

Publicato il 04/05/2020

N. 01626/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01029/2020 REG.RIC.



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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1029 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

T.S.G. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Clemente Manzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche della Campania, Molise, Puglia e Basilicata - Sede di Napoli (di seguito: Provveditorato Interregionale), in persona del Provveditore pro tempore,

Ministero Infrastrutture e Trasporti (di seguito: MIT), in persona del Ministro pro tempore,

rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz 11;

nei confronti

Costruzioni Vitale S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Giosuè Carducci, 37;

per l'annullamento,

A) Riguardo al ricorso introduttivo, notificato il 28 febbraio 2020 e depositato il successivo 13 marzo:

A.1) del provvedimento prot. n. 0001914 del 29 gennaio 2020 comunicato in pari data ai sensi dell'art. 29, comma 1, del d.lgs n. 50/2016 di aggiudicazione dell'appalto avente ad oggetto "Affidamento dei lavori di conservazione, manutenzione, restauro e valorizzazione del Teatro Comunale Vittorio Emanuele in Benevento al Corso Garibaldi. CIG 8125594C48" alla società Costruzioni Vitale s.r.l.

A.2) del verbale di seconda seduta pubblica del 28 gennaio 2020 nonché degli eventuali allegati relativi al procedimento di calcolo ai sensi dell'art. 97 del d.lgs n. 50/2016;

A.3) del verbale di prima seduta pubblica non menzionato nel provvedimento prot. n. 0001914 del 29 gennaio 2020;

A.4) dei verbali di gara, se esistenti, oltre quelli indicati nell'avviso ai sensi dell'art. 29 del d.lgs n. 50/2016 conosciuto dal ricorrente in data 29 gennaio 2020, ignoti di numero e contenuto

A.5) del bando-disciplinare di gara se esistenti con gli allegati nonché della lettera d'invito in parte qua e nei limiti dell'interesse fatto valere in giudizio;

A.6) di ogni altro atto ad esso preordinato, connesso, consequenziale e conseguente.

B) riguardo al ricorso per motivi aggiunti, notificato il 3 aprile 2020 e depositato il successivo 15:

B.1) della comunicazione trasmessa al ricorrente in data 5 marzo 2020, ai sensi dell'art. 76 comma 5 del d.lgs n. 50/2016, mediante la quale la

stazione appaltante ha evidenziato che, come da Decreto del Provveditore n. 80 del 28 febbraio 2020, l'appalto è stato aggiudicato in favore della società Costruzioni Vitale s.r.l. con il ribasso offerto del 38,081%.

B.2) della determina del Provveditore n. 80 del 28 febbraio 2020, richiamata nella comunicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5, d. lgs n. 50/2016;

B.3) di tutti gli atti e provvedimenti già impugnati col ricorso introduttivo. Nonché per la declaratoria, quanto al ricorso introduttivo ed al ricorso per motivi aggiunti:

1) d'inefficacia del relativo contratto, ove stipulato, nelle more della decisione della presente controversia tra il MIT- Provveditorato Interregionale e la controinteressata e, comunque, soggetto diverso dalla odierna ricorrente.

2) del diritto della ricorrente a subentrare nel medesimo contratto, ove concluso prima della decisione della causa di merito, anche per la parte residua.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Costruzioni Vitale S.r.l., del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli e del Ministero Infrastrutture e Trasporti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2020 il dott. Gianmario Palliggiano - svolta da remoto, ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del D.L. n.18/2020 e dell'art. 5 del D.P. n.14/2020/Sede, mediante l'utilizzo del software Microsoft Teams, individuato nelle indicazioni impartite dal Segretario Generale della G.A. e dal Servizio per l'Informatica della G.A. - la causa è stata trattenuta in decisione, omesso ogni avviso, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., dell'art. 84, commi 5 e 6, D.L. 18/2020 e dell'art. 5 del decreto presidenziale n. 14/2020/sede;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con lettera d'invito prot. n. 29094 del 6 dicembre 2019, il MIT, Provveditorato Interregionale, aveva avviato la procedura, indetta ai sensi dell'art. 36 del D. Lgs n. 50/2016, per l'affidamento dei "Lavori di conservazione, manutenzione, restauro e valorizzazione del Teatro comunale Vittorio Emanuele in Benevento" (codice di gara: CIG 8125594C48).

La selezione, gestita mediante la piattaforma di e-procurement del MIT, con importo a base d'asta in € 807.094,12, comprensivi di € 6.848,39 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, sarebbe stata affidata col meccanismo dell'accantonamento delle offerte cd anomale, nei termini sanciti dai commi 2-bis e 2-ter e 8 dell'art. 97 del d. lgs. 50/2016.

Come risulta dall'elenco di cui al verbale di gara n. 1 dell'8 gennaio 2020, la Stazione appaltante invitava alla procedura negoziata venticinque operatori economici qualificati.

