

Pubblicato il 05/07/2021

N. 05112/2021 REG. PROV. COLL.
N. 00367/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 367 del 2021, proposto da
Parisi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Paolo Falzea, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

contro

Comune di Dasà, non costituito in giudizio;

nei confronti

Kernel s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Domenico Colaci, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (Sezione
Prima) n. 2131 del 2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Kernel s.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 giugno 2021, tenuta con le modalità previste dagli artt. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. e), del d.l. 1 aprile 2021, n. 44, convertito dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Falzea e Colaci in collegamento da remoto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il comune di Dasà ha indetto una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs n. 50 del 2016, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'installazione dei sistemi di videosorveglianza nel proprio territorio. La lettera di invito prevedeva al punto 3, rubricato "B. Offerta tecnica", che la "Relazione in formato cartaceo che dovrà essere composta dai capitoli A1-A2-A3 descritti nei criteri di aggiudicazione, massimo 1 foglio (entrambe le facciate – ulteriori fogli non saranno esaminati) formato A4 per capitolo più schede tecniche. Indicare SOLO le migliori proposte per ogni capitolo richiesto".

Con determina n. 65 del 20 maggio 2020, il Comune ha confermato la proposta di aggiudicazione di cui al verbale della commissione giudicatrice n. 4 del 15 maggio 2020 ed ha aggiudicato la gara a Parisi s.r.l.

Kernel ha impugnato l'aggiudicazione innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria che ha accolto il ricorso con sentenza n. 2131 del 2020, appellata da Parisi per i seguenti motivi:

I) errores in procedendo et in iudicando: illegittimità della sentenza per violazione ed errata applicazione di legge e della lettera di invito - illogicità, contraddittorietà e ingiustizia manifesta - erroneità della sentenza per

intrinseca illogicità della motivazione - violazione e/o falsa applicazione del par. 3 della lettera di invito - violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30 e 31 del d.lgs. n. 50 del 2016;

II) *errores in procedendo et in iudicando*: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. - violazione del par. 3 della lettera di invito - carenza istruttoria - eccesso di potere - irrazionalità - illogicità manifesta - violazione del principio di parità di trattamento - violazione dell'art. 64 c.p.a. e dei principi in materia di onere probatorio;

III) illegittimità della sentenza per errata valutazione dei presupposti in fatto e diritto - illegittimità della sentenza per violazione ed errata applicazione di legge e del bando di gara - illogicità, contraddittorietà e ingiustizia manifesta - erroneità della sentenza per intrinseca illogicità della motivazione - violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. - erronea interpretazione e/o travisamento dei fatti di causa - violazione e/o falsa applicazione del punto 3 della lettera di invito - violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30 e 31 del d.lgs. n. 50/2016 - violazione dell'art. 64 c.p.a. e dei principi in materia di onere probatorio.

Si è costituita per resistere all'appello Kernel s.r.l.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza del 17 giugno 2021 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Parisi s.r.l. contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria n. 2131 del 2020, che ha accolto il ricorso di Kernel contro l'aggiudicazione a Parisi della procedura concorsuale per l'installazione dei sistemi di videosorveglianza nel comune di Dasà e ha dichiarato inefficace il contratto *medio tempore* stipulato tra l'amministrazione e l'aggiudicataria.

La sentenza ha annullato l'aggiudicazione: *“impregiudicata restando, stante la sussistenza di segmenti discrezionali nell'esercizio del potere, la riedizione del potere da*

parte dell'amministrazione resistente, che effettuerà le competenti valutazioni ricorrendo ad una Commissione di gara in diversa composizione, la quale rivaluterà le offerte tecniche esaminando i documenti originariamente presentati in gara e stralciando le pagine eccedenti il numero massimo previsto dalla legge di gara'.

In esecuzione della sentenza, il Comune ha nominato una nuova commissione giudicatrice, composta da membri diversi rispetto a quella precedente, la quale ha proceduto alla rivalutazione delle offerte tecniche, stralciando le pagine in eccesso presenti nell'offerta della odierna appellante (cfr. verbale del 22 maggio 2021).

All'esito di tale operazione, la Parisi s.r.l. è risultata nuovamente aggiudicataria dell'appalto, riportando un punteggio totale pari a 75,55 punti, di cui 59,75 punti per l'offerta tecnica.

