

T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III-ter, 22 dicembre 2010, n. 38211

Contratti della P.A. – Gara – Metodo del c.d. “taglio delle ali” - Applicazione non solo nel calcolo della media dei ribassi, ma anche nel calcolo della media degli scarti – Legittimità.

N. 38211/2010 REG.SEN.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8466 del 1999, proposto da:
Soc Mambrini Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore;

contro

Soc Aeroporti di Roma S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore;

nei confronti di

Consorzio Cooperative Costruzioni, in persona del legale rappresentante pro-tempore;

per l'annullamento

dei provvedimenti relativi alla gara di appalto per la realizzazione di un nuovo collegamento pedonale sopraelevato presso l'aeroporto Leonardo da Vinci di Fiumicino –

nonché, della nota del 20 maggio 1999 e del verbale di gara 27 maggio 1999, con cui la S.A. ha proceduto a rideterminare la sogli di anomalia con un criterio diverso da quello prima seguito, aggiudicando la gara al controinteressato Consorzio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Soc Aeroporti di Roma Spa e del Consorzio Cooperative Costruzioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2010 il Cons. Maria Luisa De Leoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 17-18 giugno 1999, l'Impresa Mambrini Costruzioni S.r.l. impugna gli atti indicati in epigrafe e ne chiede l'annullamento.

Riferisce in fatto di aver partecipato alla gara, indetta da Aeroporti di Roma S.p.a., per l'affidamento dei lavori di “realizzazione di un nuovo collegamento pedonale sopraelevato fra il complesso delle aerostazioni ed il nuovo albergo aeroportuale dell'aeroporto Leonardo da Vinci di Fiumicino, con importo a base d'asta di £ 7.582.710.198 (pari ad € 3.916.142,9955) e, quindi, sotto soglia comunitaria..

Le norme di gara prevedevano l'applicazione dell'art. 21, comma 1-bis, della legge n. 109 del 1994, come modificato dalla legge n. 415 del 1998 (punto 3 del bando di gara), vale a dire che “si darà luogo alla procedura di esclusione automatica delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10%, 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”.

Dopo la graduatoria delle 35 Imprese ammesse, la media dei ribassi fu pari a 17,215, cui veniva aggiunto, ai sensi dell’art. 21 comma 1-bis citato, la media di tutti gli scarti superiori alla predetta media, risultando, quindi, pari a 21,398.

Tuttavia, a distanza di un mese, con nota del 20 maggio 1999, la S.A. comunicava all’interessata di aver ricalcolato la soglia di anomalia, ai sensi della Circ. del Ministero dei LL.PP. 19 aprile 1999 m. 568/508/33 riguardante l’interpretazione dell’art. 21, comma 1-bis, della legge n. 109 del 1994, come modificato dalla legge n. 415 del 1998, relativo al procedimento di calcolo della soglia di anomalia; sicché nella seduta del 27 maggio 1999, si dava attuazione a tale nuovo criterio, riformulando la soglia di anomalia, che risultava essere pari al 19,52%. In tale sede la ricorrente esprimeva ferma contestazione, sottolineando, tra l’altro, che la modifica, a gara iniziata, ed a buste aperte, violava non solo il principio di continuità della gara, ma anche quelli di trasparenza, buon andamento ed imparzialità.

A sostegno delle proprie ragioni deduce:

1. Violazione e falsa applicazione dell’art. 21, comma 1-bis, della legge n. 109 del 1994 e del bando di gara, nonché dell’art. 3 della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere sotto vari profili.

Assume l’Impresa ricorrente che il tenore letterale della disposizione in argomento impone una operazione matematica semplice, vale a dire, aggiungere alla media delle offerte ammesse – escluse quelle, in misura del 10% di maggior ribasso o minor ribasso – lo scarto medio aritmetico delle offerte che abbiano presentato un ribasso percentuale superiore alla predetta media e tale interpretazione è stata sempre seguita anche da Aeroporti di Roma S.p.a.

Tuttavia, la S.A. a buste aperte e dopo aver individuato la miglior offerta, in applicazione della Circolare ministeriale, intervenuta nelle more delle operazioni di gara, ha mutato il criterio di calcolo ai fini della determinazione della soglia di anomalia, applicando il taglio delle ali non solo al calcolo della media aritmetica dei ribassi delle offerte presentate, ma anche nel successivo calcolo della media aritmetica degli scostamenti dai ribassi, con la conseguenza che le offerte con un ribasso percentuale superiore alla media aritmetica non dovrebbero essere conteggiate non solo ai fini del calcolo della media, ma anche ai fini della successiva correzione effettuata attraverso l'incremento della predetta media con i ribassi percentuali che superano la stessa.

Tale interpretazione è fortemente criticata dall'interessata, anche sotto il profilo della mancanza di vincolo per la Stazione appaltante della Circolare ministeriale;

2. violazione delle regole di gara, risultanti dalla pregressa applicazione dell'art. 21, comma 1-bis, della legge n. 109 del 1994; violazione del legittimo affidamento, dei principi di continuità della gara, di trasparenza, buon andamento ed imparzialità dell'azione della Stazione appaltante; eccesso di potere sotto vari profili.

La ricorrente afferma che la S.A. ha costantemente applicato la modalità operativa indicata come corretta al punto precedente, sicché la regola di gara risultava essere definita nel senso suddetto e tale regola ha condizionato l'Impresa ricorrente nella determinazione della propria offerta, sicché tale modifica, intervenuta in corso di gara pone perplessità e rivela contraddittorietà nel comportamento della S.A., nonché lesione nell'affidamento che l'impresa aveva fatto sulle predette regole di gara;

3. violazione dell'art. 21, comma 5, della legge n. 109 del 1994.

La ricorrente deduce, infine, irregolarità nella composizione della Commissione di gara, ravvisata nel numero dei suoi componenti: quattro anziché cinque componenti.

Conclude per l'accoglimento del ricorso, con ogni consequenziale statuizione in ordine alle spese ed onorari di giudizio.

Si sono costituiti sia la Società Aeroporti di Roma S.p.a. che il Consorzio Cooperative Costruzioni. Entrambi concludono per la infondatezza del ricorso.

All'Udienza del 16 dicembre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Come esposto in narrativa, vengono impugnati gli atti e le operazioni della gara indetta da Aeroporti di Roma S.p.a. per l'appalto dei lavori di realizzazione di un nuovo collegamento pedonale sopraelevato fra il complesso delle aerostazioni ed il nuovo albergo aeroportuale dell'aeroporto Leonardo da Vinci di Fiumicino.

Il ricorso non merita accoglimento.

Ciò che è contestato dalla ricorrente è l'interpretazione, fatta propria dalla Stazione appaltante, dell'art. 21, comma 1-bis, della legge n. 109 del 1994, in relazione al c.d. "taglio delle ali", vale a dire l'esclusione dei ribassi estremi del 10% delle offerte che si collocano ai margini estremi della graduatoria, che si applica non solo nel calcolo della media dei ribassi, ma anche nel calcolo della media degli scarti, come ha fatto nella fase di correzione la Stazione appaltante.

E' utile ricordare che l'art. 21, comma 1-bis, della legge n. 109 del 1994, come modificato dalla legge n. 415 del 1998, stabilisce che la soglia di anomalia si determina dalla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte, con esclusione del 10%, 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.

L'interpretazione che ha dato la giurisprudenza a tale disposizione è stata quella di applicare il c.d. "taglio delle ali" sia nel calcolo della media dei ribassi quanto nel calcolo della media degli scarti.

Ciò sulla base della ratio del c.d. taglio delle ali, la quale riposa nella considerazione che “il taglio delle ali non deve soffrire eccezioni o intermittenze nello sviluppo logico e aritmetico della determinazione della soglia di anomalia e, quindi, un metodo di calcolo che prendesse in considerazione il correttivo solo ai fini di una delle due operazioni e non di entrambe, sarebbe intrinsecamente contraddittorio, in quanto darebbe luogo a due giudizi di valore giuridico fra loro incompatibili e antitetici”(Cons. Stato, Sez. II, 3 marzo 1999, n. 285).

In altri termini, tali offerte estreme potrebbero solo condizionare la determinazione della media e, quindi, della soglia di anomalia e non corrispondere ad una reale intenzione di contrarre, sicché appare ragionevole che il legislatore abbia inteso predisporre un meccanismo di accantonamento delle stesse dal calcolo e privarne di effetti.

La Circolare ministeriale si informa a tale principio e considera che l'opposta interpretazione “si tradurrebbe in una formula di calcolo disomogenea e irrazionale perché per definire la media degli scarti (vale a dire un elemento semplicemente correttivo della media delle offerte) includerebbe nel calcolo fattori già esclusi (le offerte di margine) dall'elemento corretto, che questi non hanno concorso a determinare (...)”.

A tale conclusione è giunta anche la Stazione appaltante, la quale, correggendo la decisione adottata in un primo momento, ha applicato la disposizione secondo l'interpretazione resa dalla Circolare ministeriale e dal parere del Consiglio di Stato. Va aggiunto che nella seduta del 19 aprile 1999 il rappresentante del controinteressato Consorzio aveva rappresentato l'errore di calcolo della soglia di anomalia, effettuato dalla Commissione, richiamando l'attenzione della Commissione di gara sulla interpretazione che della norma aveva dato sia il Consiglio di Stato che la Circolare ministeriale citata, cui è seguita una lettera raccomandata, anticipata via fax, nella quale è stato nuovamente rappresentato

L'errore commesso dalla Commissione, a seguito della quale la S.A. ha provveduto a rideterminare la soglia di anomalia, oggi contestata dalla ricorrente..

In relazione alla Circolare ministeriale, giova precisare che le disposizioni in essa contenute hanno natura interpretativa della legge, sicché la loro efficacia non può che retroagire al tempo in cui la disposizione in argomento è entrata in vigore. Tuttavia, nel caso di specie, la procedura non si era ancora conclusa, sicché in assenza di aggiudicazione la S.A. ben poteva procedere alla corretta applicazione della norma di procedura di gara.

Non giova, al riguardo, neanche il richiamo alla violazione del bando di gara, fatto dalla ricorrente, poiché questo si limitava a richiamare il dettato dell'art. 21, comma 1-bis, della legge n. 109 del 1994, rispetto al quale l'indirizzo interpretativo individuato dalla Circolare, come accennato sopra, non poteva incontrare alcun limite, non trattandosi di riconoscere effetto retroattivo ad una legge, foss'anche di natura interpretativa.

Né può parlarsi di violazione del legittimo affidamento, poiché la situazione soggettiva vantata dall'Impresa ricorrente, in assenza di una aggiudicazione definitiva, non aveva acquisito né il requisito della perfezione né quello dell'effettività.

Pretestuosa appare, infine, la dedotta violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, poiché la nota impugnata, inviata alla ricorrente il 20 maggio 1999, richiama esplicitamente la Circolare del ministero dei LL.PP. in argomento, riguardante l'interpretazione dell'art. 21, comma 1-bis, della citata legge n. 109 del 1994, indicando l'ora ed il giorno in cui sarà completata la fase della procedura in argomento, vale a dire del calcolo della soglia di anomalia secondo il criterio di calcolo richiamato dalla Circolare stessa.

A fronte di tale particolare situazione - laddove contestualmente alla seduta di gara del 19 aprile 1999 veniva pubblicata la Circolare ministeriale LL.PP - non può

essere di alcun ausilio il richiamo al principio di continuità della gara d'appalto, invocato dalla ricorrente, poiché esso non può essere considerato assolutamente insuscettivo di eccezioni, ben potendo verificarsi situazioni particolari le quali obiettivamente impediscano la concentrazione delle operazioni di gara.

Parimenti infondato è il terzo motivo di ricorso, concernente la presunta violazione del comma 5, dell'art. 21 della legge n. 109 del 1994 per illegittima composizione della Commissione di gara, in quanto composta da quattro componenti in luogo di cinque, come richiesto dalla disposizione.

La giurisprudenza si è espressa in materia, riconoscendo che il comma 5 del predetto art. 21 si applica ai soli appalti concorso ed agli affidamenti di concessioni tramite trattativa privata (cfr. TAR Friuli-Venezia Giulia, 17 aprile 1998, n. 581), mentre la gara in esame consisteva in un pubblico incanto da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso. Sicché alla Commissione di gara non era richiesta alcuna valutazione di merito delle offerte, limitandosi essa, dopo una mera verifica della regolarità formale della documentazione amministrativa, ad aprire le buste contenenti l'offerta economica e compilare la graduatoria di tutti i ribassi ammessi, al fine di determinare la soglia di anomalia.

Per le ragioni che precedono, il ricorso deve essere respinto.

Quanto alle spese di giudizio, considerato il tempo decorso per la definizione della vertenza, può disporsi la compensazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto dalla Soc Mambrini Costruzioni S.r.l., lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere, Estensore

Donatella Scala, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2010

IL SEGRETARIO

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