

Parere n. 66 del 7 aprile 2011

PREC 299/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Acquedotto del Fiora S.p.A. – Lavori di manutenzione ed adeguamento alla sicurezza degli impianti e delle infrastrutture dell'acquedotto utilizzate per la gestione del S.I.I. ATO 6 per la durata presunta di mesi dodici - Lotti 1, 2 e 3 – Importo a base d'asta €500.000,00 – S.A.: Acquedotto del Fiora S.p.A.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 9 dicembre 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la società Acquedotto del Fiora S.p.A., in qualità di stazione appaltante, ha rappresentato di aver indetto la procedura aperta per l'affidamento dei lavori in oggetto, con il criterio del prezzo più basso ed esclusione automatica dalla gara delle offerte anomale ai sensi dell'art. 122, comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006, e di aver riscontrato la partecipazione di n. 109 imprese nel lotto 1 identificato Area Montagna. In sede di gara si è posta la questione concernente le corrette modalità con cui effettuare il c.d. "taglio delle ali".

In particolare, la criticità riscontrata sta nel fatto che due imprese tagliate nel maggior ribasso, la n. 100 VALD'ELSA COSTR.NI S.r.l. e la n. 101 ZANZI SERVIZI S.p.A., hanno effettuato ribassi identici (ovvero del 24,389%) e la Commissione di gara ha ritenuto di dover procedere a tagliare il 10% delle "offerte" intese in senso relativo, ossia intendendole come espressione del ribasso percentuale in esse contenuto, e non in senso assoluto, ossia come numero di offerte e, quindi, con considerazione distinta delle singole offerte pur se aventi il medesimo ribasso. Il risultato è stato di undici offerte tagliate di minor ribasso e dodici offerte tagliate di maggior ribasso, considerato che due offerte hanno la medesima percentuale di ribasso.

Atteso che sull'operato della stazione appaltante in ordine all'aspetto in questione (offerte con ribassi uguali) sussistono contrasti, l'Acquedotto del Fiora S.p.A. ha chiesto una pronuncia in merito a questa Autorità.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, le imprese EDILMASSIMO S.r.l. e VICHI ANGELO S.r.l. hanno eccepito l'errore commesso dalla Commissione di gara in ordine al taglio delle dodici anziché undici offerte con ribasso più alto, per errato calcolo del 10% che ha viziato l'intera procedura, richiamando un recente orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, Sez. V. 15 ottobre 2009, n. 6323) secondo il quale, nel caso di offerte di identico ribasso, non è legittimo considerare le offerte con ribassi uguali unica entità, con la sola eccezione dell'ipotesi in cui le offerte che presentano la medesima percentuale di ribasso siano collocate a cavallo dell'ala del 10%.

Di contro, l'impresa EDILBRIZZI S.r.l., aggiudicataria provvisoria, ha sostenuto l'assoluta correttezza delle determinazioni assunte dalla stazione appaltante sull'aspetto di cui si controverte.

Ritenuto in diritto

Con l'istanza di parere in oggetto viene portata all'attenzione dell'Autorità la questione concernente il corretto metodo di calcolo del c.d. "taglio delle ali".

Come rappresentato nella narrativa in fatto, in base alle previsioni della *lex specialis*, la Commissione di gara doveva adottare quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 82, comma 2, lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006, applicando poi la procedura di cui agli artt. 86, comma 1, e 122, comma 9, del medesimo decreto legislativo. In forza del combinato disposto di queste due ultime disposizioni, al fine dell'esclusione automatica delle offerte cd. anomale negli appalti sottosoglia, sono da ritenersi tali tutte le offerte che presentano *"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"* (art. 86, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006).

Al riguardo questa Autorità ha più volte chiarito (determinazione n. 6 dell'8 luglio 2009 e determinazione n. 4 del 26 ottobre 1999) che per determinare correttamente la soglia di anomalia si devono eseguire, nell'ordine, le seguenti operazioni: *"a) si forma l'elenco delle offerte ammesse disponendole in ordine crescente dei ribassi; b) si calcola il dieci per cento del numero delle offerte ammesse e lo si arrotonda all'unità superiore; c) si accantona in via provvisoria un numero di offerte, pari al numero di cui alla lettera b), di minor ribasso nonché un pari numero di offerte di maggior ribasso (cosiddetto taglio delle ali); d) si calcola la media aritmetica dei ribassi delle offerte che restano dopo l'operazione di accantonamento di cui alla lettera c); e) si calcola - sempre con riguardo alle offerte che restano dopo l'operazione di accantonamento di cui alla lettera c) - lo scarto dei ribassi superiori alla media di cui alla lettera d) e, cioè, la differenza fra tali ribassi e la suddetta media; f) si calcola la media aritmetica degli scarti e cioè la media delle differenze; qualora il numero dei ribassi superiori alla media di cui alla lettera d) sia pari ad uno la media degli scarti si ottiene dividendo l'unico scarto per il numero uno; g) si somma la media di cui alla lettera d) con la media di cui alla lettera f); tale somma costituisce la soglia di anomalia."*

Ebbene, con specifico riferimento all'aspetto in rilievo nel caso di specie, vale a dire l'individuazione delle "ali" da accantonare in via provvisoria, come 10%, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, il tenore letterale del citato art. 86, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006 induce a ritenere che il legislatore abbia inteso fare riferimento al numero delle offerte, prese distintamente nei loro singoli valori (ossia in senso assoluto), e non alle offerte come espressione del ribasso percentuale in esse contenuto (ossia in senso relativo), per cui non può valere a modificare tale numero la circostanza, invero casuale ai fini in esame, della coincidenza del ribasso offerto. Pertanto, le offerte aventi il medesimo ribasso percentuale vanno, in generale, considerate singolarmente e non già unitariamente come unica offerta (c.d. blocco unitario).

In tal senso depone anche il più recente e condivisibile indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato, Sez. V. 15 ottobre 2009, n. 6323, citato anche dalle imprese controinteressate) secondo cui *"Per dato letterale e logico, in via generale in dette operazioni vengono in rilievo le offerte, alle quali fa*

riferimento il legislatore, a prescindere dalla entità dei ribassi in esse contenuti (cd. criterio assoluto). In particolare non vi sono elementi dai quali, come regola generale, possa desumersi che in caso di offerte con identico ribasso le stesse vadano considerate unitariamente come unica entità (cd. criterio relativo). Unica eccezione a questa regola viene desunta per le offerte che nel calcolo per il taglio delle ali vengano a trovarsi a cavallo della percentuale del 10%”. Sussiste, infatti, una evidente ragione di interesse generale nell'esclusione (dal novero delle offerte prese in considerazione) di quelle collocate ai margini estremi dell'ala, rinvenibile nell'intento di eliminare in radice l'influenza che possono avere, sulla media dei ribassi, offerte disancorate dai valori medi, in modo da scoraggiare la presentazione di offerte al solo fine di condizionare la media.

Alla luce di quanto sopra, si deve concludere nel senso che, nella specie, la Commissione di gara è incorsa in un errore procedimentale che ha viziato l'aggiudicazione provvisoria. Infatti, applicando i parametri legali previsti dal citato art. 86, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006 al caso di specie, nel procedere alla cosiddetta operazione di “taglio delle ali” detta Commissione avrebbe dovuto escludere solo undici offerte, atteso che le offerte aperte sono state 109, per cui il 10%, pari a 10,9, doveva essere arrotondato ad 11. La Commissione medesima, invece, ha escluso dodici offerte di maggior ribasso, evidentemente considerando erroneamente come unica offerta quelle contraddistinte con il n. 100 (presentata dalla VALD'ELSA COSTR.NI S.r.l.) e con il n. 101 (presentata dalla ZANZI SERVIZI S.p.A.), recanti il medesimo ribasso del 24,389%, mentre avrebbe dovuto considerare dette offerte “in senso assoluto” e computarle singolarmente e non in modo unitario. Tali offerte, infatti, si collocavano al nono e decimo posto, mentre l'unica eccezione alla regola generale sopra richiamata è ammessa con riferimento a quelle offerte con identico ribasso che si trovano a cavallo della percentuale del 10%, nella specie l'undicesimo posto, al quale, però, non si collocavano offerte con ribassi identici.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla corretta interpretazione dell'art. 86, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 aprile 2011

Il Segretario: Maria Esposito