



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 9572 del 2013, proposto da:

Soc Intercom Dr Leitner Srl con Socio Unico, rappresentato e difeso dagli avv. Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso Studio Legale Cancrini-Piselli in Roma, via G. Mercalli, 13;

contro

Aeroporti di Roma Spa, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv. Luca Leone, Paola Conio, con domicilio eletto presso Luca Leone in Roma, via degli Appennini, 46;

nei confronti di

Soc Movincar Spa, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Giulia Roversi Monaco, Barbara Simoni, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore di Movincar s.p.a. della "procedura aperta per l'affidamento della fornitura di due mezzi de-icer destinati all'aeroporto Leonardo. da Vinci di Fiumicino".
risarcimento danni

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aeroporti di Roma Spa e di Soc Movincar Spa;

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 del giorno 16 gennaio 2014 il dott. Carlo Taglienti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 3 ottobre 2013 e depositato il 17 successivo la società Intercom dr.Leitner a r.l. ha impugnato l'aggiudicazione, e gli atti connessi, della gara per la fornitura di due mezzi de-icer destinati all'aeroporto di Fiumicino, Leonardo da Vinci, chiedendo anche il risarcimento del danno.

Premesso di essersi collocata al secondo posto nella graduatoria, avendo ottenuto punti 20 nel punteggio tecnico a fronte dei punti 3,75 della controinteressata aggiudicataria che, nel punteggio finale ha poi prevalso con punti 83,75 (per un ribasso a base d'asta del 35,55%) su 64,025 (ribasso del 17,28%; base d'asta € 1.800,000,00 a corpo), parte ricorrente deduce i seguenti profili di gravame:

violazione dei principi di uguaglianza, imparzialità e buon andamento (artt 3 e 97 Cost); violazione degli artt. 49 e 68 del D Lgs n. 163/2006; violazione della *lex specialis* di gara e delle specifiche tecniche; eccesso di potere per carenza istruttoria e di motivazione, sviamento, ingiustizia manifesta: l'aggiudicataria doveva essere esclusa perché i mezzi offerti sono difformi rispetto agli standard richiesti; per le specifiche tecniche: 1) (art.3) la cabina di comando avrebbe dovuto consentire le operazioni col veicolo in movimento (qui pedale unico per acceleratore e dosatore di fluido); il dosatore non è comandato da un joystick; 2) (art. 2.2 specifiche tecniche) l'altezza minima operativa non doveva essere superiore a m.1, ma il mezzo offerto è alto da terra m. 1,5; 3) (art. 3 e 2.2) il volante avrebbe dovuto permettere, in modalità di riposo, la movimentazione alla velocità nominale del mezzo (50 km/ora), ma la cabina in modalità di riposo è capovolta; 4) (art. 4.1) era prevista la manovrabilità da parte di un solo operatore dalla cabina operatrice (qui per raggiungere i 50 km/ora è necessario scendere dalla cabina operatrice ed accedere a quella di guida) col braccio a mt 8 la guida del mezzo viene interrotta; 5) (art. 2.2) le gomme non sono gonfiabili con schiuma, come richiesto; 6 (art. 3) manca apposita strumentazione che indichi la posizione della cabina rispetto alla base; 7) (artt. 1 e 3) il mezzo non sarebbe adatto per tutti i velivoli; in definitiva l'aggiudicataria avrebbe offerto *aliud pro alio*;

violazione principi di uguaglianza imparzialità e buon andamento; violazione degli artt 49 e 118 D Lgs 163/2006 e dell'art. 88 del DPR 207/2010; eccesso di potere per carenza istruttoria e di motivazione, sviamento e ingiustizia manifesta: il contratto di avvalimento per la capacità tecnica è nullo perché riguarda la produzione dei due mezzi e non l'avvenuta fornitura nel triennio 2010-2012 di almeno 5 mezzi de icer;

violazione principi di uguaglianza , imparzialità e buon andamento; violazione dell'art. 38 del D Lgs n.163/2006 e dell'art. 1 del disciplinare di gara; eccesso di potere per carenza istruttoria e di motivazione, sviamento e ingiustizia manifesta; manca la dichiarazione ex art. 38 cit per l'amministratore delegato (dal 3.6.2013) e precedentemente procuratore munito di ampi poteri sin dal 2006, sig Jonathan Rossi.

