



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2826 del 2012, proposto da:

PROTOM GROUP S.p.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alberto Corrado e Nicola Corrado, con i quali è elettivamente domiciliata in Napoli al Viale A. Gramsci n. 19;

*contro*

COMUNE DI ERCOLANO, rappresentato e difeso dall'Avv. Sergio Soria, con il quale è elettivamente domiciliato in Napoli al Parco Comola Ricci n. 165;

*nei confronti di*

- P.A. ADVICE S.p.A., rappresentata e difesa dall'Avv. Umberto Gentile, con il quale è elettivamente domiciliata in Napoli alla Via Melisurgo n. 4 presso lo studio legale dell'Avv. Andrea Abbamonte;

- ECOSFERA S.p.A., non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

a) della nota del Comune di Ercolano prot. n. 21222 dell'11 maggio 2012, con la quale è stata comunicata alla società ricorrente l'intervenuta aggiudicazione definitiva, in favore della P.A. Advice S.p.A., della gara finalizzata all'affidamento del servizio di assistenza tecnica al responsabile del programma PIU Europa della Città di Ercolano per le attività connesse all'attuazione del PIU Europa;

b) della determinazione dirigenziale del Comune di Ercolano n. 4/40/222 del 23 aprile 2012, catalogata in data 9 maggio 2012 al n. 854, recante l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della P.A. Advice S.p.A.;

c) di tutti i verbali della commissione giudicatrice e della documentazione allegata ai suddetti verbali;

d) della determinazione dirigenziale del Comune di Ercolano n. 4/40/534 del 7 novembre 2011, recante la nomina della commissione giudicatrice;

e) del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto;

f) di ogni altro atto presupposto, preordinato, connesso e conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato con conseguente accertamento del diritto al subentro della ricorrente ovvero, ove non fosse possibile il risarcimento in forma specifica mediante l'affidamento del servizio, per la condanna al risarcimento per equivalente monetario dei danni subiti dalla ricorrente a titolo di danno emergente, lucro cessante, danno curricolare e da perdita di chance.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente e della società controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2013 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta, indetta dal Comune di Ercolano, per l'affidamento del servizio di assistenza tecnica al responsabile del programma PIU Europa della Città di Ercolano per le attività connesse all'attuazione del PIU Europa, classificandosi terza nella graduatoria di merito dopo la vincitrice P.A. Advice S.p.A. ed Ecosfera S.p.A. La gara è stata aggiudicata in via definitiva alla predetta P.A. Advice con determinazione dirigenziale n. 4/40/222 del 23 aprile 2012, catalogata in data 9 maggio 2012 al n. 854.

Il contratto d'appalto veniva poi stato stipulato tra il Comune di Ercolano e la società aggiudicataria in data 5 ottobre 2012, con decorrenza del servizio dal precedente 21 maggio in forza di intervenuto affidamento sotto riserva.

La ricorrente impugna il citato provvedimento di aggiudicazione definitiva, unitamente a tutti gli atti di gara meglio in epigrafe individuati, adducendo una serie di doglianze attinenti alla violazione del d.lgs. n. 163/2006 e della legge n. 241/1990, alla violazione del principio di par condicio dei concorrenti, alla violazione dei principi di trasparenza delle operazioni di gara e di segretezza delle offerte, alla violazione della lex specialis di gara, nonché all'eccesso di potere sotto svariati profili.

Oltre che per l'annullamento degli atti impugnati, la medesima insta per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto e perché sia accertato il proprio diritto al subentro, nonché, in via subordinata, per la condanna al risarcimento per equivalente monetario dei danni subiti a titolo di danno emergente, lucro cessante, danno curricolare e da perdita di chance

Resistono l'amministrazione intimata e la società aggiudicataria, eccependo entrambe l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso, oltre alla sua infondatezza.

Con memoria depositata il 2 luglio 2012, parte ricorrente, oltre ad insistere nelle proprie tesi, muove nuove censure avverso l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria.

Infine, con memoria depositata il 19 aprile 2013, la stessa, nel fornire un ragguglio complessivo dell'insieme dei profili di doglianza, formula una nuova censura diretta ad ottenere la caducazione dell'intera procedura selettiva.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza n. 1336 del 27 settembre 2012.

