



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 706 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Siemens S.p.A., in proprio e quale mandataria nel R.t.i. con l'Impresa Guerini & C. S.r.l. e Mezzanzanica S.p.A., rappresentate e difese dagli avv.ti Rinaldo e Stefano Bonatti, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via S. Barnaba, 32

contro

AMGA Legnano S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Tiziano Ugoccioni, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Boccaccio, 19

nei confronti di

impresa Troiani e Ciarrocchi S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Ermanno Consorti, con domicilio eletto presso l'avv. Daniela D'Orazio in Milano, Corso di Porta Vittoria, 54 c;

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;

di tutti i provvedimenti presupposti, connessi e/o conseguenti, con espressa riserva di proporre motivi aggiunti, nonché per la condanna di AMGA al risarcimento dei danni;

atti impugnati con il ricorso principale;

dei verbali dei giorni 2 e 4 marzo 2010, impugnati con i motivi aggiunti.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di AMGA Legnano S.p.A. e delle'impresa Troiani e Ciarrocchi S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale;

Visto il decreto presidenziale 2 aprile 2010, n. 312;

Viste le ordinanze della Sezione 6 maggio 2010, n. 398 e 17 novembre 2011, n. 2782;

Vista l'ordinanza presidenziale 27 febbraio 2012, n. 529;

Vista l'ordinanza della Sezione 10 maggio 2012, n. 1304;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2012 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Le ricorrenti impugnano l'esclusione dalla gara indetta dall'AMGA e l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata per i seguenti motivi:

I) violazione di legge ed eccesso di potere dell'atto di esclusione in quanto, secondo la previsione del capitolato, le dimensioni dei moduli fotovoltaici, che avrebbero dovuto essere corrispondenti a quelle di progetto, avrebbe dovuto essere letta nel senso del cogente rispetto delle dimensioni di tutta la copertura e non concernerebbero quelle di ogni singolo elemento utilizzato per realizzarla. Questa interpretazione sarebbe confermata dalla possibilità di utilizzare pannelli diversi dal modello indicato e di presentare varianti: il che sarebbe stato da ultimo confermato dalla stazione appaltante in sede di chiarimenti proprio con riferimento alle caratteristiche dei pannelli. A ciò si aggiungerebbe che richiedere come vincolanti le dimensioni dei singoli pannelli significherebbe cancellare la clausola di equivalenza, atteso che i pannelli si differenzerebbero proprio per le loro caratteristiche fisiche. Da ultimo la maggiore dimensione dei pannelli Siemens comporterebbe il rispetto sostanziale dei limiti di copertura dei tetti previsti in progetto e permetterebbe un aumento della potenza erogata del 10%, con la conseguenza che l'offerta di Siemens rientrerebbe tra le varianti migliorative previste nel bando.

II) In via subordinata i ricorrenti impugnano il bando, il disciplinare ed il capitolato tecnico per violazione di legge ed eccesso di potere, sul rilievo che la fissazione di dimensioni specifiche dei singoli pannelli a pena di esclusione sarebbe una misura discriminatoria, che violerebbe la clausola di equivalenza tra i beni oggetto della fornitura e comporterebbe disparità di trattamento, poiché impedirebbe alle imprese in possesso di pannelli il silicio monocristallino di partecipare alla gara.

Con ricorso per motivi aggiunti i ricorrenti contestano il fatto che, dall'esame degli atti depositati in gara, nessuna delle concorrenti ammesse in gara ha rispettato le misure del pannello fissate dalla stazione appaltante, deducendo i seguenti motivi:

III) violazione di legge ed eccesso di potere in quanto la commissione non avrebbe applicato alle imprese in gara la stessa disciplina, atteso che tutte le altre imprese ammesse avrebbero presentato pannelli di dimensioni diverse da quelle indicate nel bando;

IV) violazione di legge ed eccesso di potere in quanto le cause di esclusione indicate dalla stazione appaltante, costituite dalla mancata indicazione del numero dei pannelli da installare nonché della potenza finale dell'impianto fotovoltaico, non sarebbero state informazioni richieste dalla normativa di gara, tantomeno a pena di esclusione e sarebbero comunque irrilevanti, trattandosi di appalto a corpo;

V) violazione di legge ed eccesso di potere, posto che la commissione, nel disporre l'esclusione delle ricorrenti, si sarebbe allontanata dal parere espresso dal progettista ing. Sguazzini, che avrebbe qualificato l'offerta delle ricorrenti come una mera variante tecnica non sostanziale.

