

Il “taglio delle ali” nelle procedure di appalto e le particolari conseguenze negative sulle procedure in Sicilia dell’attuale interpretazione giurisprudenziale

Ignazio Scuderi

Avvocato

1.- Una questione oggi di grande rilievo applicativo nelle procedure d'appalto, soprattutto in Sicilia, è quella relativa al c.d. “taglio delle ali”.

La relativa disciplina è dettata, a livello nazionale, dall'articolo 21 comma 1 bis della legge 109/94, secondo cui “... 1-bis Nei casi di aggiudicazione di lavori di importo pari o superiori al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP con il criterio del prezzo più basso di cui al comma 1, l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'articolo 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino 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”.

In Sicilia invece, per gli appalti sotto soglia comunitaria, vige l'articolo 1 della Legge Regionale 29 Novembre 2005 numero 16, secondo cui “... all'articolo 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come introdotto dalla legge regionale 2 agosto 2002, n. 7 e successive modifiche ed integrazioni, sono apportate le seguenti modifiche:

a);

b) al comma 1 bis le parole da “Relativamente” a “cinque” sono sostituite dalle seguenti: “Relativamente ai soli appalti di lavori pubblici di valore inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata aggiudica l'appalto all'offerta che più si avvicina per difetto alla media aritmetica delle offerte rimaste dopo l'esclusione automatica delle offerte di maggiore o minor ribasso, nella percentuale determinata come segue. Per la determinazione di tale percentuale, la commissione aggiudicatrice, dopo la fase di ammissione delle offerte, in pubblica seduta, sorteggia un numero intero da 11 a 40. Il numero sorteggiato costituisce la percentuale delle offerte di minor ribasso da escludere; la differenza tra 50 e il numero sorteggiato costituisce la percentuale delle offerte di maggior ribasso da escludere. I numeri delle offerte da escludere corrispondenti a tali percentuali sono determinati senza tener conto di eventuali cifre decimali. La procedura di esclusione automatica non è

esercitabile qualora il numero di offerte valide risulti inferiore a cinque. Ove si sia in presenza di più aggiudicatari con offerte uguali, si procede immediatamente al sorteggio”.

2.- Ciò posto, la questione riguarda il comportamento del seggio di gara, nel caso in cui siano più d'una le offerte che presentano la medesima percentuale di ribasso collocate a cavallo della soglia di esclusione automatica e l'ampiezza dell'ala non consenta di escluderle tutte.

La giurisprudenza amministrativa al riguardo, ha oramai assunto una posizione consolidata, giungendo all'esigenza di escludere tutte le offerte di eguale ribasso.

Da ultimo in tal senso, si è pronunciato il Consiglio di Giustizia Amministrativa “... 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 come unica entità (cd. criterio relativo).

La sola 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 (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), al quale questo Consiglio si è uniformato (C.G.A. 12 agosto 2005, n. 531), secondo cui:

- 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 altra strada che quella di attribuire alla parola “offerte”, contenuta nel comma 1 bis del citato articolo 21, 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 di esclusione, non può che comportare l'effetto giuridico della loro integrale esclusione dal computo della media e dello scarto medio aritmetico” (cfr. in particolare Consiglio di stato, sez. V, 18 giugno 2001, n. 3216)” (così, CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE - sentenza 16 novembre 2006 n. 678; ed inoltre, T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 13 marzo 2006, n. 358; Consiglio di Stato numero 3216/2001).

3.- La soluzione adottata dalla giurisprudenza amministrativa, non sembra perfettamente coerente con i principi, in primo luogo di natura comunitaria, sulle ipotesi di esclusione automatica.

Non si pretende in questa sede certamente di criticare una giurisprudenza assolutamente consolidata e pacifica.

Ma solo, di sottolineare i gravi effetti sostanziali che tale interpretazione sta producendo nelle procedure di “appalto”, soprattutto siciliane (già tormentate da infiniti problemi che, anche a seguito del notevolissimo contenzioso, precludono il perseguimento del fine della procedura, ovvero la realizzazione dell’opera pubblica).

4.- L’interpretazione giurisprudenziale in primo luogo, non risulta coerente con la lettura logico-sistematica della norma, corrispondente ai principi di buon andamento ed a quelli tipici delle procedure concorsuali (in primo luogo, quello della massima partecipazione, anche al fine di consentire all’Amministrazione di individuare l’aggiudicatario tra il maggior numero di offerte).

Sotto tale profilo, costituente il criterio preminente di interpretazione della legge ai sensi dell’articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale (cfr., per tutte, Consiglio di Stato, IV, 12 Settembre 2000 numero 4808), la normativa citata, tanto nazionale che regionale, fissa in maniera tassativa il numero delle offerte da escludere automaticamente.

Lo stesso articolo 21 bis della Legge 109/94 peraltro, si preoccupa già di individuare una deroga a tale principio, disponendo l’arrotondamento all’unità superiore.

Solo in tal caso è consentito escludere più del numero delle offerte indicato nella norma.

Ma al di là di tale ipotesi, nessuna ulteriore deroga è consentita senza violare la norma.

