

N. 00176/2016 REG.PROV.COLL.

N. 11944/2015 REG.RIC.



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 11944 del 2015, proposto da:

Sagredo Engineering s.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Valentino, domiciliata presso la Segreteria del T.a.r. Lazio in Roma, Via Flaminia n. 189 (avendo eletto domicilio in Napoli);

contro

Trenitalia s.p.a., in persona dell'instutore avv. Domenico Galli, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Stefano Crisci, presso il cui studio in Roma, piazza G. Verdi n. 9, ha eletto domicilio;

nei confronti di

Cogen s.p.a., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro Masciocchi e Ferdinando Ciancio, presso lo studio dei quali in Roma, Viale Parioli n. 12, ha eletto domicilio;

per l'annullamento

a) del provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura aperta, interamente gestita con sistemi telematici, per l'affidamento dei servizi di "Manutenzione ordinaria, straordinaria, evolutiva, programmata dei sistemi CARP (controllo accessi e rilevazione presenza) e delle barriere di controllo accessi installati presso i siti aziendali di Trenitalia s.p.a., dislocati su tutto il territorio nazionale", di cui alla determinazione dirigenziale della Direzione acquisti – Acquisti industriali di staff e marketing n. 155 del 29.7.2015, comunicato in data 31.7.2015, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara alla società Cogen;

b) dei verbali di gara conosciuti in sede di accesso del 5.8.2015;

c) di ogni altro atto connesso

nonché

per la declaratoria di nullità/inefficacia del contratto di appalto, ove stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società Trenitalia e Cogen;

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 11 dicembre 2015 il cons. M.A. di Nezza e uditi i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso spedito per le notificazioni a mezzo del servizio postale il 29.9.2015 (dep. il 16.10), la società Sagredo Engineering, nel premettere di essersi classificata al secondo posto nella gara per l'affidamento del servizio in epigrafe, da assegnare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha impugnato l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della società Cogen e i presupposti verbali della commissione giudicatrice, prospettando vizi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto svariati profili.

Costituitesi in resistenza le società Trenitalia e Cogen, con ordinanza resa alla camera di consiglio del 29.10.2015 è stata accolta l'istanza cautelare.

All'odierna udienza, in vista della quale le parti hanno depositato memorie (25.11.2015), il giudizio è stato trattenuto in decisione.

2. Il ricorso è fondato nei sensi di seguito precisati.

2.1. Col primo motivo ("Violazione dell'art. 38, co. 1, lett. c, d.lgs. n. 163/06; violazione di principi in materia di requisiti di ordine generale; omessa dichiarazione; eccesso di potere per falsità dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione ed illogicità") la società Sagredo denuncia l'omissione della dichiarazione sui requisiti di ordine generale per due amministratori cessati dalla carica nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando (sigg.ri Linetti e Montalbano, cessati l'1.8.2014), i cui nominativi non sarebbero stati nemmeno indicati nella domanda, carenza non sanata attraverso il soccorso istruttorio.

La doglianza è infondata.

Indipendentemente dalle deduzioni di Cogen sul ruolo svolto dagli anzidetti amministratori (i quali, a suo dire, non avrebbero mai avuto poteri rappresentativi o ricoperto la qualifica di direttore tecnico), sta di fatto che se, per un verso, Trenitalia risulta avere in concreto acquisito (ancorché a seguito dell'instaurazione della controversia) gli inerenti certificati del casellario giudiziale (aventi risultanze negative; all.ti 20 e 21 res.; v. Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2015, n. 1380, in cui è stata riconosciuta portata decisiva, "sul piano sostanziale", alla produzione in giudizio del certificato negativo del casellario giudiziale), per altro verso la società istante non ha contestato né tale condotta della stazione appaltante né le affermazioni di entrambe le controparti sulla sussistenza dei requisiti in questione (mem. 25.11.2015).

2.2. Va parimenti disatteso il secondo mezzo ("Violazione del disciplinare di gara punto IV, lettere *k*, *l* e *m*; omessa allegazione, eccesso di potere per falsità dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione ed illogicità"), attinente alla pretesa assenza in capo a Cogen dei requisiti tecnico-finanziari in relazione al contratto n. 547/13, che non sarebbe stato allegato alla domanda (in contrasto con quanto previsto dal punto IV.1. *l* del disciplinare) né elencato nella tabella lavori (di cui alla lett. *k*.2) per la dimostrazione del fatturato specifico.

E infatti – nonostante la non del tutto perspicua formulazione della *lex specialis*, poiché, mentre al punto IV.1.*k*, nn. 2 e 3, essa richiedeva, rispettivamente, la dichiarazione di "aver espletato, nel triennio 2011-2013, servizi di manutenzione [...]" (con la precisazione che "il possesso del presente requisito è provato mediante una dichiarazione, resa ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 [...]") nonché la dichiarazione di "aver stipulato, nel triennio 2011-2013, almeno un contratto [...]", al contempo prevedeva, nei successivi, correlati, punti IV.1.*l* e IV.1.*m*, che il concorrente "dichiara di allegare" sia l'anzidetta "dichiarazione, resa ai sensi del D.P.R. n. 445/2000" sia "il contratto di cui al punto 3 della precedente lettera *k*" – la società controinteressata risulta aver prodotto il menzionato contratto n. 547/13 ai sensi dell'art. 48 d.lgs. n. 163/06, dopo l'aggiudicazione definitiva e a seguito di richiesta della stazione appaltante (all. 18 res.).

Del resto, la stessa resistente ha ricordato come l'art. 41 d.lgs. n. 163/06 preveda che i requisiti di capacità economico-finanziaria siano oggetto di dichiarazione ex d.P.R. n. 445/2000, ferma la produzione di "documentazione probatoria" da

parte dell'aggiudicatario (art. 41, co. 4, d.lgs. cit.; ciò che vale anche per i requisiti di capacità tecnico-professionale ai sensi dell'art. 42, co. 4).

Occorre infine rilevare che la ricorrente nulla ha dedotto in relazione all'idoneità del contratto in questione a dimostrare il requisito.

2.3. È invece fondato il terzo motivo ("Violazione dell'art. 88 d.lgs. n. 163/06; violazione dei principi generali in materia di verifica di congruità delle offerte; eccesso di potere per falsità dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, sviamento e contraddittorietà della motivazione in ordine al giudizio di congruità dell'offerta della controinteressata"), nella parte relativa alla mancata indicazione degli oneri di sicurezza nell'offerta Cogen.

2.3.1. La società ricorrente, nel premettere di aver proceduto alla stima dell'incidenza di tali oneri (2,61% del costo dell'intera commessa, al netto degli utili di impresa), deduce che l'offerta economica dell'aggiudicatario sarebbe priva di qualsivoglia indicazione in tal senso, in violazione delle previsioni del disciplinare di gara e dell'art. 87 d.lgs. n. 163/06, e che il seggio di gara, in sede di verifica di anomalia, non avrebbe chiesto giustificazioni sul punto (contrariamente alla prassi della stazione appaltante).

Obietta la controinteressata:

- di avere utilizzato il modulo informatico predisposto da Trenitalia, nel quale non figurerebbe alcuna casella ove inserire specificazioni sull'incidenza degli oneri di sicurezza aziendali, potendosi perciò ritenere che la commissione giudicatrice abbia desunto tale individuazione dall'importo indicato in offerta (in particolare, dalla nota di riscontro del 19.6.2015);

- che anche la società Sagredo avrebbe dato evidenza di tale elemento solamente nelle giustificazioni successive all'offerta, con parallela violazione dell'art. 87, co. 4, d.lgs. n. 163/06 e conseguente configurazione di una situazione di carenza di interesse a ricorrere (ciò in quanto, nell'ipotesi di condivisione della doglianza, pure la ricorrente risulterebbe soggetta a esclusione per il medesimo vizio);

- che in ogni caso la ricorrente non sarebbe in possesso dei requisiti di capacità previsti dalla *lex specialis*, tenuto conto della recente data di costituzione (20.3.2012) e del fatturato relativo alle annualità 2012, 2013 e 2014 (desunto dai bilanci aziendali), con ulteriore profilo di carenza di interesse a ricorrere.

Per sua parte Trenitalia, affermata anzitutto l'inapplicabilità delle disposizioni sull'anomalia delle offerte poiché la gara afferirebbe a un settore speciale ("trasporto pubblico ferroviario"; art. 206 d.lgs. n. 163/06; mem. 27.10.15), ha poi precisato di avere inteso preservare la procedura in ossequio al *favor participationis*, posto che gli oneri in questione non sarebbero stati indicati da nessun offerente, inclusa la società Sagredo; anzi quest'ultima, avendoli a sua volta esposti (attraverso una semplice stima) solo in sede di giustificazioni, non avrebbe alcuna "posizione da tutelare" (mem. 25.11.15).

Le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla società Cogen e, implicitamente, dalla stazione appaltante non sono condivisibili.

La controinteressata prospetta infatti censure escludenti non scrutinabili, poiché non introdotte nel *thema decidendum* a mezzo di rituale ricorso incidentale, mentre la ricorrente non risulta destinataria di una determinazione espulsiva da parte di Trenitalia.

Ne segue il riconoscimento della legittimazione di Sagredo alla formulazione della doglianza.

Quanto al merito della stessa – e precisato che l'art. 206 d.lgs. n. 163/06, in disparte la riferibilità ai "settori speciali" dell'appalto per cui è controversia (avente a oggetto la manutenzione dei sistemi di "controllo accessi e rilevazione presenza e delle barriere di controllo accessi" installati presso i siti aziendali di Trenitalia), non consente di ritenere che i concorrenti siano dispensati dall'obbligo di indicare in offerta i costi relativi alla sicurezza (tenuto anche conto del rinvio operato dalla menzionata disposizione agli artt. 86 e 87) –, va anzitutto sottolineato che proprio nel disciplinare di gara è stata richiamata "l'attenzione sul fatto che [...] ai sensi dell'art. 87, comma 4 del d.lgs. 163/2006, l'offerta deve recare la specificazione dei costi relativi alla sicurezza (costi per la sicurezza aziendale diversi da quelli per rischi da interferenze indicati dalla stazione appaltante e non soggetti a ribasso)" (punto V.2, ult. cpv., n. 2).

Tale chiara previsione della *lex specialis* rende influente l'assunto che nel modulo informatico da inviare alla stazione appaltante non sarebbe contemplato un campo dedicato a tale voce.

Non può, poi, dubitarsi (né le parti dubitano) della sussistenza dell'obbligo di specifica indicazione nell'offerta dei costi in questione, secondo quanto prescritto dal d.lgs. n. 163/06 (artt. 86, co. 2-bis, e 87, co. 4; v. da ultimo Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2015, n. 5340, cui si rinvia ai sensi degli artt. 74, 88, co. 2, lett. d, e 124, co. 10, c.p.a.).

La censura in esame è pertanto fondata.

2.3.2. Le precedenti conclusioni esonerano dallo scrutinio dei restanti profili di critica, attinenti all'erroneità delle valutazioni della stazione appaltante sulla congruità dell'offerta Cogen in relazione al "valore orario" e al "numero di operai impiegati" (*sub* 1.3.2 ric.) – sono contestate, in particolare: l'impostazione dei giustificativi in base al c.d. diagramma di Gantt (in cui il calcolo delle ore sarebbe effettuato come mera somma del tempo associato alle attività su ogni sito, senza tener conto dei tempi di raggiungimento del sito e di rientro alla sede e di quelli di percorrenza per siti diversi nello stesso giorno da parte della stessa squadra); la riduzione dei tempi di lavorazione e dei costi (rispettivamente di oltre il 60% e di oltre il 70%), alla luce dell'impiego di un solo dipendente; l'assenza di richiesta di giustificazioni su alcuni costi (manodopera, materiali, mezzi d'opera, impianti e attrezzature, spese generali); l'assenza delle offerte dei fornitori a corredo del listino prezzi –, e che dunque hanno a oggetto fasi e momenti della procedura susseguenti rispetto ai profili attinenti alla partecipazione alla gara e alla validità dell'offerta (oggetto dei motivi in precedenza esaminati; v., sull'"assorbimento logico necessario", Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, par. 9.3.4.2).

3. In considerazione di quanto sin qui osservato, il ricorso è fondato e va accolto. Gli atti impugnati devono essere pertanto annullati.

Si ravvisano inoltre i presupposti per la compensazione delle spese di giudizio, in ragione delle oscillazioni giurisprudenziali sulla questione innanzi trattata (indicazione in offerta dei costi di sicurezza) e del mancato invio da parte della ricorrente dell'informativa *ex art.* 243-*bis* d.lgs. n. 163/06 (v. punto 6, pag. 9, mem. Trenitalia 27.10.15).

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. III-*ter*, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Alberto di Nezza, Presidente FF, Estensore

Michelangelo Francavilla, Consigliere

Maria Grazia Vivarelli, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/01/2016

IL SEGRETARIO

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