

N. 01161/2014 REG.PROV.COLL.

N. 03144/2012 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3144 del 2012, proposto da: Impresa Edile Cimiteriale di Faccendini Natalia S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Tiziano Ugoccioni, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Boccaccio 19;

contro

Comune di Boffalora Sopra Ticino, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Laura Rolla, elettivamente domiciliata presso la Segreteria del Tar in Milano, via Corridoni, 39;

nei confronti di

Eureka S.r.l.;

per l'annullamento

della decisione, assunta dalla Commissione di gara in data 4/12/2012, di disporre la non ammissione (e quindi l'esclusione) della ricorrente dalla procedura negoziata ex art. 125 D.Lgs. n. 163/2006 per l'affidamento dei servizi cimiteriali per il periodo 10/12/2012 - 31/1/2013 per aver la ricorrente stessa presentato una relazione descrittiva dell'offerta tecnica costituita da n. 2 (due) cartelle A4 e non da n. 1 (una) sola cartella A4;

di tutti gli atti di gara e dei relativi verbali di commissione;

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto in oggetto a favore della ditta Eureka srl;

del provvedimento di aggiudicazione definitiva successivamente assunto dalla P.A. a favore della medesima società Eureka srl e della relativa determinazione UT 152/2012;

nonché di ogni altro atto, di presupposto o conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Boffalora Sopra Ticino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2014 il dott. Alberto Di Mario 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 ricorrente impugna l'atto di esclusione dalla procedura negoziata per l'affidamento del servizio cimiteriale comunale, disposta per aver presentato una relazione di 2 facciate al posto di una, per i seguenti motivi: Violazione dell'art. 46 comma 1 bis D. lgs. 163/06 in quanto si tratterebbe di causa di esclusione non prevista dalla legge o dal regolamento e sarebbe stata redatta in forma ambigua.

La difesa del Comune ha chiesto la reiezione del ricorso.

Con decreto cautelare è stata riconosciuta la nullità della clausola e l'impresa è stata riammessa alla gara. Alla camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare (15.01.2013) la ricorrente ha rinunciato alla domanda in considerazione del fatto che l'appalto era in scadenza (prevista per il 31.01.2013). Ha chiesto quindi il risarcimento del danno.

Ai fini di determinare le chance di vittoria della ricorrente il Collegio ha disposto l'acquisizione della busta dell'offerta economica, che non era mai stata aperta.

All'udienza del 8 aprile 2014 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

## 2. Il ricorso è fondato.

La lettera di invito alla procedura prevedeva espressamente la presentazione di non più di 1 cartella A4. La stessa lettera prevedeva inoltre il contenuto della cartella stabilendo che essa dovesse essere redatta in formato non inferiore al corpo 10, non avere più di 50 righe e con il limite di 4.000 battute per pagina, senza tenere conto degli spazi, degli indici e delle copertine.

E' chiaro quindi che la stazione appaltante ha voluto disciplinare la quantità di informazioni contenute nella cartella stabilendo la quantità massima. L'interesse espresso dalla stazione appaltante con tale clausola era quindi quello di evitare di essere subissata da una massa di informazioni che rendesse difficile confrontare le varie offerte e che comportasse un aggravio dei tempi della procedura. In relazione a ciò è chiaro che non è la consistenza materiale della relazione quanto la quantità di informazioni che la stazione appaltante ha inteso limitare con la conseguenza che deve ritenersi illegittima l'esclusione dipendente dalla mero fatto che la relazione fosse di due pagine, laddove una relazione appena più lunga può essere più facilmente leggibile per il solo fatto che contiene disegni, oppure è redatta con un corpo superiore a 10 o con un numero di righe per pagina inferiori, senza che questo leda la parità di trattamento delle parti.

A ciò si aggiunge che la clausola di esclusione non trova alcun fondamento in norme di legge o di regolamento in violazione dell'art. 46 comma 1 bis del D. Lgs. 163/06.

Non vi è più interesse all'esame della domanda di annullamento in quanto alla data della decisione cautelare e del merito l'esecuzione del contratto è già conclusa.

Resta da esaminare la domanda risarcitoria con la quale la ricorrente ha chiesto il risarcimento di euro 11.986,68.

In merito occorre osservare che a titolo di spese la ricorrente ha chiesto euro 10.000 comprensivi delle spese per la gara precedente, annullata dall'amministrazione. Tali spese debbono essere negate in considerazione del fatto che il risarcimento a titolo di danno emergente delle spese sostenute dall'impresa per la partecipazione alla gara in mancanza di una specifica allegazione e prova delle singole voci (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194; sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3601) e del fatto che le spese di gara sono comunque necessarie per partecipare alla procedura.

Al fine poi di stabilire le chance di vittoria della ricorrente il Collegio ha disposto l'acquisizione dell'offerta economica della ricorrente, che non era stata aperta dalla stazione appaltante, nonostante l'accoglimento della domanda cautelare con decreto presidenziale. A seguito dell'apertura dell'offerta in udienza è risultato che il ribasso offerto dalla ricorrente sul prezzo è del 26.50 %, che è migliore di quello dell'aggiudicataria. Tenendo conto però che è una gara con offerta

economicamente più vantaggiosa deve ritenersi che le chance di aggiudicazione della ricorrente non superino il 50%.

Relativamente alla quantificazione del danno, il risarcimento da riconoscersi a tale titolo può essere presuntivamente determinato in base al criterio di cui all'art. 345 della legge 20.3.1865, n. 2248, Alleg. F, che fa riferimento al 10% dell'importo a base d'asta al netto del ribasso offerto tenuto conto del numero delle imprese partecipanti (Tar Lazio, Roma, Sezione Seconda, 08/05/2012 n. 4130). A tal fine si ritiene congrua la somma di euro 1.440,00 richiesta dal ricorrente.

Per quanto attiene al danno curriculare la giurisprudenza ha chiarito che nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto alla quale la ricorrente aveva diritto, va compensato anche il cosiddetto "danno curriculare", ovvero la "deminutio" di peso imprenditoriale della impresa ricorrente per omessa acquisizione dell'appalto che la medesima avrebbe avuto titolo a conseguire; tale "deminutio" può essere rapportata ad un inferiore radicamento nel mercato, anche come possibile concausa di crisi economica o imprenditoriale, in termini di difficile determinazione, ma in linea di massima rapportabili a valori percentuali compresi – secondo una stima già ritenuta equa dalla giurisprudenza – fra l'1% e il 5% dell'importo globale del servizio da aggiudicare ( Cons. Stato, VI, 2 marzo 2009 n. 1180). Nel caso di specie si ritiene equo il riconoscimento del 5 % dell'importo globale del servizio da aggiudicare per un totale di euro 1239.65. In definitiva il risarcimento del danno è pari ad euro 2679.65 più interessi e rivalutazione monetaria dal 4 dicembre 2012 al soddisfo.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto condanna l'amministrazione al risarcimento del danno nella misura stabilita in motivazione.

Condanna la stazione appaltante al pagamento a favore della ricorrente delle spese di lite che liquida in euro 4.000, oltre IVA e CPA come per legge, oltre alla restituzione del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

Valentina Santina Mameli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/05/2014

IL SEGRETARIO

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