

Taglio delle ali

Scritto da Valentina Magnano

Lunedì 02 Maggio 2016 07:58 - Ultimo aggiornamento Martedì 03 Maggio 2016 09:24

N. 04759/2016 REG.PROV.COLL.

N. 14354/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 14354 del 2015, proposto da:

C.C.G. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Patrizio Leozappa e Giuseppe Mario Militerni, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, Via G. Antonelli, 15;

contro

Taglio delle ali

Scritto da Valentina Magnano

Lunedì 02 Maggio 2016 07:58 - Ultimo aggiornamento Martedì 03 Maggio 2016 09:24

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Lazio, Abruzzo e Sardegna, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domiciliario in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

I.C.C. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. prof. Stefano Crisci, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, piazza Giuseppe Verdi, 9;

per l'annullamento, previa misura cautelare,

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva relativa alla procedura aperta avente ad oggetto i "Lavori di risanamento e tinteggiatura delle facciate esterne, lato via Moroni, via Nardini e lato campo sportivo della palazzina Piave con rifacimento delle gronde discendenti pluviali presso il complesso caserma Piave, sede del Comando Generale della Guardia di Finanza sito in Roma, adottato dal Provveditore con determina prot. n. 23810 del 27 ottobre 2015, rilasciato in copia in data 9 novembre 2015;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso, ivi espressamente incluso il verbale di gara dell'8 settembre 2015, nella parte in cui ha rettificato la precedente graduatoria formulata all'esito della seduta di gara del 22 luglio 2015 ed ha individuato nella controinteressata Ca. Costruzioni s.r.l. l'aggiudicataria provvisoria della gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del

Taglio delle ali

Scritto da Valentina Magnano

Lunedì 02 Maggio 2016 07:58 - Ultimo aggiornamento Martedì 03 Maggio 2016 09:24

Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Lazio, Abruzzo e Sardegna nonché della I.C.C. Srl, con la relativa documentazione;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione Terza di questo Tribunale n. 156/2016 del 14.1.2016;

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 6 aprile 2016 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Premesso che la presente sentenza è redatta in forma semplificata, ai sensi dell'articolo 120, comma 6, c.p.a.;

Rilevato che la vicenda trae origine dall'aggiudicazione provvisoria della procedura aperta in epigrafe, svolta ai sensi dell'art. 82, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 163/06, in favore della C.C.G. srl (C.), cui seguiva però un avviso di "precontenzioso" della seconda classificata, C.C.srl (Ca.), la

Taglio delle ali

Scritto da Valentina Magnano

Lunedì 02 Maggio 2016 07:58 - Ultimo aggiornamento Martedì 03 Maggio 2016 09:24

quale lamentava la mancata applicazione della “reductio ad unum”, ai sensi dell’art. 121, comma 1, dpr n. 207/2010, di valori uguali riconducibili a due offerte di identico ribasso (33,334%) all’interno dell’“ala” dei ribassi maggiori;

Rilevato che la stazione appaltante, dopo la partecipazione procedimentale sul punto dell’aggiudicataria provvisoria, rivedeva il suo orientamento, ritenendo di procedere nel senso evidenziato da Ca., come riconducibile a parere ANAC n. 87 del 23.4.14 nonché a sentenza del Consiglio di Stato del 2015, con conseguente individuazione di nuova soglia di anomalia e aggiudicazione, dapprima provvisoria e successivamente definitiva, in favore di Ca.;

Rilevato che C., con ricorso a questo Tribunale ritualmente notificato e depositato, chiedeva l’annullamento, previa sospensione, di tale aggiudicazione, illustrando le sue doglianze in un unico, articolato, motivo di ricorso in cui erano lamentati: “Violazione e erronea applicazione dell’art. 97 Cost. Violazione e erronea applicazione dell’art. 3 della legge n. 241 del 1990. Violazione e erronea applicazione dell’art. 86, co 1 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione e erronea applicazione dell’art. 121, co 1, del DPR n. 207 del 2010. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare per travisamento dei fatti, irragionevolezza manifesta, sviamento di potere”;

Rilevato che, in sintesi, la ricorrente evidenziava che il punto di diritto era in realtà controverso, come attestato da altro parere AVCP del 7.4.2011 e da precedente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V, n. 6323/09), secondo cui, ai sensi dell’art. 86, comma 1, d.lgs. n. 163/06 cit., le offerte recanti medesimo ribasso non dovrebbero essere considerate in modo “unitario” – come appunto avvenuto nel caso di specie – ma computate singolarmente, in assenza di ragioni sostenibili o ispirate all’interesse pubblico (Sez. V, n. 4429/14 e n. 3953/12);

