

Il “taglio delle ali” nel nuovo codice dei contratti pubblici

di Cesare Caturani

Data di pubblicazione: 7-12-2016

Le offerte che ad esito del calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, ai fini dell'individuazione della soglia di anomalia, rientrano nel dieci per cento (arrotondato all'unità superiore), delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso devono comunque essere computate ai fini della determinazione dello scarto medio aritmetico (1).

(1) Comunicato del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 5 ottobre 2016

La decisione in rassegna, nell'interpretare l'art. 97, co. 2, lett. e) del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, chiarisce che il c.d. “taglio delle ali” ha la sola finalità di individuare, unitamente ad altri elementi, la soglia di anomalia delle offerte, ma non anche di escludere automaticamente dalla gara le imprese che abbiano presentato offerte ricadenti nel detto taglio.

Secondo il T.A.R., infatti, il nuovo art. 97, muovendo dall'esistenza di numerose oscillazioni giurisprudenziali nell'interpretazione del previgente art. 86 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, denota la volontà del legislatore di escludere le offerte delle “ali” unicamente dal calcolo della media dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, dato che ove avesse voluto escluderle anche dalla successiva determinazione dello scarto medio aritmetico, lo avrebbe detto esplicitamente, cosa che, invece, non ha fatto.

In realtà, la circostanza che le offerte con ribassi estremi in un senso o nell'altro vengano escluse dal primo calcolo consegue alla necessità di evitare che offerte anomale incidano eccessivamente nel calcolare la media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse. Viceversa, la loro inclusione nel successivo computo dello scarto medio aritmetico serve ad alzare la soglia di anomalia e ricomprendervi qualche concorrente che, in caso di mero riferimento ad uno scarto calcolato sulle sole offerte che hanno partecipato al computo della media dei ribassi percentuali delle offerte ammesse, resterebbe al di sopra. Il tutto in vista di assicurare il maggior risparmio della stazione appaltante.

Peraltro, quella proposta dalla sentenza in questione rappresenta una lettura della novella coerente con quanto affermato dal comunicato del Presidente dell'ANAC, del 5 ottobre 2016, nel quale si sottolinea come l'accantonamento delle “ali” costituisca una mera operazione matematica, distinta dall'effettiva esclusione dei concorrenti che superano la soglia di anomalia dell'offerta.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 685 del 2016, proposto da:

Site S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Stefanelli C.F. STFNDR65P29A944F, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Calanco 11;

contro

Cineca Consorzio Universitario, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Ventura C.F. VNTFRC75E17A944F, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Caprarie 7;

nei confronti di

Electra S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Cinti C.F. CNTLSN52A15A944C, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via D'Azeglio 19;

per l'annullamento

-del provvedimento del 22/08/2016 di aggiudicazione definitiva della Gara 1618-CIG 6731554E14 -Lavori di adeguamento impiantistico sala "F" per l'installazione del supercalcolatore "Marconi";

- dei verbali di gara del 27/07/2016 e del 10/08/2016;

nonché per l'annullamento

del contratto di appalto eventualmente concluso dalla stazione appaltante;

nonché per la condanna

al risarcimento dei danni tutti subiti dalla seconda graduata SITE S.p.a. in conseguenza del mancato affidamento della procedura alla medesima;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cineca Consorzio Universitario e di Electra S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2016 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori Fabio Caruso, Federico Ventura e Alessandro Cinti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente ha partecipato alla procedura negoziata per l'affidamento di un appalto di lavori per l'adeguamento impiantistico della sala F che deve contenere una parte del supercalcolatore Marconi; l'aggiudicazione sarebbe avvenuta con il criterio del prezzo più basso di cui all'art. 95, comma 4 lett. A), D.lgs. 50/2016.

La ricorrente giungeva seconda ma contestava che vi era stato un errore nel calcolare il c.d. "scarto aritmetico"; l'errore era stato segnalato alla stazione appaltante che però, in uno scambio di missive, confermava il provvedimento di aggiudicazione assunto.

Da ciò il ricorso che si fonda su un unico motivo.

Quando si sceglie il metodo di aggiudicazione del prezzo più basso vi deve essere la previa individuazione della soglia di anomalia.

Mediante tale soglia si eliminano le offerte meno attendibili perché un eccesso di ribasso può non garantire una seria esecuzione della prestazione.

Il meccanismo per giungere a questo risultato prevede innanzitutto il taglio delle ali che è stato effettuato, in virtù di sorteggio, secondo il metodo previsto dall'art. 97, comma 2 lett. E), D.lgs. 50/2016 "e) *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, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,8; 1; 1,2; 1,4.*".

