



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 11272 del 2009, proposto da:
Siemens It Solutions And Services Spa, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con Diebold Italia spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Rinaldo Bonatti, Stefano Bonatti e Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

contro

- Trenitalia Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luisa Torchia e Tommaso Di Nitto, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Roma, via Sannio, 65;
- Ferrovie dello Stato Spa, persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Sigma Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Cosimo Cuppone e Ambrogio Papa, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, piazza D'Ara Coeli, 1;

per l'annullamento, previa sospensione,

- della delibera n. 343 del 29 ottobre 2009 del Direttore della Direzione Acquisti di Trenitalia recante l'aggiudicazione definitiva alla società Sigma Spa della gara per la fornitura di n° 500 macchine self service servizi correlati - (Codice identificativo CIG 0146056139);

- per quanto occorrer possa, della nota Trenitalia in data 29 Ottobre 2009 Prot. 37171 recante comunicazione di aggiudicazione definitiva al concorrente risultato primo in graduatoria;

- del bando di gara spedito per la pubblicazione sulla GUCE in data 02 Aprile 2008, nonché della relativa lettera di invito e del relativo Capitolato Speciale nella parte in cui detti atti disciplinano i criteri di attribuzione dei punteggi ed i criteri di aggiudicazione,

- delle note di Trenitalia in data 27 Novembre 2009 Prot. 40646 e 09 Dicembre 2009 Prot. 41850 recanti parziale diniego di accesso agli atti;

- per quanto occorrer possa, del verbale di accesso agli atti del 14 Dicembre 2009;

- di tutti i provvedimenti presupposti, connessi e/o conseguenti, con espressa riserva di proporre motivi aggiunti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto il decreto cautelare presidenziale del 28 dicembre 2009;

Viste le memorie di costituzione in giudizio della Trenitalia Spa e della Sigma Spa, con la relativa documentazione;

Vista l'istanza della ricorrente ex art. 25, comma 5, l.n. 241/1990;

Vista l'ordinanza collegiale di questa Sezione n. 605/2010 del 9 aprile 2010;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 7 aprile 2011 il Primo Referendario Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel relativo verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso a questo Tribunale, notificato il 23 dicembre 2009 e depositato il successivo 28 dicembre, la società indicata in epigrafe, in proprio e quale mandataria di costituendo r.t.i., chiedeva l'annullamento, previa sospensione, dei provvedimenti, pure in epigrafe indicati, in base ai quali era aggiudicata alla Sigma spa la gara indetta da Trenitalia spa per la fornitura di 500 macchine emittitrici elettroniche destinate alla Divisione Passeggeri di Trenitalia, gara esperita nella forma della procedura ristretta per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ricorrente, evidenziando di avere ottenuto il miglior punteggio tecnico ma di essere stata sopravanzata definitivamente dalla controinteressata con l'esame dell'offerta economica, lamentava, in sintesi, quanto segue.

“1. Violazione di legge (lex specialis di gara, principi di par condicio e imparzialità dell'operato della P.A. – art. 3 e 97 Cost.) – Eccesso di potere per disparità di trattamento, sviamento, illogicità manifesta, contraddittorietà e carenza nella motivazione”.

All'offerta economica, secondo la legge di gara, doveva essere allegato il “listino completo” dei prezzi di tutte le parti di ricambio componenti il Self Service e dei relativi interventi per la manutenzione straordinaria, al fine di rendere edotta anticipatamente la stazione appaltante dei costi da sostenere in caso di imprevisti, ma sulla base dei verbali di gara risultava che l'aggiudicataria aveva presentato un listino incompleto, come rilevato dalla stessa stazione appaltante che ne aveva

chiesto più volte l'integrazione e che aveva ritenuto, infine, sufficiente un mero richiamo operato dall'aggiudicataria ad estendere la clausola riportata in Capitolato Tecnico a tutti i ricambi, pur in assenza di tale specifica allegazione, richiesta invece a pena di esclusione a tutti i partecipanti.

“2. Violazione di legge (principi di par condicio e imparzialità dell'operato della P.A. – Art. 3 e 97 Cost. – Art. 81-83 D.Lgs. 163/06) – Eccesso di potere per disparità di trattamento, sviamento, illogicità manifesta, contraddittorietà e carenza nella motivazione”.

Nell'offerta economica di Sigma spa vi erano notevoli differenze tra le percentuali di ribasso praticate, che andavano da un minimo dello 0,1 % ad un massimo del 99,99, le quali avevano falsato l'esito della gara in virtù della presentazione di costi sottostimati o soprastimati ad arte, dando luogo ad offerta visibilmente sottocosto. La stessa commissione di gara aveva rilevato tale anomalia chiedendo giustificazioni e rilevando che l'offerta, solo se presa nella sua globalità, poteva essere considerato consona. Tale conclusione, però, valida in senso generale, non poteva applicarsi al caso di specie, ove non era prevista l'attribuzione di un solo punteggio numerico globale per l'offerta economica ma diversi punteggi che, sommati, davano luogo a quello finale, per cui il giudizio di attendibilità doveva essere ripetuto per ogni singola voce senza dare luogo a compensazioni di sorta sul totale dell'offerta.

“3. Violazione di legge (principi di par condicio e imparzialità dell'operato della P.A. – Art. 3 e 97 Cost. – Art. 81-83 D.Lgs. 163/06) – Eccesso di potere per disparità di trattamento, sviamento, illogicità manifesta, contraddittorietà e carenza nella motivazione”.

In molti casi, nell'attribuzione di punteggio si riscontrava sproporzione tra l'incidenza economica di ogni singola voce e la quota di punteggio da assegnarsi per ciascuna di esse, pur in presenza di analogie quanto a natura e rilevanza nell'economia della fornitura in questione. Mancava quindi un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni che avevano determinato tale scelta, rivelatasi inadeguata e

sproporzionata in ragione dell'esito della gara, che vedeva una differenza in termini di punteggio molto più elevata rispetto alla effettiva differenza tra i costi complessivi delle due offerte. Se invece il punteggio economico fosse stato assegnato in base al costo globale dell'offerta la ricorrente avrebbe conseguito l'aggiudicazione in virtù della maggiore differenza di punteggio per l'offerta tecnica e la gara avrebbe seguito correttamente il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel suo complesso.

“4. Violazione di legge (principi di par condicio e imparzialità dell'operato della P.A. – Art. 3 e 97 Cost. – Art. 81-83 D.Lgs. 163/06) – Eccesso di potere per disparità di trattamento, sviamento, illogicità manifesta, contraddittorietà e carenza nella motivazione”.

La ricorrente individuava un ulteriore profilo di illogicità nella circostanza per la quale, laddove il ribasso applicato dall'aggiudicataria era pari al 99,99% il punteggio a lei attribuito era pari a zero in virtù della formula matematica applicata, dando luogo ad un elemento di irrazionalità e illogicità nei criteri di gara tale da far scompaginare la competizione.

“5. Violazione e falsa applicazione degli artt. 22 e 25 L. 241/1990 e art. 13 d.lgs. n. 163/2006 – Violazione dei principi in materia di accesso agli atti di gara e di non aggravio del procedimento”

La ricorrente si doleva del limitato accesso agli atti di gara consentito dalla stazione appaltante che non aveva rilasciato copia dell'offerta dell'aggiudicataria.

Con il decreto cautelare presidenziale indicato in epigrafe erano provvisoriamente sospesi gli effetti dell'atto di aggiudicazione, con inibizione della stipula del relativo contratto fino alla data della camera di consiglio per la trattazione collegiale della domanda cautelare.

Si costituiva in giudizio Trenitalia spa, rilevando l'infondatezza e anche l'inammissibilità del ricorso, in relazione a determinati motivi..

Analogamente concludeva Sigma spa nel costituirsi in giudizio con memoria depositata per la camera di consiglio. In più, la controinteressata eccepiva anche l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse a ricorrere in quanto la ricorrente non sarebbe divenuta aggiudicataria della gara pur nell'eventualità di accoglimento del medesimo, dato che aveva fornito due indicazioni di carattere economico nella proposta tecnico-progettuale contenuta nella sua offerta tecnica, in violazione di quanto previsto dal paragrafo 3 della lettera di invito.

La domanda cautelare era poi rinviata al merito.

Con specifica istanza ex art. 25 l.n. 241/90 la ricorrente chiedeva la pronuncia di apposita ordinanza istruttoria e la Sigma spa replicava con una specifica memoria ma questa Sezione, con l'ordinanza collegiale indicata in epigrafe, rigettava l'istanza, dichiarandone l'irricevibilità per tardività.

In prossimità della pubblica udienza tutte le parti costituite depositavano memorie, anche di replica, ad ulteriore illustrazione delle proprie tesi.

Alla pubblica udienza del 7 aprile 2011 la causa era trattenuta in decisione.

In data 8 aprile 2011 era pubblicato il dispositivo della presente sentenza.

DIRITTO

Il Collegio, preliminarmente, osserva che la controinteressata Sigma spa, nel costituirsi in giudizio, eccepiva l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse a ricorrere, in quanto la ricorrente non sarebbe divenuta aggiudicataria della gara pur nell'eventualità di accoglimento del medesimo, dato che aveva fornito due indicazioni di carattere economico, nella proposta tecnico-progettuale contenuta nella sua offerta tecnica, in violazione di quanto previsto dal paragrafo 3 della lettera di invito.

Il Collegio osserva però che tale eccezione, per essere efficace nella presente sede processuale e portare alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso, doveva essere formalizzata con lo strumento del ricorso incidentale, ritualmente notificato,

ai sensi dell'art. 42, comma 1, cod. proc. amm., in quanto contenente censura avverso gli atti di gara nella parte in cui non rilevavano tale violazione della "lex specialis", con la conseguenza che la ritenuta carenza di interesse alla proposizione del ricorso (principale), come prospettata dalla Sigma spa, non era di carattere assoluto ma relativo, legata alla correttezza della procedura concorsuale, rilevabile solo con lo strumento processuale ora ricordato e non con semplice eccezione.

Passando all'esame del ricorso, il Collegio ne rileva comunque l'infondatezza.

La ritenuta violazione del punto 2 della lettera invito in relazione alla mancata inclusione del listino completo richiesto, dall'esame della documentazione di gara, non si rileva.

Nel verbale della seduta del 22 giugno 2009, infatti, si legge che la Commissione di gara aveva riscontrato che all'interno del plico relativo all'offerta economica risultava inserito da Sigma spa il "listino completo dei prezzi di tutte le parti di ricambio", come richiamato dal punto 7.4 del capitolato tecnico. I successivi chiarimenti richiesti, e forniti da Sigma spa, come da nota di quest'ultima del 2 ottobre 2009, specificavano che "ab origine" il listino parti di ricambio era completo e conteneva tutti i prezzi delle parti indicate nella documentazione di gara, comprensivi delle eventuali sottocomponenti, e che l'aggiudicataria aveva aggiunto altri 13 componenti soltanto per le quali era specificato, con ulteriore nota di chiarimenti del 23 ottobre 2009, che non necessitavano di distinta quotazione perché davano luogo a semplice ampliamento dell'elenco completo (11 parti di ricambio) già formalmente presentato e che la composizione del listino, di per sé era comunque ininfluenza sull'attendibilità dell'offerta, in quanto la clausola di cui al punto 7.4 – che richiamava ad ogni modo la sola fase di esecuzione del contratto - precisava che i prezzi indicati erano da ritenersi "bloccati per l'intero periodo di validità del contratto".

La stessa stazione appaltante, infatti, nelle sue richieste di chiarimenti aveva fatto riferimento alla presentazione di elenco esaustivo dei prezzi, con relativo ampliamento delle ulteriori 13 voci, ma aveva chiesto chiarimenti ritenendo, in un primo momento, che gli stessi non fossero comprensivi delle eventuali sottocomponenti. Una volta chiarito dall'aggiudicataria che il punto 7.4 del capitolato tecnico evidenziava che i prezzi dovevano essere comprensivi delle sottocomponenti, che quindi non dovevano essere scomposte in listino, la stazione appaltante legittimamente ha proseguito nella procedura, senza per questo ammettere un'offerta priva di requisiti essenziali a pena di esclusione, come invece ritenuto dalla ricorrente.

Parimenti infondato, nonché inammissibile, si palesa il secondo motivo di ricorso con cui si contesta l'illegittimità della valutazione della stazione appaltante che non aveva ritenuto l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria la quale presentava percentuali di ribasso per singole voci tra lo 0,1% e il 99,99%.

Indipendentemente dal contenuto del parere della Direzione Legale del 23 settembre 2009 richiamato nelle sue difese dalla Sigma spa, che non costituiva certo elemento vincolante e comunque integrava la motivazione "per relationem" e, come tale, era sempre suscettibile di delibazione nella presente sede di legittimità solo per eventuale illogicità manifesta, contraddittorietà o erroneità in fatto (ex multis: Tar Lazio, Sez. I ter, 4.11.09, n. 10828), il Collegio rileva che la stessa legge di gara proponeva la possibilità di dare luogo a ribassi sulle singole voci come operati dall'aggiudicataria. Se così era, però, e se la ricorrente riteneva che tali modalità di presentazione dell'offerta economica incidessero in maniera illegittima direttamente sulla congruità delle offerte, tanto da falsare astrattamente e dall'origine l'esito della gara, doveva provvedere alla sua immediata impugnazione, entro il termine di decadenza dalla conoscenza della medesima legge di gara e non unitamente al provvedimento di aggiudicazione, come invece accaduto.

A ciò si aggiunga che risulta che anche la medesima ricorrente ha provveduto ad effettuare ribassi sulle singole voci fino al 99,99% (opzione riscaldatore e opzione Buster), con ciò evidenziando l'acquiescenza a tale sistema di strutturazione dell'offerta economica e l'inammissibilità della censura sotto questo profilo.

In più, il Collegio rileva anche che l'art. 88, comma 7, d.lgs. n. 163/06 prevede che il giudizio sull'anomalia dell'offerta deve essere ancorato al suo complesso e non a singole voci, rilevando l'attendibilità della medesima in ordine all'affidamento ad una corretta e efficace esecuzione contrattuale, da intendersi riferita all'offerta nel suo insieme, secondo la conclusione cui è pervenuta anche l'Autorità di settore, con determinazione 8 luglio 2009, n. 6.

Ad ogni modo, il Collegio rileva anche che la ricorrente non ha fornito elementi probatori idonei a configurare come le singole voci prese in considerazione abbiano dato luogo a valutazioni sotto costo dell'offerta globalmente considerata, dato che anche lei ha proposto singole voci con ribassi superiori al 99 % e i chiarimenti forniti da Sigma spa risultano comunque ritenuti congrui dalla Commissione di gara con valutazioni discrezionali insindacabili nella presente sede. In ordine all'osservazione in merito alla peculiarità della gara in esame ed alla necessità che in tale caso era da preferire il giudizio di anomalia sulle singole voci scomposte e non sulla sua globalità, il Collegio rileva che tale tesi, in assenza di specifica indicazione della legge di gara che evidenzi la peculiarità della procedura concorsuale in relazione al suo oggetto, non può essere condivisa, in quanto è stato precisato dalla giurisprudenza che se è prevista comunque un'offerta complessiva, soltanto scomposta nei prezzi offerti per le caratteristiche dell'oggetto di gara, non deve esservi necessariamente un espresso corrispettivo per ogni singola prestazione, così che basta un solo scostamento da parametri medi per dare luogo ad anomalia, ben potendo la concorrente valutare l'opportunità di modulare le singole voci, soprattutto se – come nel caso di specie – sono riferite a

prestazioni accessorie, al fine di ricavare comunque un utile anche solo in termini di prestigio professionale nell'eseguire quella determinata prestazione contrattuale, se l'offerta risulta comunque affidabile nel suo complesso (Cons. Stato, Sez. V, 23.11.07, n. 5934 e Sez. VI, 2.5.06, n. 2445).

Infondato è anche il terzo motivo di ricorso con il quale la ricorrente censura i criteri di attribuzione dei punteggi per le singole voci in relazione al loro effettivo "peso" contrattuale.

Il Collegio rileva che tale contestazione è inammissibile, come evidenziato in precedenza, poiché essendo rivolta avverso la legge di gara doveva essere proposta entro i termini di decadenza dalla sua conoscenza e non unitamente all'aggiudicazione, tenendo conto che – evidentemente – anche la medesima ricorrente ha comunque beneficiato di tale sistema di attribuzione del punteggio. Né quest'ultima ha nuovamente offerto elementi probatori concreti idonei ad evidenziare che una diversa attribuzione dei punteggi economici avrebbe comportato sicuramente migliori possibilità di aggiudicazione della gara.

Inoltre, concordando con la ricostruzione di Trenitalia spa nelle sue difese, il Collegio rileva anche l'infondatezza della censura, dato che la legge di gara ha assegnato – in maniera non palesemente illogica o contraddittoria – un punteggio proporzionalmente superiore alle componenti principali dell'appalto (fornitura di macchine emettitrici) rispetto a quelle opzionali e ai correlati servizi, con la conseguenza che risulta comunque osservato il criterio generale per il quale andava attribuito il punteggio economico più elevato all'offerta economica più bassa.

Per le medesime ragioni ora evidenziate anche il quarto motivo di ricorso non può trovare accoglimento.

Della circostanza di praticare ribassi anche del 99,99% - come detto – ha infatti beneficiato anche la ricorrente né risulta espressamente impugnata, nei termini di

decadenza, la legge di gara che li consentiva, di cui al chiarimento, di risposta a quesito, n. 22 reso dalla medesima stazione appaltante.

Inoltre l'aggiudicataria ha giustificato in sede di verifica di anomalia la composizione della sua offerta globalmente considerata, anche in relazione ai ribassi praticati per le singole voci accessorie, al fine di individuare comunque un utile di impresa desumibile dall'esecuzione della fornitura.

In relazione al quinto motivo di ricorso, infine, il Collegio rileva che l'aggiudicataria aveva precisato nella sua offerta la dicitura "documento riservato", in conformità della previsione di cui all'art. 3, comma 2, e 13, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 163/06, in applicazione di specifica clausola della lettera di invito, non impugnata nei termini dalla ricorrente.

Né comunque, nella presente sede, quest'ultima ha chiarito in che modo le notizie riservate che avrebbe voluto conoscere avrebbero concretamente inciso sulla presente impugnazione, fondata su elementi specifici sufficientemente evidenziati nel suo atto di gravame.

Alla luce di quanto dedotto, quindi, il ricorso deve essere rigettato.

La peculiarità e specificità della questione, comunque, comporta la compensazione integrale delle spese di giudizio tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 7 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Donatella Scala, Consigliere

Ivo Corrales, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/06/2011

IL SEGRETARIO

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