Il Comune ha approvato la nuova aggiudicazione a Parisi con determina n. 60 del 25 maggio 2021, che è stata impugnata da Kernel innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, che ha concesso la tutela monocratica fissando la trattazione dell'istanza cautelare al 23 giugno 2021.

Il Collegio ritiene la nuova valutazione della commissione irrilevante ai fini del giudizio, perché successiva all'instaurazione dell'appello. L'amministrazione dovrà conformarsi, dunque, alle seguenti statuizioni, indipendentemente dalle rivalutazioni effettuate nel frattempo, meramente esecutive della sentenza di primo grado.

Tanto premesso, con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'inesistenza del presupposto su cui la sentenza sarebbe fondata, e cioè che la commissione avrebbe *“sostanzialmente ammesso di aver operato in difformità dalle prescrizioni della legge di gara”* e, in particolare, della *lex specialis* di gara (par. 3 della lettera di invito), atteso che, al contrario, la commissione avrebbe fatto applicazione di quanto disposto dalla lettera di invito, ritenendo che la documentazione prodotta dall'aggiudicatario dovesse ritenersi conforme a quanto stabilito dal par. 3 della stessa.

Invero, per l'appellante la sopra citata lettera di invito, pur riportando il numero massimo di pagine dell'offerta tecnica, non conteneva alcuna prescrizione di ordine tipografico, quali la grandezza del carattere, i margini delle pagine, l'interlinea, il numero di battute, ed era, pertanto, di ambiguo significato e, dunque, di incerta applicazione.

A fronte di clausole ambigue o contraddittorie, la legge di gara non potrebbe essere annullata, ma semplicemente applicata in termini ragionevoli e compatibili con il principio del *favor participationis*, che privilegia l'interpretazione favorevole all'ammissione alla gara invece che quella che tenda all'esclusione di un concorrente.

Alla luce di quanto sopra, sarebbe evidente che la clausola in questione, nella sua ambigua formulazione, non si presti ad un'applicazione tassativa e formalistica che determini nel caso di superamento del numero di pagine, prescindendo da ogni considerazione in ordine ai criteri tipografici adottati, l'applicazione di una sanzione come l'oscuramento delle pagine eccedenti. Tale conseguenza sarebbe del tutto sproporzionata, oltre che contrastante con lo stesso interesse della stazione appaltante a selezionare l'offerta migliore alla luce degli scopi perseguiti e con il principio del "*favor participationis*".

Per l'appellante, le carenze della previsione della lettera di invito imponevano, dunque, alla commissione di sottoporla ad un'interpretazione che la rendesse concretamente applicabile al fine di equiparare realmente, sotto l'aspetto dimensionale, gli elaborati presentati dai singoli partecipanti.

Ed è proprio quanto fatto dalla commissione, la quale, interpretando la clausola della lettera di invito, si sarebbe fatta carico di valutare il ricorrere dell'equivalenza sostanziale tra il contenuto dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria e le prescrizioni della *lex specialis*, ritenendo che l'offerta tecnica di Parisi fosse sostanzialmente corrispondente a quanto richiesto dalla lettera di invito.

Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che il superamento del limite massimo di pagine

previsto dalla lettera di invito abbia determinato un indebito vantaggio per l'aggiudicataria senza che tale vantaggio fosse stato provato in concreto dalla ricorrente in primo grado.

Con il terzo motivo, infine, l'appellante ha dedotto che la sentenza sarebbe illegittima ed erronea per aver compiuto valutazioni di merito riservate alla commissione e non rientranti nei limiti del sindacato giurisdizionale.

L'appello è infondato.

La lettera d'invito, al par. 3, prescriveva che le proposte presentate fossero indicate nella relazione in formato cartaceo che doveva essere composta dai capitoli A1-A2-A3 descritti nei criteri di aggiudicazione, di massimo 1 foglio formato A4 per capitolo di entrambe le facciate, oltre alle schede tecniche.

Il mancato rispetto di tali prescrizioni non era sanzionato con l'esclusione dalla gara, ma con il divieto per la commissione di esaminare le eventuali pagine eccedenti il limite massimo ai fini della valutazione delle offerte.