2. Con il gravame in trattazione, parte ricorrente mira principalmente ad infirmare il provvedimento di aggiudicazione definitiva intervenuto in favore della P.A. Advice, al dichiarato fine di conseguire l'aggiudicazione del servizio ed il subentro nel relativo rapporto contrattuale.

In via subordinata, deduce che l'intera procedura andrebbe azzerata a cagione della cattiva conduzione delle operazioni di gara.

3. Ciò premesso, si prescinde dall'esame delle eccezioni di rito formulate dalle difese dell'amministrazione comunale e della controinteressata P.A. Advice, giacché il ricorso si presenta infondato nel merito.

Al riguardo, vale rilevare che il complesso delle doglianze prospettate può essere suddiviso in tre ambiti in ragione della situazione contestata ed essere pertanto classificato secondo le seguenti tre categorie: 1) censure volte a sostenere la doverosità dell'esclusione dell'aggiudicataria P.A. Advice; 2) censure volte a sostenere la doverosità dell'esclusione della seconda graduata Ecosfera; 3) in via subordinata, censure volte ad inficiare la validità dell'intera procedura selettiva.

3.1 Il Collegio, per ragioni di economia processuale, comincia dallo scrutinio della seconda categoria di censure, evidenziando che gli argomenti addotti per avvalorare la necessità di escludere la seconda graduata dalla gara possono essere così sintetizzati (cfr. anche quanto meglio illustrato nella memoria difensiva prodotta il 19 aprile 2013):

a) "il disciplinare di gara, con riferimento al contenuto dell'offerta tecnica, prescrive espressamente che la Busta B deve contenere "una relazione circa l'offerta tecnica di max 50 cartelle formato A4, ... dattiloscritta caratteri stile times new roman, altezza 12", con l'ulteriore previsione, all'art. 10 del Capitolato Speciale d'Appalto, di esclusione dalla gara nel caso in cui vi sia "il mancato rispetto di una qualsiasi delle prescrizioni, anche procedurali e formali, di gara previste dal bando, dal disciplinare e dal CSA, atteso che ciascuna delle medesime prescrizioni riveste, ai fini della par condicio dei concorrenti, carattere essenziale". Ebbene, (...), la Ecosfera ha palesemente violato le riferite prescrizioni, atteso che la documentazione presentata è stata dattiloscritta con un carattere di altezza evidentemente inferiore a 12, eludendo così il limite delle 50 pagine prescritto a pena di esclusione, in aperta violazione del principio della par condicio dei concorrenti". Ne discende che l'utilizzo "di un carattere più piccolo rispetto a quello prescritto dal disciplinare di gara, ha consentito alla Ecosfera di poter trattare in maniera maggiormente diffusa i temi oggetto della relazione, ponendosi, di conseguenza, in una posizione di aperto vantaggio rispetto agli altri concorrenti rispettosi della regola imposta dal disciplinare";

b) la Ecosfera "ha omesso di rendere, con riferimento a tutti i soggetti di cui alla lett. b) del I comma dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, la dichiarazione circa l'insussistenza della causa di esclusione di cui alla lett. m) ter, del medesimo art. 38, comma 1, richiesta a pena di esclusione dal disciplinare di gara, letto in combinato con il modello A allegato allo stesso".

3.2 Entrambe le prefate doglianze non meritano condivisione per le ragioni che si andranno ad esporre nel prosieguo della trattazione.

La circostanza che Ecosfera abbia prodotto in sede di gara una relazione tecnica con caratteri di stampa inferiori a 12 è contraddetta dalle stesse risultanze di causa ed, in particolare, dal testo di tale relazione tecnica se raffrontato con la "Relazione riprodotta in carattere Times New Roman 12" e con la "Relazione riprodotta in carattere Times New Roman 11", le quali rappresentano i documenti di comparazione offerti dalla stessa ricorrente a sostegno delle sue ragioni (cfr. documentazione depositata in data 16 aprile 2013).

