

Publicato il 26/11/2020

N. 07436/2020REG.PROV.COLL.
N. 03800/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3800 del 2020,
proposto da

Trenitalia s.p.a., nella persona dell'istitutore avvocato Domenico Galli,
rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Esposito, con domicilio eletto
presso il suo studio, in Roma, via Lattanzio 66;

contro

Car Segnaletica Stradale s.r.l., in persona dell'amministratore unico *pro*
tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio
digitale p.e.c. da registri di giustizia;

nei confronti

Vapor Europe s.r.l. e Elettromeccanica L.A. s.r.l., in persona dei rispettivi
legali rappresentanti *pro tempore*, nelle rispettive qualità di mandataria e
mandante del raggruppamento temporaneo di imprese formato dalle stesse,
rappresentate e difese dagli avvocati Tiberio Di Marco, Igor Janes e Roberto

Nania, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Carlo Poma n.2;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto (sezione seconda) n. 361/2020, resa tra le parti, concernente la procedura indetta da Trenitalia s.p.a. per l'affidamento in appalto del servizio di smontaggio, revisione e montaggio, di arredi interni e impianti per circa n. 216 carrozze ferroviarie del tipo IC901 – IC300 – IC270, 1° - 2° classe e speciali;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Car Segnaletica Stradale s.r.l. e di Vapor Europe s.r.l. e di Elettromeccanica L.A. s.r.l.;

Visto l'appello incidentale della Vapor Europe s.r.l. e della Elettromeccanica s.r.l.;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione del 10 luglio 2020, n. 4066;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2020, tenutasi con le modalità previste dagli artt. 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, il consigliere Fabio Franconiero, nessuno essendo comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Trenitalia s.p.a. propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto in epigrafe, con cui in accoglimento del ricorso della Car Segnaletica Stradale s.r.l. è stata annullata

l'aggiudicazione in favore della Vapor Europe s.r.l. del lotto 1 della procedura di affidamento in appalto del servizio di smontaggio, revisione e montaggio, di arredi interni e impianti per circa n. 216 carrozze dell'ente aggiudicatore, da eseguire presso lo stabilimento dell'OMC di Verona, con base d'asta di € 10.985.507,00 (di cui al bando di gara del 3 luglio 2019), nell'ambito della quale la ricorrente si era classificata al secondo posto della graduatoria.

2. La sentenza ha annullato l'aggiudicazione (disposta da Trenitalia con delibera n. 6 del 20 gennaio 2020) sul presupposto che l'avvalimento del fatturato specifico cui l'aggiudicataria aveva fatto ricorso con la Faiveley Transport Italia s.p.a. fosse «*nullo per indeterminatezza dell'oggetto ai sensi degli artt. 1346 e 1418, comma 2, cod. civ.*» quanto alle risorse aziendali da quest'ultima messe a disposizione della prima e pertanto inidoneo a qualificare sul piano tecnico-professionale la stessa aggiudicataria, che pertanto avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

3. Con il proprio appello Trenitalia contesta la decisione di annullamento dell'aggiudicazione.

4. Del pari la censurano le aggiudicatarie Vapor Europe e Elettromeccanica L.A., con appello incidentale.

5. Resiste ad entrambe le impugnazioni la Car Segnaletica Stradale, la quale ha riproposto ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. gli ulteriori motivi di impugnazione proposti ed assorbiti dalla sentenza di primo grado.

DIRITTO

1. Con un primo ordine di censure Trenitalia contesta che il requisito di fatturato specifico richiesto dal bando di gara (punto III.1.3) attenga alla capacità tecnico-professionale dei partecipanti alla procedura di affidamento. Per l'ente aggiudicatore si tratterebbe invece di un requisito di capacità economico-finanziaria, in conformità a quanto previsto dall'art. 83, comma 4, del Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), e

diversamente da quanto indurrebbe a ritenere la sua formale collocazione nell'ambito del bando di gara tra i requisiti di qualificazione appartenenti alla prima categoria. Da ciò Trenitalia trae il corollario per cui il fatturato specifico darebbe luogo ad un avvalimento di garanzia, che secondo la costante giurisprudenza amministrativa non richiede l'indicazione specifica dei mezzi aziendali messi a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto, e la cui serietà ed effettività è nel caso di specie assicurata dal fatto che quest'ultima ha assunto la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante per l'adempimento delle obbligazioni discendenti dal contratto.

