REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il TAR SICILIA di CATANIA ha pronunciato la seguente
SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 632 del 2008, proposto da: XXX Srl, rappresentato e difeso dagli avv. G.R., S.S., con domicilio eletto presso G.R. in Catania, via V.G.,X;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale N.X - Enna, rappresentato e difeso dall'avv. C.L.P.,con domicilio eletto presso S.C. in Catania, viale V. V., X;

nei confronti di

ZZZ Srl, KKK Srl;

per l'annullamento

dei verbali di gara, nonché di quello conclusivo assunto in data 30 gennaio 2008, in virtù dei quali l'impresa ricorrente è tata esclusa dalla procedura aperta "...per la somministrazione eventuale in service di ausili per la terapia respiratoria ..." indetto dall'Azienda sanitaria numero X di Enna, provvisoriamente aggiudicato quanto ai lotti 1, 2 in favore della controinteressata KKK e quanto ai lotti 3 e 4 alla controinteressata ZZZ;
del provvedimento di aggiudicazione definitiva, nonché delle note 7, 14, e 28 febbraio 2008 a firma del Responsabile del Procedimento e del Direttore Amministrativo, relative all'esclusione della ricorrente dalla procedura;
nonché, di ogni altro atto o provvedimento, antecedente o successivo, comunque presupposto, connesso e/o consequenziale (ivi espressamente compreso, ove occorra, il bando di gara nei limiti appresso indicati ed il parere reso dal Settore Affari Legale dell'Azienda richiamato nella nota 14 febbraio 2008).
Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Unità Sanitaria Locale N.X - Enna;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21/07/2009 il dott. Vincenzo Salamone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso si chiede l’annullamento:
dei verbali di gara, nonché di quello conclusivo assunto in data 30 gennaio 2008, in virtù dei quali l'impresa ricorrente è tata esclusa dalla procedura aperta "...per la somministrazione eventuale in service di ausili per la terapia respiratoria ..." indetto dall'Azienda sanitaria numero X di Enna, provvisoriamente aggiudicato quanto ai lotti 1, 2 in favore della controinteressata KKK e quanto ai lotti 3 e 4 alla controinteressata ZZZ:
del provvedimento di aggiudicazione definitiva, nonché delle note 7, 14, e 28 febbraio 2008 a firma del Responsabile del Procedimento e del Direttore Amministrativo, relative all'esclusione della ricorrente dalla procedura;
nonché, di ogni altro atto o provvedimento, antecedente o successivo, comunque presupposto, connesso e/o consequenziale (ivi espressamente compreso, ove occorra, il bando di gara nei limiti appresso indicati ed il parere reso dal Settore Affari Legale dell'Azienda richiamato nella nota 14 febbraio 2008).
Si lamenta la violazione e falsa applicazione dei bando di gara; violazione e falsa applicazione degli articoli 86, compia 5 e 87 del decreto l. vo aprile 2006, n. 163, nonché dai principi comunitari in materia di procedimento di verifica di anomalia delle offerte; eccesso di potere per sviamento, manifesta illogicità ed irrazionalità.
L’Azienda Unità Sanitaria Locale numero X di Enna, nel costituirsi in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso.
Questo TAR in accoglimento della domanda cautelare con ordinanza n. 458 del 28 marzo 2008 ha disposto l’ammissione con riserva della ricorrente alla gara, che è stata nelle more aggiudicata a quest’ultima.
Alla pubblica udienza del 21 luglio 2009 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