La controinteressata resiste ai suddetti rilievi, sottolineando che la proposta dei ricorrenti comporterebbe un effetto antiestetico, visto che l'assemblaggio dei moduli fotovoltaici lascerebbe scoperti alcuni spazi sulle pensiline destinate ad accoglierli moduli; in secondo luogo le loro dimensioni comporterebbe una diversa produzione di

energia, dando vita quindi ad un'offerta diversa da quella oggetto di gara; conclude, quindi, per la reiezione del ricorso, l'irricevibilità dell'impugnazione del bando per tardività e l'annullamento dell'intera gara per il caso di accoglimento del ricorso principale.

La difesa della stazione appaltante rileva a sua volta che l'appalto in questione avrebbe ad oggetto la sola esecuzione dell'opera rispetto alla quale non sarebbero state ammesse varianti al progetto esecutivo. Il progetto avrebbe, invero, stabilito con precisione i caratteri propri dei moduli in questione, prevedendo che quelli in silicio monocristallino sarebbero stati ammessi a gara a condizione che fossero rispettati i parametri essenziali posti a base del progetto (numero di stringhe, superficie coperta e altri); la Commissione tecnica espressamente nominata per l'esame delle offerte aveva, del resto, inequivocabilmente chiarito che l'offerta della ricorrente non era conforme al bando; sul tale fondamento chiede, quindi, la reiezione del ricorso.

Con successiva ordinanza la Sezione ha disposto CTU sulla base dei seguenti quesiti:

- 1) dica il C.T.U. se nel progetto predisposto dalla stazione appaltante le coperture delle pensiline in questione consentano o meno l'assemblaggio dei pannelli offerti dalla ricorrente;
- 2) in caso di risposta positiva al quesito n. 1) dica il C.T.U. se il montaggio dei suddetti pannelli potesse essere effettuato mediante "un puro assemblaggio di pannelli numerati, secondo una sequenza già programmata in fabbrica", come richiesto dal citato art. 98 del c.s.a.;
- 3) dica, inoltre, il C.T.U. se tale assemblaggio potesse essere effettuato con l'identica celerità rispetto a quello dei pannelli di dimensione inferiore, come indicata dal capitolato speciale.

I quesiti sono stati successivamente specificati con ordinanza presidenziale che ha disposto:

- che l'indagine affidata al C.T.U. deve necessariamente estendersi agli aspetti attinenti alla funzionalità dei pannelli fotovoltaici offerti dalla ricorrente e, in particolare, ai connessi profili elettrici e alla globale compatibilità dei ridetti pannelli con il progetto originario elaborato dalla stazione appaltante;
- che a tal fine saranno utilizzati dal C.T.U. esclusivamente i documenti offerti dalla ricorrente nella propria offerta tecnica e quelli elaborati dalla stazione appaltante per l'indizione della correlata gara;
- che restano in ogni caso fermi i successivi due quesiti posti al C.T.U. con l'ordinanza che gli ha affidato l'incarico;
- che il C.T.U. è autorizzato ad estrarre copia di tutta l'occorrente documentazione dal fascicolo del ricorso con potestà di accesso presso ogni ufficio pubblico per la visione di ogni necessario documento, di cui potrà richiedere copia.

I risultati della CTU sono stati i seguenti:

- su tutte e tre le pensiline è possibile l'installazione dei moduli fotovoltaici SUNTECH STP 280 – 24Vd in silicio policristallino offerti dalla ricorrente in sede di gara;
- i pannelli sandwich Breda Energy Roof FV offerti dalla Siemens s.p.a. in r.t.i. sarebbero stati idonei ad un puro assemblaggio di pannelli numerati, secondo una sequenza già programmata in fabbrica", essendo identici a quelli previsti nel progetto di gara di AMGA s.p.a.;
- i moduli fotovoltaici SUNTECH STP 280 – 24Vd in questione potevano essere installati con la medesima celerità di quelli previsti nel progetto di gara;
- i moduli fotovoltaici offerti dalla ricorrente comportano alcune modifiche al progetto elettrico di gara, ma non di entità tale da inficiare la globale compatibilità con l'intero progetto di gara.

La difesa della stazione appaltante contesta l'utilizzo da parte del CTU di documentazione fornita da Siemens diversa da quella presente agli atti di gara: in particolare contesta l'inserimento tra gli atti della gara della documentazione relativa ai pannelli sandwich, alle modalità di fissaggio dei moduli e al numero complessivo di moduli fotovoltaici offerti. Contesta quindi l'affermazione del CTU in merito alla diversità dal bando del sistema di

fissaggio dei pannelli in quanto non previsto come elemento vincolante. Contesta quindi l'erroneità e lacunosità della perizia.

Le eccezioni relative all'integrazione della documentazione di gara debbono essere respinte, in quanto tale attività era stata espressamente autorizzata dall'ordinanza della Sezione. A ciò si aggiunge che le rilevazioni effettuate sul luogo in merito allo stato di fatto dei lavori sono del tutto irrilevanti in quanto estranei al giudizio.

Né può essere condiviso il rilievo sulla base del quale la consulenza tecnica d'ufficio dovrebbe essere considerata nulla per l'omesso avviso da parte del C.T.U. della data d'inizio delle operazioni peritali, essendo sufficiente replicare che detta data era stata già fissata in sede di adozione dell'ordinanza che l'aveva disposta, debitamente comunicata alle parti in causa dalla Segreteria della Sezione.

Anche per quanto concerne le modalità di fissaggio dei moduli fotovoltaici sui pannelli presenti sulle superfici delle coperture in questione di diversa dimensione fra di loro il C.T.U. ha con chiarezza dato conto che, conformemente da quanto precisato dalle ricorrente nelle sue memorie, alcun problema si sarebbe prospettato in relazione alla maggiore dimensione dei moduli offerti dalla Siemens, peraltro di maggiore potenza rispetto a quelli dell'aggiudicataria dell'appalto.

Da ultimo debbono essere respinti i dubbi e le perplessità apoditticamente argomentate nei confronti della competenza professionale del C.T.U., la cui sussistenza appare comprovata dalla serietà e dalla puntualità, oltre che dallo scrupolo professionale e dall'imparzialità con cui ha preso esame di ogni occorrente documentazione e redatto la propria relazione, che il Collegio fa integralmente propria.

Chiarito quanto precede il ricorso principale ed il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti devono quindi essere accolti, facendo propria il Collegio la conclusione che i moduli fotovoltaici offerti dalla ricorrente dovevano ritenersi equivalenti a quelli previsti in sede di gara.

E' 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.

Venendo ora alle conseguenze sulla gara indotte dal suddetto accoglimento occorre rilevare che l'esecuzione dell'opera è già stata completata, essendo ciò stato necessario per il rischio di perdere benefici fiscali, come originariamente rilevato nella prima ordinanza della Sezione, confermata dal Consiglio di Stato, con cui la prodotta domanda cautelare era stata disattesa.

Ne consegue che il ricorrente ha diritto al risarcimento del danno nella forma della perdita di *chance* di aggiudicazione.

A tale conclusione il Collegio reputa di dover pervenire, tenuto conto che l'ipotesi formulata dalla Siemens in memoria, in difetto comunque di ogni valutazione dell'offerta da parte della Commissione aggiudicatrice, è stata contestata dalla stazione appaltante e dalla controinteressata: non può dunque trovare applicazione al riguardo l'art. 64, commi 2 e 4 del codice del processo amministrativo, controversa restando in questa sede la potenziale aggiudicazione del contratto alla ricorrente.

Tale danno va 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 - deve essere quantificato in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.(Consiglio di Stato, sez. VI, 11 marzo, 2010, n. 1443). Tuttavia, non può essere nella specie disconosciuta l'esistenza di una rilevante possibilità di aggiudicazione a favore della ricorrente, tenuto conto, da una parte della miglior offerta, integrata dalla maggiore potenza dei moduli fotovoltaici in questione e, dall'altra, che deve ritenersi pacifica tra le parti, sulla scorta del richiamato art. 64, commi 2 e 4 del codice del processo amministrativo, la graduatoria formulata dalla Commissione aggiudicatrice, di cui si dà notizia a pag. 14 della memoria del

17.10.2011 di Siemens. Tale graduatoria è, invero, agevolmente ricavabile dai punteggi assegnati alle imprese partecipanti rispetto alle quali la controinteressata, assente per disposta esclusione la ricorrente, figura come aggiudicataria con punti 80,80, seguita dalle imprese Gavazzi con punti 79,85, Farina con punti 75,59, CCPL con punti 63,19 e Solon con punti 42,26.

A tale stregua, pur non essendo possibile stabilire quale sarebbe stato il punteggio dell'offerta tecnica della ricorrente, pare alla Sezione ragionevole ritenere che l'area della possibile aggiudicazione si riduca a tre sole imprese (Siemens, Gavazzi e Troiani) rispetto alle quali è del pari incontrovertito, sul fondamento di quanto accertato dal C.T.U., che la Siemens aveva presentato una non secondaria migliore, 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 va comunque calcolato sull'offerta presentata in gara dalla ricorrente e non sul prezzo posto a base di gara (Cons. Stato, V, 17 ottobre 2008, n. 5098): è su tale base, infatti, che può essere determinato l'utile che l'impresa avrebbe potuto ottenere dall'esecuzione dell'appalto. Ne consegue che la somma sulla quale calcolare l'utile d'impresa non è quella pretesa dal ricorrente, pari a € 11.527.000,00, dovendo tale somma essere ridotta del 33,03%, che è il ribasso percentuale sull'offerta, (pari ad euro 3.807.368,1), per un totale di euro 7.719.631,9.

Calcolando l'utile derivante dall'esecuzione dell'opera nel 10% dell'offerta così determinata, ne deriva la somma di € 77.196,319.

La somma va ulteriormente decurtata in relazione al visto numero delle imprese partecipanti alla gara che sono tre, compresa la ricorrente, come si desume dalla comunicazione di aggiudicazione provvisoria, per un totale di € 25.732,10, che va peraltro incrementato in ragione del 20%, dovendosi tener conto di una rilevante possibilità di conseguire l'aggiudicazione rispetto alle altre due imprese: la somma in questione è dunque pari ad € 30.878,40.

Tale è dunque la valutazione equitativa che appare congrua e ragionevole al Collegio, essendosi limitata la CTU a definire che tale offerta doveva essere ammessa alla gara, per cui l'unico criterio che può essere considerato nel calcolare le *chance* di vittoria è quello matematico.

Per quanto riguarda il danno curriculare esso non spetta in quanto si tratta di un danno che presuppone la spettanza del bene della vita richiesto e cioè dell'aggiudicazione. Non potendo giungere a provare la certezza a favore della ricorrente deve escludersi il risarcimento del visto danno, il quale ha natura di danno effettivo e non di perdita di *chance*.

Deve anche escludersi il danno consistente nei costi sostenuti per la partecipazione alla gara in quanto non provati e in ogni caso quando ci si duole della mancata aggiudicazione (v., tra le tante, Cons. Stato, V, 13.6.2008, n. 2967; V, 6 aprile 2009, n. 2143); e ciò sulla duplice considerazione che 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,.

Tale ammontare va maggiorato degli interessi legali decorrenti dal momento della presentazione della domanda giudiziale ed eventualmente dell'ulteriore rivalutazione monetaria, ove superiore a tale saggio.

Le spese di lite, ivi compresi diritti e onorari di difesa e quello del consulente tecnico d'ufficio, seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, accoglie il ricorso principale ed in parte il ricorso per motivi aggiunti. Condanna la stazione appaltante al risarcimento del danno a favore dei ricorrenti nei limiti di cui in motivazione.

Condanna la stazione appaltante in solido con la controinteressata al pagamento delle spese di lite a favore della ricorrente, ivi compresi gli onorari di difesa, nella misura di euro 22.000,00 e dell'onorario del CTU che liquida in

euro 15.062,00.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/10/2012

IL SEGRETARIO

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