Pubblicato il 02/12/2020

N. 02358/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01975/2020 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 per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1975 del 2020, proposto da

Barone Costruzioni S.r.l. Unipersonale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Lucio Perone, Crescenzo Giuseppe Rinaldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Lodi non costituito in giudizio;

nei confronti

Cospin S.r.l. Unipersonale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Carrubba, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della determina n. 1032 del 2 novembre 2020, successivamente trasmessa, con la quale il Comune di Lodi ha aggiudicato alla società controinteressata la gara d'appalto per l'affidamento dei lavori di "ristrutturazione edilizia e adeguamento

normativo del complesso sportivo della piscina A. Concardi in Via Ferrabini intervento di rifacimento vasche adulti e bambini e spostamento ingresso principale" - CIG 82481035EA e CUp E18E17000030005, nonchè atti presupposti connessi e consequenziali, compresa la nota del 6 novembre 2020 e l'esito di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Cospin S.r.l. Unipersonale;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore il dott. Alberto Di Mario nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2020 svoltasi da remoto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione alla controinteressata della gara d'appalto indetta dal Comune di Lodi per l'affidamento dei lavori di "ristrutturazione edilizia e adeguamento normativo del complesso sportivo della piscina A. CONCARDI in Via Ferrabini intervento di rifacimento vasche adulti e bambini e spostamento ingresso principale".
La ricorrente sostiene che in tale gara, svoltasi con il metodo della procedura aperta con esclusione automatica delle offerte anomale, se l'amministrazione avesse calcolato correttamente la soglia di anomalia, limitandosi a prendere in considerazione le prime due cifre decimali delle offerte presentate, essa sarebbe stata aggiudicataria.
Al fine di dimostrare l'illegittimità degli atti di gara ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.
I) Violazione del disciplinare di gara. Errata determinazione della soglia di anomalia.

Secondo la ricorrente il disciplinare di gara imponeva alla stazione appaltante, anche ai fini della valutazione di anomalia dell'offerta, di prendere in considerazione la percentuale di ribasso offerta fino a 2 due cifre decimali e non tutte le cifre decimali, come invece ha fatto la Commissione di gara che, al fine di rendere omogenee le percentuali di ribasso pervenute, ha deciso di considerare il numero di cifre decimali pari al maggior numero di cifre proposto dai concorrenti, senza procedere ad alcun arrotondamento o troncamento.

A tal fine la ricorrente ha impugnato anche la nota prot. n. 54862 del Comune di Lodi che, nel riscontrare una specifica richiesta di revisione della graduatoria presentata dalla società ricorrente, in data 6 novembre ha evidenziato quanto operato dalla commissione, ribadendo in sostanza che "nulla veniva riportato nel bando di gara … in merito all'arrotondamento o al troncamento alla seconda cifra decimale dell'offerta ai fini del calcolo della soglia di anomalia". Tale nota sarebbe illegittima non solo nel contenuto ma prima di tutto per il divieto di integrazione della motivazione.

Questa tesi sarebbe poi confermata dalla giurisprudenza, secondo la quale il troncamento non trova applicazione solo nei calcoli successivi alla determinazione della soglia facendo salvi i principi di cui all'art 97 comma 2 e 2 bis del D.Lgsl 50/16 e dall'interesse della stessa stazione appaltante in quanto l'offerta limitata alle prime due cifre decimali sarebbe più bassa di quella con più cifre.

II) Illegittimità della Commissione. Indebita sovrapposizione dei ruoli di Dirigente, RUP e Presidente della Commissione.

La ricorrente sostiene che nel caso di specie il cumulo degli incarichi sarebbe illegittimo in quanto avrebbe di fatto esautorato la Commissione, avendo la stessa persona espresso la tesi impugnata sia in qualità di presidente della Commissione che di stazione appaltante.

III) In subordine, illegittimità del bando.

La ricorrente sostiene che laddove si rilevasse una contraddizione nella disciplina di gara relativa al problema delle cifre decimali dell'offerta da valutare, risulterebbe evidente la necessità di annullare l'intera procedura di gara per indeterminatezza della stessa.

Il Comune non si è costituito.