Costituitasi la società Aeroporti di Roma ha chiesto il rigetto del ricorso sulla base dei seguenti argomenti: nei "chiarimenti" richiesti dalla stessa ricorrente era precisato che alcune caratteristiche tecniche erano meramente indicative; a) le caratteristiche tecniche devono consentire pari accesso e non devono interporre ostacoli alla concorrenza: a.1) i mezzi offerti hanno un braccio di mt 12 che consente di effettuare le operazioni da fermo; il flusso può essere azionato anche con comando manuale;a.2) il mancato rispetto dell'altezza non è causa di esclusione, e comunque le norme tecniche operative internazionali prevedono che un uomo si inginocchi per verificare l'operazione sotto l'ala; a.3) la cabina operativa ha un volante centrale e può ruotare; la velocità di 50 km/ora è meramente indicativa; a.4) è necessaria una sola persona per far funzionare l'unità; il mezzo può essere guidato anche con il braccio a piena altezza; a.5) la stabilità è garantita anche senza gomme a schiuma; a.6) la strumentazione che segnala la posizione della cabina rispetto alla base è inutile per il mezzo offerto perché il braccio principale è sempre sopra il baricentro del mezzo; a.7) i mezzi offerti possono operare su tutti i tipi di velivoli; b) l'impresa ausiliaria ha dichiarato anche l'avvenuta fornitura di almeno 5 mezzi nel triennio (invero n.132); la dichiarazione circa la capacità di fornire il prodotto è conforme ai contratti di avvalimento; c) l'attestazione del possesso dei requisiti di cui all'art. 38 cit è stata fatta con dichiarazione multipla relativa all'impresa persona giuridica; in ogni caso si poteva chiedere l'integrazione; l'esclusione sarebbe incompatibile con la normativa comunitaria (art. 45 direttiva 2004/18/UE); chiede sollevarsi eventualmente questione avanti la

Corte Europea.

Costituitasi la controinteressata aggiudicataria, ha svolto difese analoghe a quelle della resistente, in particolare evidenziando che le caratteristiche tecniche dei mezzi offerti sono in linea con le specifiche tecniche in quanto, tra l'altro, le operazioni possono essere eseguite anche in movimento, anche se ciò è superfluo; le caratteristiche sono equivalenti a quelle richieste; circa l'avvalimento, è stata depositata anche dichiarazione della fornitura nel triennio di almeno 5 mezzi analoghi; la dichiarazione ex art. 38 cit era semmai incompleta e non poteva comportare l'esclusione.

Ha replicato la ricorrente affermando in particolare che il rispetto delle specifiche tecniche è necessario per la comparazione delle offerte; l'Autorità di vigilanza non ammette che la commissione di gara possa modificare le specifiche tecniche; il giudizio di equivalenza deve essere ampiamente motivato. In detta memoria viene quantificato il risarcimento per equivalente.

Con memorie resistente e controinteressata hanno a loro volta replicato, insistendo e specificando le tesi già svolte. Con ordinanza collegiale n. 9787/2013 del 15.11.2013 il Collegio, ritenendo che il ricorso presentasse profili di fondatezza, ha fissato l'udienza di discussione ex art. 119 c.3 c.p.a.

Alla pubblica udienza del 16 gennaio 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe viene impugnata una procedura concorsuale per la fornitura di due mezzi di icer per l'aeroporto Leonardo da Vinci di Fiumicino. Viene altresì richiesta pronuncia sul risarcimento del danno.

Il ricorso è fondato e deve essere accolto nei termini di cui in motivazione.

1-Con la prima censura si lamenta il fatto che la gara sia stata aggiudicata ad un partecipante che ha sostanzialmente offerto *aliud pro alio*, avendo presentato un prodotto che si discosta sotto diversi aspetti dalle specifiche tecniche allegate al bando.

Preliminarmente il Collegio osserva che secondo costante giurisprudenza (cfr tra le tante Cons di St. V 31.10.2012 n.5570) ed anche in base a parere dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (parere n. 100 del 5.6.2013) i c.d. "chiarimenti" che la stazione appaltante fornisce su richiesta dei partecipanti alla gara non possono giungere a modificare le regole della gara stessa, fissate nel bando ed anche nelle specifiche tecniche.

In particolare quando l'art. 3 delle specifiche tecniche afferma che la cabina di comando e di erogazione dovrà avere "tassativamente" determinate caratteristiche, la disposizione non potrà essere interpretata, come sostenuto dalla stazione appaltante, nel senso che si tratta di caratteristiche meramente indicative.

Peraltro la possibilità di accettare prodotti con caratteristiche tecniche diverse da quelle indicate nelle specifiche altera irrimediabilmente la *par condicio* della gara e non consente una giusta comparazione, anche sotto il profilo dell'offerta economica, tra le varie offerte (ed infatti nella fattispecie la notevole diversità dei mezzi offerti – quello della ricorrente conforme alle specifiche tecniche - ha comportato una notevole differenza anche nell'offerta economica).

Venendo quindi allo specifico, parte ricorrente segnala le seguenti difformità: 1) (art.3) la cabina di comando avrebbe dovuto consentire le operazioni col veicolo in movimento (qui pedale unico per acceleratore e dosatore di fluido); il dosatore non è comandato da un joystick; 2) (art. 2.2 specifiche tecniche) l'altezza minima operativa non doveva essere superiore a m.1, ma il mezzo offerto è alto da terra m. 1,5; 3) (art. 3 e 2.2) il volante avrebbe dovuto permettere, in modalità di riposo, la movimentazione alla velocità nominale del mezzo (50 km/ora), ma la cabina in modalità di riposo è capovolta; 4) (art. 4.1) era prevista la manovrabilità da parte di un solo operatore dalla cabina operatrice (qui per raggiungere i 50 km/ora è necessario scendere dalla cabina operatrice ed accedere a quella di guida) col braccio a mt 8 la guida del mezzo viene interrotta; 5) (art. 2.2) le gomme non sono gonfiabili con

schiuma, come richiesto; 6 (art. 3) manca apposita strumentazione che indichi la posizione della cabina rispetto alla base; 7) (artt. 1 e 3) il mezzo non sarebbe adatto per tutti i velivoli.

L'aggiudicataria ha offerto di fornire il mezzo chiamato Elephant Beta costruito dalla società Vestergaard Company.

1.1-Dalle caratteristiche tecniche del mezzo fornite dalla società costruttrice emerge che con lo stesso pedale si comanda l'acceleratore del mezzo e lo spruzzo del prodotto; quindi se il mezzo è in movimento non si può procedere ad azionare il dosatore del fluido. L'amministrazione replica che ciò è quanto avviene normalmente, in quanto, date le dimensioni del braccio, non è necessario spargere il fluido in movimento; afferma poi che comunque può essere previsto anche l'azionamento manuale dello spargitore. Ma dalla documentazione non risulta e del resto la stazione appaltante afferma che può essere previsto ma non che sia già insito nell'offerta.

1.2-E' pacifico che l'altezza minima operativa è superiore a mt 1 in quanto il mezzo offerto è alto da terra mt 1,50: tale circostanza non è negata dalla stazione appaltante la quale però afferma che trattasi di indicazione di massima. Ma dal tenore della disposizione del punto 2.2. delle specifiche tecniche questo non emerge; si legge infatti " Si dovrà inoltre prevedere che il mezzo operi il servizio de/anti icing anche a braccio completamente abbassato nel caso debba erogare il fluido antighiaccio sulle parti basse del velivolo ovvero sulle superfici aerodinamiche inferiori degli aeromobili. Per questa ragione la minima altezza operativa del mezzo de-icer dovrà essere non superiore a mt 1". Interpretata in buona fede la norma avrebbe portato qualsiasi partecipante a non offrire un mezzo con minima altezza operativa superiore ad un metro; infatti il tenore letterale non lascia intendere che si tratti di una misura meramente indicativa.

1.3-L'amministrazione afferma che il mezzo è idoneo a garantire la velocità di 50 km/h; le specifiche tecniche impongono che debba garantire un buon grado di manovrabilità a detta velocità: è poco probabile che con la cabina rovesciata possa essere garantito un buon grado di manovrabilità a 50 km/h. Peraltro dalle caratteristiche tecniche fornite dal costruttore si evincono due velocità: a 6 km/h con il braccio alzato (max 10) e a 30 km/h con il braccio abbassato.

1.4.Sempre dalle caratteristiche tecniche fornite dal costruttore risulta chiaramente che con un solo operatore la velocità è di 6 km/h, quindi non si può raggiungere la velocità nominale di 50 km/h.