L’Azienda Unità Sanitaria Locale numero X di Enna, ha indetto procedura aperta per la "... la somministrazione in service, al domicilio degli assistiti, ausili per la terapia respiratoria, ivi compresa la manutenzione ordinaria e straordinaria degli stessi, la riparazione ed assistenza tecnica al domicilio l'assistito ...", articolata in sei lotti, da aggiudicare in favore dell'offerta più vantaggiosa (articoli 7, 8 ed 8/bis del Bando di Gara).
La ricorrente, in un primo tempo ammessa alla gara, ha presentato offerte risultate le più vantaggiose per i lotti numero 1, 2, 3 e 4.
La Commissione di gara, nella seduta conclusiva del 30 gennaio 2008, ha escluso la ricorrente dalla procedura, poiché non ha prodotto le giustificazioni preventive sulla congruità dei prezzi offerti ad avviso dell’Amministrazione “in violazione di quanto esplicitamente richiesto dall'art. 28 del capitolato speciale d'appalto,.." (così sì legge nella nota 7 febbraio 2008 a firma del Responsabile della procedura).
Il provvedimento di esclusione, è stato contestato con note gennaio 2008, nonché 6 e 15 febbraio 2008. Le contestazioni mosse al provvedimento di esclusione, non sono state tuttavia accolte e lo stesso è stato confermato con nota del 28 febbraio 2008.
Merita accoglimento l’articolata censura di violazione e falsa applicazione dei bando di gara; violazione e falsa applicazione degli articoli 86, compia 5 e 87 del decreto l. vo aprile 2006, n. 163, nonché dal principi comunitari in materia di procedimento di verifica di anomalia delle offerte ed eccesso di potere per sviamento, manifesta illogicità ed irrazionalità.
Il provvedimento di esclusione adduce quale unica motivazione la omessa presentazione delle giustificazioni preventive, per le "eventuali" offerte anomale, all'interno del plico contenente offerta economica, ma contrariamente a quanto assume l'Azienda resistente, l'articolo 28 del bando di gara, titolato "offerte anormalmente basse", si limita a prevedere che … ai sensi degli artt. 86 e segg. del Codice degli appalti, le offerte devono essere corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo proposto..."; senza alcuna comminatoria esplicita di esclusione in caso di omissione.
Detta sanzione, peraltro, non può neppure desumersi come pretende l'Amministrazione dal successivo articolo 30 del bando, poiché quest'ultimo, diversamente da altri adempimenti, non comprende fra le cause di esclusione la predetta mancata allegazione (in linea con quanto ritenuto dall’Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici con deliberazione del 12 Luglio 2007 n. 246).
L'Azienda ha errato nell'escludere la ricorrente dalla gara, poiché la regola prevista dall'articolo 86 comma 5 del decreto legislativo n. 163/2006, e peraltro non prevista nella normativa comunitaria, ha la chiara finalità di semplificare il procedimento amministrativo e non quella di sanzionare con l'esclusione il mancato rispetto della stessa.
Il fine non sanzionatorio è confermato, del resto, sia dal fatto che la stessa previsione non commina l’esclusione, sia dalla parte finale del medesimo comma 5 dell'art. 86, il quale dispone che “all'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore procedura in contraddittorio..." (in termini, Determinazione AVLP numero 246/07, citata).
In questo senso, si è espressa tutta la giurisprudenza amministrativa con numerose decisioni, aventi ad oggetto fattispecie di contenuto identico a quella oggetto del giudizio; ritenendosi che "... laddove si prescrive che le offerte devono essere corredate dalla presentazione di giustificazioni, si impone alle imprese un onere di collaborazione, in funzione di accelerazione della successiva fase di verifica delle offerte anomale. Tuttavia, la presentazione delle giustificazioni a corredo della offerta non è imposta a pena di esclusione delle offerte non documentate, venendo in rilievo la mancata documentazione solo nella fase successiva della verifica di anomalia, se ed in quanto l’offerta risulti sospetta di anomalia..." (cfr. Cons. Stato, sez, VI, 8 marzo 2004 n. 1072; Sez. V, 21 novembre 2003, n, 7616; sez. VI, 11 Dicembre 2001, n, 6217).
Il ricorso va, pertanto, accolto e gli atti impugnati vanno, conseguentemente annullati.
In considerazione della complessità della normativa di settore sussistono i giusti motivi per compensare interamente tra le parti spese ed onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, Sez. int. 3^, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso di cui in epigrafe e per l’effetto annulla gli atti impugnati.

Compensa interamente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.