



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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1370 del 2007, proposto da:
Ellevi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avv. Bruno Santamaria, presso il cui studio
è elettivamente domiciliata in Milano, Galleria del Corso, 2

contro

Comune di Desio, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e
difeso dall'avv. Mario Viviani, presso il cui studio è elettivamente
domiciliato in Milano, Piazza San Babila, 4/A

nei confronti di

C.A.R. - Consorzio Artigiani Romagnolo S.C., in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti
Stefano Beltrami, Luigi Pecci e Federica Pecorari, con domicilio eletto
presso lo studio di quest'ultima in Milano, Via S. Barnaba, 30

per l'annullamento

della determinazione comunale n. 555 del 17 maggio 2007 di aggiudicazione definitiva dell'appalto per manutenzione straordinaria della palestra della scuola di via Agnesi e della scuola Pirotta all'impresa Consorzio Artigiani Romagnolo C.A.R.;
dei verbali della commissione di gara nella parte in cui propongono l'aggiudicazione a C.A.R.;
nonché per la reintegrazione in forma specifica o, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente da determinarsi in via equitativa.

Visti il ricorso, integrato da motivi aggiunti, e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Desio e di C.A.R. - Consorzio Artigiani Romagnolo S.C.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;
Visto il dispositivo n. 1215/2011;
Relatore la dott.ssa Laura Marzano;
Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2011, i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 18 giugno 2007 e depositato il giorno 20 successivo la ricorrente ha impugnato gli atti in epigrafe, chiedendone l'annullamento previa sospensione dell'efficacia.

Si sono costituite in giudizio sia l'Amministrazione che la controinteressata, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ordinanza n. 118 dell'11 luglio 2007 l'istanza cautelare è stata respinta per mancanza di fumus.

Con motivi aggiunti la ricorrente ha puntualizzato le censure avverso l'esito positivo della verifica di congruità dell'offerta del Consorzio controinteressato.

Previo deposito di memorie conclusive e repliche, all'udienza pubblica del 4 maggio 2011, su richiesta dei difensori delle parti, la causa è passata in decisione.

2. Il ricorso è diretto avverso gli atti di una gara di appalto indetta dal Comune di Desio per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della palestra della scuola di via Agnesi e della scuola Pirotta, da aggiudicarsi con il sistema del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, determinato a corpo in € 137.080,00 oltre IVA, mediante ribasso sull'elenco dei prezzi posto a base di gara.

Il bando prevedeva l'individuazione delle offerte anormalmente basse ai sensi dell'art. 86, commi 1, 3 e 4 del codice dei contratti.

Sono state ammesse alla procedura 39 concorrenti tra cui la ricorrente e il Consorzio Artigiani Romagnolo C.A.R..

Individuata la soglia di anomalia con il sistema del "taglio delle ali", in accoglimento delle osservazioni effettuate nel corso della seduta di gara da parte della controinteressata, secondo cui in assenza di espressa previsione della *lex specialis* non sarebbe stato consentito procedere all'esclusione automatica delle offerte ricadenti nel 10%,

ma soltanto eventualmente all'esito di verifica, l'offerta di quest'ultima, che ha presentato il massimo ribasso, è stata sottoposta a verifica di congruità.

L'offerta della ricorrente è risultata la prima non anomala dopo 14 anomale.

All'esito del procedimento di verifica è stata disposta l'aggiudicazione in favore del Consorzio Artigiani Romagnolo C.A.R..

3. Con un unico articolato motivo la ricorrente ha prospettato le seguenti censure:

I) l'offerta del Consorzio Ravennate, unitamente a tutte quelle rientranti nel 10% delle offerte con maggior ribasso, sarebbe dovuta essere esclusa ai sensi dell'art. 122, comma 9 del codice dei contratti, e la gara sarebbe dovuta essere aggiudicata a Ellevi che aveva presentato la miglior offerta congrua;

II) in subordine la verifica di anomalia sarebbe dovuta partire dall'offerta anomala più vicina alla prima congrua e così a scalare di talché la possibilità del Consorzio di aggiudicarsi la gara si sarebbe verificata solo in caso di inaffidabilità di tutte le offerte che precedono la sua;

III) l'offerta del Consorzio Ravennate sarebbe dovuta essere esclusa in quanto non corredata dalle giustificazioni preventive richieste dal previgente testo dell'art. 86, comma 5 del codice dei contratti;

IV) in ogni caso le giustificazioni prodotte in ritardo non sarebbero state idonee a dimostrare l'affidabilità dell'offerta per le ragioni meglio esplicitate nei motivi aggiunti.

