



REPUBBLICA ITALIANA
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 285 del 2013, proposto da:

AMGA Legnano S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Guido Francesco Romanelli e Tiziano Ugoccioni, con domicilio eletto presso Guido Francesco Romanelli in Roma, via Cosseria, 5;

contro

Siemens Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Bonatti e Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso l'avv. Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

nei confronti di

Impresa Troiani & Ciarrocchi Srl;

Stefano Avv. Bonatti;

Rinaldo Avv. Bonatti;

Ermanno Avv. Consorti;

Daniela Avv. D'Orazio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I n. 02497/2012, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori di realizzazione della viabilità di accesso e del parcheggio visitatori con annesso impianto fotovoltaico del nuovo ospedale di Legnano.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Siemens Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2013 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Ugoccioni e Bonatti;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. I, con la sentenza n. 2497 del 9 ottobre 2012, ha accolto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposto dall'attuale appellante per l'annullamento

dell'aggiudicazione provvisoria a favore della controinteressata impresa Troiani e Ciarrocchi s.r.l.; dell'aggiudicazione definitiva alla controinteressata (e relativo avviso); del bando di gara, spedito per la pubblicazione sulla G.U.U.E. in data 16 dicembre 2009, nonché del disciplinare, del capitolato speciale d'appalto e del relativo progetto tecnico predisposto dalla stazione appaltante, per le parti indicate in narrativa; dei verbali di gara.

Il TAR ha, inoltre, condannato la stazione appaltante al risarcimento del danno a favore dei ricorrenti nei limiti di cui in motivazione.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che in base alle conclusioni della CTU esperita in primo grado, il ricorso principale ed il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti dovevano essere accolti, facendo propria la conclusione che i moduli fotovoltaici offerti dalla ricorrente dovessero ritenersi equivalenti a quelli previsti in sede di gara.

Il TAR ha, invece, assorbito il secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti, visto che l'impugnazione del bando è stata proposta in via subordinata rispetto all'impugnazione dell'aggiudicazione.

L'appellante contestava la sentenza del TAR, deducendo:

- Error in iudicando ed erroneità e carenza della motivazione: falsa ed omessa applicazione dell'art. 68 comma 6, d.lgs. n. 163-2006, della lex specialis (e, in particolare, dell'art. 98.2 del Capitolato Speciale d'appalto) e dei principi di par condicio e imparzialità. Travisamento dei presupposti di fatto ed illogicità. Omessa pronuncia su parte delle domande e delle eccezioni di Amga Legnano s.p.a.;
- Errata interpretazione degli esiti della consulenza tecnica d'ufficio;
- Error in iudicando ed errata pronuncia: erroneità della motivazione per omessa rinnovazione della consulenza tecnica d'ufficio e mancata sostituzione del consulente. Travisamento dei presupposti.
- Contestazione circa il motivo accolto dalla sentenza del TAR secondo cui la clausola di equivalenza contenuta nella lex specialis avrebbe comunque autorizzato le imprese concorrenti a proporre anche moduli differenti, così da ritenere ammissibile qualsiasi variante al progetto esecutivo posto a base di gara;
- Errore in iudicando ed errata pronuncia: sulla erroneità della condanna di AMGA al risarcimento del danno da perdita di chance, sull'infondatezza della domanda, sull'errata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto e sulla insussistenza di un danno risarcibile.

Con l'appello in esame, si chiedeva la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva la controinteressata appellata chiedendo il rigetto dell'appello principale, riproponendo i motivi dichiarati assorbiti dal TAR in primo grado e proponendo appello incidentale relativamente alla parte in cui il TAR non ha integralmente accolto tutte le domande di risarcimento del danno proposte dalla ricorrente di primo grado, sull'ammontare del danno derivante da mancata aggiudicazione e perdita curricolare.

All'udienza pubblica del 12 novembre 2013 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

La vicenda per cui è causa attiene all'impugnazione, da parte dell'appellata Società Siemens S.p.A., dell'esito della gara indetta da AMGA s.p.a. per l'esecuzione del parcheggio visitatori, con annesso impianto fotovoltaico, a servizio del Nuovo Ospedale di Legnano.

La gara è stata bandita secondo il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del progetto esecutivo posto a base di gara dalla stazione appaltante.

L'offerta della appellata è stata esclusa dalla competizione per aver previsto l'impiego di pannelli fotovoltaici diversi, per dimensione, da quelli originariamente previsti dal progetto elaborato da AMGA.