Ebbene, seppure ad un primo impatto visivo la relazione tecnica di Ecosfera possa sembrare essere stata redatta con caratteri un po' più minuti di quelli relativi alla "Relazione riprodotta in carattere Times New Roman 12", in realtà i caratteri rispettivamente utilizzati, se analizzati con gli ordinari strumenti di misurazione, si presentano perfettamente sovrapponibili tra loro. La citata impressione visiva è presumibilmente imputabile alla diversa consistenza dell'interlinea, più ridotta nel primo caso, nonché alla diversa ampiezza dei margini, maggiormente rilevante nel secondo, fattori, questi, che concorrono a rendere più serrata dal punto di vista grafico la pagina di stampa predisposta da Ecosfera, con conseguente effetto di rimpicciolimento del carattere 12.

A conferma di quanto osservato sovviene anche la "Relazione riprodotta in carattere Times New Roman 11", che reca caratteri all'evidenza più piccoli di quelli della relazione tecnica in questione, e, siccome non esiste un carattere intermedio tra 11 e 12, il carattere utilizzato da Ecosfera non può che essere quello 12.

3.3 A differenti conclusioni non possono indurre le perizie tecniche esibite dalla ricorrente, ossia quella redatta dall'Ing. Antonella Petrillo e quella stilata dal Prof. Francesco Iacoviello, per le seguenti dirimenti ragioni: i) la prima perizia, nell'asserire che la relazione tecnica presentata da Ecosfera "risulta dattiloscritta con carattere stile Times New Roman, ma con altezza inferiore a 12", non precisa attraverso quale metodo si è pervenuti a tale risultanza, con conseguente inattendibilità dell'elaborato per palese apoditticità; ii) la seconda si limita a rilevare, in base ad analisi di immagine effettuate con sistema informatizzato, che i caratteri della relazione tecnica predisposta da P.A. Advice "sono caratterizzati da una grandezza maggiore rispetto ai caratteri ECOSFERA", senza però nulla chiarire sulla riconducibilità o meno dei caratteri utilizzati da Ecosfera al carattere 12 Times New Roman.

3.4 Ad ogni modo, nell'inconcessa ipotesi che Ecosfera non avesse rispettato il canone redazionale del carattere 12 facendo uso di un carattere più piccolo, si deve ritenere la relativa clausola di disciplinare, comprensiva del numero massimo di pagine previsto, meramente indicativa e non prescrittiva: infatti, la connessa clausola espulsiva ricavabile dal chiaro tenore dell'art. 10 del capitolato speciale deve essere qualificata come nulla ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006, non attenendo al difetto di un elemento essenziale dell'offerta, individuabile solo in base alle finalità di interesse pubblico perseguite e/o di tutela della par condicio dei concorrenti.

Invero, non possono essere configurate come elementi essenziali dell'offerta quelle particolari connotazioni della stessa introdotte da clausole che, come quella in esame, si rivelano di significato equivoco: nella specie, oltre alla generica indicazione del numero massimo di pagine dattiloscritte e del carattere da impiegare, non è fornita alcuna precisazione in ordine al margine grafico utilizzabile ed al limite numerico delle righe, con la conseguenza che, a parità di pagine e di carattere, ben potrebbe verificarsi una notevole differenza in merito ai contenuti quantitativi delle singole relazioni. In assenza, quindi, di ogni precisazione in ordine a tali componenti grafiche, è evidente come la previsione del numero massimo di pagine e del tipo di carattere assuma carattere eminentemente indicativo e di massima, non potendo il mancato rispetto della stessa comportare in radice un attentato al principio di par condicio tra i concorrenti (cfr. per analogia argomentazione Consiglio di Stato, Sez. V, 21 giugno 2007 n. 3437).

Inoltre, al contrario di quanto dedotto dalla ricorrente, non si attagliano alla presente fattispecie le osservazioni contenute nella sentenza del Consiglio di Stato n. 2745/2012 in merito ai limiti sulle modalità di formulazione delle offerte imposti a pena di esclusione, dal momento che tale precedente fa riferimento al regime normativo anteriore all'entrata in vigore del decreto legge n. 70/2011 (convertito nella legge n. 106/2011), introduttivo dell'art. 46, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006.

4. Quanto alla censura di carente dichiarazione sull'insussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. m-ter), del d.lgs. n. 163/2006, va rimarcato che essa, oltre ad essere genericamente formulata – non essendo stati specificamente individuati i soggetti che all'interno della compagine sociale della Ecosfera avrebbero omesso tale dichiarazione – si trova comunque ad essere smentita in punto di fatto.

