Consiglio di Stato, Sez. V, 15 ottobre 2009, n.6323

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9145 del 2008, proposto da: M. Scarl in P. e Q. Capogruppo Mandataria Ati con E. Snc, rappresentata e difesa dagli avv. E.T., A.L.D., con domicilio eletto presso D.B. in Roma;

contro

Impresa D. e V. S.r.l., non costituitesi;

nei confronti di

Provincia di B., non costituitasi;

per la riforma

della sentenza Tar Puglia - Bari :sezione I n. 2182/2008, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE APPALTO PER LAVORI DI MANUTENZIONE STRAORDINARIA..

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2009 il Cons. Aniello Cerreto e uditi per l'appellante l'avv. N. per delega dell'avv. D.;
Visto il dispositivo di decisione n.584/2009;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza gravata, il TAR Puglia ha accolto in parte il ricorso proposto da D., titolare dell'omonima Ditta individuale, e dalla società V. avverso la gara indetta dalla provincia di B. per l'affidamento dell'appalto dei lavori di manutenzione straordinaria presso l'ITIS di S. e relativa aggiudicazione.
In particolare il TAR, respinte le eccezioni di inammissibilità e improcedibilità sollevate dalle parti resistenti, ha accolto la censura delle ricorrenti con cui si contestava la procedura seguita dalla Commissione di gara, in base alla quale , una volta effettuato il c.d. taglio delle ali delle offerte anomale, erano state considerate ai fini del calcolo della media dei ribassi come un'unica entità (c.d. blocco unitario) le offerte da loro presentate in quanto aventi il medesimo ribasso di 24,777% mentre tali offerte dovevano essere valutate separatamente, con annullamento dell'aggiudicazione.
E' stata invece respinta dal TAR la domanda di risarcimento del danno in quanto, a parte profili di inammissibilità per conflitto di interesse tra le ricorrenti, non sono stati rilevati profili di colpevolezza nell'operato dell'Amministrazione per incertezza interpretativa.
Avverso detta sentenza ha proposto appello la società cooperativa M. in proprio e quale mandataria della relativa ATI (aggiudicataria originaria della gara), deducendo quanto segue:
-contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, le ricorrenti originarie non hanno impugnato espressamente l'aggiudicazione definitiva, essendosi limitate a censurare l''aggiudicazione provvisoria;
-le posizioni delle ricorrenti originarie sono tra loro inconciliabili in ordine sia all'aggiudicazione sia al risarcimento del danno per aver offerto la medesima percentuale di ribasso, per cui non potevano proporre ricorso collettivo;

