



REPUBBLICA ITALIANA
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 4058 del 2012, proposto da:

Thyssenkrupp Airport Services s.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Angelo Clarizia, presso il cui studio in Roma, Via Principessa Clotilde n. 2, ha eletto domicilio

contro

Aeroporti di Roma s.p.a., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Gattamelata e Renzo Cuonzo, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Via di Monte Fiore n. 22

nei confronti di

Sefind - Servizi e Forniture Industriali s.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Zuccheretti e Michela Zuccheretti, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Via Gregorio VII n. 382;

Selex Elsag s.p.a., in persona del legale rappresentante *p.t.*, n.c.

per l'annullamento

a) del provvedimento di aggiudicazione definitiva, in favore della costituenda ATI tra le imprese Sefind – Servizi e forniture industriali s.r.l. e Selex Elsag s.p.a., della gara per l'affidamento del “servizio annuale di assistenza tecnica, manutenzione ordinaria, intervento su guasto e manutenzioni straordinarie sugli impianti a servizio delle piazzole aeromobili (pontili di imbarco, erogazione energia elettrica a 400 Hz, impianti preconditionamento aeromobile, sistemi guide ottiche)”, presso l'aeroporto di Fiumicino (c.i.g. 3887792373), comunicato con nota del 24.4.2012, e di detta comunicazione;

b) del provvedimento di aggiudicazione provvisoria;

c) di tutti i verbali della commissione di gara;

d) della nota informativa del r.u.p. in data 20.4.2012

nonché per la declaratoria

di nullità, invalidità e inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicatario r.t.i. e per il conseguimento dell'aggiudicazione, il subentro nel contratto e la condanna al risarcimento per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimare;

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 dell'11 ottobre 2012 il cons. Mario Alberto di Nezza e uditi per le parti i difensori come da verbale;

I. Rilevato:

- che la società ricorrente, seconda classificata nella gara meglio specificata in epigrafe, vinta dalla controinteressata a.t.i. Sefind/Selex Elsag, ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e degli atti connessi deducendo i seguenti profili di illegittimità (e prospettando a fattor comune i vizi di eccesso di potere e difetto di istruttoria):

i) violazione dell'art. 37 d.lgs. n. 163/06 e della *lex specialis*: l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per non avere indicato nella propria offerta né la quota di partecipazione al raggruppamento di ogni suo componente né le parti del servizio di spettanza del singolo operatore, in spregio all'art. 37, co. 4, d.lgs. n. 163/06 (I ric.);

ii) violazione dell'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. cit. e del punto III.2.1. del bando di gara: quanto a Selex, non sarebbero state presentate le dichiarazioni di non versare in ipotesi di esclusione relativamente: *a)* ad amministratori, direttori tecnici e soci unici delle quattro società incorporate dalla partecipante nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara (ciò alla luce di Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 10; II ric.); *b)* all'amministratore delegato cessato dalla carica sempre nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando (III ric.);

iii) violazione delle specifiche tecniche indicate dalla *lex specialis*: l'offerta dell'a.t.i. controinteressata, come integrata dalle giustificazioni rese in sede di verifica di anomalia, non soddisferebbe i parametri minimi richiesti dal capitolato speciale e dalle relative specifiche tecniche (punto 3.3: reperibilità h24 per 365 gg/anno; presidio *in loco* dalle ore 5:00 alle ore 23:00, anche nel picco estivo, e dunque per 6.570 ore annue, con garanzia di reperibilità dalle ore 23:00 alle ore 5:00; nomina di un "responsabile tecnico" per ognuna delle quattro tipologie di impianto e di un "direttore tecnico" sempre reperibile e costantemente presente in aeroporto); in particolare, detta offerta si limiterebbe a prevedere un monte ore di 5.200 h/anno, un impegno del responsabile tecnico di impianto di 800 h/anno (pari a circa mezz'ora al giorno per ogni tipologia di impianto) e nessun impegno orario per il direttore tecnico; nondimeno all'offerta, dichiaratamente costruita dall'a.t.i. sulla base dei dati rilevati nel 2011, sarebbe stato assegnato il punteggio massimo di 20 punti (IV ric.);

iv) violazione degli artt. 86 ss. d.lgs. n. 163/06: la valutazione di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria (prospettante un utile di 51.000 euro ca.) avrebbe dovuto concludersi negativamente, stante la palese sottostima degli oneri per il personale (indicati in complessivi euro 143.700,00, a fronte di un costo, ad es., per il solo impiego di un tecnico manutentore, stando alle specifiche tecniche e a quanto dichiarato dalla stessa aggiudicataria, di euro 146.182,50, cui andrebbero aggiunti gli oneri relativi ai responsabili tecnici e al direttore tecnico), per la sicurezza, per la fornitura dei ricambi e generali (considerati in un importo del 50% rispetto a quelli stimati; V ric.);

v) violazione dell'art. 41 d.lgs. n. 163/2006 e del punto III.2.2. del bando di gara: la mandante Sefind avrebbe prodotto due dichiarazioni bancarie (rese da Intesa Sanpaolo e da Credito Emiliano) inidonee ad attestare il suo "stato di solidità finanziaria e di solvibilità" in quanto redatte in modo generico (VI ric.);

vi) violazione degli artt. 49 d.lgs. n. 163/2006 e 88 d.P.R. n. 207/2010 nonché della *lex specialis*: ai fini della dimostrazione del requisito previsto dal punto III.2.2 del bando (importo per servizi di manutenzione su impianti di piazzola aeromobili, realizzati negli ultimi tre esercizi, non inferiore nel triennio a 1,5 volte l'importo a base d'asta),

Selex avrebbe fatto ricorso all'avvalimento da parte dell'impresa svedese Safegate Int. AB; senonché: a) l'inerente contratto sarebbe carente della messa a disposizione delle specifiche risorse aziendali correlate al requisito, non versandosi in ipotesi di avvalimento immateriale (o di garanzia); b) l'avvalimento riguarderebbe gli anni 2008-2010 (anziché 2009-2011, come richiesto dal bando); c) il possesso dei requisiti dell'ausiliaria non sarebbe stato dimostrato né in fase di gara né in sede di "comprova";

vii) violazione dell'art. 48 d.lgs. n. 163/2006, del bando di gara e dei principi di trasparenza e *par condicio*: l'a.t.i. controinteressata non avrebbe presentato alcuna documentazione ai fini della "comprova" dei requisiti nel termine, da reputare perentorio, di dieci giorni dalla data della comunicazione di aggiudicazione (ricevuta dalla parte il 24.4.2012);

- che, costituitesi in resistenza le parti intime, con ordinanza resa alla camera di consiglio del 15 giugno 2012 è stata accolta l'istanza cautelare;

- che con memoria depositata il 24 settembre 2012 la società ricorrente:

a) ha segnalato di essere venuta a conoscenza della circostanza che prima della conclusione della fase cautelare, e dunque in asserita violazione del termine di *stand still*, AdR aveva concluso con l'a.t.i. controinteressata (non già con il precedente gestore) un contratto "provvisorio" per l'esecuzione del servizio sino al 30.6.2012, poi prorogato con atto del 2.7.2012 (successivo all'ordinanza cautelare) fino al 31.10.2012 (stante la fissazione dell'udienza di merito all'11.10.2012) e con riserva di ulteriori proroghe fino a massimo tre mesi (per la necessità di conoscere le motivazioni dell'eventuale decisione negativa);

b) ha instato per la declaratoria di nullità o inefficacia del contratto, ancorché provvisorio, stipulato con l'a.t.i. Sefind e per la condanna al risarcimento in forma specifica attraverso l'aggiudicazione del contratto in favore di essa ricorrente (con subentro ai sensi degli artt. 120 e 121 c.p.a.), oltre al risarcimento per equivalente del lucro cessante (in ragione della mancata esecuzione di una sia pur limitata parte della commessa); nonché, in via subordinata, per la condanna al risarcimento del danno derivante dalla mancata aggiudicazione della gara e dalla mancata esecuzione della commessa (quantificato in 50.000 euro a titolo di danno emergente, somma pari alle spese di partecipazione alla procedura, e in un importo del 10% dell'ammontare del contratto a titolo di lucro cessante, o alla diversa somma di giustizia) nonché del danno curriculare (quantificato in via equitativa in una somma pari al 2% dell'importo dell'appalto);

- che all'odierna udienza, depositate dalle parti memorie anche di replica, il giudizio è stato trattenuto in decisione;

2. Considerato:

2.1. sulla domanda di annullamento:

- che è fondato il primo motivo di ricorso, prospettante la violazione dell'art. 37, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, a tenore del quale "nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati";

- che la portata di tale disposizione è stata di recente precisata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che nella decisione 13 giugno 2012, n. 22, ha affermato che l'obbligo di cui all'art. 37, co. 4, ha lo scopo di "consentire alla stazione appaltante l'accertamento dell'impegno e dell'idoneità delle imprese, indicate quali esecutrici delle prestazioni di servizio in caso di aggiudicazione, a svolgere effettivamente le <parti> di servizio indicate, in particolare consentendo la verifica della coerenza dell'offerta con i requisiti di qualificazione, e dunque della serietà e dell'affidabilità dell'offerta", sicché l'offerta che non contenga "la specificazione delle <parti> di servizio che saranno eseguite dalle singole imprese associande o associate, deve [...] ritenersi parziale e incompleta, non permettendo di ben individuare l'esecutore di una determinata prestazione nell'ambito dell'a.t.i., e rimanendo dunque indeterminato il profilo soggettivo della prestazione offerta" (secondo questa pronuncia, la disposizione

risponde anzitutto a finalità di controllo e di trasparenza, maggiormente presenti nei raggruppamenti a struttura orizzontale, dove tutti gli operatori riuniti eseguono il medesimo tipo di prestazioni, e di “maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, essendo individuato il responsabile della prestazione delle singole parti dell'appalto”);

- che in tale ottica “la violazione dell’obbligo della specificazione delle <parti> di servizio imputate alle singole imprese del raggruppamento [...] non si risolve in una violazione meramente formale”, incidendo “in modo sostanziale”: *i)* “sulla serietà, affidabilità, determinatezza e completezza, e dunque sugli elementi essenziali dell’offerta, la cui mancanza, pena la violazione dei principi della *par condicio* e della trasparenza, non è suscettibile di regolarizzazione postuma”; *ii)* “sui poteri di verifica della stazione appaltante attorno alla coerenza dei requisiti di capacità degli operatori raggruppati con riguardo alla natura della prestazione, in funzione della garanzia della qualità delle prestazioni oggetto dell’appalto”; e infine *iii)* “su un corretto assetto concorrenziale, evitando l’elusione delle norme di ammissione stabilite dai bandi e impedendo la partecipazione fittizia di imprese, non chiamate (o chiamate in modo inappropriato) ad effettuare le prestazioni oggetto della gara”;

- che dunque l’obbligo in questione va assolto “a pena di esclusione al più tardi in sede di formulazione dell’offerta” (mentre una dichiarazione successiva, in sede di esecuzione del contratto, non potrebbe assolvere allo stesso modo alle esigenze di trasparenza ed affidabilità che caratterizzano la gara), pur potendo il relativo vaglio essere condotto, “in ossequio al principio della tassatività delle cause di esclusione”, adottando “un approccio ermeneutico di natura sostanzialistica, nel senso che l’obbligo deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi oggetto della prestazione e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell’offerta ed a consentire l’individuazione dell’oggetto e dell’entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate”;

- che, venendo al caso di specie, si deve rilevare come, a fronte della contestazione della società ricorrente circa la mancata indicazione della quota di spettanza di ciascuno dei componenti del raggruppamento aggiudicatario, AdR si sia soffermata sulla natura telematica della gara, gestita esclusivamente tramite il c.d. “portale acquisti” in cui l’a.t.i. Elsag avrebbe indicato dette quote utilizzando un *format* all’uopo predisposto (emergendo dalla relativa schermata l’indicazione del 40% per la mandante Elsag; il restante 60% sarebbe pertanto di spettanza della mandataria; v. all. 7 mem. a.t.i.); l’“autenticità” e la “tempestività” della documentazione presentata dall’aggiudicataria sarebbero in particolare dimostrate dalle circostanze che per la formulazione della domanda ciascun concorrente, previamente registratosi nel portale, avrebbe dovuto compilare i campi e redigere la “busta digitale” utilizzando l’accesso a lui solo riservato (occorrendo inserire *userId* e *password*) e che i dati inseriti nella piattaforma telematica non sarebbero più modificabili, come attestato dalla dichiarazione del realizzatore e gestore della piattaforma stessa (Bravosolution; cfr. doc. dep. il 12.9.2012);

- che tali allegazioni non paiono tuttavia idonee a superare le ulteriori contestazioni della società ricorrente in ordine:

a) all’assenza di contenuto dichiarativo e all’assenza di sottoscrizione dell’atto prodotto in giudizio dalla resistente, in realtà consistente in un documento interno di AdR finalizzato a individuare le generalità del “fornitore” (riportando, per giunta, una data successiva a quella dell’aggiudicazione); la “schermata acquisti” si presenta effettivamente priva di sottoscrizione, nemmeno digitale, e reca l’intestazione “Fornitore principale: Sefind”, ciò che ne lascia desumere l’avvenuta formazione all’esito della procedura selettiva (per l’appunto diretta a

identificare il “fornitore” del servizio);

b) all'irrelevanza delle modalità di presentazione della documentazione, atteso che la *lex specialis*, come correttamente rilevato dalla parte ricorrente, prescriveva che venissero firmate digitalmente, oltre che la domanda, anche l'offerta e le dichiarazioni di gara (punto VI.3 bando; all. 1 res.); né a tal fine rilevarebbe il preteso inserimento della “schermata” nella “busta digitale”, stante la necessità che la relativa dichiarazione sia specificamente sottoscritta (se resa, come nella specie, in un documento diverso dall'offerta, di cui pure fa concettualmente parte);

c) alla mancata predisposizione di un modello (*format*) per l'inerente dichiarazione di quota del servizio; in effetti, nella complessiva documentazione costituente la *lex specialis* si rinvenivano soltanto modelli (*format*) relativi alla “consorzata designata”, all'“impegno a formare ATI” nonché alla “domanda di partecipazione e dichiarazione multipla”;

- che pertanto non vi è prova che il documento asseritamente recante indicazione delle quote di riparto – pur volendone ammettere l'idoneità allo scopo in ossequio all'“approccio ermeneutico di natura sostanzialistica” di cui alla menzionata pronuncia Cons. Stato, ad. plen. n. 22/2012 – sia stato presentato al momento della (e in sede di) formulazione dell'offerta;

- che pertanto, in accoglimento del primo mezzo e assorbite le rimanenti doglianze, deve rilevarsi l'illegittimità così della mancata esclusione dell'a.t.i. controinteressata dalla selezione come dei successivi atti del procedimento di gara, viziati da tale illegittima determinazione; tali atti vanno pertanto annullati, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione aggiudicatrice;

2.2. sulle restanti pretese:

2.2.1. che vanno disattese le domande della ricorrente dirette a ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 122 c.p.a. (non rientrando la fattispecie nell'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione per gravi violazioni *ex art.* 121) e la conseguente condanna al subentro;