Dalla semplice disamina della documentazione versata in atti emerge che, a fronte del dato pacifico (riferito dalla difesa di P.A. Advice) che Ecosfera è società per azioni con più di quattro soci, tutti gli amministratori muniti dei poteri di rappresentanza ed il direttore tecnico, come ricavabili dal certificato camerale (in tutto quattro soggetti), hanno reso la dichiarazione in parola, peraltro conformemente alla modulistica allegata al disciplinare di gara (Modello A).

5. Esaurito in senso negativo lo scrutinio della batteria di censure volte a sostenere la doverosità dell'esclusione della seconda graduata Ecosfera, devono essere dichiarate inammissibili per carenza di interesse le censure – alcune delle quali irrualmente introdotte mediante mera memoria difensiva non notificata alle controparti – dirette a

propugnare la doverosità dell'esclusione dell'aggiudicataria P.A. Advice.

Difatti, dalla reiezione delle doglianze rivolte avverso l'ammissione dell'impresa seconda classificata segue che la ricorrente giammai potrebbe ottenere l'aggiudicazione anche laddove fossero fondati i motivi di censura rivolti avverso l'ammissione dell'impresa prima classificata poi divenuta aggiudicataria.

6. Con altra censura, articolata in via subordinata, parte ricorrente insta per l'annullamento dell'intera procedura di gara, deducendo che non sono state indicate nei verbali delle sedute di valutazione delle offerte tecniche le misure adottate per la custodia dei plichi senza che, peraltro, fosse attestato il loro stato di conservazione nello spazio temporale intercorrente tra una seduta e l'altra.

La doglianza non convince.

Osserva il Collegio che nelle procedure di evidenza pubblica la mancata dettagliata indicazione nei verbali delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce di per sé motivo di illegittimità delle operazioni di gara, dovendo invece aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione; ne consegue che l'omissione delle menzionate cautele non è idonea ad inficiare i risultati di gara laddove la relativa censura non sia sorretta – come non lo è nel caso di specie – dall'allegazione, assistita da un minimo principio di prova, che sia intervenuta una manomissione dei plichi (orientamento ormai consolidato: cfr. ex multis Consiglio di Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013 n. 978; Consiglio di Stato, Sez. III, 19 novembre 2012 n. 5820 e 2 agosto 2012 n. 4422; Consiglio di Stato, Sez. V, 22 febbraio 2011 n. 1094).

Il Collegio non ignora il minoritario orientamento, fatto proprio dalla ricorrente, secondo il quale la tutela dell'integrità dei plichi deve essere garantita in astratto e che è quindi sufficiente che la documentazione di gara sia stata sottoposta a rischio di manomissione – anche in considerazione dei tempi di espletamento dell'intera procedura – per inferire l'illegittimità delle operazioni di gara, ma ritiene che tale rigoroso e formalistico indirizzo non sia perfettamente in linea con i criteri di logicità e di buon andamento cui deve uniformarsi l'attività della pubblica amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, n. 1094/2011 cit.).

7. Con un'ultima censura, introdotta con la memoria depositata il 19 aprile 2013, la ricorrente si duole che le operazioni della commissione giudicatrice si sono protratte “per oltre un mese, con intervalli eccessivamente lunghi tra le varie sedute, non giustificati da alcuna particolare complessità delle operazioni di valutazione, né dal numero delle concorrenti”.

La doglianza è inammissibile in quanto è stata formulata in mera memoria difensiva non notificata alle controparti, in dispregio delle regole del contraddittorio processuale.

8. Pertanto, resistendo gli atti impugnati a tutte le censure prospettate, la domanda di annullamento degli stessi merita di essere rigettata per infondatezza, con conseguente reiezione, per mancanza delle condizioni di legge, della connessa domanda di accertamento dell'inefficacia del contratto sottoscritto con l'aggiudicataria P.A. Advice e del diritto al subentro nel servizio da parte della ricorrente; analogamente deve essere rigettata la pretesa risarcitoria avanzata in via subordinata, non essendosi profilata l'ingiustizia dei danni asseritamente subiti.

9. In conclusione, ribadite le suesposte considerazioni, il ricorso deve essere in toto respinto.

Sussistono giusti e particolari motivi, in virtù della peculiarità della vicenda contenziosa, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2013

IL SEGRETARIO

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