



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 8265 del 2013, proposto da:

Soc Flli Amadio Spa, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv. Gabriele Maso, Mario Ettore Verino, con domicilio eletto presso Mario Ettore Verino in Roma, via Barnaba Tortolini, 13;

***contro***

Trenitalia Spa, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Rodolfo Mazzei, con domicilio eletto presso Rodolfo Mazzei in Roma, via XX Settembre, 1;

***nei confronti di***

Soc Af Frigo Clima Impianti Srl, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Antonietta Rizzo, Barbara Tassi, Orlando Sivieri, con domicilio eletto presso Orlando Sivieri in Roma, via Cosseria, 5;

***per l'annullamento***

dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto per la fornitura di n. 121 impianti di condizionamento per carrozze medie distanze - risarcimento danni

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Trenitalia Spa e di Soc Af Frigo Clima Impianti Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2013 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 26 agosto 2013 e depositato il 3 settembre successivo la società F.lli Amadio p.a. ha impugnato gli atti della gara indetta da Trenitalia s.p.a. per la fornitura di 121 impianti di condizionamento per carrozze medie distanze, ivi compresa la lettera di chiarimenti del 15.01.13 ed ogni atto connesso.

Premesso di essersi classificata seconda e che per la dimostrazione della capacità tecnica il bando richiedeva una

dichiarazione sostitutiva che attestasse di “aver stipulato nell’arco dell’ultimo triennio (2009/2011) contabilmente chiuso, un contratto di punta per forniture analoghe a quelle oggetto di gara di cui al precedente punto II 1.5 di importo non inferiore ad € 785.000,00”, parte ricorrente deduce:

violazione degli artt. 38 e 46 d.lgs 163/2006 e dell’art. 17 della legge 68/1999; eccesso di potere per carenza di presupposto: l’aggiudicataria non ha rilasciato la dichiarazione relativa agli obblighi di cui all’art. 17 cit. (diritto al lavoro dei disabili);

violazione principi imparzialità e buon andamento; violazione artt. 42 e 230 cod. appalti; violazione bando di gara; eccesso di potere per carenza dei presupposti e contraddittorietà: la controinteressata non ha dichiarato un contratto di punta di fornitura ma di sola manutenzione di impianti di condizionamento, l’importo del contratto era comunque inferiore a quello richiesto;

violazione dei principi di imparzialità e buon andamento; violazione artt. 42 e 230 cod. appalti; violazione bando di gara; eccesso di potere per carenza di presupposti e contraddittorietà, sotto diverso profilo: il contratto di punta presentato non era stato stipulato dall’aggiudicataria ma da un R.T.I. cui la controinteressata partecipava come mandante;

violazione dei principi di imparzialità e buon andamento; violazione degli artt. 3,14,42 e 230 cod. appalti; violazione bando di gara; eccesso di potere per carenza di presupposti ed istruttoria; travisamento e contraddittorietà: si trattava chiaramente di appalto per la fornitura di impianti di condizionamento mentre l’aggiudicataria ha presentato un contratto di punta per sola manutenzione;

violazione dell’art. 243 bis cod. appalti e dell’art. 3 legge n. 241/90; eccesso di potere per carenza di motivazione e presupposto; il diniego di autotutela è illegittimo per carenza assoluta di motivazione.

Si chiede il risarcimento danni in forma specifica, ed in via subordinata per equivalente.

La controinteressata si è costituita, svolgendo difese e producendo ricorso incidentale.

Premesso che in base all’Adunanza Plenaria n. 4/2011 il ricorso incidentale deve essere qui esaminato prima di quello principale, in quanto mira ad escludere dalla partecipazione alla gara la ricorrente, l’aggiudicataria deduce l’infondatezza del ricorso in quanto: a) la dichiarazione ex art. 17 legge n. 68/99 è stata effettuata, solo che per mero errore materiale è stata barrata anche altra voce; errore corretto con dichiarazione integrativa richiesta da Trenitalia; b) per “fornitura” non deve intendersi semplice acquisto di prodotto esistente, bensì fornitura di pezzi, assemblaggio e collaudo e quindi anche manutenzione; c) la fattura del contratto di punta è stata intestata alla capogruppo solo per motivi contabili ed è di importo superiore al richiesto (di ben € 805 499,00 a fronte di € 785.000,00), importo fatturato entro il settembre 2011.

Nel ricorso incidentale si evidenzia che parte ricorrente avrebbe presentato contratti di punta inferiori all’importo richiesto.

Costituitasi Trenitalia ha sostenuto l’infondatezza sia del ricorso principale che di quello incidentale.

Circa il primo ha sostenuto: che a fronte di dichiarazione incomplete e non integralmente omesse è consentita l’integrazione documentale; l’importo annuo fatturato del contratto di punta risulta documentalmente provato per € 805.500,00; nella dichiarazione di regolare esecuzione del contratto si attesta che lo stesso è stato eseguito dalla controinteressata; nel regolamento interno del R.T.I. è esplicitamente detto che il contratto di punta prodotto in gara è stato eseguito interamente dalla controinteressata, qui aggiudicataria; la fornitura non era di un semplice impianto di condizionamento bensì di un sistema completo di condizionamento; con specifici chiarimenti la stazione appaltante ha precisato che oggetto della gara erano anche “forniture analoghe” intendendosi per esse “ i lavori veri e propri, tipo la realizzazione e la manutenzione di un impianto di climatizzazione”; non sussistono i presupposti del risarcimento del danno, né in forma specifica né per equivalente.

Circa il ricorso incidentale la stazione appaltante precisa che l'importo minimo richiesto del contratto di punta doveva intendersi al lordo di IVA talché quello prodotto dalla ricorrente risultava superiore al richiesto (€ 763.262,80 più IVA uguale ad € 915.915,36, a fronte di € 785.000,00 richieste).

Con memoria parte ricorrente contesta la priorità d'esame del ricorso incidentale, in base alla recente pronuncia della Corte di Giustizia europea n. 100 del 4 luglio 2013; sostiene l'infondatezza del ricorso incidentale evidenziando come fosse richiesto l'importo complessivo del contratto stipulato e non quello fatturato, e nel caso di specie il contratto stipulato indicato dalla ricorrente era di importo pari ad € 1.602.646,50.

Con ordinanza collegiale n. 3990 del 10 ottobre 2013 è stata accolta l'istanza cautelare.

Con memorie predisposte per l'udienza di discussione le parti hanno ribadito e precisato tesi e difese.

Alla pubblica udienza del 20 dicembre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe vengono impugnati gli atti di gara relativi ad un appalto di Trenitalia per la fornitura di 121 impianti di condizionamento per carrozze media distanza.

1-Circa l'ordine delle questioni da trattare il Collegio ritiene di condividere la posizione assunta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 4/2011, in base alla quale "Ne discende che, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale."

Considerato che nel caso in esame il ricorso incidentale assume che parte ricorrente doveva essere esclusa dalla partecipazione alla gara, esso assume carattere pregiudiziale e deve essere preliminarmente esaminato, senza che ciò si ponga in contrasto con la decisione della Corte di Giustizia europea n. 100/2013.

2.Peraltro il ricorso incidentale appare infondato.

Con esso si assume che parte ricorrente avrebbe prodotto un contratto di punta per un importo inferiore al minimo richiesto di € 785.000,00.

Ma la ricorrente incidentale confonde, ad avviso del Collegio, la prescrizione del bando che richiede il fatturato, e che è quella di cui alla richiesta di capacità economico finanziaria (punto III 2.2. a)) con quella relativa alla capacità tecnica che richiede l'indicazione del contratto stipulato (punto III 2.3. a)); prescrizioni sulle quali non può avere efficacia una diversa indicazione riveniente dalla semplice modulistica.

Nel caso in esame parte ricorrente dichiara, senza smentita sul punto, di aver indicato un contratto stipulato per € 1.602.646,50, quindi superiore ad € 785.000,00 come richiesto nel bando.

Peraltro, stando pure al fatturato, convincente appare la tesi di Trenitalia in ordine all'indicazione non chiara circa il fatturato richiesto, se al lordo o al netto di IVA, optando per l'interpretazione che assicura la maggiore partecipazione dei concorrenti, nel senso quindi che l'importo richiesto doveva intendersi al lordo di IVA, con la conseguenza che l'importo fatturato dalla ricorrente deve considerarsi superiore a quello richiesto.

3-Il ricorso principale presenta invece profili di fondatezza.

3.1 In primo luogo il Collegio ritiene fondato il primo profilo di gravame di violazione degli artt. 38 e 46 d.lgs 163/2006 e dell'art. 17 della legge 68/1999; eccesso di potere per carenza di presupposto, in quanto l'aggiudicataria non ha rilasciato la dichiarazione relativa agli obblighi di cui all'art. 17 cit. (diritto al lavoro dei disabili).

