Ingaglio La Vecchia

Data di pubblicazione: 3-4-2017

1. L'art. 19, co. 6 *bis*, della l.r. siciliana n. 12/2011 deve essere correttamente interpretato nel senso che nella determinazione del correttivo (la **somma dei ribassi offerti**) debbono intendersi ricompresi tutti i concorrenti, anche quelli fittiziamente esclusi con il c.d. **taglio delle ali** (1). Il taglio delle ali, infatti, ha il solo scopo di eliminare, ai fini del calcolo della media, l'influenza di offerte disancorate dai valori medi, in modo da scoraggiare la presentazione di offerte presentate solo per condizionare la media stessa.

(1) *in senso conforme: ord. n. 298/2016, confermata da C.G.A., ord. n. 237, 242, 253, 294, 609 e 898/2016; T.A.R. Sicilia, Sez. II, 14 settembre 2016, n. 2158; T.A.R. Sicilia, n. 1773/2016, 325/2017;*

2. Non è invocato appropriatamente il principio dell'invarianza o della stabilità della media laddove la stazione appaltante abbia provveduto alla mera correzione di un computo che avrebbe dovuto essere effettuato fin dall'inizio in modo diverso.

3. La **mancata impugnazione** di un **bando** di gara comporta il **consolidamento** degli **effetti** della *lex specialis*, i quali, in quanto relativi ad un "**rapporto esaurito**", non possono essere travolti dalla pronuncia di **incostituzionalità** dell'art. 19, co. 6 *bis*. (2)

Tale pronuncia, pur determinando il venir meno, in via retroattiva, della norma, incontra il limite degli effetti irrevocabilmente prodotti dalla stessa, specificamente riferiti al bando e al disciplinare della gara in interesse (3).

(2) *in tal senso Consiglio di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 110; Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 novembre 2015 n. 5152;*

(3) *in senso conforme Cons. Stato, Sez. VI, 5 settembre 2005 n. 4513; 22 agosto 2007 n. 4476; Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 agosto 2012, n. 4583; Cons. St. n. 5152/2015; Sez. IV, 25 luglio 2005 n. 3955;*

4. La nota prot. 118674/DRT dell'Assessorato Regionale alle Infrastrutture ed alla Mobilità ha carattere di atto a contenuto generale, privo di natura provvedimentoale, con cui si offre alle Amministrazioni un'interpretazione non vincolante della norma regionale. Deve quindi reputarsi che l'impugnazione di tale nota rivesta carattere meramente prudenziale.

## Guida alla lettura

Con la sentenza in commento il T.A.R. panormita ribadisce quanto già affermato in ordine alla corretta applicazione dell'art. 19, comma 6 bis della L.R. 12/2011. La ricorrente impugnava gli atti di gara invocando come corretta applicazione dell'art. 19 della l.r. n. 12/2011 recepito dall'art. 1, comma 1, della l.r. 10.7.2015, n. 14, in difformità della nota assessoriale 118674 del 17.12.2015 dell'Assessorato Regionale alle infrastrutture ed alla Mobilità. Sosteneva la ricorrente che, in base al citato art. 19, il fattore di incremento/decremento sarebbe stato da individuare solo con riferimento alle offerte ammesse dopo il cd. taglio delle ali e non con riguardo alla somma dei ribassi offerti da tutti i concorrenti ammessi, ivi inclusi quelli, poi, fittiziamente esclusi dopo il cd. taglio delle ali.

Il decidente, sul punto, ribadisce quindi l'orientamento già espresso con la sentenza 325/2017, precisando come l'Assessorato abbia, al riguardo, chiarito che il taglio delle ali ha il solo scopo di eliminare, ai fini del calcolo della media, l'influenza di offerte disancorate dai valori medi, in modo da scoraggiare la presentazione di offerte presentate solo per condizionare la media stessa.

Il collegio ribadisce, inoltre, *incidenter tantum* la non refluenza sulla fattispecie della sentenza della Corte Costituzionale n. 263/2016, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, commi 6, 6 bis, 6-ter e 6-quater, della legge della Regione siciliana n. 12 del 2011, come introdotti dalla legge della Regione siciliana n. 14 del 2015, reputando di non poter fare governo – nel caso di specie - degli effetti di tale pronuncia di incostituzionalità, stante l'impedimento costituito dal principio dell'inesistibilità degli effetti di incostituzionalità ai rapporti esauriti.