La controinteressata Cospin s.r.l. unipersonale, con memoria depositata in data 23/11/2020, chiede la reiezione del ricorso in quanto: a) la circostanza che il disciplinare di gara, nell'indicare le modalità di formulazione dell'offerta, avvertisse che non sarebbero state prese in considerazione le cifre decimali superiori alla seconda, non autorizza ad estendere la suddetta modalità di troncamento anche alla distinta operazione di determinazione della soglia di anomalia ed anzi il troncamento deve sempre essere giustificato da norma specifica; b) Il secondo motivo di gravame sarebbe, in primo luogo, inammissibile in quanto perplesso e condizionato per il fatto che l'illegittimità viene enucleata in funzione degli esiti concreti della gara e non già delle norme asseritamente violate. In ogni caso la censura sarebbe destituita di fondamento in quanto il cumulo delle due funzioni non viola le regole di imparzialità; c) poiché il troncamento, previsto dal

bando di gara, non può valere per la fase di determinazione della soglia di anomalia in mancanza di una specifica previsione derogativa dei principi matematici, nessuna contraddizione è conseguentemente enucleabile nelle disposizioni del bando di gara.

Alla camera di consiglio del 25 novembre 2020, tenuta da remoto, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione in forma semplificata.

DIRITTO

1. Il primo motivo di ricorso è infondato.

Dall'esame degli atti risulta che il disciplinare di gara (Parte V, par. I), facendo riferimento alle modalità di presentazione delle offerte, afferma che "*10. Nel*

percorso guidato di Sintel, nel campo "offerta economica", l'operatore economico deve - pena esclusione - indicare: a. la percentuale di ribasso offerta rispetto all'importo a base di gara sia in cifre che in lettere. In caso di discordanza prevale l'indicazione in lettere. Verranno prese in considerazione fino a 2 due cifre decimali".

La norma è chiara nello specificare che il suo oggetto sono le modalità di presentazione dell'offerta e del calcolo del ribasso.

Visto il suo ambito specifico, la norma non è estensibile anche alle modalità di calcolo dell'anomalia dell'offerta, per le quali il disciplinare di gara prevede regole autonome (Parte VI par. 1) che non specificano nulla in merito al fatto che le offerte sarebbero state esaminate nella loro interezza ovvero si sarebbe proceduto ad eventuali troncamenti.

Rileva il Collegio, sul punto, che giurisprudenza consolidata (da ultimo, TAR Calabria, I, 27/10/2020 n. 1699), anche di secondo grado (C.G.A. 13 giugno 2013, n. 575 e 9 giugno 2014, n. 306; C.d.S., V, 12 novembre 2009, n. 7042 e 22 gennaio 2015, n. 268) precisa che, in assenza di puntuale e specifica disposizione del bando, per il calcolo della soglia di anomalia deve considerarsi tutta l'offerta. Difatti, "*ogni arrotondamento costituisce una deviazione dalle regole matematiche da applicare in via automatica; ciò premesso, deve ritenersi che gli arrotondamenti siano consentiti solo se espressamente previsti dalle norme speciali della gara*" (C.d.S., V, 12 novembre 2009, n. 7042)". In applicazione di tale criterio è stato osservato che "*In assenza (…) di alcuna previsione, negli atti di gara, dell'adozione di criteri particolari (quali l'arrotondamento od il troncamento) per l'individuazione della soglia di anomalia, deve prendersi in considerazione l'offerta così come formulata dal concorrente, sia perché, altrimenti, sarebbe indebitamente manipolata la volontà negoziale espressa dai partecipanti e potenzialmente falsato l'esito della procedura, sia perché il giudizio di anomalia risponde ad esigenze (eliminazione di offerte che appaiano, in base ad un confronto comparativo con la media delle altre, economicamente ed imprenditorialmente insostenibili) ed è retto da criteri (individuazione, normativamente indirizzata, di una soglia di valore al di sotto della quale si apre l'area della*

potenziale anomalia economica) diversi da quelli che presiedono alla selezione comparativa dei concorrenti in base al (mero) confronto algebrico fra le rispettive offerte" (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 15.1.2016, n.150).

Da quanto sopra esposto consegue che l'assenza di una previsione espressa nella legge di gara non dà luogo ad una lacuna che imponga di ricorrere all'analogia (costituita dall'utilizzazione del medesimo troncamento previsto per la diversa fase della formulazione dei ribassi).