Siemens ha sostenuto che la modifica da essa apportata al progetto esecutivo predisposto da AMGA, e consistita

nell'impiego di pannelli fotovoltaici di dimensione maggiore rispetto a quella prevista in progetto, non potesse essere considerata vietata dalla normativa di gara.

Il TAR ha disposto consulenza tecnica diretta ad accertare se nel progetto predisposto dalla stazione appaltante le coperture delle pensiline in questione consentissero o meno l'assemblaggio dei pannelli offerti dalla ricorrente; se il montaggio dei suddetti pannelli potesse essere effettuato mediante un puro assemblaggio di pannelli numerati, secondo una sequenza già programmata in fabbrica e se tale assemblaggio potesse essere effettuato con l'identica celerità rispetto a quello dei pannelli di dimensione inferiore.

Nella relazione del CTU, in sintesi, è emerso che su tutte le pensiline era possibile l'installazione dei moduli fotovoltaici offerti dalla Siemens; che questi erano idonei all'assemblaggio di pannelli numerati; che essi potevano essere installati con la medesima celerità di quelli previsti nel progetto di gara; che i moduli fotovoltaici offerti dalla Siemens comportano alcune modifiche al progetto elettrico di gara, ma non di entità tale da inficiare la globale compatibilità con l'intero progetto di gara.

Precisata così sinteticamente la vicenda per cui è controversia, ritiene il Collegio in punto di diritto che l'appello principale sia infondato.

In primo luogo, ed a prescindere dalla considerazione, comunque di rilievo, che le conclusioni del CTU risultano immuni da vizi logici e tecnici che potrebbero inficiarne le conclusioni, si deve ritenere che la clausola di equivalenza inserita negli atti di gara (in specifico, nel Capitolato all'art. 98.2), e contestata dall'appellante, deve essere concretamente applicabile e non può certo intendersi quale astratta autorizzazione a fornire un prodotto che presenti identiche caratteristiche fisiche rispetto al modello preso a riferimento.

Interpretata in tale ultimo caso, infatti, le caratteristiche di equivalenza sarebbero soltanto ammissibili in astratto e la clausola sarebbe inutiliter data, ovvero illegittima, in quanto riduttivi della potenziale platea di concorrenti alla gara.

Peraltro, nella normativa di gara, e segnatamente negli artt. 9 e 98 del Capitolato e nel Progetto tecnico non vi è alcun riferimento né espresso né implicito all'inammissibilità di soluzioni progettuali costituite da pannelli fotovoltaici di forma e dimensione diversa da quella indicata dal bando, sebbene equivalenti quanto a prestazioni e funzionalità.

Anzi, dedurre una prescrizione di inammissibilità di tale genere risulterebbe altresì contraddittoria con la previsione, invece esplicita, dell'ammissibilità di offerte che presentano variazioni proprio delle caratteristiche fisiche dei prodotti (in specifico: vengono accettati pannelli in silicio monocristallino in luogo di quelli al silicio policristallino richiesti dal richiamato art. 98.2.): consentire la modificabilità di alcune tra le caratteristiche fisiche del prodotto ma non di altre, pur trattandosi di variazioni che non incidono evidentemente sulla funzionalità e sulle prestazioni del progetto, come anche asserito in CTU, non è coerente con il dettato dispositivo della clausola in oggetto.

Sotto altro profilo, passando ad esaminare direttamente l'offerta Siemens, ritenuta equivalente dal CTU, si deve rilevare che la normativa di gara non richiedeva affatto alle concorrenti di specificare nell'offerta tecnica il numero di pannelli da installare e la potenza totale dell'impianto a pena di esclusione, anche in considerazione del fatto che, oggetto dell'appalto, non era la fornitura di un dato numero di pannelli, ma la realizzazione a corpo del parcheggio e dell'impianto fotovoltaico di dimensioni predefinite (cfr. Capitolato, pag. 14).

E' evidente che in un'opera "a corpo", qual è l'impianto fotovoltaico, il quantitativo di materiale da impiegare non può costituire elemento decisivo, poiché ciò che conta è l'opera finale nella sua consistenza, che Siemens si è obbligata a realizzare secondo il progetto approvato e che prevede una copertura fotovoltaica che ben può essere

agevolmente realizzata anche con moduli di dimensioni diverse da quelle ipotizzate dalla stazione appaltante, comportando però il medesimo risultato finale, come risulta evidente dalla relazione del CTU citato.