4. Il ricorso è infondato.

4.1. Innanzitutto non può essere condivisa la tesi per cui il sistema del “taglio delle ali” comporterebbe, nel caso di specie, l'esclusione *de plano* delle offerte che ricadono nel 10% di cui all'art. 86, comma 1 del D.Lgs. 163/2006 mancando una simile comminatoria nella *lex specialis*: unica ipotesi in cui sarebbe possibile l'esclusione automatica nei contratti sottosoglia ai sensi dell'art. 122, comma 9 del codice dei contratti.

In mancanza di previsione espressa va, pertanto, applicato il consolidato principio per cui il cosiddetto "taglio delle ali", previsto dall'art. 86 comma 1 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, ha la finalità, unitamente ad altri elementi, solo di individuare la soglia di anomalia delle offerte e non di escludere automaticamente dalla gara le imprese che abbiano presentato offerte ricadenti nel detto taglio; ne consegue che le offerte che si situano oltre la fissata soglia di anomalia devono essere esclusivamente assoggettate al vaglio di congruità ai fini dell'aggiudicazione (T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 10 novembre 2010, n. 1872; T.A.R. Puglia Lecce, sez. III, 10 giugno 2009, n. 1460).

4.2. D'altra parte, in disparte i profili di inammissibilità per carenza di interesse, non trova riscontro normativo, oltre che logico, la censura per cui si sarebbe dovuta sottoporre per prima a verifica l'offerta anomala più prossima alla prima congrua, atteso che tale ordine di priorità contrasterebbe inevitabilmente con la logica sottesa al criterio di aggiudicazione al prezzo più basso, che deve necessariamente privilegiare il massimo ribasso per procedere poi, eventualmente,

nello scorrimento della graduatoria verso l'alto.

4.3. Non ha miglior sorte la censura per cui l'offerta del Consorzio Ravennate sarebbe dovuta essere esclusa in quanto non corredata dalle giustificazioni preventive, atteso che una previsione di tal fatta manca nell'art. 86, comma 5 del codice dei contratti che, secondo il testo applicabile *ratione temporis*, nel prescrivere la produzione delle giustificazioni preventive stabiliva che all'esclusione possa provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, eseguita in contraddittorio, qualora l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta.

Invero, nelle gare pubbliche la presentazione delle giustificazioni preventive da parte delle imprese partecipanti deve essere comunque seguita da un'effettiva valutazione in contraddittorio con la stazione appaltante dopo l'apertura delle buste, per cui ai sensi dell'art. 86 comma 1, del codice dei contratti, l'omessa presentazione delle stesse non costituisce causa di esclusione ex lege (T.A.R. Umbria Perugia, sez. I, 13 maggio 2009, n. 235).

Anzi è stato precisato che deve ritenersi illegittima, in quanto vessatoria, la clausola di un bando di gara che imponga a pena di esclusione la presentazione in via preventiva delle giustificazioni dell'eventuale anomalia dell'offerta presentata, in quanto tali giustificazioni, ove non ritenute sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, debbono necessariamente essere integrate su richiesta della stazione appaltante; per cui, in definitiva, le giustificazioni preventive non possono assurgere a requisito di partecipazione alla

gara a pena di esclusione (T.A.R. Abruzzo Pescara, sez. I, 11 maggio 2009, n. 332).

4.4. Il motivo di ricorso con cui è stata posta in dubbio la correttezza del procedimento di verifica dell'affidabilità dell'offerta del Consorzio Ravennate è complessivamente inammissibile per carenza di interesse, atteso che, in mancanza di censure avverso l'utile ammissione in graduatoria delle altre 13 concorrenti che si frappongono tra la ricorrente e la controinteressata, dall'eventuale pronuncia di accoglimento del motivo alla ricorrente non potrebbe derivare alcun effetto utile.

Per quanto precede il ricorso va in parte respinto e in parte dichiarato improcedibile.

5. Le spese, liquidate in € 7.000,00 (settemila), oltre al rimborso forfetario delle spese generali nella misura del 12,50% nonché agli oneri previdenziali e fiscali come per legge, secondo la soccombenza vanno poste a carico della ricorrente che dovrà rifonderle, in ragione del 50%, a ciascuna delle altre parti costituite.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge in parte, dichiarandolo improcedibile nella restante parte.

Spese a carico come da motivazione.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Marco Bignami, Consigliere

Laura Marzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/05/2011

IL SEGRETARIO

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