Invero, una pronuncia di illegittimità costituzionale di una norma di legge determina la cessazione della sua efficacia *erga omnes* ed impedisce, dopo la pubblicazione della sentenza, che essa possa essere applicata ai rapporti in relazione ai quali la norma dichiarata incostituzionale risulti rilevante, stante l'effetto retroattivo dell'annullamento. A tale effetto retroattivo sfuggono, tuttavia, i c.d. rapporti esauriti. Sicché, limite invalicabile della retrazione sono gli effetti irrevocabilmente prodotti, (la preclusione nascente dal giudicato o la scadenza dei termini di prescrizione o di decadenza, oppure nell'esaurimento del rapporto); limite concretatosi, nel caso di specie nel consolidamento del bando di gara e del disciplinare, facenti espressamente rinvio all'art. 19, riprodotto fedelmente nel suo contenuto. La mancata impugnazione di tale atto amministrativo generale ha, pertanto, comportato il consolidarsi degli effetti della *lex specialis*, i quali, in quanto relativi ad un "rapporto esaurito", non possono essere travolti dalla pronuncia di incostituzionalità dell'art. 19, co. 6 bis.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1845 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da: ?IMPRESA AVOLA SALVADOR, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Stornello, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gaetano Giuffrida, sito in Palermo nella Via A. Narbone n.58;

contro

- il COMUNE di SCIACCA, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Pellegrina Falco e domiciliato ex art. 25 cod.proc.amm. presso la Segreteria di questo Tar, sito in Palermo nella Via Butera n.6; ?- il Dirigente pro tempore del VI Settore - Ecologia, Impianti, Servizi a Rete e Patrimonio del Comune di Sciacca, non costituito in giudizio;?- la Commissione di Gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria e di adeguamento alle norme vigenti dell'edificio scolastico della scuola materna "I Circolo Giovanni XXIII - Catusi di Sciacca, non costituita in giudizio; ?- l'ASSESSORATO REGIONALE ALLE INFRASTRUTTURE E ALLA MOBILITÀ, in persona dell'Assessore pro tempore, rappresentato e difeso ope legis dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui Uffici, siti in Palermo, via A. De Gasperi, n. 81, è domiciliato per legge;

nei confronti di

DAMIGA S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Comandè, Filippo Morici e Serena Caradonna, domiciliato ex art. 25 cod.proc.amm. presso la Segreteria di questo Tar, sito in Palermo nella Via Butera n.6;

per l'annullamento

### QUANTO AL RICORSO INTRODUTTIVO:

- della Determina del Dirigente del VI Settore Ecologia, Impianti, Servizi a Rete e Patrimonio del Comune di Sciacca n. 86 del 29 marzo 2016, comunicata via p.e.c. il giorno 31 successivo, di annullamento in autotutela: a) del verbale della gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria di adeguamento alle norme vigenti dell'edificio scolastico della scuola materna e elementare del I Circolo Giovanni XXIII Catusi Sciacca n. 8 del 29 ottobre 2015, recante il calcolo della media di gara e della soglia di anomalia, la formazione della graduatoria finale e l'aggiudicazione provvisoria della gara medesima all'impresa Avola Salvador, con il ribasso dell' 11,5345 per cento e l'importo complessivo di € 726.293,84, oltre I.V.A.; b) della Determina dirigenziale n. 459 del 30 ottobre 2015, recante l'approvazione delle operazioni di gara e dell'aggiudicazione provvisoria della stessa all'odierna ricorrente; c) della

determina dirigenziale n. 551 del 23 dicembre 2015, recante l'aggiudicazione definitiva della gara in questione all'impresa Avola Salvador, e di riapertura delle operazioni di gara per la modifica della media di gara, la determinazione di una nuova soglia di anomalia e di nuova aggiudicazione della gara medesima;

nonché, per quanto occorra,

- delle nota del medesimo dirigente del 26 gennaio 2016, prot. n. 420/6, del 3 febbraio 2016, prot. n. 548/6 Settore, del 24 febbraio 2016, prot. gen. n. 5127, di comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela degli atti appena descritti e di riapertura delle operazioni di gara, e dell'avviso del 31 marzo 2016, prot. gen. n. 8641 del 31 marzo 2016, recante la comunicazione dell'avvenuto annullamento in autotutela degli atti sopra descritti e la riapertura delle operazioni di gara;