Ed infatti nella dichiarazione prodotta dall'aggiudicataria risulta chiaramente che non è stata compilata la lettera m) in nessuna delle due ipotesi alternative (riferite la prima a società con non più di 15 dipendenti ovvero tra i 15 ed i 35 purchè non abbia effettuato nuove assunzioni dopo il 18 gennaio 2000, caso in cui l'impresa dichiara di non essere assoggettata agli obblighi delle assunzioni obbligatorie di cui alla legge n. 68/99; la seconda nel caso di

concorrenti con più di 35 dipendenti ovvero tra 15 e 35, se abbiano assunto personale dopo il 18 gennaio 2000, caso in cui l'impresa deve esplicitamente dichiarare di essere in regola con la disciplina del diritto al lavoro dei disabili).

Orbene si è qui in presenza di una omissione di dichiarazione e non di una mera incompletezza, in quanto sulla specifica dichiarazione relativa ai lavoratori disabili l'aggiudicataria non ha fornito nemmeno un indizio od una parte di dichiarazione, ipotesi queste nelle quali solo è consentito alla stazione appaltante di chiedere l'integrazione (cfr Cons di St. sez V 18.12.2009 n. 8386).

Pertanto erroneamente Trenitalia ha consentito all'aggiudicataria di produrre una dichiarazione che non era meramente integrativa ma che veniva a colmare una oggettiva completa omissione.

3.2. Pure fondato appare ad avviso del Collegio il quarto profilo di gravame con il quale viene eccepita violazione dei principi di imparzialità e buon andamento; violazione degli artt. 3,14,42 e 230 cod. appalti; violazione bando di gara; eccesso di potere per carenza di presupposti ed istruttoria; travisamento e contraddittorietà: si trattava chiaramente di appalto per la fornitura di impianti di condizionamento mentre l'aggiudicataria ha presentato un contratto di punta per sola manutenzione.

Non è contestato tra le parti che il contratto di punta prodotto dalla controinteressata aggiudicataria riguardasse manutenzione di impianti; per tale motivo avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per carenza del requisito di capacità tecnica.

La stazione appaltante e la controinteressata controdeducono che con espliciti chiarimenti era stato detto che per forniture analoghe potevano intendersi anche lavori di manutenzione.

Al riguardo, premesso che parte ricorrente impugna detti chiarimenti nel caso in cui vengano interpretati nel senso di modificare l'oggetto della gara, il Collegio osserva che il bando, per la dimostrazione della capacità tecnica richiedeva un contratto di punta per forniture analoghe a quelle oggetto di gara, quindi comunque forniture di un prodotto; i chiarimenti affermano che per forniture analoghe possono intendersi lavori veri e propri quali la realizzazione e la manutenzione di un impianto di climatizzazione.

Ma per non intendere i chiarimenti come indicazione nettamente contrastante con le prescrizioni di bando che fanno riferimento alla fornitura di un prodotto, non può che ritenersi che nel contratto di punta possono essere indicati anche lavori di manutenzione, fermo restando che comunque lo stesso deve aver riguardo alla fornitura di un prodotto finito, per la quale evidentemente il fornitore deve aver svolto lavori di assemblaggio ed eventualmente di manutenzione aggiuntiva per quanto assemblato e fornito.

Ma non si potrà mai pervenire alla conclusione che la sola manutenzione equivale alla fornitura di un prodotto.

Restano assorbiti gli ulteriori motivi, con la precisazione (per quanto attiene al terzo) che, in certa misura, il lavoro fatturato assorbe il concetto di contratto stipulato.

Considerato che la ricorrente risulta seconda classificata, che l'aggiudicataria doveva essere esclusa e che il contratto non risulta ancora stipulato, parte ricorrente deve considerarsi aggiudicataria con subentro nel relativo contratto.

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 respinge il ricorso incidentale ed accoglie il ricorso principale;

Condanna Trenitalia e Frigo Clima Impianti al pagamento in favore di parte ricorrente delle spese di giudizio che liquida in complessivi € 4.000,00 di cui € 2.000,00 a carico di Trenitalia ed € 2.000,00 a carico di Frigo Clima

Impianti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Carlo Taglienti, Consigliere, Estensore

Donatella Scala, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2014

IL SEGRETARIO

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