-le ricorrenti originarie non hanno fornito elementi di prova in ordine all'interesse a ricorrere nel caso che fosse ritenuto corretto il criterio da loro prospettato;
- l'impugnata sentenza è comunque il frutto di un'erronea interpretazione degli artt. 86 e 122 D. L.vo n. 163/2006, atteso che la tesi condivisa dal TAR secondo cui le offerte identiche non possono essere considerate come blocchi unitari si pone in contrasto con quanto sostenuto dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, la quale ha precisato che "nelle gare sotto soglia nelle quali per l'aggiudicazione si procede secondo l'art. 21, comma 1bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni , la soluzione indicata dal Consiglio di Stato relativamente alle offerte con ribasso identico deve applicarsi non solo alle offerte che si collocano a cavallo del 10%, ma anche a quelle che concorrono a formare la successiva media, con la conseguenza che detti ribassi vanno considerati come un'unica entità economica nell'ambito del complesso meccanismo previsto dalla citata disposizione, nel quale prevale decisamente l'automatismo e l'aspetto puramente convenzionale in luogo della volontà imprenditoriale di esprimere il maggior ribasso" (V. le deliberazioni n. 285/2003 e 159/2004).
Nessuno è comparso per le parti resistenti.
Con ordinanza n. 6746/2008, la Sezione ha accolto l'istanza cautelare proposta dall'appellante considerando che "le appellate si trovano in una situazione di conflitto sia quanto all'esito del procedimento di gara, sia quanto alla richiesta di risarcimento del danno".
All'udienza del 23 giugno 2009, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.L'appello è infondato.
2.Va innanzitutto respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso originario per omessa espressa impugnazione del l provvedimento di aggiudicazione definitiva, cioè la determina dirigenziale n. 769 del 1°agosto 2007.
E' pur vero che in presenza della sopravvenuta e non impugnata aggiudicazione definitiva l'eventuale rimozione dell'aggiudicazione provvisoria impugnata non potrebbe conseguire alcuna utilità, palesandosi così la sopravvenienza di interesse a coltivare l'impugnativa della seconda (Cfr. le decisioni di questo Consiglio, sez. IV , 21 aprile 2008 n. n.1773 e sez.. V 2 settembre 2005 n. 4464).
Nella specie, però, i ricorrenti originari hanno impugnato, oltre ai verbali di gara del 13 giugno e del 24 luglio 2007, come risulta dall'epigrafe e dal contesto del ricorso, anche il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto e di approvazione degli atti di gara, nonché il contratto, ove stipulato, con notifica del ricorso nei confronti della società cooperativa M.(aggiudicataria provvisoria e definitiva della gara) il 16 ottobre 2007 e cioè allorché era già intervenuta da oltre due mesi l'aggiudicazione definitiva.
3. Neppure vale sostenere da parte dell'appellante l'inammissibilità del ricorso di primo grado per mancanza di elementi di prova in ordine all'aggiudicazione della gara nel caso che fosse ritenuto corretto il criterio prospettato, atteso che nel ricorso di primo grado sono stati riportati i ribassi offerti dalle varie Ditte, sostenendosi che la corretta applicazione delle norme di legge avrebbe comportato come miglior offerta il ribasso di 24,777% proposto dalle ricorrenti originarie. Per cui eventualmente la prova contraria doveva essere fornita dall'appellante, che invece si limita a contestare genericamente l'assunto delle ricorrenti originarie.