2. Censure di tenore analogo sono formulate con appello incidentale dalle aggiudicatrici Vapor Europe e Elettromeccanica L.A.

3. Le censure così sintetizzate sono fondate.

4. L'art. 83 del Codice dei contratti pubblici include tra i requisiti di «*capacità economica e finanziaria*», di cui al comma 1, lett. b), il «*fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto*», previsto al comma 4, lett. a), accanto al «*fatturato minimo annuo*». Nella medesima disposizione di legge i requisiti di capacità economica e finanziaria sono contrapposti a quelli concernenti «*le capacità tecniche e professionali*» enunciati al comma 1, lett. c), che in base al comma 6 sono finalizzati ad accertare che gli operatori economici partecipanti alle procedure di affidamento «*possiedono le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità*».

Dal confronto tra le norme relative alle due categorie di requisiti di qualificazione in esame si evince che la richiesta di un volume di fatturato nel settore di attività oggetto di appalto, in linea di principio afferente alla solidità economica dell'impresa, può in ipotesi essere considerato dalla stazione appaltante come indice di capacità tecnica se diretto ad accertare che la

capacità di produrre ricavi nel settore di attività oggetto dell'appalto sia derivante da una dotazione di risorse aziendali e di esperienza rilevante sul piano della corretta esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto (Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6066; 19 luglio 2018, n. 4396).

5. Diversamente da quanto sostiene l'originaria ricorrente e da quanto affermato in alcune pronunce della giurisprudenza amministrativa (in particolare Cons. Stato, III, 9 marzo 2020, n. 1704), a questo scopo non è tuttavia sufficiente la formale qualificazione nel bando di gara del fatturato specifico come requisito di capacità tecnica e professionale. In linea con il combinato disposto dei commi 4 e 6 dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici sopra esaminato, a tale qualificazione deve infatti accompagnarsi la richiesta di dimostrare il possesso *«di risorse umane e tecniche»* e più in generale dell'*«esperienza»* necessaria ad eseguire l'appalto. In particolare, come deduce l'aggiudicataria Vapor Europe, la dimostrazione deve essere data attraverso una o più delle prove elencate nell'allegato XVII al Codice dei contratti pubblici, rubricato *«Mezzi di prova dei criteri di selezione»*.

6. Pertanto, non è nel caso di specie dirimente il fatto Trenitalia abbia inserito il requisito in contestazione nel presente giudizio, *«(f)atturato medio annuo, realizzato nel triennio 2016-2018, riferito ad attività analoghe a quelle oggetto della gara, svolte su mezzi di trasporto»*, per un importo di € 1.862.700, nell'ambito dei requisiti di *«(c)apacità professionale e tecnica»*, di cui sopra richiamato punto III.1.3) del bando di gara. Non induce quindi a diversa conclusione la generica affermazione riferita al requisito in questione, parimenti inserita nel bando di gara, secondo cui il possesso di un fatturato specifico minimo è considerato *«parametro attendibile ed essenziale al fine di consentire la selezione di un operatore economico affidabile e con esperienza specifica nel settore oggetto della gara, in considerazione delle specificità che le attività rivestono»*. Si tratta infatti di un'affermazione generica ed

avulsa da qualsiasi verifica sulle risorse umane, tecniche e di esperienza necessarie per l'esecuzione dell'appalto.

7. Sulla base di quanto finora affermato, in linea peraltro con la giurisprudenza di questa Sezione formatasi con riguardo ad analoghe questioni relative a procedure di affidamento indette da Trenitalia (sentenza 12 febbraio 2020, n. 1120), dalla natura di requisito afferente alla solidità economica dell'operatore deve desumersi che in caso di avvalimento non era necessaria la specificazione dei mezzi aziendali messi a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto, ma solo che questa assumesse in via solidale la responsabilità per le obbligazioni da esso derivanti e così mettesse a disposizione della stazione appaltante la propria solidità economica, secondo lo schema dell'avvalimento di garanzia invalso presso la giurisprudenza amministrativa, in contrapposizione a quello operativo (riguardo ai quali si rinvia a: Cons. Stato, IV, 11 novembre 2020, n. 6932; V, 1 luglio 2020, n. 4220, 10 aprile 2020, n. 2359, 21 febbraio 2020, n. 1330, 14 giugno 2019, n. 4024; VI, 10 novembre 2020, n. 6920).