1.5-La stazione appaltante ammette che le gomme non sono gonfiabili con schiuma come richiesto al punto 2.2 delle specifiche tecniche; ma afferma che ciò non appare necessario. Ma la previsione della specifica afferma " I pneumatici dovranno essere gonfiati con una particolare schiuma che garantisca la stabilità del mezzo...".

1.6- L'art. 3 delle specifiche tecniche prevede "tassativamente" che la cabina di comando debba avere " apposita strumentazione (per) indicare in ogni momento la posizione della cabina rispetto alla basa".

E' pacifico che il mezzo offerto dall'aggiudicataria non ha tale strumento, in quanto ammesso esplicitamente dalla stazione appaltante, la quale si giustifica affermando che tale strumentazione è del tutto superflua per il mezzo in questione.

Ma come ripetutamente detto le specifiche tecniche operano tale previsione in maniera tassativa.

1.7. La censura, infine che i due de-icer non consentano di operare su tutti i velivoli non appare adeguatamente provata.

Nel complesso comunque i rilievi di parte ricorrente portano a concludere che il mezzo offerto dall'aggiudicataria è significativamente diverso da quello previsto dalle specifiche tecniche, causando, tra l'altro, una grave difficoltà di comparazione.

2 Col secondo motivo si afferma che il contratto di avvalimento non era idoneo a supportare la carenza di capacità tecnica e produttiva dell'aggiudicataria in quanto la società Vestergaard si è impegnata solo a fornire i due mezzi di

cui alla procedura.

Invero la capacità tecnica richiesta, oggetto del contratto di avvalimento, doveva essere dimostrata con una dichiarazione riguardante l'avvenuta fornitura di almeno cinque mezzi analoghi nel triennio trascorso.

Orbene, è bensì vero che agli atti risulta una dichiarazione della Vestergaad in ordine alle numerose forniture effettuate nel suddetto triennio; ma il contratto di avvalimento non ha per oggetto il supporto della capacità tecnica mancante, bensì l'impegno a fornire i due mezzi oggetto di gara; ha cioè un contenuto diverso da quello qui necessario.

3. Risulta fondato anche il terzo profilo di violazione dei principi di uguaglianza, imparzialità e buon andamento; violazione dell'art. 38 del Lgs n.163/2006 e dell'art. 1 del disciplinare di gara; eccesso di potere per carenza istruttoria e di motivazione, sviamento e ingiustizia manifesta: manca la dichiarazione ex art. 38 cit per l'amministratore delegato (dal 3.6.2013) e precedentemente procuratore munito di ampi poteri sin dal 2006, sig Jonathan Rossi.

La dichiarazione del possesso dei requisiti ex art. 38 fatta dall'aggiudicataria è generica e non indica i nominativi dei soggetti persone fisiche dotate di idonea "moralità", ed in particolare non è indicato l'amministratore delegato, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, il quale comunque già dal 2006 aveva ampi poteri gestori (TAR Campania Napoli sez. VIII n. 518/2013 per l'equiparazione dei procuratori con ampi poteri).

E' infatti ammesso dalla giurisprudenza che la dichiarazione sia resa anche da un unico legale rappresentante delle società, ma a condizione che dalla dichiarazione emerga l'indicazione analitica e nominativa dei soggetti nei cui confronti il requisito è richiesto, sia per consentire alla stazione appaltante di fare le verifiche, sia per la stessa assunzione di responsabilità del dichiarante (cfr tra le tante, Cons di St sez. IV 16 marzo 2012 n. 1516; 12 febbraio 2013 n. 815).

Né qui può ammettersi la possibilità di integrazioni documentali successive, trattando di completa omissione.

Infine il Collegio osserva che, a suo avviso, la questione di compatibilità dell'art. 38 del D Lgs 163/2006 con l'art. 45 della direttiva comunitaria 2004/18/UE, è diversa dalla fattispecie in esame in quanto qui è mancante anche l'individuazione degli stessi soggetti sui quali sarebbe intervenuta la dichiarazione unica del legale rappresentante. Peraltro la fondatezza dei primi due motivi di gravame renderebbe "irrelevante" la questione da porre davanti alla Corte di Giustizia europea.

4- Circa il risarcimento del danno, la stessa parte ricorrente comunica che i macchinari sono stati già consegnati alla stazione appaltante (seppure "scorrettamente" secondo la stessa) talchè si rende ormai impossibile il risarcimento in forma specifica.