Per quanto riguarda la potenza dell'impianto, il CTU ha potuto ricavare agevolmente i dati d'interesse della Commissione di gara, appurando che con i pannelli Suntech, proposti da Siemens, si sarebbero potuti installare, rispettivamente, 140, 170 e 204 moduli sui tre tipi di pensiline (A, B e C) ottenendo così una potenza, rispettivamente, di 39.200, 47.000 e 57.120 Wp (cfr. pag. 16 CTU); pertanto, tale omissione non è decisiva per ritenere non ammissibile l'offerta Siemens, in quanto smentita sotto il profilo tecnico-sostanziale.

Il CTU ha, inoltre, concluso logicamente ed in maniera approfondita che la soluzione adottata da Siemens non incide in alcun modo sulle funzionalità e sulle prestazioni fondamentali dell'impianto: dimensioni e numero delle pensiline, efficienza dei moduli, potenza minima garantita, rendimento degli inverter, garanzia "Gmp" e garanzia "Gip" restano i medesimi.

In via generale deve, inoltre, porsi in evidenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160) che sono consustanziali alle procedure di affidamento secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come nel caso di specie, le soluzioni migliorative che si differenziano dalle varianti perché possono liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati "aperti" a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione del pregio delle offerte dal punto di vista tecnico, come si evince proprio dalla clausola di equivalenza sopra richiamata.

Come precisato da questa Sezione (sentenza 29 marzo 2011, n. 1925), si tratta di "variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche", direttamente riferibili alle singole forniture e lavorazioni in cui si sostanzia l'opera, in virtù delle quali quest'ultima può risultare meglio rispondente al quadro delle esigenze funzionali poste a base della progettazione ed ai relativi aspetti qualitativi, come predeterminati nel progetto preliminare (e, quindi, non a quello esecutivo), ai sensi dell'art. 17 d.p.r. n. 207/2010.

Le varianti, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara ex art. 76 d.lgs. n. 163-2006 e l'individuazione dei relativi requisiti minimi (comma 3 della citata disposizione), che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dall'Amministrazione, pur tuttavia consentito (cfr. C.d.S., sez. V, 21 dicembre 2012 n. 6615). Il confronto competitivo è in questo secondo caso necessariamente ristretto a singoli e predeterminati aspetti del progetto, entro i quali il ventaglio delle alternative progettuali proponibili è nondimeno più esteso, tant'è vero che è ammesso anche in procedure di gara con a base il progetto preliminare, come l'appalto-concorso (cfr. C.d.S., Sez. V, 13 dicembre 2012, n. 6388).

E' evidente che, nel caso di specie, come confermato anche dal CTU, incidendo le dimensioni dei pannelli fotovoltaici offerti dalla Siemens in modo modesto sulle strutture edilizie, comunque oggetto di un bando di gara a corpo e non a misura, non può in alcun modo ritenersi che l'offerta Siemens contestata costituisca un aliud rispetto a quanto richiesto dall'Amministrazione.

Le censure dell'appellante relative alle capacità professionali del CTU, in disparte la loro ammissibilità, sono infondate posto che il CTU, Ing. Pessina ha trattato questioni tecniche di tipo strutturale ed era quindi idoneo all'incarico; le questioni controverse, infatti, sono di tipo prettamente strutturale, essendo attinenti alla possibilità pratica di assemblare i moduli fotovoltaici offerti da Siemens sulle coperture facenti parte della struttura progettata dalla azienda; alla verifica della possibilità di assemblare tali pannelli secondo una sequenza numerata, predeterminata in fabbrica; alla verifica se l'assemblaggio dei pannelli della ricorrente avrebbe potuto essere effettuato con la medesima celerità del modello a base di gara e senza determinare variazioni essenziali al progetto

medesimo.

Peraltro, appare pienamente condivisibile al riguardo l'eccezione dell'appellata Siemens, secondo cui le problematiche elettriche, che pure sono state affrontate e risolte, non solo erano secondarie rispetto a quelle strutturali, ma erano anche estranee alla materia del contendere, poiché non è mai stato contestato che la soluzione progettuale di Siemens non potesse funzionare, essendosi la Commissione limitata ad evidenziare il superamento di un dato dimensionale in relazione al progetto.