Rilevato che la ricorrente, pur prendendo in esame il parere dell’ANAC (n. 87/2014) e la sentenza del Consiglio di Stato n. 2813/15 richiamati dalla stazione appaltante e riportandone i passaggi salienti, criticava il “fulcro” del ragionamento alla base, orientato a trattare uniformemente le due ipotesi di identico ribasso collocato all’interno o “a cavallo” delle ali mediante estensione alla prima della disciplina prevista per la seconda, ritenendo che – comunque – l’Autorità avrebbe dovuto motivare sulla scelta di preferire la “nuova” tesi rispetto a quella, più consolidata, che l’aveva preceduta ed evidenziando che la conclusione di cui al provvedimento impugnato avrebbe “snaturato” del tutto la funzione del c.d. “taglio delle ali”, in quanto, così facendo, si sarebbe dato luogo ad una indiscriminata (s)valutazione dei ribassi estremi non sempre disancorati dalla realtà, come nel caso di specie ove i valori presi in considerazione erano assai prossimi a quelli delle offerte collocatesi nella parte “centrale” della graduatoria (in un “range” tra il 30,33% e il 32,927%), escludendo così in radice un intento

Taglio delle ali

Scritto da Valentina Magnano

Lunedì 02 Maggio 2016 07:58 - Ultimo aggiornamento Martedì 03 Maggio 2016 09:24

collusivo, eventualmente fraudolento, delle imprese offerenti e che sarebbe il vero scopo a sostegno del principio del “taglio” in questione, tenuto anche conto che il tenore letterale dell’art. 121, comma 1, d.p.r. n. 207/2010 non chiarisce se tale “taglio” debba avvenire per le offerte presenti sia all’interno sia “a cavallo” delle ali;

Rilevato che si costituivano in giudizio l’ANAC e Ca., illustrando in specifiche memorie le tesi orientate ad escludere la fondatezza del ricorso;

Rilevato che, con la motivata ordinanza in epigrafe, la Sezione Terza di questo Tribunale respingeva la domanda cautelare;

Rilevato che le parti costituite depositavano memorie (anche “di replica) in prossimità dell’udienza pubblica e che la causa era trattenuta in decisione alla data del 6 aprile 2016;

DIRITTO

Considerato che il Collegio non ritiene di discostarsi da quanto emerso in fase cautelare, rilevando l’infondatezza del ricorso;

Considerato, infatti, che – pur sussistendo indubbiamente un orientamento collimante con le tesi della ricorrente che però risale a epoca precedente all’attuale (riconducendosi il parere AVCP e gli arresti del Consiglio di Stato richiamati al periodo 2011-2014), il Collegio non può non rilevare che la giurisprudenza più recente si sia attestata su quanto già evidenziato nelle ultime tendenze interpretative della competente Autorità;

Considerato, infatti, che la Sezione Quarta del Consiglio di Stato ha da ultimo ribadito quanto riconducibile alla ricostruzione evidenziata dalle parti intime in questa sede (Sez. IV, 29.2.16, n. 818);

Considerato che i giudici di Palazzo Spada, riportando le norme di cui all’art. 86, comma 1,

Taglio delle ali

Scritto da Valentina Magnano

Lunedì 02 Maggio 2016 07:58 - Ultimo aggiornamento Martedì 03 Maggio 2016 09:24

Codice Contratti e dell'art. 121, comma 1, del relativo Regolamento (cui si fa diretto rimando in questa sede in ossequio al principio di sinteticità di cui all'art. 3, comma 2, c.p.a.), hanno evidenziato che risulta preferibile l'orientamento fatto proprio dall'ANAC con il suddetto parere n. 87/2014;

Considerato che, in merito, è stato dunque precisato che l'art. 121, comma 1, cit. specifica un primo aspetto a carattere generale, consistente nell'evidenziare che "le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese distintamente nei loro singoli valori in considerazione sia per il calcolo della media aritmetica, sia per il calcolo dello scarto medio aritmetico" nonché un secondo - costituente eccezione al principio generale e relativo solo all'operazione del cd. "taglio delle ali" - consistente nel precisare che "qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia";

Considerato che tale ultima disposizione non può che essere interpretata se non nel senso che, ai fini della definizione del 10% delle offerte da escludere (di maggior ribasso e di minor ribasso), qualora entro detta fascia vi siano offerte di un determinato ribasso, tutte - sia presenti nella fascia/ala perché numericamente rientranti nel 10%, sia collocate fuori dalla fascia perché eccedenti il 10% calcolato sul numero complessivo delle offerte - devono essere accantonate e quindi rese ininfluenti ai fini del calcolo della soglia di anomalia, costituendo la disposizione regolamentare una "esplicitazione" della norma primaria, laddove vi sia presenza nelle "ali" di una o più offerte con il medesimo ribasso (sia collocate nell'ala ovvero, per alcune di esse, al di fuori), al fine di favorire la realizzazione delle effettive finalità che la norma persegue, pur in presenza di una particolare coincidenza, ed anzi al fine di evitarne l' "aggiramento", poiché basterebbe la presentazione di una pluralità di offerte con ribasso "non serio" (per difetto o per eccesso), per rendere inoperante (o difficoltoso) lo sbarramento del 10%, che il legislatore ha inteso prevedere;

Considerato che ciò porta alla conclusione per la quale le offerte identiche devono essere considerate ai suddetti fini come una "offerta unica", essendo di carattere generale la finalità di evitare che identici ribassi (a cavallo e/o all'interno delle ali) limitino l'utilità dell'accantonamento e amplino eccessivamente la base di calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico, rendendo inaffidabili i risultati;

Considerato che il Consiglio di Stato ha ulteriormente chiarito che la lettera dell'art. 86 del Codice ha natura di "regola generale", che vale sia nel caso in cui ci si trovi di fronte a offerte con entità di ribasso tutte differenti, sia nel caso in cui vi siano più offerte con identico ribasso,

Taglio delle ali

Scritto da Valentina Magnano

Lunedì 02 Maggio 2016 07:58 - Ultimo aggiornamento Martedì 03 Maggio 2016 09:24

ma queste siano nettamente al di fuori delle due “ali” rappresentate dal 10% delle offerte di minor ribasso e di quelle di maggior ribasso;

Considerato che nell'ipotesi in cui, però, all'interno dell'ala, si collochi una offerta con un determinato ribasso (che, per rientrare nel 10%, è già ritenuta dal legislatore “inaffidabile”) appare evidente che tutte le eventuali offerte di identico ribasso – sia collocate individualmente nell'ambito del 10% del numero delle offerte complessivamente presentate, sia collocate al di fuori di un 10% così “individualmente” calcolato – debbano essere “accantonate” e dunque rese ininfluenti ai fini della soglia, considerandole come un'unica offerta, “...in quanto onde pervenire ad un risultato affidabile della soglia di anomalia, non ha alcun senso considerare le offerte solo nella misura in cui, numericamente, saturino la percentuale del 10%, ma occorre anche considerare le offerte che – presentando un identico ribasso certamente non affidabile, per effetto dell'applicazione del criterio normativo primario (limite del 10%) – devono essere unitariamente considerate (che si trovino all'interno o a cavallo dell'ala), e ciò perché solo in questo modo il criterio del taglio delle ali consente di conseguire l'affidabilità del risultato...”, tenuto conto che “...è appena il caso di osservare che il legislatore, nel riferirsi alle “offerte”, solo apparentemente indica una offerta singolarmente intesa, a prescindere dal valore del ribasso che la caratterizza, poiché è proprio tale valore ciò che il legislatore in realtà considera, perché è solo tale valore (ove sproporzionato per eccesso o per difetto) ad essere inaffidabile (non l'offerta individualmente e formalmente considerata). In tal senso, il 10% costituisce solo il limite numerico delle offerte il cui valore è giudicato inaffidabile, ma poiché, come si è detto, inaffidabili sono i valori e non le offerte, è del tutto evidente che, in presenza di più offerte con identico valore, queste non possono essere intese che come unica offerta, a prescindere dalla loro collocazione (all'interno o a cavallo dell'ala)” (Cons. Stato, Sez. IV, n. 818/16 cit.);

Considerato che il Consiglio di Stato si è premurato anche di illustrare le ragioni a confutazione della tesi opposta – propugnata in analoghi termini nel caso in esame dalla ricorrente - in ordine ad una ritenuta violazione (o comunque alla presenza di un contrasto antinomico) della norma primaria da parte della norma regolamentare in assenza di ragioni sostenibili o ispirate all'interesse pubblico, dato che “...la stessa giurisprudenza che esclude la possibilità di considerare unitariamente le offerte all'interno dell'ala, tuttavia ammette che debbano essere escluse anche le eventuali offerte che si collocano al di fuori dell'ala (cioè che sono eccedenti rispetto al computo del 10% effettuato “capitariamente” sulle offerte), applicando, in tale ultimo caso il criterio cd. relativo. In tale ultima ipotesi, dunque, risulterebbe certamente non rispettata la (pur evocata) “lettera” della disposizione primaria (limite del 10% delle offerte)...”, per cui “...occorre invece osservare (condividendo il parere ANAC n. 87/2014 cit.), che ‘una volta ammesso che il tenore letterale dall'art. 86, comma 1, del D.Lgs. 163/2006 può essere superato in via interpretativa per le offerte a cavallo delle ali, non vi sono ragioni per non applicare lo stesso metodo al caso delle offerte che rimangono interne alle ali’;

Taglio delle ali

Scritto da Valentina Magnano

Lunedì 02 Maggio 2016 07:58 - Ultimo aggiornamento Martedì 03 Maggio 2016 09:24

Considerato che, quindi, l'interesse pubblico consistente nel selezionare il futuro aggiudicatario sulla base di una offerta affidabile si realizza (anche) attraverso l'individuazione di una soglia di anomalia alla cui determinazione non possono concorrere offerte aventi un ribasso non affidabile e l'accorpate offerte con valori identici consente, nella fase del "taglio delle ali", proprio di depurare la base di calcolo dai ribassi effettivamente marginali (nel limite del 10% superiore e inferiore di oscillazione delle offerte), con la conseguenza che è sostanzialmente irrilevante che i ribassi identici siano a cavallo o all'interno delle ali, perché si tratta comunque di valori che, se considerati distintamente, limitano l'utilità dell'accantonamento e ampliano eccessivamente la base di calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico, rendendo "inaffidabili" i risultati, anche perché, il procedere secondo il cd. "criterio assoluto" propugnato dalla ricorrente – sempre secondo l'osservazione del Consiglio di Stato - potrebbe consentire ad operatori "non seri", attraverso la presentazione di una pluralità di offerte di identico ed inaffidabile ribasso, ma contenute nel 10% del totale, di frustrare la ricerca, voluta dall'art. 86 cit, di un indicatore ragionevole della soglia di anomalia, frustrando, in tal modo, la ricerca del miglior contraente per la pubblica amministrazione;

Considerato, quindi, che il Collegio ritiene condivisibile tale sviluppo interpretativo perché più aderente, per le ragioni sopra esposte, alla "ratio" della normativa primaria e secondaria applicabile alla fattispecie, la quale – in quanto normativa astratta e generale – deve essere orientata all'individuazione del metodo di selezione del contraente in termini generali più affidabile, dato che il principio interpretativo "cardine" riconducibile al sistema di cui agli art. 86, comma 1, e 121, comma 1, citt. in argomento è quello per cui inaffidabili sono i valori e non le offerte;

Considerato, quindi, che il provvedimento impugnato, mediante il richiamo al recente orientamento ANAC del 2014, appare congruamente motivato "per relationem", non essendo la stazione appaltante obbligata alla ricostruzione tematica della fattispecie ogni qual volta dia luogo ad esclusioni, nonché fondato su ragioni sostanziali condivisibili alla luce dell'evoluzione interpretativa propria degli organi a ciò preposti, quali l'Autorità di settore e la giurisprudenza amministrativa;

Considerato, perciò, che per le ragioni illustrate il ricorso non può trovare accoglimento e che le spese di lite possono essere eccezionalmente compensate per l'indubbia oscillazione interpretativa giurisprudenziale che ha contraddistinto il periodo immediatamente precedente i fatti di causa;

P.Q.M.

Taglio delle ali

Scritto da Valentina Magnano

Lunedì 02 Maggio 2016 07:58 - Ultimo aggiornamento Martedì 03 Maggio 2016 09:24

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 6 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Roberta Cicchese, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Taglio delle ali

Scritto da Valentina Magnano

Lunedì 02 Maggio 2016 07:58 - Ultimo aggiornamento Martedì 03 Maggio 2016 09:24

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/04/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)