Entro il 7 gennaio 2020, termine ultimo stabilito dalla lex specialis, quattordici di essi presentavano la propria offerta.

Nel corso della seconda seduta, svoltasi il 28 gennaio 2020, in applicazione dell'art. 15 della Lettera di Invito, il Seggio individuava la cd. soglia di anomalia nella percentuale pari al 38,521% e, per effetto del meccanismo di calcolo – come previsto dall'art. 97, comma 2-bis, d. lgs. n. 50/2016, (essendo pervenute meno di 15 offerte) - aggiudicava l'appalto a Costruzioni Vitale S.r.l., la quale aveva presentato un ribasso del 38,081%. L'esito era pubblicato, ai sensi dell'art. 29 d. lgs. n. 50/2016, sul portale informatico della Committenza, nella sezione "Amministrazione Trasparente".

2.- Con l'odierno ricorso introduttivo, T.S.G. Costruzioni S.r.l. ha impugnato il provvedimento prot. n. 1914 del 29 gennaio 2020 recante la graduatoria all'esito della gara, in cui la stazione appaltante ha preso atto che la società Costruzioni Vitale S.r.l. era risultata prima in graduatoria e

che, ad avviso della ricorrente, avrebbe dovuto essere automaticamente esclusa avendo presentato un'offerta al ribasso pari al 38,081% e, pertanto, anomala in considerazione del metodo di calcolo, prescritto dall'art. 97, comma 2, lett. a) ("calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore").

T.S.G. Costruzioni s.r.l. ha impugnato, come sopra descritto in epigrafe, anche i verbali di gara e la documentazione connessa.

Con memoria depositata il 18 marzo 2020, si è costituita in giudizio Costruzioni Vitale s.r.l. per chiedere il rigetto del ricorso in quanto infondato.

T.S.G. Costruzioni s.r.l., con dichiarazione depositata il 20 marzo 2020, ha rinunciato alla misura cautelare in precedenza richiesta, in vista della presentazione di ricorso per motivi aggiunti, aventi ad oggetto la comunicazione ad essa stessa inviata, in data 5 marzo 2020, ai sensi dell'art. 76 comma 5 del d.lgs n. 50/2016, mediante la quale la stazione appaltante ha reso noto che, come da Decreto del Provveditore n. 80 del 28 febbraio 2020, l'appalto era stato aggiudicato in favore della società Costruzioni Vitale s.r.l.

Il gravame per motivi aggiunti è stato quindi notificato il 3 aprile 2020 e depositato il successivo 15.

Nel frattempo, con atto formale depositato il 23 marzo 2020, si è costituita in giudizio l'Avvocatura distrettuale dello Stato per conto del MIT e del Provveditorato Interregionale.

3.- La causa è stata fissata all'udienza camerale del 22 aprile 2020 per la trattazione dell'istanza cautelare. Le parti, ai sensi dell'art. 84, comma 5, D.L. 18/2020, hanno presentato memorie e repliche.

A conclusione dell'udienza camerale, il Collegio ha ritenuto sussistere gli estremi, di cui all'art. 60 cod. proc. amm., per definire la causa con

sentenza in forma semplificata, omissis ogni avviso, come previsto dall'art. 84, comma 6, D.L. 17/2020.

4.- Parte ricorrente ha dedotto col ricorso introduttivo, e ribadito col ricorso per motivi aggiunti, la seguente articolata unica censura:

Violazione del principio della par condicio tra i concorrenti; dell'art. 97, commi 2-2 bis, d. lgs 50/2016, come aggiunto dall'art. 1, comma 20, lett. u), n. 1), D. L. n. 32/2019 (cd "decreto sblocca cantieri"), convertito con modificazioni dalla L. n. 55/2019; difetto d'istruttoria, eccesso di potere per illogicità manifesta, erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto.

In sintesi, la ricorrente lamenta un presunto errore di applicazione del modello di selezione come disciplinato dall'art. 97, commi 2-bis e 8, d. lgs. 5/2016.

Sottolinea, in particolare, che la Commissione di gara avrebbe erroneamente affidato l'appalto alla controinteressata, Costruzioni Vitale S.r.l., senza considerare che l'offerta di quest'ultima, coincidente col 38,081% di ribasso, era stata soggetta al meccanismo del cd. taglio delle ali, in quanto anomala e, per questo, avrebbe dovuto essere esclusa da ogni successiva operazione della procedura, cristallizzata, nel caso di specie, dalla sequela procedimentale: "calcolo della prima media, calcolo della seconda media, quantificazione del rapporto relativo allo 0,15%, incremento del 20%, aggiudicazione.

Al riguardo, la ricorrente richiama a suo favore le conclusioni alle quali è pervenuto il TAR Palermo (Sez. III), con la recente sentenza 27 dicembre 2019, n. 2979, secondo cui, se il meccanismo del "taglio delle ali" risponde all'esigenza di porre rimedio al fenomeno delle offerte disancorate dai valori medi, ciò implicherebbe che le offerte oggetto del "taglio" nel primo calcolo non possano essere più considerate ai fini dell'aggiudicazione.

