

N. 06278/2011 REG.PROV.COLL.
N. 09685/2010 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 il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9685 del 2010, proposto da:
Società Parsons Transportation Group Inc, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alfredo Lucente e Andrea Sandulli, con domicilio eletto presso Alfredo Lucente in Roma, viale di Villa Massimo, 57;

contro

Società Aeroporti di Roma Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paola Conio e Luca Leone, con domicilio eletto presso Luca Leone in Roma, via degli Appennini, 46;

nei confronti di

Società Scott Wilson Ltd, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Vinti, Manuela Teoli e Luca Mariani, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, via Emilia, 88; Ati Società Ove Arup & Partners International Limited -

Ove Arup Italia Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Simona Rostagno e Mario Sanino, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, v.le Parioli, 180;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

del provvedimento “ad oggi non conosciuto” – comunicato alla Parsons Transportation Group Inc. con raccomandata r.r. 007528 del 14 ottobre 2010 – con cui la società Aeroporti d Roma s.p.a. ha aggiudicato la procedura ristretta indetta per l'affidamento del servizio di “Pianificazione aeroportuale a lungo termine – Redazione del piano di sviluppo a lungo termine e correlato studio ambientale dell'aeroporto di ROMA-FIUMICINO” in favore della società Scott Wilson Ltd.;

di ogni altro atto che sia o possa essere ad esso connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi compresi gli atti ed i verbali della Commissione di gara, e del provvedimento di approvazione degli atti medesimi;

del bando e della lettera di invito alla gara.;

e per la dichiarazione

di inefficacia del contratto eventualmente stipulato in attuazione dell'illegittimo provvedimento di aggiudicazione o, in subordine, per la condanna della Stazione appaltante al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aeroporti di Roma Spa,

Scott Wilson Ltd e dell'Ati Ove Arup & Partners International Limited - Ove Arup Italia Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2011 il I ref. Rosa Perna;

Uditi l'avv. Sandulli per la ricorrente, l'avv. Teoli per Scott Wilson Ltd., l'avv. R. Zanino, in sostituzione dell'avv. Rostagno, per ATI Società Ove Arup & Partners International Limited - Ove Arup Italia Srl e l'avv. Conio per Aeroporti di Roma s.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara inviato alla G.U.U.E. in data 15.1.2010 Aeroporti di Roma (di seguito, anche ADR) indiceva una procedura di gara ristretta per l'affidamento del servizio di pianificazione aeroportuale a lungo termine "Redazione del piano di sviluppo a lungo termine e correlato studio ambientale dell'aeroporto di ROMA-FIUMICINO", per un importo complessivo dell'appalto pari a euro 2.500.000,00, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tra i principali gruppi operanti nel settore dell'engineering aeroportuale, quattordici imprese presentavano la domanda di partecipazione alla gara entro il termine fissato dal bando (5 marzo 2010); con verbale in pari data, la Commissione ne ammetteva dodici,

tra cui la Parsons Transportation Group Inc., odierna esponente.

Terminate le operazioni di prequalifica, la Stazione appaltante trasmetteva ai candidati ammessi la lettera d'invito, invitandoli a presentare le offerte entro il termine di scadenza fissato per il giorno 3 maggio 2010, che successivamente veniva prorogato al 10 maggio 2010, con nota del 23.4.2010 n. A002997.

La lettera di invito stabiliva le modalità di partecipazione alla gara, richiedendo al par. 1 che i concorrenti presentassero un plico contenente tre Buste: busta n. 1 (documentazione amministrativa), busta n. 2 (documentazione tecnica), busta n. 3 (documentazione economica).

Successivamente, la Commissione di gara si riuniva nella seduta pubblica del 3 giugno 2010 e, effettuata la valutazione della documentazione amministrativa, ammetteva alla successiva fase otto offerte, tra cui quella di Parsons Transportation Group Inc., quella di Scott Wilson Ltd e l'offerta dell'ATI Ove Arup & Partners International Limited - Ove Arup Italia Srl.