La relazione contenuta nell'offerta tecnica di Parisi era difforme dalle suddette prescrizioni, atteso che: per il criterio A1 era composta dalla copertina di una facciata, dalla relazione di otto facciate e dalle schede tecniche di dodici 12 facciate; per il criterio A2 era composta dalla copertina di una facciata e dalla relazione di quindici facciate, senza schede tecniche; per il criterio A3 era composta dalla copertina di una facciata e dalla relazione di sette facciate, senza schede tecniche.

Come risulta dal consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, le censure che si appuntano sulla violazione della clausola della *lex specialis* di gara che prevede che la commissione non possa valutare le pagine delle offerte oltre un determinato numero, anche se fondate, non inficiano la procedura concorsuale nella normalità, a meno che non siano previste a pena di esclusione. Ciò vale a meno che non venga fornito un principio di prova in ordine alla violazione, nel caso di specie, della *par condicio* fra i partecipanti.

“Il superamento del limite massimo di pagine previsto dal disciplinare di gara per la redazione dei documenti componenti l'offerta è giusta ragione di censura del provvedimento di aggiudicazione solo se previsto a pena di esclusione dalla procedura di gara, e non invece nel caso in cui si preveda solamente che le pagine eccedenti non possano essere considerate dalla commissione "ai fini della valutazione dell'offerta"; in tale ultimo caso, infatti, il ricorrente deve fornire prova anche solo presuntiva - che la violazione si sia tradotta in un indebito vantaggio per il concorrente a danno dell'altro” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2020, n. 6857; 2 ottobre 2020, n. 5777).

E nel caso di specie, come bene affermato dalla sentenza appellata, la violazione della *par condicio* è palese, avendo la commissione rilevato che: *“l'offerta presentata dalla Ditta Parisi S.a.S. di Parisi Giuseppe & C è stata giudicata per intero, non applicando alcuna censura alle pagine in eccesso, in quanto anche se più cospicua delle 2 pagine richieste, è stata formulata con interlinee e caratteri molto più ampi, che al netto delle foto e di parti delle schede tecniche che ne intervallavano il testo, il suo contenuto in termini complessivi risulta essere in ogni caso in linea di massima corrispondente a quanto richiesto. Difatti non ha occupato alla Commissione Giudicatrice più tempo di quello dedicato alla valutazione delle offerte formulate dalle altre due ditte”.*

La commissione ha, dunque, esplicitamente dichiarato di avere effettuato la valutazione dell'offerta di Parisi in violazione delle prescrizioni succitate, non rilevando le giustificazioni relative all'assenza, nella fattispecie, di ulteriori indicazioni in ordine ad interlinea, dimensione o altre caratteristiche del testo, che avrebbero reso la clausola ambigua o inapplicabile.

Tale ambiguità della clausola non si rinviene affatto, atteso che, in mancanza di prescrizioni tipografiche, ogni concorrente, evidentemente, avrebbe potuto redigere la relazione nella forma prescelta, essendo consapevole del fatto che la commissione, in omaggio al principio della *par condicio*, avrebbe valutato solo il numero di pagine enunciato dalla suddetta clausola della *lex specialis*.

La sostanziale disapplicazione della clausola da parte della commissione in sede di valutazione dell'offerta di Parisi si pone, dunque, in aperta violazione del principio di parità e di non discriminazione fra i partecipanti alla gara,

atteso che dall'operato della stazione appaltante è conseguito un potenziale vantaggio per chi non si è attenuto alle prescrizioni della lettera d'invito rispetto a quanti invece lo abbiano fatto, rinunciando ad inserire nella relazione informazioni aggiuntive che, se valutate, avrebbero potuto fornire elementi di ulteriore valorizzazione dell'offerta.

Ed invero, nel caso di specie, lo stralcio delle pagine che superano i limiti massimi che possono essere presi in considerazione dalla relazione di Parisi la rendono, certamente, non valutabile.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza appellata, come in motivazione.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado, come in motivazione.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti di Kernel s.r.l., che si liquidano in euro 5000, oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2021, tenuta con le modalità previste dagli artt. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. e), del d.l. 1 aprile 2021, n. 44, convertito dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO