

N. 02617/2014 REG.PROV.COLL.
N. 01617/2012 REG.RIC.



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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1617 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Officine Maccaferri S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Zunarelli e Andrea Giardini, con domicilio eletto presso Michele Borlasca in Milano, via U. Visconti di Modrone, 6;

contro

Milano Serravalle - Milano Tangenziali S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Lamberti, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, piazza Luigi Cadorna, 4;

nei confronti di

NC2 Grid S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Marcello Bossi, Carmela Marchello e Paolo Maria Cisa Asinari Di Gresy, con domicilio eletto presso Marco Emanuele Galanti in Milano, viale Premuda, 10;

per l'annullamento

del provvedimento in data 10 maggio 2012, di cui è stata data comunicazione ad Officine Maccaferri in data 11 maggio 2012 a mezzo fax, con cui la Milano Serravalle ha provveduto ad aggiudicare definitivamente alla NC2 Grid S.r.l. la gara n. 04/2011 avente ad oggetto l'affidamento della fornitura di elementi di recinzione per la costituzione di scorte operative presso il magazzino della società, della durata di 36 mesi, importo 1.630.000,00 euro e criterio di aggiudicazione del prezzo più basso;

nonchè di tutti gli ulteriori provvedimenti anteriori o successivi, antecedenti e consequenziali allo stesso connessi, ed in particolare dei seguenti provvedimenti:

- provvedimento (non conosciuto) di aggiudicazione provvisoria in favore della NC2 Grid S.r.l.;
- verbale della 2^a seduta pubblica di gara, in data 15 marzo 2012, con cui è stata formata la graduatoria di gara con inserimento al 1° posto dell'offerta di NC2 Grid s.r.l. ed al 2° posto dell'offerta di Officine Meccaferri S.p.a., nella parte in cui lo stesso pone al primo posto l'offerta della NC2 Grid s.r.l.;
- verbale della seduta di gara per la verifica documentale ex art. 48, comma 1, del D. Lgs. 163/2006 del 6 marzo 2012, con cui la Commissione giudicatrice ha ritenuto che la documentazione prodotta da NC2 Grid s.r.l. fosse sufficiente ed idonea a comprovare il possesso dei requisiti relativi al raggiungimento della soglia di Euro 1.630.000,00 in forniture di elementi di recinzione analoghi nel triennio precedente (2008-2010).

- (per quanto occorrer possa) verbale della prima seduta di gara pubblica del 16 febbraio 2012 per la verifica documentale ex art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006 nella parte in cui non ha immediatamente escluso la NC2 Grid S.r.l. dalla procedura di gara;

nonchè per l'annullamento di tutti gli ulteriori provvedimenti non conosciuti, anteriori o successivi, antecedenti o consequenziali, agli stessi comunque connessi, limitatamente alla parte relativa alla mancata esclusione della NC2 Grid S.r.l.;

nonché per il conseguimento dell'aggiudicazione della gara alle Officine Maccaferri S.p.a. e, qualora stipulato, per la dichiarazione di inefficacia del contratto per la fornitura con la NC2 Grid S.r.l. e il subentro della ricorrente nello stesso e, in via subordinata, per il risarcimento del danno per equivalente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Milano Serravalle - Milano Tangenziali S.p.a. e di NC2 Grid S.r.l.;

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 15 ottobre 2014 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso la società ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, con i quali Milano Serravalle -

Milano Tangenziali S.p.a. ha disposto l'aggiudicazione alla NC2 Grid S.r.l. con il criterio del prezzo più basso della procedura concorsuale indetta per la fornitura di elementi di recinzione per la costituzione di scorte operative presso il magazzino della società, della durata di 36 mesi, con importo a base d'asta di euro 1.630.000,00.

A sostegno del proprio gravame l'istante ha dedotto, sostanzialmente, la mancata dimostrazione da parte della controinteressata dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti dalla lex specialis di gara, anche in considerazione della documentazione dalla stessa prodotta alla stazione appaltante, che sembrerebbe riguardare per la maggior parte forniture non analoghe a quelle richieste, nonché il conseguente eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti e disparità di trattamento.

La società ricorrente ha formulato, altresì, istanza di risarcimento del danno in via principale mediante reintegrazione in forma specifica, previa dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ed in via subordinata per equivalente.

Si sono costituiti in giudizio la Milano Serravalle - Milano Tangenziali S.p.a. e la NC2 Grid S.r.l., che hanno chiesto la reiezione del gravame per infondatezza nel merito.

Con ricorso per motivi aggiunti l'istante ha dedotto ulteriori censure, contestando la legittimità dell'esecuzione d'urgenza disposta dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 163/2006 per carenza dei presupposti.

Con ordinanza n. 2494/2013 dell'8 novembre 2013 il collegio ha disposto una verifica, da effettuarsi a cura del Direttore della

Struttura di vigilanza sulle concessionarie autostradali - Dipartimento per le infrastrutture, gli affari generali ed il personale del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti o di un qualificato funzionario dallo stesso delegato, in contraddittorio fra le parti, per accertare se, sulla base della complessiva documentazione prodotta da NC2 Grid S.r.l. alla stazione appaltante in sede di procedura concorsuale, nonché delle caratteristiche del prodotto oggetto dell'appalto richieste dalle specifiche tecniche di gara, la stessa risultasse o meno in possesso del requisito di capacità tecnica-finanziaria richiesto ai sensi del disciplinare di gara e consistente nell'aver effettuato negli ultimi tre esercizi (2010-2009-2008) forniture di elementi di recinzione analoghi a quelli oggetto della gara per un importo non inferiore ad euro 1.630.000.

Con ordinanza n. 1336/2014 del 26 maggio 2014, rilevando che l'incombente istruttorio era stato posto in essere omettendo il rispetto del principio del contraddittorio, ossia senza previa convocazione delle parti o dei soggetti dalle stesse delegati alle operazioni peritali e ritenendo, pertanto, necessario, ai fini del decidere, disporre la rinnovazione della succitata verifica, da effettuarsi in contraddittorio fra le parti a cura del Direttore della Struttura di vigilanza sulle concessionarie autostradali - Dipartimento per le infrastrutture, gli affari generali ed il personale del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti o di un qualificato funzionario dallo stesso delegato, diverso da quello che aveva effettuato in precedenza l'incombente istruttorio, il collegio ha ripetuto l'ordine istruttorio.

Successivamente al deposito della relazione da parte del verificatore, la società ricorrente e Milano Serravalle - Milano Tangenziali S.p.a. hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 15 ottobre 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

La controversia all'esame del collegio verte, essenzialmente, sull'accertamento del possesso in capo alla società controinteressata e sulla corretta dimostrazione o meno da parte della stessa in sede di gara dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti dalla lex specialis.

Secondo l'assunto della stazione appaltante e della controinteressata, l'oggetto della fornitura sarebbe costituito da elementi di recinzione destinati non a sostenere l'urto di veicoli, bensì a delimitare gli spazi circostanti, quali, ad esempio, le fasce di rispetto e le aree di sosta.

Dall'esame dei bilanci, delle fatture e dei certificati di regolare esecuzione prodotti da NC2 Grid S.r.l., risulterebbe, invero, comprovato che il fatturato specifico richiesto dalla lex specialis di gara è stato realizzato dalla stessa per la fornitura di recinzioni che presenterebbero caratteristiche tecniche equivalenti a quelle previste nella gara e che assolvono ad analoga funzione (ovvero impedire il passaggio di animali o cose e delimitare la proprietà o spazi circostanti).

Per la ricorrente, invece, dalla lettura complessiva della lex specialis di gara ed in particolare dalla descrizione dell'oggetto dell'appalto contenuta nell'art. 1 del capitolato di gara, oltre che dall'esame delle specifiche tecniche e della lista della fornitura allo stesso allegate,

dovrebbe evincersi che l'oggetto della fornitura è costituito da recinzioni di sicurezza autostradali.

Pertanto, esercitando la controinteressata attività di vendita di recinzioni commerciali, dunque non analoghe a quelle richieste nella specie, la stessa non sarebbe in possesso dei requisiti di fatturato specifico richiesti dalla stazione appaltante nella lex specialis di gara, come, del resto, risulterebbe evidente dall'esame della documentazione dalla stessa esibita alla stazione appaltante e allegata agli atti del presente giudizio (in particolare dalle fatture prodotte).

Il collegio ritiene che, alla luce della verifica effettuata, emerga in maniera inequivocabile che, indipendentemente dal possesso o meno in assoluto del requisito, alcune tipologie di reti fra quelle utilizzate dall'aggiudicataria a comprova dei requisiti di fatturato specifico non possano considerarsi analoghe a quelle richieste dalla lex specialis in relazione all'oggetto dell'appalto, diversamente da quanto ritenuto dalla commissione di gara all'esito dei chiarimenti richiesti alla NC2 Grid S.r.l. in seguito alla seduta di gara del 16 febbraio 2012.

Ed invero, come risulta dalla relazione depositata dal verificatore in data 8 settembre 2014 (che arriva, peraltro, nella sostanza, alle stesse conclusioni raggiunte dal precedente verificatore in esito all'esame analitico di tutte le fatture esibite dalla NC2 GRID), alla quale il collegio aderisce totalmente ritenendola del tutto logica e congrua, appare chiaro che la documentazione prodotta dalla controinteressata non fosse idonea a comprovare il possesso dei requisiti relativi al fatturato specifico richiesti dalla lex specialis di gara con particolare riferimento alle fatture che concernono le recinzioni per cancellate (in quanto non

assimilabili per funzionalità), le recinzioni mobili (in quanto facilmente rimovibili e destinate ad un'utilizzazione mobile e provvisoria), i cancelli (in quanto destinati a diverso utilizzo e non assimilabili per funzionalità) le grate e i chiusini (in quanto si tratta di materiali non riconducibili alle recinzioni) e quelle genericamente indicate come "varie" (in quanto forniture non omogenee e pertinenti).

Il disciplinare di gara, alla pagina 4 del paragrafo 2, nell'ambito delle dichiarazioni relative alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale del concorrente, richiedeva, infatti, ai nn. 2 e 3, rispettivamente, la dichiarazione di aver effettuato negli ultimi tre esercizi (2010-2009-2008) forniture di elementi di recinzione analoghi a quelli oggetto della gara per un importo non inferiore a euro 1.630.000, e l'elenco dettagliato delle forniture prestate negli ultimi tre esercizi (2010-2009-2008), che hanno concorso alla formazione della cifra dichiarata del precedente punto 2, con l'indicazione per ciascuna fornitura di data e durata contrattuale e parte contraente.

L'art. 1 del capitolato speciale di appalto, invece, rubricato "Oggetto dell'appalto", che rinviava per la specifica determinazione della fornitura anche alle specifiche tecniche e alla lista allegate, così recitava: "Il presente Capitolato Speciale d'Appalto ha per oggetto la fornitura relativa alla manutenzione delle recinzioni di sicurezza autostradali esistenti".

Come si evince dal costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, quando in una gara pubblica l'Amministrazione chiede ai concorrenti di documentare il pregresso svolgimento di servizi non identici, ma solo analoghi a quelli oggetto dell'appalto, lo fa per

accertare la loro specifica attitudine concorrente a realizzare le prestazioni oggetto della gara; la richiesta è quindi giustificata dall'esigenza di acquisire conoscenza della precedente attività dell'impresa in quanto le precedenti esperienze maturate rappresentano significativi indici della sua capacità di eseguire la prestazione oggetto dell'appalto, ma deve trattarsi di esperienze sufficientemente simili, almeno negli aspetti essenziali e caratterizzanti l'esigenza che la stazione appaltante intende soddisfare con la gara, con la conseguenza che non può essere dilatato il concetto di analogia fino a ricomprendervi qualunque attività non assimilabile a quella oggetto dell'appalto (Cons. Stato, sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437).