In data 14 ottobre 2010 la Stazione appaltante comunicava alla ricorrente che, a seguito dell'apertura delle offerte prodotte in sede di gara, Parsons Transportation Group Inc "è risultata terza classificata con un punteggio complessivo pari a 70,186 ed un importo "a corpo offerto pari a 2.125.000,00", evidenziando che "l'efficacia dell'aggiudicazione disposta a favore di Scott Wilson Ltd., risultata migliore offerente anche dopo la procedura di verifica di congruità della sua offerta, con un punteggio complessivo pari a 70,979 e un

importo “a corpo” pari a euro 1.492.288,00, è subordinata all’effettuazione di tutti gli accertamenti di legge”.

Con il ricorso in epigrafe l’interessata impugnava, chiedendone l’annullamento, il provvedimento n. 7528/2010, che disponeva l’aggiudicazione della gara nei confronti di Scott Wilson Ltd. nonché tutti gli atti connessi; la ricorrente, posizionatasi al 3° posto della graduatoria, deduceva l’illegittimità degli atti di gara anche nella parte i cui ammettevano e/o valutavano positivamente le offerte della società Scott Wilson Ltd e dell’ATI Ove Arup & Partners International Limited - Ove Arup Italia Srl., rispettivamente, prima e seconda classificata, deducendo i seguenti motivi:

1. violazione e falsa applicazione dell' art. 79, comma 2, lett. c), comma 5, lett. a) e comma 5 bis, del Codice, circa l'esatto contenuto con devono essere predisposte le comunicazioni agli offerenti della avvenuta aggiudicazione delle gare di appalto. Eccesso di potere per manifesta illogicità, carenza di presupposti, difetto assoluto di istruttoria. Violazione dell’art. 3 della Legge 6 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., ed eccesso di potere per difetto di motivazione;
2. Violazione e falsa applicazione dell’art. 75, comma 8, del Codice. Violazione e disapplicazione delle disposizioni contenute nella *lex specialis* di Gara in tema di rilascio delle garanzie a favore della Stazione appaltante. Eccesso di potere per errore nei presupposti e travisamento dei fatti, manifesta illogicità, carenza di presupposti, difetto assoluto di istruttoria. Violazione dell'art. 3 della Legge 6 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., ed eccesso di potere per difetto di

motivazione;

3. Violazione e disapplicazione delle disposizioni contenute nella *lex specialis* di gara in tema di predisposizione della documentazione di gara, prevista a pena di esclusione dalla stessa. Eccesso di potere per errore nei presupposti e difetto assoluto di istruttoria, per travisamento dei fatti, manifesta illogicità e carenza di presupposti. Violazione dell'art. 3 della Legge 6 agosto 1990, n.241 e s.m.i., ed eccesso di potere per difetto di motivazione;

4. Violazione e falsa applicazione delle disposizioni dettate dalla *lex specialis* e dal Codice in tema di rispetto dei limiti entro i quali procedere al subappalto delle attività oggetto di Gara. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, manifesta illogicità, carenza di presupposti, difetto assoluto di istruttoria. Violazione dell'art. 3 della Legge 6 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., ed eccesso di potere per difetto di motivazione;

5. Violazione e falsa applicazione delle disposizioni dettate, ai sensi dell'All. A del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m.i., in tema di valutazione delle offerte tramite l'applicazione del metodo del confronto a coppie. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, manifesta illogicità, difetto assoluto di istruttoria. Violazione dell'art. 3 della Legge 6 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., ed eccesso di potere per difetto di motivazione.

Si costituiva in giudizio Aeroporti di Roma s.p.a. per resistere al ricorso e ne chiedeva il rigetto, siccome infondato nel merito.

Si costituivano altresì le controinteressate Scott Wilson Ltd e ATI

Ove Arup & Partners International Limited - Ove Arup Italia Srl., per chiedere la reiezione del gravame nel merito.

Con distinti e autonomi atti, depositati in data 30 novembre 2010, entrambe le controinteressate spiegavano ricorso incidentale, chiedendo l'annullamento degli atti di gara, tutti nella parte in cui ammettevano e/o valutavano positivamente l'offerta della Parsons Transportation Group Inc., e la conseguente declaratoria dell'improcedibilità e/o inammissibilità del ricorso principale per il venir meno dell'interesse a ricorrere e/o della legittimazione della società medesima, a seguito della sua esclusione dalla procedura in esito all'accoglimento del ricorso incidentale.