Né appare suscettibile di comportare l'illegittimità della CTU la circostanza secondo cui il C.T.U ha fondato la sua valutazione anche su documenti ulteriori, effettuando un sopralluogo sull'impianto realizzato dalla controinteressata, nonché su un elaborato progettuale fatto predisporre alle parti nel corso della consulenza tecnica, trattandosi di normali accertamenti che attestano, anzi, la completezza dell'istruttoria compiuta dal CTU medesimo. Infine, non emerge alcuna situazione rilevante di incompatibilità tale da imporre al CTU l'astensione dall'incarico e da pregiudicame, quindi, la serenità di giudizio.

Per quanto riguarda il risarcimento del danno, questo Collegio condivide in toto l'impostazione della sentenza impugnata, secondo la quale, in difetto di ogni valutazione dell'offerta da parte della Commissione aggiudicatrice, tale danno vada quantificato con la tecnica della determinazione dell'utile che sarebbe stato possibile conseguire in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara, posto che tale tipo di danno, non potendo essere provato nel suo preciso ammontare, può essere quantificato in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c. (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 11 marzo, 2010, n. 1443).

La tesi contenuta nell'appello incidentale, in base alla quale si dimostrerebbe l'automaticità dell'attribuzione dell'aggiudicazione a Siemens non è accoglibile, posto che doveva essere compiuta dall'Amministrazione (rectius, dalla Commissione, che ne è organo straordinario) un'ulteriore attività discrezionale (ovvero un'attività istruttoria spettante comunque esclusivamente a tale organo) che il Giudice non può in alcun modo surrogare, come confermano ora gli artt. 31 e 34 c.p.a.; norme, queste ultime, dettate a fini diversi, ma espressive del principio generale di non sostituibilità da parte del potere giurisdizionale di attività di riservate all'Amministrazione, non sostituibilità che si estende anche alle valutazioni circa la misura del risarcimento del danno.

Peraltro, il TAR, con motivazione senz'altro condivisibile, ha valorizzato la particolare posizione dell'appellante incidentale, riconoscendo l'esistenza di una rilevante possibilità di aggiudicazione a favore della medesima, tenuto conto da una parte della miglior offerta, integrata dalla maggiore potenza dei moduli fotovoltaici in questione e, dall'altra della graduatoria formulata dalla Commissione aggiudicatrice, ove è ricavabile dai punteggi assegnati che, pur non essendo possibile stabilire quale sarebbe stato il punteggio dell'offerta tecnica della ricorrente, è ragionevole ritenere che l'area della possibile aggiudicazione si riduca a tre sole imprese (Siemens, Gavazzi e Troiani) anche in base a quanto accertato dal C.T.U. (Siemens aveva, infatti, presentato una non secondaria miglior offerta, integrata dalla maggiore potenza dei moduli fotovoltaici, pari a circa il 10% rispetto agli altri presenti nelle altre due offerte).

In tale quadro, il danno è stato correttamente calcolato sull'offerta presentata in gara dalla ricorrente e non sul prezzo posto a base di gara, ridotta del 33,03%, che è il ribasso percentuale sull'offerta, calcolando l'utile derivante dall'esecuzione dell'opera nel 10%, compatibilmente con le soluzioni giurisprudenziali adottate negli anni, benché non univoche sul punto.

Tale somma è stata ulteriormente decurtata in relazione al numero delle imprese partecipanti alla gara, potenzialmente aggiudicatarie (tre, compresa la ricorrente in primo grado), con un ragionevole incrementato equitativo de 20%, dovendosi tener conto di una rilevante possibilità di conseguire l'aggiudicazione rispetto alle altre due imprese, sulla base delle valutazioni del CTU sopra riportate.

Correttamente, inoltre, non è stato riconosciuto né il danno curriculare, che presuppone comunque la spettanza del bene della vita richiesto e cioè dell'aggiudicazione; né il danno consistente nei costi sostenuti per la partecipazione alla gara in quanto nella liquidazione del lucro cessante è già compresa la remunerazione delle suddette spese per la partecipazione alla gara, che neppure l'impresa che risulti vincitrice di una gara ed esegua il contratto potrebbe mai ottenere.

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello principale e l'appello incidentale devono essere respinti, in quanto infondati, restando assorbite le censure del ricorso di primo grado già dichiarate assorbite dal TAR e qui riproposte.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, stante la reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale e sull'appello incidentale come in epigrafe proposti, li respinge.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2014

IL SEGRETARIO

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