4.Ugualmente priva di pregio, relativamente alla domanda di annullamento (dal momento che la sentenza del TAR ha respinto la domanda di risarcimento del danno e sul punto non vi è appello incidentale), è l'eccezione di inammissibilità del ricorso originario, in quanto proposto collettivamente da due Ditte tra loro in asserito conflitto di interesse per aver offerto la medesima percentuale di ribasso del 24,777 .
E' pacifico che più soggetti hanno eccezionalmente la facoltà di impugnare insieme (ricorso collettivo) un provvedimento amministrativo (argomentando ex art. 103 c.p.c.) purché gli interessi fatti valere non siano divergenti e contrastanti tra loro al momento dell'impugnativa, in modo tale che l'eventuale accoglimento del ricorso, pur fondato sugli stessi motivi, non torni a vantaggio di uno e a danno di altro (V. le decisioni di questo Consiglio, sez. IV n. 342 del 15. 5. 1979; sez. V n. 305 del 5. 3. 1991 e n. 3749 del 7.7.2005).
Nella specie le posizioni azionate dai due ricorrenti al momento dell'impugnativa erano omogenee sia con riferimento al petitum che alle doglianze dedotte e all'interesse perseguito (nel caso l'esatto calcolo del ribasso economicamente più vantaggioso che sarebbe quello del 24,777% offerto da ciascuna di esse) e la domanda tende, in sostanza, al rinnovo di un segmento di procedimento ritenuto illegittimo in parte qua, che potrebbe risolversi con vantaggio per entrambe le parti ricorrenti; mentre solo successivamente in relazione alle conseguenti determinazioni dell'Amministrazione (Cfr., per il caso di più soggetti aspiranti alla disponibilità di un unico posto in pianta organica, Sez. VI n. 794 del 30 settembre 1980) può sorgere conflitto di interesse per la concreta aggiudicazione dell'appalto ad uno solo di essi in applicazione analogica dell'art. 77 del R. D. 23 maggio 1924 n. 827 (Cfr. Sez. VI, n. 995 del 17 giugno 1998).
5.Nel merito, la conclusione del Tar merita conferma in relazione alla specifica fattispecie.
5.1.In base alla previsione del bando, la Commissione di gara doveva adottare quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso ai sensi dell'art. 82, comma 2 lettera a), D. Lvo n. 163/2006, applicando poi la procedura di cui agli artt. 86, comma 1, e 122, comma 9, del medesimo decreto. In forza di quest'ultima disposizione, al fine dell'esclusione automatica delle offerte cd. anomale negli appalti sottosoglia, si prevede che sono tali tutte le offerte 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.
Di conseguenza le operazioni da eseguire, dopo l'ammissione delle offerte, sono le seguenti:
- 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;
- 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.
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%; e ciò secondo un indirizzo giurisprudenziale che appare preferibile (cfr. Consiglio Stato sez. II, 3 marzo 1999, n. 285; Consiglio di stato, sez. V, 18 giugno 2001, n. 3216; Consiglio Stato, sez. V, 26 febbraio 2003, n. 1094; Consiglio Stato, sez. V, 3 giugno 2002, n. 3068; C.G.A. 12 agosto 2005, n. 531), in base al quale:
- la ratio dell'esclusione (dal novero delle offerte prese in considerazione) di quelle collocate ai margini estremi dell'ala, sta 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;
- nel caso in cui siano più d'una le offerte che presentano la medesima percentuale di ribasso collocate a cavallo della soglia del dieci per cento e l'ampiezza dell'ala non consenta di escluderle tutte, non resta quindi altra strada che quella di attribuire alla parola "offerte", un significato non assoluto ma relativo, intendendola come espressione del ribasso percentuale in essa contenuto. Sicché la presenza di più offerte che presentino la medesima percentuale di ribasso, collocate a cavallo della soglia del 10%, non può che comportare l'effetto giuridico della loro integrale esclusione dal computo delle successive operazioni. In tutti gli altri casi , per dato letterale inequivocabile, opera invece il criterio assoluto con considerazione distinta delle singole offerte pur se aventi il medesimo ribasso, essendo stabilito in particolare, per quel che qui rileva, che la media aritmetica riguarda i ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse e non i ribassi in esse contenuti.
5.2.Le considerazioni dell'appellante che richiamano anche atti della Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (deliberazioni n. 285 in data 6 novembre 2003 e n. 159 in data 14 ottobre 2004) - pur meritevoli di considerazione, non sembrano sufficienti a superare in via interpretativa il dato letterale delle attuali disposizioni normative, occorrendo al riguardo eventualmente un intervento risolutore del legislatore.
5.2. Nella specie, la commissione di gara ha illegittimamente considerato unica offerta (c.d. blocco unitario) le offerte aventi il medesimo ribasso percentuale in una fase del procedimento successiva all'eliminazione del 10% (calcolo della media aritmetica e dello scarto medio), mentre secondo l'orientamento sopra indicato in tale fase doveva essere considerata ogni singola offerta.
5.3. Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, deve concludersi per l'illegittimità del metodo seguito dalla commissione di gara nella determinazione del miglior ribasso e della conseguente aggiudicazione della gara a favore dell'a.t.i. M. cooperativa a.r.l. capogruppo mandataria della E. s.n.c. con il ribasso del 24,775%, come statuito dal TAR.
6.In conclusione, l'appello va respinto.
Non occorre pronunciarsi sulle spese di giudizio, in quanto le parti intimate non si sono costituite,

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato , Sezione Quinta, respinge l'appello indicato in epigrafe .

Nulla spese.
Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:
Cesare Lamberti, Presidente
Aniello Cerreto, Consigliere, Estensore
Francesco Caringella, Consigliere
Carlo Saltelli, Consigliere
Eugenio Mele, Consigliere