Con ordinanza collegiale n. 185/2011 del 13 gennaio 2011, la Sezione respingeva la domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati. Alla Pubblica Udienza del 7 luglio 2011 la causa è stata riservata dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Il Collegio deve previamente individuare l'ordine delle questioni da seguire nella trattazione del merito della presente controversia, considerato che, con il ricorso introduttivo, vengono impugnati l'atto di aggiudicazione della gara relativa all'affidamento del servizio di pianificazione aeroportuale in questione, e tutti gli atti connessi, mentre con ricorsi incidentali spiegati, rispettivamente, dalla impresa aggiudicataria e dalla seconda graduata, controinteressate nel presente giudizio, vengono impugnati gli atti di ammissione e/o valutazione positiva dell'offerta della ricorrente, e se ne chiede l'annullamento

nonché, per l'effetto, la declaratoria di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso introduttivo, per difetto di legittimazione e/o di interesse della ricorrente medesima.

Si osserva in proposito che la giurisprudenza amministrativa, pur rilevando che, in linea generale, il ricorso incidentale va esaminato dopo quello principale, e solo in caso di riconosciuta ed astratta fondatezza di quest'ultimo - operando esso, di regola, come una eccezione processuale in senso tecnico- ha individuato talune fattispecie in cui l'esame del ricorso incidentale può, o deve, precedere la valutazione del ricorso principale.

In particolare, nel caso in cui sia proposto un ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale, si è tradizionalmente ritenuto che il giudice debba dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale, quali sono le questioni che incidono sull'esistenza della legittimazione o dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale, perché esse, pur profilandosi come questioni di merito, producono effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione, e quindi su una questione di rito (Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 1997, n. 1367, id., sez. VI, 6 marzo 1992, n. 159). Un'ipotesi di questo genere è stata individuata quando, come nel caso all'esame del Collegio, il ricorso incidentale concerna un aspetto del procedimento in contestazione che incide sulla stessa legittimità della partecipazione del ricorrente alla gara.

Da ultimo, tale consolidato indirizzo interpretativo è stato

confermato dal Supremo Consesso (A.p., 31 aprile 2011, n. 4) chiarendo che “il giudice ha il dovere di decidere gradualisticamente la controversia, secondo l’ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito, e fra le prime la priorità dell’accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell’azione”.

Più precisamente, ove dalla definizione delle questioni dedotte con il ricorso incidentale della parte controinteressata, discendano soluzioni ostative o preclusive dell’esame delle ragioni dedotte col ricorso principale, l’esame delle prime dovrà avere priorità logica rispetto alle secondo nell’ordine di trattazione delle questioni.

“Ne discende che, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale. E la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l’esame del merito delle domande proposte dal ricorrente” (A.p. n. 4/2011, cit.).

Nella presente controversia, dunque, l’esatto ordine di trattazione delle questioni, e quindi l’*iter* logico del processo decisionale, va determinato nel senso della priorità delle questioni poste con ricorso incidentale dalle odierne controinteressate, avuto riguardo al tipo di censure dedotte, le quali, nella loro prospettazione, riguardano in modo preponderante la stessa legittimazione e/o l’interesse a ricorrere della società Parsons Transportation Group, e rappresentano, pertanto, altrettante questioni pregiudiziali rispetto a quelle proposte con il ricorso principale.

E' appena il caso di aggiungere che le questioni proposte in via incidentale vanno esaminate con priorità anche rispetto alla differente questione, pure pregiudiziale - e, in ogni caso, rilevabile d'ufficio dal Collegio – della sussistenza di un interesse *tout court* a ricorrere in capo alla società Parsons, in relazione alla propria collocazione al terzo posto della graduatoria finale di gara. E invero, con il ricorso principale essa contesta la graduazione della prima e della seconda classificata e pertanto, soltanto con l'accoglimento delle censure spiegate nei confronti dell'impresa collocatasi al secondo posto, l'odierna ricorrente, diventando a sua volta seconda classificata nella graduatoria impugnata, acquisirebbe un interesse concreto, diretto e attuale a contestare l'aggiudicazione della gara alla prima classificata.

Venendo all'esame dei ricorsi incidentali, l'impresa aggiudicataria ha dedotto i seguenti motivi:

- 1) mancata dichiarazione dei requisiti di moralità di cui all'art. 38, comma 1, del DLgs n. 163/2006, da parte del procuratore speciale con poteri di rappresentanza;
- 2) violazione e falsa applicazione del punto III.2.2 lett. b) relativo alla presentazione di dichiarazioni bancarie.

L'ATI, seconda graduata, ha affidato il gravame incidentale ai seguenti motivi:

- 1) violazione dell'art. 75, comma 8 dell'art. 113, comma 1, del d.lgs n. 163/2006 relativamente alla presentazione di garanzia fideiussoria;
- 2) violazione del bando e della lettera di invito in relazione a "Documentazione amministrativa" punto n° 5";

3) violazione del punto 2 della lettera di invito in materia di “Documentazione tecnica” e dell’art. 2 del d.lgs n. 163/2006; violazione della *par condicio* dei concorrenti.

Delle censure complessivamente passate in rassegna – ciascuna delle quali, singolarmente considerata, è del tutto autonoma sul piano logico-giuridico rispetto alle altre e parimenti idonea, se fondata, a determinare l’accoglimento delle impugnative spiegate in via incidentale, con assorbimento delle rimanenti censure - il Collegio inizia l’esame dalla prima, attenendo a questione che, concettualmente, precede le altre, e presenta una certa linearità a fronte del tecnicismo che caratterizza le altre.

Con essa la ricorrente incidentale Scott Wilson Ltd lamenta le irregolarità presenti nella dichiarazione prodotta dalla società Parsons circa i requisiti di moralità di cui all’art. 38 del DLgs n. 163/06 (di seguito, anche “Codice dei Contratti”), come richiamato dal bando di gara, al punto III.2.1).

La disposizione del bando richiedeva, a pena di esclusione, che il concorrente, contestualmente alla domanda di partecipazione, producesse una dichiarazione del legale rappresentante attestante l’assenza delle cause di esclusione di cui all’art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.

La ricorrente incidentale rappresenta che, dall’esame della documentazione presentata dalla società Parsons ai fini della partecipazione alla procedura di gara (acquisita da Scott Wilson Ltd in occasione dell’accesso effettuato in data 15.11.2010), sarebbe emersa

un'insanabile carenza relativa alle dichiarazioni ex art. 38, comma 1, lett. b) e c) ed m-ter) del D.Lgs. 163/2006, rese dal Sig. Ettore Morelli nella sua qualità di procuratore speciale, con poteri di legale rappresentanza della società per il compimento di tutte le operazioni relative alla gara in controversia.

In particolare, la dichiarazione sostitutiva rilasciata dal Sig. Morelli ai sensi del punto III.2.1 del bando, non sarebbe completa e, in ogni caso, sarebbe stata resa genericamente, senza menzionare i nominativi dei soggetti per i quali essa veniva resa, con ciò precludendo il controllo sulla veridicità di quanto attestato.

La censura è meritevole di positivo apprezzamento.

Va premesso che la dichiarazione in questione veniva resa dal Sig. Morelli ai sensi e per gli effetti del d.p.r. 445 del 28.12.2000, quale dichiarazione sostitutiva di certificazione e di atto di notorietà; e ai sensi dell'art. 47, comma 2 del suddetto decreto, "la dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza".

Ora, in merito alla dichiarazione in sé riguardata, va considerato che il d.p.r. n. 445/2000 prescrive determinate formalità a fini di certezza sia della provenienza della stessa dal dichiarante sia della genuinità del contenuto; avuto presente che la dichiarazione resa dal procuratore della Parsons Transportation Group non presentava i requisiti di forma sopra richiesti, ne consegue che essa non poteva valere come dichiarazione sostitutiva, ai sensi e per gli effetti del citato d.p.r. n.

445/2000, né, di conseguenza, come valida dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, del Codice dei Contratti.

E invero, la dichiarazione in parola veniva resa, in relazione agli altri soggetti muniti del potere di legale rappresentanza della società, talune volte “nei confronti della Società” ovvero “nei confronti della Società e dei suoi legali rappresentanti” (cfr. punti 4,6,7,8 e, 14), talune altre “nei confronti della Società e dei suoi legali rappresentanti, ivi inclusi gli amministratori muniti di rappresentanza in carica ovvero cessati nel triennio antecedente il 16 gennaio 2010 (come appresso elencati)” e, dunque, senza alcuna indicazione nominativa né riferimento alcuno alle generalità degli interessati.

La dichiarazione era pertanto resa in modo generico e indifferenziato, in relazione alla carica rivestita nella società ma senza concreto riguardo alle persone fisiche che venivano in rilievo, sì da risultare formulata *in incertam personam* e, pertanto, oltre che priva di effettivo contenuto, essa si manifestava altresì in palese contrasto con la richiamata funzione di certezza assegnatale dalla legge.

Ancora, avuto riguardo all'art. 38 del Codice dei Contratti, richiamato dal punto III.2.1 del bando, va considerato che per le società di capitali il prescritto possesso dei requisiti di moralità deve essere dimostrato sia dagli amministratori muniti di poteri di rappresentanza, sia dai direttori tecnici, siano essi in carica o cessati nel triennio antecedente alla gara.

Nella dichiarazione prodotta dal procuratore speciale della ricorrente, mancando la chiara e inequivoca indicazione dell'identità dei soggetti

coinvolti dalla dichiarazione medesima, la stessa doveva ritenersi *tamquam non esset* per carenza degli elementi minimi essenziali, vale a dire (almeno) dell'identità dei soggetti nei confronti dei quali essa veniva resa.

Né, ad integrare la denunciata carenza, potrebbe valere la circostanza che da altri documenti sarebbe possibile risalire al nominativo di alcuni dei soggetti interessati dalla predetta dichiarazione (come ad esempio gli amministratori muniti di legale rappresentanza), in quanto tale eventualità – ove pure realizzabile - non varrebbe, comunque, ad eliminare il vizio genetico attinente agli elementi costitutivi della dichiarazione; in ogni caso, tale eventualità non sarebbe configurabile nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio o dei direttori tecnici della società.

Per le esposte considerazioni, nessuna valida dichiarazione sostitutiva poteva ritenersi resa dal procuratore speciale della società ricorrente, che in tal modo commetteva una irregolarità insanabile concretante addirittura una causa di esclusione dalla gara, a norma del punto III.2.1) del bando di gara.

E invero, l'obbligo di rendere la dichiarazione in parola era chiaramente previsto nella *lex specialis* di gara, che lo rafforzava con la previsione della sanzione dell'esclusione.

Pertanto la stazione appaltante era tenuta a verificare il rispetto delle clausole del bando che imponevano al legale rappresentante della impresa concorrente di rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 del Codice dei Contratti. Poiché la dichiarazione resa dal sig. Morelli, per

il suo contenuto irrefutabilmente privo di un qualsivoglia riferimento di tipo soggettivo, non risultava conforme al parametro indicato dalla *lex specialis* di gara, ne discende che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la ricorrente dalla procedura *de qua*.

Tuttavia, malgrado la società Parsons dovesse ritenersi priva del prescritto requisito di cui al suddetto art. 38, comma 1, la cui mancanza, in virtù del richiamo operato dal punto III.2.1 del bando, rappresentava in sé una autonoma causa di esclusione dalla gara, la Commissione giudicatrice illegittimamente l'ammetteva alla gara; il primo motivo spiegato con il ricorso incidentale in esame è dunque fondato

Dalla fondatezza del motivo in rassegna, in ragione del suo carattere assorbente, discende l'accoglimento del ricorso incidentale proposto da Scott Wilson Ltd., con il conseguente annullamento degli atti di ammissione e di favorevole valutazione della offerta della odierna ricorrente nella procedura *de qua*.

All'accoglimento del gravame proposto in via incidentale consegue, necessariamente, la declaratoria di improcedibilità sia del ricorso introduttivo, per difetto di legittimazione ed interesse in capo alla società Parsons, in quanto la stessa non è legittimata ad impugnare gli esiti della gara dalla quale, per le considerazioni svolte, avrebbe dovuto essere esclusa; sia del ricorso proposto in via incidentale dall'ATI controinteressata, al fine di contrastare l'impugnativa della ricorrente, per evidente sopravvenuta carenza di interesse alla decisione del medesimo a seguito dell'accoglimento del ricorso

incidentale della prima graduata.

Sussistono comunque giusti motivi per disporre la integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- accoglie il ricorso incidentale proposto da Scott Wilson Ltd e, per l'effetto, annulla gli atti con lo stesso impugnati ;
- dichiara improcedibili il ricorso principale ed il ricorso incidentale proposto dall'ATI Ove Arup & Partners International Limited - Ove Arup Italia Srl.
- compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Donatella Scala, Consigliere

Rosa Perna, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/07/2011

IL SEGRETARIO

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