Pertanto si è proceduto all'eliminazione del 10% delle offerte più alte e più basse con calcolo

della media aritmetica di quelle rimaste. La successiva operazione è stata quella di individuazione dello scarto medio aritmetico ovvero lo scarto medio tra i ribassi superiori alla media aritmetica e quest'ultima. Va precisato che nell'effettuare questo calcolo non vanno inserite le offerte scartate nel taglio delle ali.

Successivamente lo scarto medio aritmetico deve essere moltiplicato per uno dei parametri indicati dalla norma sopra richiamata, oggetto anche esso di sorteggio: nel caso di specie fu sorteggiato il parametro 1. Poi lo stesso viene sommato alla media aritmetica individuata nella prima fase del procedimento.

L'errore commesso dalla Commissione aggiudicatrice consiste nell'aver inserito anche le offerte tagliate nella prima fase nel calcolo dello scarto medio aritmetico.

Se non si fosse operato questo illegittimo modo di calcolare lo scarto medio aritmetico, il parametro finale sul quale verificare quale offerta fosse più vicina, avrebbe visto quale prima classificata la ricorrente e non la controinteressata.

Si costituiva in giudizio CINECA chiedendo il rigetto del ricorso.

La questione posta dalla presente controversia è una pura questione di diritto che già con il precedente Codice degli Appalti ha dato luogo ad una giurisprudenza non uniforme.

La norma applicabile precedentemente era l' art. 86, comma 1, D.Lgs.163/2006, che prevede: *"Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano 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"*.

Secondo un indirizzo favorevole al metodo usato dalla resistente, il cosiddetto "taglio delle ali", previsto dall'art. 86, comma, 1 del D.Lgs.,163/2006, ha la finalità, unitamente ad altri elementi, solo di individuare la soglia di anomalia delle offerte e non di escludere automaticamente dalla gara le imprese che abbiano presentato offerte ricadenti nel detto taglio; ne consegue che le offerte che si situano oltre la fissata soglia di anomalia devono essere esclusivamente assoggettate al vaglio di congruità ai fini dell'aggiudicazione (vedasi ex multis TAR Napoli 2800/2016, TAR Abruzzo 370/2015, TAR Lombardia 1312/2011, TAR Puglia Lecce 2629/2010).

A favore dell'ipotesi contraria: Consiglio di Stato 3953/2012 la cui massima così si esprime: *"In base all'art. 122, comma 9, del d.lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti), al fine dell'esclusione automatica delle offerte cd. anomale, sono considerate tali tutte quelle che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione (cd. taglio delle ali) 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. Pertanto, dopo l'ammissione delle offerte, sono previste le seguenti fasi: - taglio delle ali, vale dire l'esclusione dal calcolo del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso; - calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le residue offerte; - calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che in tali offerte superano la predetta media; - somma dei dati relativi alla media aritmetica e allo scarto medio aritmetico, con la conseguente determinazione della soglia di anomalia." (vedasi anche Consiglio di Stato 818/2016).

A fronte di una disciplina che aveva dato origine a tale contrasto giurisprudenziale, si deve ritenere che un legislatore tecnico e consapevole degli orientamenti della giurisprudenza, come quello che redige il testo di decreti legislativi per conto del governo, abbia formulato la norma in modo da eliminare possibilmente interpretazioni alternative.

Ed allora dobbiamo rifarci al testo della legge: se l'art. 97 citato avesse voluto escludere le offerte delle c.d. ali sia dal calcolo della media sia dalla determinazione dello scarto medio aritmetico, lo avrebbe detto esplicitamente precisando che i ribassi percentuali che superano la media da confrontare dovevano essere solo quelli precedentemente utilizzati per calcolare la media dei ribassi.

L'ANAC in un comunicato del 5.10.2016 ha sottolineato come l'accantonamento delle ali costituisca una mera operazione matematica, distinta dall'effettiva esclusione di concorrenti che superano la soglia di anomalia.

Il fatto che le offerte con ribassi estremi in un senso o nell'altro siano escluse dal primo calcolo, è dovuto alla necessità di evitare che offerte anomale incidano eccessivamente nel calcolare una media. Ma l'individuazione dello scarto medio aritmetico serve a correggere detta media tenendo conto di tutte le offerte più alte presentate, così da rendere più vicina la media alla realtà delle offerte presentate alzando la soglia di anomalia così da ricomprendere qualche concorrente che resterebbe oltre la soglia in caso di mero riferimento ad uno scarto calcolato sulle sole offerte che hanno partecipato al calcolo sulla media. Il tutto per favorire un maggior risparmio dell'Amministrazione.

Pertanto il ricorso va respinto, ma, considerata l'esistenza di un notevole contrasto sul punto in giurisprudenza nell'interpretazione dell'art. 86 D.lgs. 163/2006 e la mancanza di un orientamento univoco sulla nuova norma appena entrata in vigore, appare equo compensar le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere, Estensore