E' stato, inoltre, statuito che: "Non v'è dubbio che l'esperienza gestionale in servizi analoghi prescritta dal disciplinare, a prescindere dalla specifica interpretazione da dare alla locuzione analoghi, debba in ogni caso intendersi nel senso di esperienza in servizi analoghi a tutti quelli oggetto dell'appalto, così come puntualmente specificati nel relativo capitolato" (Cons. Stato, sez. V, 7 maggio 2013, n. 2460).

Nella fattispecie all'esame, dunque, NC2 Grid S.r.l. ha certificato un complessivo fatturato di euro 2.211.862, ricomprendendo nell'ambito della documentazione certificativa del proprio fatturato pregresso le fatture relative alle recinzioni per cancellate per un fatturato pari ad euro 312.220, quelle relative alle recinzioni mobili per un fatturato pari ad euro 302.354, quelle relative ai cancelli per un fatturato pari ad euro 193.683, quelle relative alle grate e ai chiusini per un fatturato pari ad euro 21.302 e quelle relative alle forniture "varie" per un fatturato pari ad euro 18.147, per complessivi euro 847.706.

Se tale somma - che, per quanto detto, concerne forniture non analoghe a quelle menzionate nel capitolato - viene sottratta da quella complessiva di euro 2.211.862 relativa all'ammontare di fatturato complessivamente certificato dalla controinteressata, ne risulta che il fatturato per forniture analoghe a quelle richieste dalla lex specialis di gara non raggiunge la somma minima di euro 1.630.000, essendo pari ad euro 1.364.156.

Ne consegue, altresì, l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante, che ha ritenuto, invece, comprovato il possesso dei requisiti relativi al fatturato specifico richiesti dalla lex specialis di gara in capo alla NC2 Grid S.r.l.

Alla luce delle suesposte considerazioni, assorbendosi le censure dedotte con i motivi aggiunti, il ricorso va accolto e, per l'effetto, va disposto l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

In merito all'istanza risarcitoria, il collegio ritiene che non possa accedersi alla richiesta di reintegrazione in forma specifica formulata dalla ricorrente, in considerazione della avanzata esecuzione del contratto di fornitura da parte della controinteressata.

Si ritiene, invece, di accogliere la domanda di condanna al risarcimento del danno per equivalente pecuniario, per una somma pari al 50 % dell'utile che risulta alla stazione appaltante dall'analisi dell'offerta presentata in gara dalla ricorrente medesima, non essendo stata fornita in atti alcuna prova circa la mancata utilizzazione in altre commesse dei mezzi e delle maestranze predisposti per l'esecuzione della fornitura, nonché per una somma pari all'1% del valore dell'offerta per danno

curriculare, oltre a interessi e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo.

L'illegittimità dell'operato della stazione appaltante ha, infatti, causato una evidente lesione in capo alla odierna ricorrente, ledendo il diritto della stessa all'aggiudicazione della fornitura in questione, indipendentemente dall'elemento soggettivo della colpa, come ormai statuito dalla costante giurisprudenza interna ed europea in materia di procedure ad evidenza pubblica.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo, unitamente al compenso per le verificazioni effettuate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dispone l'annullamento dei provvedimenti impugnati. Accoglie l'istanza risarcitoria, come in motivazione.

Condanna Milano Serravalle - Milano Tangenziali S.p.a. e NC2 Grid S.r.l., in via solidale, alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti della società ricorrente, che si liquidano in una somma pari ad euro 5.000,00 oltre agli oneri di legge e al rimborso del contributo unificato dalla stessa versato.

Condanna Milano Serravalle - Milano Tangenziali S.p.a. e NC2 Grid S.r.l., in via solidale, al pagamento delle spese per le verificazioni effettuate, che si liquidano in una somma complessiva di euro 10.000,00 da corrispondere in parti uguali ai due verificatori.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre
2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Mauro Gatti, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/11/2014

IL SEGRETARIO

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