Sicchè, dove la legge ha voluto, ha espressamente previsto la deroga.

Pertanto, per il fondamentale brocardo “ubi lex voluit, dixit”, non può procedersi all’esclusione di un numero maggiore di offerte, in mancanza d’una espressa previsione normativa (sul principio, proprio in tema di interpretazione del citato articolo 1 della Legge 21/98, Tar Catania, I, 6 Ottobre 1999 numero 1982).

5.- Peraltro, sempre sul piano letterale, la normativa citata individua le “ali” con riferimento alla percentuale delle offerte, e dunque ad un criterio meramente numerico e mai sostanziale; sicchè, il fatto che un’offerta ricada nelle ali dipende unicamente dal numero delle offerte.

Il dato normativo è dunque univoco e non consente alcuna interpretazione estensiva, essendo pacifico che “... allorquando il significato tecnico giuridico delle espressioni letterali adoperate per manifestare la volontà legislativa della norma giuridica sia univoca, non può ammettersi la possibilità di dare alla norma un significato diverso da quello letterale e

logico...” (così, Consiglio di Stato, IV, 29 Febbraio 1996 numero 222 e Tar Catania, I, numero 1982/99 citata).

6.- Non sussiste peraltro nessuna ragione logico-sostanziale per alterare il contenuto della norma.

Il “taglio delle ali” invero, non è ancorato a dati sostanziali o verificati, ma si rimette ad un mero automatismo numerico che conduce all’assoluta casualità dell’esclusione.

Tale meccanismo si inserisce quale fase automatica nel sistema di aggiudicazione, senza che l’esclusione delle ali derivi da una concreta verifica della serietà delle offerte.

Sicché, la circostanza che un’offerta ricada nelle ali, non vuol certamente dire che essa sia poco seria.

Accade così normalmente che risulti estrema un’offerta col minimo scostamento da altre offerte che pur non ricadono nelle ali.

Il fenomeno è consueto negli appalti regionali nei quali, in virtù del criterio della “media”, si verifica un concentramento di offerte caratterizzato da un numero altissimo di ribassi eguali tra loro o che si differenziano per scarti infinitesimali.

L’automatismo e l’assoluta casualità del funzionamento del meccanismo del taglio delle ali, esclude dunque un’interpretazione estensiva della norma, attraverso il richiamo ad inesistenti ragioni sostanziali.

7.- E’ noto peraltro che il meccanismo di esclusione automatica delle offerte, derogando all’esigenza d’una concreta verifica della serietà dell’offerta in contraddittorio con l’impresa, contrasta con i principi comunitari nonché con quelli di libera concorrenza fra le imprese (sul punto, fra le tante, Corte di Giustizia CEE 22 giugno 1989 numero 103).

La norma che prevede un tale meccanismo pertanto, costituendo una deroga a tali principi, deve essere applicata secondo il suo preciso contenuto letterale, senza possibilità di alcuna interpretazione estensiva o analogica.

8.- Ciò a maggior ragione, ove si consideri che la tesi contraria, menoma inevitabilmente il principio della massima partecipazione, escludendo un numero maggiore di offerte rispetto a quello previsto dalla norma.

Essa inoltre, incide sui principi di efficienza, buon andamento e non aggravamento dell’azione amministrativa.

La riprova si ha analizzando le ultime procedure di gara in Sicilia.

Il descritto fenomeno del concentramento dei ribassi, uniti all’interpretazione giurisprudenziale citata, sta determinando effetti paradossali.

Si stanno verificando infatti innumerevoli casi di procedure nella quali partecipano centinaia di concorrenti.

Tuttavia in seguito, il meccanismo di esclusione applicato dalla giurisprudenza, giunge all'esclusione di tutte le imprese.

Da ciò la necessità di avviare una nuova procedura, nonostante la presenza di offerte assolutamente serie e congrue.

La stessa tesi inoltre, rischia di alterare il corretto svolgimento delle gare, incidendo sul principio di buon andamento.

Assecondare un criterio derogatorio della norma, significa infatti garantire alle "cordate" un nuovo strumento per "pilotare" le procedure di gara, giacchè si assisterebbe inevitabilmente ad un numero indefinito di offerte "uguali" sulle quali operare per la ricerca della media utile.

9.- Peraltro, l'ipotesi in cui siano più d'una le offerte che presentano la medesima percentuale di ribasso collocate a cavallo della soglia di esclusione automatica e l'ampiezza dell'ala non consenta di escluderle tutte, può essere agevolmente risolta, senza dovere violare i principi sopra esposti e produrre gli inconvenienti descritti.

E' sufficiente ricorrere, all'istituto del sorteggio, escludendo le imprese nella quantità necessaria a garantire il rispetto della percentuale fissata dalla norma.

Si tratta di soluzione semplice e priva di inconvenienti (fermo restando, che resta alla giurisprudenza amministrativa risolvere la questione, tentandosi in questa sede solo di attenzionare la problematica).

Si auspica comunque che la questione venga chiarita, anche mediante un intervento legislativo, che tenti di limitare al massimo tali elementi inquinanti la certezza e speditezza delle procedure di gara.