- del verbale delle operazioni di gara del 21 aprile 2016, recante l'individuazione di una nuova media di gara, la determinazione di una nuova soglia di anomalia, la formazione di una nuova graduatoria e l'aggiudicazione provvisoria della gara alla DAMIGA S.r.l., con il ribasso del 10,8627 per cento e l'importo complessivo di € 730.000,34, oltre I.V.A., insieme con le sconosciute Determine Dirigenziali recanti l'approvazione delle nuove operazioni di gara, la conferma dell'aggiudicazione provvisoria e l'aggiudicazione definitiva della gara in questione alla impresa controinteressata;

- del silenzio opposto alla informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale con istanza di annullamento in autotutela ex art. 243 bis, D.Lgs. n. 163/2006, del 18.4.2016;

- per quanto occorra, della nota dell'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità del 17.12.2015, prot. n. 118674/DRT, avente ad oggetto "atto di indirizzo circolare n. 55468/DRT del 31 luglio 2015 esplicativa della legge regionale 10 luglio 2015 n. 14 pubblicata sulla GURS parte I n. 34 del 21 agosto 2015";

- di ogni altro atto comunque presupposto, consequenziale e connesso;

e per il riconoscimento

- del diritto dell'impresa ricorrente a conseguire l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria di adeguamento alle norme vigenti dell'edificio scolastico della scuola materna e elementare del I Circolo Giovanni XXIII Catusi Sciacca, all'esito della gara bandita con Determina Dirigenziale n. 409 del 29.9.2015, previa declaratoria di inefficacia del contratto tra il Comune di Sciacca e la DAMIGA S.r.l., ove frattanto stipulato, ai sensi dell'art. 121 e, comunque, dell'art. 122 c.p.a.;

ovvero, in subordine,

- nel caso di rigetto della domanda di declaratoria della inefficacia del contratto, per il riconoscimento in favore della ricorrente del diritto al risarcimento del danno per equivalente ex art. 124 c.p.a.

QUANTO AL RICORSO PER MOTIVI AGGIUNTI:

- della determina del dirigente del VI settore ecologia, impianti, servizi a rete e patrimonio del Comune di Sciacca n. 152 dell'8 luglio 2016, comunicata via p.e.c. il successivo 14.7.2016, di aggiudicazione definitiva della gara ed affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria di adeguamento alle norme vigenti dell'edificio scolastico della scuola materna e elementare del I Circolo Giovanni XXIII - Catusi - Sciacca in favore della DAMIGA S.r.l., con il ribasso del 10,8627 per cento e l'importo complessivo di € 730.000,34, oltre I.V.A.;

- nonché per quanto occorra della determina dirigenziale n. 147 del 30.6.2016, avente il medesimo oggetto e successivamente annullata;

- di ogni altro atto comunque presupposto, consequenziale e connesso;

e per il riconoscimento

- del diritto dell'impresa ricorrente a conseguire l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria di adeguamento alle norme vigenti dell'edificio scolastico della scuola materna e elementare del I Circolo Giovanni XXIII - Catusi - Sciacca, all'esito della gara bandita con determina n. 409 del 29.9.2015, previa declaratoria di inefficacia del contratto tra il Comune di Sciacca e la DAMIGA S.r.l., ove frattanto stipulato, ai sensi dell'art. 121 e, comunque, dell'art. 122 c.p.a.;

e in subordine,

- nel caso di rigetto della domanda di declaratoria della inefficacia del contratto, per il riconoscimento in favore della ricorrente del diritto al risarcimento del danno per equivalente ex art. 124 c.p.a.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sciacca, della Damiga S.r.l. e dell'Assessorato alle Infrastrutture ed alla Mobilità;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2017 il dott. Sebastiano Zafarana e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1.1. Con ricorso notificato il 02/05/2016 l'impresa Avola Salvador ha impugnato dinanzi al Tar Sicilia, Sezione distaccata di Catania i provvedimenti in epigrafe indicati con i quali il Comune di Sciacca ha annullato in autotutela l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva già disposta in favore dell'impresa ricorrente, ed ha contestualmente aggiudicato in via provvisoria la gara alla Damiga Srl.

1.2. In data 23/05/2016 si è costituita in giudizio la controinteressata Damiga Srl con atto di costituzione di mera forma; in data 24/05/2016 la società controinteressata ha depositato anche una memoria difensiva con la quale ha preliminarmente eccepito l'incompetenza territoriale del Tar Catania, nonché l'inammissibilità del ricorso per nullità della notifica all'Avvocatura Distrettuale competente, avendo la ricorrente notificato a mezzo pec il ricorso all'Avvocatura Distrettuale di Palermo; ha inoltre chiesto la reiezione nel merito del ricorso.

1.3. Con memoria di costituzione depositata in data 23/05/2016 si è costituito in giudizio anche il Comune di Sciacca che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità/irricevibilità ovvero la nullità del ricorso per essere stato proposto dinanzi al Tar Catania piuttosto che dinanzi al Tar Palermo; il Comune resistente ha chiesto, inoltre, il rigetto del ricorso nel merito.

1.4. Successivamente, decidendo sull'eccezione di competenza sollevata dalle parti resistenti, con Ordinanza Presidenziale n.9 del 30/06/2016 il ricorso è stato assegnato al Tar Sicilia sede di Palermo.

1.5. Con atto notificato il 22/07/2016 la ricorrente ha proposto ricorso per motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione definitiva nel frattempo disposta in favore della Damiga Srl.

1.6. In data 25/07/2016 si è costituito in giudizio l'Assessorato Regionale alle Infrastrutture e alla Mobilità con atto di costituzione di mera forma non contenente difese scritte. In data 21/11/2016 la difesa erariale ha depositato anche un breve memoria con la quale ha chiesto il rigetto del ricorso nella parte in cui la ricorrente impugna la nota assessoriale del 17/12/2015 prot. n. 118674/DRT riguardante l'applicazione dell'art.19, comma 6 bis, L.n.12/2011.

1.7. Con ordinanza n.898/16 del 14/09/2016 questa Sezione ha respinto la domanda cautelare proposta dall'impresa ricorrente.

1.8. In vista dell'udienza di discussione del ricorso la ricorrente ha depositato una memoria difensiva in data 05/01/2017 mentre la controinteressata in data 12/01/2017.

1.9. Alla pubblica udienza del 23 gennaio 2017 il ricorso, dopo discussione delle parti, è stato trattenuto in decisione.

2. Deve preliminarmente esaminarsi l'eccezione di inammissibilità del ricorso proposta dalla Damiga Srl per essere stato, il ricorso, notificato nei confronti dell'Assessorato Regionale alle

Infrastrutture e alla Mobilità presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, pur avendo la ricorrente adito la Sezione distaccata di Catania.

Ritiene il Collegio che l'eccezione di inammissibilità del ricorso debba essere disattesa in considerazione del fatto che l'impugnata nota assessoriale del 17/12/2015 prot. n. 118674/DRT - per la quale si è reso necessario evocare in giudizio l'Amministrazione regionale - è stata impugnata soltanto in via prudenziale dalla ricorrente; la citata nota assessoriale, riguardante l'applicazione dell'art.19, comma 6 bis, L.n.12/2011 ha infatti natura di atto a contenuto generale, privo di natura provvedimentoale, con cui si offre alle amministrazioni appaltanti, un'interpretazione non vincolante della norma regionale in argomento.

3. Oggetto del ricorso è il provvedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione dell'appalto relativo ai lavori di "manutenzione straordinaria di adeguamento alle norme vigenti dell'edificio scolastico della scuola materna ed elementare del I circolo Giovanni XXIII di Catusi a Sciacca" precedentemente disposta in favore della ricorrente e successivamente disposta in favore della controinteressata Damiga Srl.

Tali provvedimenti sono stati motivati dalla stazione appaltante avuto riguardo alla nota dell'Assessorato regionale alle Infrastrutture e della mobilità del 17/12/2015 prot. n. 118674/DRT con la quale (manifestando contrario avviso rispetto a quanto in precedenza sostenuto) l'Assessorato in parola ha ritenuto che ai fini del calcolo della soglia di anomalia – in corretta applicazione dell'art.19, comma 6 bis, L.n.12/2011 - dovevano essere prese in considerazione tutte le offerte, anche quelle escluse mediante l'operazione del c.d. taglio delle ali.

Pertanto, con verbale delle operazioni di gara del 21 aprile 2016, la stazione appaltante, facendo applicazione dell'art.19, comma 6 bis, L.n.12/2011 secondo la suggerita interpretazione, ha individuato una nuova media di gara, ha determinato una nuova soglia di anomalia, ed ha proceduto alla formazione di una nuova graduatoria con aggiudicazione provvisoria della gara alla DAMIGA S.r.l., con il ribasso del 10,8627 per cento e l'importo complessivo di € 730.000,34, oltre I.V.A.

3.1. Appare opportuno rilevare che sulla disposizione regionale in argomento è recentemente intervenuta la Corte Costituzionale, che, con la sentenza n. 263/2016 (GURI 1<sup>a</sup> serie speciale, n. 51 del 21.12.2016), ha dichiarato illegittimo l'art. 19, commi 6, 6 bis, 6 ter e 6 quater, della l.r. n. 14/2015.

Deve, quindi, preliminarmente essere chiarito se la pronuncia in questione abbia inciso sulla gara in interesse, tenuto conto del consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale "...in base al combinato disposto dell'art. 136 della Costituzione e dell'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87, la pronuncia di illegittimità costituzionale di una norma di legge determina la cessazione della sua efficacia erga omnes ed impedisce, dopo la pubblicazione della sentenza, che essa possa essere applicata ai rapporti, in relazione ai quali la norma dichiarata incostituzionale risulti anche rilevanti, stante l'effetto retroattivo dell'annullamento escluso solo per i c.d. rapporti esauriti..." (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2013, n.

110; nello stesso senso: Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 novembre 2015 n. 5152).

Ritiene il Collegio che tale pronuncia, pur determinando il venir meno in via retroattiva della norma, incontri il limite degli effetti irrevocabilmente prodotti dalla stessa, specificamente riferiti al bando e al disciplinare della gara in interesse.

Deve, sul punto, essere richiamato l'orientamento del Giudice di appello, secondo cui "...Le sentenze della Corte Costituzionale trovano quindi l'unico limite negli effetti che la norma colpita ha irrevocabilmente prodotto, quali la preclusione nascente dal giudicato o la scadenza dei termini di prescrizione o di decadenza, oppure nell'esaurimento del rapporto (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 settembre 2005 n. 4513), o -ancora - nella situazione giuridica in astratto interessata e determinata da atti e fatti rilevanti sul piano sostanziale e processuale (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 22 agosto 2007 n. 4476) ..." (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 agosto 2012, n. 4583; nello stesso senso Cons. St. n. 5152/2015 cit.; Sez. IV, 25 luglio 2005 n. 3955).

Orbene, nel caso in esame sia il bando di gara, sia il disciplinare – che pure facevano espressamente rinvio alla norma regionale – non sono stati impugnati in parte qua da nessuna delle parti costituite.

La mancata impugnazione di tale atto amministrativo generale ha, pertanto, comportato il consolidarsi degli effetti della *lex specialis*, i quali, in quanto relativi ad un "rapporto esaurito", non possono essere travolti dalla pronuncia di incostituzionalità dell'art. 19, co. 6 bis.

Deve, sul punto, tenersi conto del principio giurisprudenziale, secondo cui affinché il giudice amministrativo possa pronunciarsi sull'atto amministrativo applicativo della norma dichiarata incostituzionale, è necessario che il ricorrente abbia impugnato il provvedimento, atteso che "...dalla sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della norma di legge sulla quale si fonda il provvedimento impugnato discende l'illegittimità derivata dell'atto stesso qualora l'interessato nel ricorso abbia posto in rilievo la norma di cui trattasi, ancorché non censurandola specificamente sotto il profilo della poi dichiarata costituzionalità. Assume, invero, rilievo il principio secondo cui il giudice deve applicare di ufficio, nei giudizi pendenti, le pronunce di annullamento della Corte Costituzionale, con conseguente possibilità di superare i limiti che derivano dalla struttura impugnatoria del processo amministrativo e dalla specificità dei motivi..." (Cons. St. n. 5152/2015 cit.; nello stesso senso: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 8 giugno 2016, n. 2898).