In assenza di specifiche indicazioni, l'amministrazione è chiamata, piuttosto, a considerare l'offerta nella sua integralità, ossia utilizzando tutti i decimali delle offerte, proprio in quanto ogni diversa operazione costituirebbe, come già osservato, alterazione delle normali regole matematiche e, dunque, foriera di indebite alterazioni del normale sviluppo della gara nella fase cruciale di determinazione delle offerte anomale.

Il motivo va quindi respinto.

2. Anche il secondo motivo di ricorso è infondato.

L'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000 affida ai dirigenti degli enti locali la responsabilità e la direzione dei servizi organizzativi dell'ente e, nell'ambito di detta funzione, la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica del settore cui sono specificamente preposti, con conseguente loro assegnazione della presidenza delle commissioni di gara, della responsabilità delle procedure d'appalto e della competenza all'adozione degli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, oltre alla titolarità dell'intera responsabilità del procedimento; per cui, in assenza di esplicite ipotesi di incompatibilità legate al cumulo di funzioni relative alle varie fasi in cui il procedimento si articola, implicitamente la norma citata ammette la possibilità che l'ufficio di presidente della commissione giudicatrice sia assunto dall'organo responsabile del settore, cui competono anche le funzioni di verifica tecnica e di legittimità degli atti di gara proprie del RUP, nonché l'aggiudicazione definitiva.

La giurisprudenza (da ultimo TAR Emilia Romagna, II, 11/11/2020 n. 732) ha chiarito che "*la verifica della situazione di incompatibilità lamentata da un concorrente richiede sempre un giudizio in concreto volto a far emergere la partecipazione del soggetto in questione alla predisposizione materiale degli atti di gara, il che si ravvisa solo quando ricorra "una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario" (ex multis Cons. Stato, Sez. III, 26.10.2018, n. 6082), dovendosi "le cause di incompatibilità dei componenti della commissione di gara essere valutate con criteri di stretta interpretazione giuridica in relazione al principio di legalità" (in argomento Cons. Stato, Sez. V, 17.09.2010, n. 6965, Sez. III 26.10.2018, n. 6082; TAR Lombardia, n. 499/2018 cit.)".*

La ricorrente invece denuncia una indebita sovrapposizione dei ruoli di Dirigente, RUP e Presidente della Commissione che non attiene alla distinzione tra i soggetti che hanno definito i contenuti e le regole della procedura e quelli che ne fanno applicazione nella fase di valutazione delle offerte (Cons. Stato, Ad. Plen., 7.05.2013, n. 13; ex multis da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 11.09.2019, n. 6135). Né attiene alla distinzione tra i commissari di gara e coloro che sono stati o saranno chiamati a svolgere incarichi tecnici o amministrativi relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, come previsto dall'art. 77, comma 4 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 50/2016).

Si tratta quindi di una sovrapposizione di ruoli nella fase di svolgimento della gara che è ammessa anche dall'art. 77, comma 4 del Codice dei contratti pubblici nella parte in cui stabilisce che "*La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*".

Né può desumersi un'incompatibilità dal fatto che nel verbale n. 5 a pag. 10 è scritto che l'interpretazione del bando è stata fatta dal Presidente della Commissione mentre la decisione di tenere conto di tutte le cifre decimali è stata

effettuata dalla Commissione, trattandosi di una normale dialettica interna all'organo, nel quale vi è sempre un componente che relaziona in merito alle decisioni da prendere, senza che da ciò possa desumersi che la scelta è stata "di fatto lasciata al RUP/Presidente/Dirigente".

3. Il terzo motivo è infondato in quanto la mancanza di una regola specifica per il calcolo delle cifre decimali nel giudizio di anomalia non rende il bando illegittimo per genericità.

Infatti, come sopra indicato, la regola generale resta quella dell'utilizzo di tutte le cifre decimali oltre la virgola, con la conseguenza che non sussiste alcuna lacuna incolmabile della legge di gara che giustifichi l'annullamento del bando.

Per quanto finora esposto, il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali alla controinteressata, che liquida in euro 2500,00 oltre accessori di legge.

Nulla sulle spese nei confronti del Comune.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2020 svolta da remoto con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Alberto Di Mario	**Rosalia Maria Rita Messina**

IL SEGRETARIO