Parte ricorrente quantifica il danno da mancato guadagno in € 265.760,00 pari al 22%, in € 72.000 il danno curricolare, ed in € 9.000 i costi, oltre il danno da immagine da quantificare in via equitativa e rivalutazione ed interessi come per legge.

La resistente osserva come il bando prevedesse la possibilità di non aggiudicare, nel caso di unico offerente; ingiustificato appare comunque un profitto del 22%; anche il danno curricolare, e cioè per non poter annoverare l'esecuzione dell'appalto tra le proprie referenze, appare esorbitante, rispetto all'1% normalmente assegnato dalla giurisprudenza; i costi appaiono indimostrati.

Al riguardo il Collegio preliminarmente osserva come ai fini del risarcimento del danno non sia richiesta la prova della colpevolezza dell'Amministrazione, secondo il noto principio affermato dalla giurisprudenza (cfr ad es. TAR Lombardia Milano sez. IV 5 febbraio 2013 n. 341).

Ai fini della quantificazione si rileva come l'utile richiesto da parte ricorrente pari al 22% del prezzo a base d'asta non possa essere riconosciuto come lucro cessante, in quanto nella fattispecie non può dirsi certa l'aggiudicazione

in quanto il punto 6 penultimo comma del disciplinare di gara prevede espressamente che ADR si riserva la facoltà di non procedere all'aggiudicazione nel caso di una sola offerta valida, se non congrua e conveniente; nel caso in esame, considerato l'elevato utile esposto e l'entità dell'offerta economica, potrebbe essere verosimile, come evidenziato dalla resistente, la mancata aggiudicazione.

Pertanto il Collegio ritiene congruo affidarsi alla quantificazione "legale" dell'utile presuntivo d'impresa di cui all'art. 134 del D.lgs 163/2006, pari al 10% dei quattro quinti del prezzo a base d'asta, depurato del ribasso offerto dal ricorrente (cfr ad es TAR Abruzzo, L'Aquila 29 dicembre 2011 n. 752).

Per quanto riguarda poi il danno curriculare, anche se nella fattispecie non può dirsi provata con certezza l'aggiudicazione conseguente all'accoglimento della parte impugnatoria del ricorso, tuttavia appare evidente che l'eventuale aggiudicazione alla ricorrente sarebbe stata del tutto legittima; valutati quindi tali aspetti ed i vari pronunciamenti giurisprudenziali sul punto (cfr ad es. Cons di St sez. IV 27 novembre 2010 n. 8253 e sez III 18 ottobre 2013 n. 5051) il collegio ritiene equo attribuire un risarcimento pari all'1% dell'offerta a base d'asta.

Secondo consolidata giurisprudenza invece non spetta alcun risarcimento per le spese sostenute per la partecipazione alla gara, che rimangono a carico dell'impresa, pena l'ottenimento di un beneficio maggiore di quello dell'aggiudicazione (cfr ad es Cons di St sezVI 12 aprile 2013 n. 1999).

Per quanto infine riguarda il danno all'immagine, esso non risulta minimamente provato e comunque l'annullamento dell'aggiudicazione appare adeguato ristoro.

Circa gli interessi e la rivalutazione il Collegio osserva che: a) trattandosi di debito di valore sulla somma complessiva liquidata a titolo di risarcimento spetta la rivalutazione monetaria dal giorno in cui è stato stipulato il contratto con l'impresa illegittima aggiudicataria sino alla pubblicazione della presente sentenza, a decorrere dal quale il debito di valore si trasforma in debito di valuta; b) non spettano gli interessi compensativi in mancanza di prova circa l'insufficienza del ristoro della rivalutazione monetaria (cfr. Cons di St. sez.VI n.3144/2009).

Nei termini sopra indicati deve quindi essere accolta la domanda risarcitoria.

5-La condanna al pagamento delle spese di giudizio segue la soccombenza; esse sono liquidate nella misura indicata in dispositivo

P.Q.M.

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

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Condanna Aeroporti di Roma e Movincar al pagamento delle spese di giudizio che liquida in complessivi € 10.000,00, di cui € 5.000,00 a carico di Aeroporti di Roma ed € 5.000,00 a carico di Movincar.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Carlo Taglienti, Consigliere, Estensore

Donatella Scala, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/01/2014

IL SEGRETARIO

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