5.- La censura non è condivisibile ed il ricorso è infondato.

5.1.- Per risolvere il punto controverso, è necessario chiarire se il meccanismo della espunzione delle offerte che presentano un ribasso maggiore o minore del 10%, arrotondato all'unità superiore (cd. ali), rispetto alla base d'asta, sia strumentale ai soli fini del calcolo della soglia di anomalia, per poi essere esse riammesse per la determinazione della media percentuale dei ribassi e per il calcolo dello scarto medio aritmetico, o, al contrario, se la stessa costituisca, come reputa la ricorrente, una circostanza che comporti la definitiva fuoriuscita dell'offerta ribassata tra quelle valide per la procedura.

Il tenore dell'art. 97 (Offerte anormalmente basse), comma 2-bis, d. lgs. 50/2016, applicabile al caso di specie essendo pervenute meno di 15 offerte, induce a considerare che il cd. "taglio delle ali" è uno strumento aritmetico di carattere fittizio e adottato per ragioni di mero calcolo, ponendosi lo stesso nel ristretto ambito del sub-procedimento volto ad individuare la soglia di anomalia delle offerte.

5.2.- A favore di questa conclusione depongono diversi elementi.

In primo luogo, il dato letterale, secondo cui "(...) il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue: a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso" (art. 97, comma 2, lett. a) d. lgs. 50/2016).

In secondo luogo, il criterio teleologico o funzionale del meccanismo descritto, per la cui individuazione è utile ricondursi al menzionato art. 97, comma 2-bis, d. lgs. 50/2016 il quale espressamente indica che: "ai fini della determinazione della congruità delle offerte, al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia ...".

Infine, ma non meno rilevante per importanza, occorre considerare il principio di tassatività delle cause di esclusione secondo cui, a prescindere

dalla causa che la determini, l'espulsione del partecipante dalla procedura di gara è da intendersi sempre come evento eccezionale, rientrando nei casi tassativi previsti dalla legge.

Si rammenta che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 13 del 30 agosto 2018, che fa riferimento alla diversa questione se le offerte "tagliate" debbano o meno essere inserite nuovamente nelle successive operazioni di calcolo previste dall'art. 97 D. Lgs n. 50/2016, ha precisato che le offerte interessate dal taglio debbano essere "accantonate" e, pertanto, non escluse dalla gara, ai fini delle successive operazioni coinvolte nel calcolo dell'anomalia.

In termini analoghi, in altro precedente, il Consiglio di Stato ha chiarito anche che la ratio sottesa all'accertamento delle offerte anomale, collocatesi nelle fasce estreme (cd. ali), non è quella di eliminarle perché da considerarsi a priori sintomatiche di una non reale intenzione di contrarre, quanto, piuttosto, quello di evitare che gli esiti della gara siano condizionati dalle c.d. "offerte di appoggio". Il legislatore, pertanto, in un'ottica precauzionale di evitare ipotetiche situazioni di turbativa d'asta, ha stabilito in via prudenziale un accantonamento delle stesse dal calcolo, salva la loro successiva verifica, ai fini dell'eventuale loro esclusione, laddove non si superino le perplessità in ordine all'attendibilità ed all'affidabilità delle stesse (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2017, n. 4803).

6.- In conclusione, il cd "taglio delle ali" mira ad evitare condizionamenti delle medie, secondo un'operazione concepita dal legislatore solo come strumento di calcolo e, quindi, "virtuale", con conseguente accantonamento temporaneo delle offerte che si collocano oltre la soglia di anomalia senza che la stessa possa comportare l'esclusione automatica dalla gara delle imprese che abbiano presentato offerte che ricadono nella suddetta soglia (in questi termini, cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, 9 marzo 2020 n. 610).

Ne consegue che l'offerta della Costruzioni Vitale S.r.l. (collocatasi, peraltro, con ribasso del 38,081%, al di sotto della soglia di anomalia determinata nel 38,521%), per le ragioni dette, non avrebbe potuto essere esclusa automaticamente dalla gara per il solo fatto di rientrare nel preliminare "taglio delle ali".

7.- Per quanto sopra il ricorso ed i relativi motivi aggiunti vanno respinti.

Il Collegio ravvisa la sussistenza delle eccezionali ragioni, in considerazione della non uniformità degli indirizzi giurisprudenziali registrati sulla questione controversa, per compensare le spese del giudizio, salvo il contributo unificato che rimane a carico della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui relativi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Compensa le spese del giudizio, salvo il contributo unificato a carico di parte ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft teams, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, D.L. 18/2020 e dal decreto del Presidente del Tribunale n. 14/2020/sede, con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianmario Palliggiano

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO