

N. 06279/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 10458/2010 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 10458 del 2010, proposto da:  
Società Arup Italia Srl, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e come mandante del costituendo Raggruppamento con Ove Arup & Partners International Ltd, rappresentata e difesa dagli avv.ti Simona Rostagno e Mario Sanino, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, v.le Parioli, 180;

***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;

***per l'annullamento,***

*previa sospensione dell'esecuzione,*

dell'aggiudicazione definitiva, disposta a favore della Scott Wilson Ltd., comunicata ad Ove Arup & Partners in data 14 ottobre 2010, della gara d'appalto per l'affidamento a procedura ristretta del servizio di pianificazione aeroportuale a lungo termine dell'aeroporto di Roma-Fiumicino, indetta da Aeroporti di Roma s.p.a.; dei verbali di gara e di tutti gli atti della procedura di gara; di tutti gli atti presupposti, correlati e conseguenti che dovessero sopraggiungere durante il presente giudizio;

per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra Aeroporti di Roma s.p.a. e Scott Wilson Ltd, e conseguente risarcimento dei danni in forma specifica o, in via di mero subordinate, per il risarcimento dei danni per equivalente, oltre spese e competenze di lite.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aeroporti di Roma Spa e di Scott Wilson Ltd;

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. R. Zanino, in sostituzione dell'avv. Rostagno, per la

ricorrente, l'avv. Teoli per Scott Wilson Ltd., 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 costituenda ATI Ove Arup & Partners International Ltd. - Ove Arup Italia Srl. (di seguito, anche "ATI Arup"), 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 l'offerta di Scott Wilson Ltd e quella di ATI Arup.

Nella seduta pubblica del 16 luglio 2010 venivano aperte le offerte economiche e la Commissione riteneva che l'offerta economicamente più vantaggiosa fosse quella presentata da Scott Wilson, con un punteggio complessivo di 70,979, mentre ATI Arup si classificava seconda in graduatoria.

In data 14 ottobre 2010 la Stazione appaltante comunicava alla ricorrente che, a seguito dell'apertura delle offerte prodotte in sede di gara, la costituenda ATI Ove Arup & Partners International Ltd. - Ove Arup Italia Srl. "è risultata seconda classificata con un punteggio complessivo pari a 70,453 e un importo "a corpo offerto pari a 2.050.000,00", 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 2° posto della graduatoria, deduceva l'illegittimità degli atti di gara anche nella parte in cui ammettevano e/o valutavano positivamente l'offerta della società Scott Wilson Ltd, aggiudicataria della gara, deducendo i seguenti motivi:

1. violazione dell'art. 97 Cost. – violazione della *lex specialis* di gara punto III.2.3, primo cpv. – violazione dell'art. 2 del d.lgs n. 163/2006;
2. violazione dell'art. 97 Cost. – violazione della *lex specialis* di gara punto III.2.3, primo cpv. – violazione dell'art. 2 del d.lgs n. 163/2006, sotto altro profilo;
3. violazione dell'art. 97 Cost. – violazione dell'art. 75, comma 8 e dell'art. 113, comma 1 del d.lgs n. 163/2006 - violazione della *lex specialis* di gara punto III.1.1 del bando e punto 1 pag. 4 della lettera di invito;
4. violazione dell'art. 97 Cost. – violazione della lettera di invito – violazione dell'art. 2 del d.lgs n. 163/2006 – violazione della *par condicio* dei concorrenti;
5. violazione dell'art. 97 Cost. – violazione dell'art. 2 del d.lgs n. 163/2006 - violazione dell'art. 118 e degli artt. 87 e 88 del d.lgs n. 163/2006 - violazione dell'art. 37 del d.lgs n. 163/2006 - violazione del punto III.2.2 del bando – eccesso di potere per difetto di istruttoria;

6. violazione dell'art. 97 Cost. – violazione dell'art. 2 del d.lgs n. 163/2006 - violazione dell'art. 118 e degli artt. 87 e 88 del d.lgs n. 163/2006 - violazione dell'art. 37 del d.lgs n. 163/2006 - violazione del punto III.2.2 del bando – eccesso di potere per difetto di istruttoria, sotto diverso profilo;

7. violazione dell'art. 97 Cost. – violazione dell'art. 2 del d.lgs n. 163/2006 - violazione dell'art. 118 e degli artt. 87 e 88 del d.lgs n. 163/2006 - eccesso di potere per difetto di istruttoria, sotto ulteriore profilo;

8. violazione dell'art. 97 Cost. – violazione dell'art. 2 del d.lgs n. 163/2006 – violazione della *lex specialis* di gara; violazione della *par condicio* dei concorrenti;

9. violazione dell'art. 97 Cost. – violazione degli artt. 87 e 88 del d.lgs n. 163/2006 – eccesso di potere per difetto di istruttoria;

10. violazione dell'art. 97 Cost. – violazione degli artt. 87 e 88 del d.lgs n. 163/2006 – violazione dell'art. 2 del d.lgs n. 163/2006.

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

Si costituiva altresì la controinteressata Scott Wilson Ltd, per chiedere la reiezione del gravame nel merito.

Con atto depositato in data 5 gennaio 2011, la odierna controinteressata spiegava altresì ricorso incidentale, chiedendo l'annullamento degli atti di gara, tutti nella parte in cui ammettevano e/o valutavano positivamente l'offerta della costituenda ATI Arup, 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. 187/2011 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 il ricorso incidentale spiegato dalla impresa aggiudicataria, controinteressata 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 seconde 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 dalla odierna controinteressata, 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 Arup Italia s.r.l., e rappresentano, pertanto, altrettante questioni pregiudiziali rispetto a quelle proposte con il ricorso principale.

Con il gravame spiegato in via incidentale l'impresa aggiudicataria ha dedotto i seguenti motivi:

- 1) violazione e falsa applicazione del punto III.2.2 lett. b) relativo alla presentazione di dichiarazioni bancarie.
- 2) violazione della *lex specialis*, punto III.1.1 del bando e punto 1 pag. 4 della lettera d'invito - violazione dell'obbligo per il concorrente di presentare la documentazione relativa all'offerta in lingua italiana – violazione e falsa applicazione dell'art. 75 e dell'art. 112 del d.lgs n.

- 163/2006 relativamente alla presentazione di garanzia fideiussoria;
- 3) violazione della *lex specialis* per mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica;
  - 4) violazione del bando di gara e della lettera di invito in relazione alla "Busta 1 - Documentazione amministrativa";
  - 5) violazione della lettera di invito in materia di "Documentazione tecnica", dell'art. 2 del d.lgs n. 163/2006 e 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 dell'impugnativa spiegata in via incidentale, con assorbimento delle rimanenti censure - il Collegio, per esigenze di economia processuale, ritiene opportuno esaminare direttamente la seconda doglianza, attenendo a questione che, concettualmente, presenta una certa linearità.

Con essa Scott Wilson Ltd lamenta la circostanza che la ricorrente principale sarebbe incorsa nella violazione delle norme che disciplinano la cauzione provvisoria nelle gare di appalto, in quanto il testo della fideiussione rilasciata da HSBC a Ove Arup & International Ltd non conterrebbe un'attestazione idonea a garantire, insieme all'obbligazione in favore della mandataria, anche quella assunta dalla mandante, Arup Italia S.r.l.

Ciò si porrebbe in contrasto con il consolidato ed indiscusso orientamento giurisprudenziale il quale richiede che la polizza

fideiussoria, con cui viene prestata la cauzione provvisoria da parte di un costituendo raggruppamento, deve essere intestata a tutte le imprese partecipanti, per la necessità di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, determinandosi, in difetto, una carenza di garanzia nei confronti della Stazione appaltante e non essendo a tal fine sufficiente neppure la sottoscrizione da parte dell'impresa mandataria e della mandante, peraltro assenti nel caso di specie.

Il motivo è meritevole di adesione.

In giurisprudenza si è da tempo affermato il principio (che origina dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Cons. Stato, 4.10.2005, n. 8; cfr., in seguito: CGA Sicilia, 31.12.2007, n. 1177; id., 30.12.2008, n. 1168; Cons. Stato, VI, 21.04.09, n. 2400; id., 28.05.2010 n. 3401; id., 30.6.2011, n. 3924) per cui, nel caso di partecipazione di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese ad una gara di appalto, la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere intestata non solo alla società capogruppo, ma anche alle società mandanti. Ciò, al fine di evitare il configurarsi di una carenza di garanzia per la stazione appaltante con riferimento a quei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata ma, appunto, dalle mandanti (Cons. Stato, Ad.Pl. n. 8/2005; Cons. Stato, VI, 23 luglio 2009, n. 4648).

La stessa giurisprudenza ha precisato, peraltro, che il fidejussore, per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia in parola, deve richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più

imprese, identificandole singolarmente e contestualmente, e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara, pena l'esclusione dal procedimento (Consiglio Stato Ad. Pl., 4 ottobre 2005, n. 8). Una siffatta condizione non risulta soddisfatta nel caso all'esame del Collegio.

Dal testo della fidejussione rilasciata in data 5 maggio 2010 da HSBC a Ove Arup & International Ltd. si desume, invero : - che la società ha stipulato la scrittura fideiussoria nella qualità di capogruppo del raggruppamento formato unitamente alla Arup Italia s.r.l., in procinto di partecipare alla gara per l'affidamento dell'appalto in controversia; - che per il conferimento dell'incarico è richiesto il rilascio di una cauzione provvisoria; - che la banca si costituisce fideiussore solidale della predetta società; che la garanzia prestata vincola la Banca "in caso di inadempimento della medesima [contraente: n.d.r.] agli obblighi assunti".

La formulazione usata, facendo specifico riferimento "agli obblighi assunti" dalla contraente medesima, non sembra idonea a garantire la stazione appaltante, in via generale, con riferimento a tutte le ipotesi di inadempimento, comprese quelle in cui il mancato adempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma appunto dalle mandanti. Essa pertanto non risponde ai requisiti richiesti per la presentazione della cauzione nelle procedure pubbliche di gara.

Né può affermarsi, in contrario, che l'art. 75 del d.lgs n. 163/2006 (in

seguito, Codice degli Appalti) - che disciplina la cauzione provvisoria presentata dai concorrenti nelle gare d'appalto - non troverebbe applicazione per la gara in questione, in quanto avente ad oggetto servizi nei settori speciali di rilevanza comunitaria.

Al riguardo, osserva il Collegio che a norma dell'Art 206, comma 1, del Codice degli Appalti, ai contratti pubblici riguardanti lavori, servizi e forniture nei settori speciali di rilevanza comunitaria si applicano "esclusivamente" le disposizioni del Codice che sono nello stesso indicate, tra le quali l'art. 75 predetto certamente non figura.

Tuttavia, nel successivo comma 3 si stabilisce che "Nel rispetto del principio di proporzionalità, gli enti aggiudicatori possono applicare altre disposizioni della parte II, alla cui osservanza non sono obbligati in base al presente articolo, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara, ovvero, nelle procedure in cui manchi l'avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta."

E nel bando di gara, al punto III.1.1, per la garanzia fideiussoria definitiva – di cui la garanzia provvisoria è un necessario presupposto – viene richiamato espressamente l'art. 113 del Codice degli Appalti il quale, dal canto suo, in diversi punti rinvia proprio all'art. 75.

Nella procedura in esame, quindi, devono ritenersi applicabili, quali norme non obbligatorie ma in quanto richiamate dalla stazione appaltante, sia l'art. 113 del codice degli appalti, espressamente e direttamente menzionato nella *lex specialis* di gara, sia l'art. 75, sia perché indirettamente richiamato, sia per coerenza interpretativa.

Stanti le superiori considerazioni, che hanno condotto a ritenere il

testo della fidejussione prestata per la odierna ricorrente principale non rispondente ai requisiti richiesti per la presentazione della cauzione provvisoria nelle procedure pubbliche di gara, la costituenda ATI Arup avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Il motivo in rassegna è dunque fondato e, in ragione del suo carattere assorbente, il Collegio, assorbita ogni altra censura e deduzione, deve accogliere il ricorso incidentale e, per l'effetto, annullare gli 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 del ricorso introduttivo, per difetto di legittimazione ed interesse in capo alla società Arup Italia s.r.l., in quanto la stessa non è legittimata ad impugnare gli esiti della gara dalla quale, per le considerazioni svolte, avrebbe dovuto essere esclusa.

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 improcedibile il ricorso principale;
- 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.)