- che infatti – in disparte: a) profili di rito (tali domande, avanzate nel ricorso in modo generico, sono state specificate soltanto nella memoria di merito nonostante la ricorrente fosse a conoscenza dell'avvenuta stipulazione del “contratto provvisorio”, e dunque della clausola di proroga di cui all'art. 4, sin dal momento della costituzione in giudizio di AdR); b) le questioni connesse alla natura del patto ai fini dell'applicazione degli artt. 121 ss. c.p.a. (secondo AdR l'atto del 1° giugno 2012 assolverebbe all'unica funzione di consentire alla resistente stessa, nelle more dell'individuazione del corretto aggiudicatario, la non interruzione del servizio; non si tratterebbe perciò del “contratto” alla cui stipulazione è preordinata la procedura selettiva, come desumibile, tra l'altro, dall'art. 4 sul termine di scadenza) – non paiono comunque sussistere i presupposti per la dichiarazione di inefficacia *ex art.* 122 c.p.a.;

- che infatti, pur riscontrandosi elementi tali da rendere la richiesta in astratto assentibile (cfr. Cons. Stato, sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6638; anzitutto, il vizio dell'aggiudicazione in concreto rilevato non comporta per la stazione appaltante l'obbligo di rinnovare la gara, ma quello di procedere allo scorrimento della graduatoria, nella quale la ricorrente si è classificata seconda; si tratta, inoltre, di appalto di servizi, nel quale “classicamente un appaltatore può sostituirsi all'altro nella esecuzione delle prestazioni di capitolato senza particolari disfunzioni”), tuttavia osta in concreto alla dichiarazione di inefficacia del contratto (e al conseguente subentro nello stesso) il suo stato di esecuzione, alla luce della ravvicinata data di scadenza (31.10.2012);

- che pertanto gli interessi della ricorrente potranno essere adeguatamente soddisfatti con le successive attività dirette all'aggiudicazione definitiva della gara e alla stipula del contratto, esclusa ovviamente ogni ulteriore proroga del contratto “provvisorio”;

2.2.2. che merita invece accoglimento la domanda di risarcimento per equivalente in relazione alla quota di servizi già eseguita dalla controinteressata, spettando alla ricorrente la rifusione del danno consistente nell'utile che essa avrebbe potuto ritrarre per i quattro mesi di durata dell'affidamento temporaneo (luglio-ottobre 2012);

- che a tal fine, muovendo dall'offerta economica della ricorrente stessa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5527), pari a 1.452.531,00 euro (al netto degli oneri di sicurezza; cfr. verbale 3.4.2012; all. 2 ric.), si ottiene un importo complessivo, per tale periodo, di euro 484.177 (1.452.531,00:12*4); l'utile presunto può essere calcolato nella misura del 10% di tale importo (vista anche l'assenza di contestazioni di AdR sull'aliquota indicata dalla parte istante), per un totale di euro 48.417,70;

- che peraltro il mancato utile nella misura integrale spetta solo se il ricorrente dimostri di non avere potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione; in difetto di tale dimostrazione, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi, dovendosi in tale ipotesi operare una decurtazione del risarcimento di una misura per l'*aliunde perceptum*, che si stima equo individuare nella metà del 10% del prezzo offerto (Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1193);

- che sulla somma così determinata, pari a euro 24.208,85 (ventiquattromiladuecentootto/85), comprensiva equitativamente anche del deprezzamento monetario (trattandosi di debito di valore), spettano gli interessi al saggio legale dalla data di pubblicazione della presente sentenza sino al soddisfo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5197);

3. Ritenuto, in conclusione, che il ricorso sia fondato e vada pertanto accolto nei sensi innanzi precisati, seguendo le spese di lite, siccome liquidate in dispositivo, la soccombenza;

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione terza-ter, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

a) lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati;

b) condanna la società Aeroporti di Roma al risarcimento del danno nei confronti della società Thyssenkrupp Airport Services, nei sensi di cui in motivazione;

c) condanna altresì le parti resistenti a corrispondere alla società ricorrente le spese di lite, che liquida in complessivi euro 3.500,00 (tremilacinquecento/00), oltre Iva e Cpa come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio dell'11 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Giampiero Lo Presti, Consigliere

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2012

IL SEGRETARIO

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