4. Esaurito l'esame della questione preliminare, può ora essere esaminato il merito del ricorso.

4.1. Il primo motivo di ricorso è affidato alle censure di violazione e falsa applicazione dei principi di logicità e buon andamento dell'azione amministrativa ex artt.3 e 97 Cost; violazione e falsa applicazione dei principi del giusto procedimento, carenza assoluta di istruttoria e di motivazione e accesso di potere per sviamento di causa tipica.

Sostiene l'impresa ricorrente di aver partecipato al procedimento di annullamento in autotutela avviato dal Comune di Sciacca mediante proprie osservazioni scritte che non sarebbero, però,

state valutate dell'amministrazione nel corso dell'istruttoria che ha preceduto la decisione contestata, le cui motivazioni si limiterebbero a una ripetuta affermazione della erroneità dei criteri di calcolo utilizzati dalla Commissione di gara. Con conseguente illegittimità dei provvedimenti adottati.

Le superiori censure sono infondate.

Poiché il procedimento di annullamento in autotutela trova la sua ragion d'essere unicamente nella necessità della stazione appaltante di fare corretta applicazione dell'art.19, comma 6 bis, della L.R. n.12/2011, l'obbligo di motivazione è sufficientemente soddisfatto con la affermazione della erroneità dei criteri di calcolo precedentemente utilizzati dalla Commissione di gara, né ad avviso del Collegio sussiste il lamentato difetto di istruttoria atteso che come dato atto dalla stesa ricorrente l'Amministrazione, prima di procedere all'annullamento in autotutela ha richiesto un parere sia all'Assessorato regionale alle Infrastrutture sia all'Associazione nazionale dei comuni italiani.

4.2. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione del principio di stabilità delle medie e della soglia di anomalia delle offerte ex art.38 comma 2 del D.Lgs. 163/2006.

La citata disposizione, vigente ratione temporis, stabiliva che "ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte".

Sostiene, la ricorrente – citando sul punto le sentenze del Consiglio di Stato n.2609/2015 e del CGA n.740/2015 - che successivamente alla aggiudicazione definitiva sarebbe impossibile per la Stazione Appaltante, anche in via di autotutela, ricalcolare la soglia di anomalia determinata all'esito della fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, ciò che invece sarebbe avvenuto nel caso in esame; con conseguente illegittimità degli atti impugnati.

La censura è infondata.

Nel caso di specie appare impropriamente invocato il principio dell'invarianza della media di cui al comma 2 bis, ultimo periodo, dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, che fa riferimento alla diversa ipotesi della successiva ammissione o esclusione di imprese partecipanti.

Il legislatore ha infatti inteso riferirsi a variazioni che intervengano nelle ammissioni o nelle esclusioni delle offerte mentre qui si è ottenuta la correzione di un computo che – a parità di elementi e/o criteri oggettivi - avrebbe dovuto essere effettuato in un determinato modo fin dall'inizio.

Dunque, correttamente, la Stazione appaltante ha annullato gli atti di gara per applicare correttamente il criterio fissato dall'art.19, comma 6 bis, della L.R. 12/2011.

3.3. Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione del

punto 16 del bando di gara e del capo 6 del disciplinare di gara nella parte in cui prevedono l'esclusione automatica delle offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia del Codice dei Contratti, come recepito in Sicilia dalla L.R. 12/2011 modificata dall'art.1 della L.R. n.14 del 10/07/2015 e, in definitiva, la violazione e falsa applicazione dell'art.19, comma 6 bis da essa introdotto.

Deduce, in sostanza, la ricorrente:

- la correttezza del criterio normato dall'art.19, comma 6 bis, L.R. 12/2011 come interpretato in prima battuta dalla Commissione di gara, con aggiudicazione in favore della Impresa ricorrente Avola Salvador;

- per converso, l'illegittimità del criterio come successivamente interpretato sulla scorta della nota assessoriale del 17/12/2015 prot. n. 118674/DRT, che ha ritenuto che ai fini del calcolo della soglia di anomalia dovevano essere prese in considerazione tutte le offerte, anche quelle escluse mediante l'operazione del c.d. taglio delle ali; con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della Damiga Srl.

Le superiori censure sono infondate.

L'art. 19, comma 6 bis, della l.r. n. 12/2011, come modificato dalla l.r. n. 14/2015, stabilisce che: "La soglia di anomalia è individuata dalla 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 quelle di minor ribasso, incrementata o decrementata percentualmente di un valore pari alla prima cifra, dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi. L'incremento o il decremento è stabilito in base alla prima cifra, dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi, rispettivamente se pari o dispari. Nel caso in cui il valore così determinato risulti inferiore all'offerta di minor ribasso ammessa, la gara è aggiudicata a quest'ultima. Per la determinazione della media, in caso di presentazione di offerte aventi identico ribasso, queste ultime sono computate una sola volta. La facoltà di esclusione automatica non è comunque esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a 10; in tal caso si applica l'articolo 86, comma 3, del decreto legislativo n. 163/2006".

Orbene, come già affermato nell'ordinanza cautelare n.898/2016 delle divergenti interpretazioni dell'art. 19, comma 6 bis, della l.r. 12/2011 è più persuasiva, in chiave di esegesi, quella per cui nella determinazione del correttivo (la somma dei ribassi offerti) devono intendersi ricompresi tutti i concorrenti, anche quelli fittiziamente esclusi con il c.d. taglio delle ali.

L'Assessorato regionale, in definitiva, ha ritenuto che il taglio delle ali ha il solo scopo di eliminare, ai fini del calcolo della media, l'influenza delle offerte disancorate dai valori medi in modo da scoraggiare la presentazione di offerte presentate solo per condizionare la media stessa.

Conseguentemente si è ritenuto che la somma dei ribassi dei concorrenti ammessi comprenda

tutte le offerte e non solo quelle che residuano dopo il taglio delle ali.

Sul punto valga quanto deciso in fattispecie analoghe con le ordinanze del CGA n. 237, n. 242, n. 253 e n. 609 del 2016 che hanno confermato l'orientamento espresso dalla sezione sul punto.

3.4 Con il quarto motivo di ricorso, proposto in via subordinata, la ricorrente lamenta che il provvedimento di annullamento in autotutela non reca alcuna motivazione in ordine all'interesse pubblico che ne avrebbe postulato l'adozione.

La censura è infondata atteso che in materia di appalti pubblici la corretta individuazione del soggetto aggiudicatario e, dunque, il ripristino della legalità, costituisce certamente interesse pubblico meritevole di tutela. E anche se detta finalità non è generalmente sufficiente ad integrare ex se, e tantomeno ad esaurire, l'ambito delle più ampie e articolate valutazioni che l'Amministrazione pubblica è generalmente chiamata ad operare in caso di annullamento in autotutela di atti di gara, nel caso in esame non pare revocabile in dubbio che dallo stesso provvedimento emergano le ragioni plausibili e concrete affinché l'interesse pubblico debba prevalere sull'interesse del privato al mantenimento della posizione di aggiudicatario, ove questa sia stata conseguenza di un errore di calcolo nella determinazione della soglia da parte della Commissione di gara.

5. Conclusivamente, per i surriferiti motivi, il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

6. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo in favore del Comune di Sciacca e della controinteressata Damiga Srl.

Avuto riguardo alla marginale attività difensiva spiegata dalla difesa erariale, anche in ragione dell'impugnazione, soltanto in via prudenziale, della nota assessoriale che vi ha dato causa, ritiene il Collegio sussistano giustificate ragioni per compensare le spese tra la ricorrente e l'Assessorato regionale alle Infrastrutture e alla Mobilità.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna l'Impresa Avola Salvador al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 1.000,00 (mille/00) oltre accessori di legge in favore del Comune di Sciacca, e in € 1.000,00 (mille/00) oltre accessori di legge in favore della Damiga S.r.l..

Compensa le spese di giudizio tra la ricorrente e l'Assessorato Regionale alle Infrastrutture e alla Mobilità.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2017 con l'intervento

dei magistrati:

Solveig Cogliani, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere

Sebastiano Zafarana, Primo Referendario, Estensore