Il che è quanto avvenuto nel caso di specie, dal momento che nel contratto di avvalimento tra la Vapor Europe e la Faiveley Transport Europe in data 18 settembre 2019 concorrente ed ausiliaria si sono costituite «*responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto*» (art. 3 del contratto).

8. L'accoglimento degli appelli principale e incidentale, con conseguente riforma della statuizione di accoglimento del primo motivo di ricorso della Car Segnaletica Stradale, su cui si fonda la sentenza di primo grado, impone di esaminare i motivi da quest'ultima assorbiti e dall'originaria ricorrente riproposti ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. nel presente appello.

9. Con un primo motivo la Car Segnaletica Stradale contesta la valutazione delle offerte tecniche fatta dalla commissione giudicatrice con riguardo ai

punteggi che le sono stati attribuiti per criteri di valutazione n. 1 e 2 di cui al punto VII.1.1 del disciplinare di gara, rispettivamente relativi al ciclo di lavoro e all'approvvigionamento materiali. Le contestazioni vertono sul punteggio 5 per ciascuno dei criteri valutativi in questione ottenuto dall'originaria ricorrente, anziché in quella massima prevista di 15 + 15 (ottenibile con il «soddisfacimento» di almeno tre degli aspetti in cui il singolo criterio era articolato, laddove il punteggio di 5 era conseguente al «soddisfacimento» di uno solo di tali aspetti).

Con specifico riguardo al ciclo di lavoro l'originaria ricorrente lamenta che per l'aspetto concernente la «*descrizione sequenza operativa con diagramma di flusso*» (lettera a) la commissione non abbia considerato che nella propria relazione sono esposte sia le risorse complessivamente necessarie per l'esecuzione degli interventi oggetto dell'appalto che quelle richieste per le singole prestazioni. In relazione all'approvvigionamento di materiali la Car Segnaletica Stradale sostiene che sarebbero errati i punteggi di 0 conseguiti per gli aspetti concernenti i criteri di scelta del fornitore (lettera a) e alle modalità di generazione del fabbisogno (lettera b), rispettivamente motivati sulla base del fatto che, da un lato, la relazione «*pur evidenziando una serie di aspetti finalizzati alla scelta del fornitore, non evidenzia il metodo oggettivo di scelta*»; e dall'altro lato che la medesima relazione tecnica della ricorrente non contiene «*una analisi strutturata dei consumi in modo da garantire disponibilità dei ricambi*» e il «*metodo di calcolo dello stesso*» (così nella tabella allegata alla seduta di gara del 13 novembre 2019). In contrario la Car Segnaletica Stradale deduce in primo luogo che per la scelta dei fornitori la normativa di gara non esige l'indicazione di metodi; che questa, peraltro, «*non può dipendere da "metodi oggettivi", ma da una serie di valutazioni, quali il possesso di esperienze precedenti, la disponibilità dei materiali, il possesso o meno di certificazioni, la situazione finanziaria*»; ed inoltre che

quale gestore uscente del servizio essa già dispone di una lista di fornitori dell'area compartimentale di Trenitalia, certificati ed omologati dalla stessa committente. Con riguardo al metodo di calcolo mancante per la gestione del fabbisogno di materiali di ricambio la Car Segnaletica Stradale deduce che tale profilo era oggetto di valutazione non nell'ambito dell'aspetto in questione ma di quello relativo alla gestione delle scorte di magazzino (lettera c).

10. Le censure così sintetizzate sono infondate.

11. Nella misura in cui prospettano profili di opinabilità nella valutazione tecnica di competenza della commissione giudicatrice, ed in assenza di evidenti errori da parte di quest'ultima, esse si indirizzano al merito insindacabile nella presente sede di legittimità.

Per quanto riguarda in particolare la descrizione della sequenza operativa mediante diagramma di flusso per il ciclo di lavorazione, le contestazioni della Car Segnaletica Stradale non considerano che il punteggio ottenuto dalla controinteressata Vapor Europe per tale aspetto è lo stesso, ovvero 5, sebbene la commissione abbia ritenuto la relazione della prima *«esaustiva e dettagliata»*, a fronte del maggior grado di dettaglio della seconda, espresso dal atto che nel diagramma di flusso contenuto in quest'ultima relazione era riportato *«il dettaglio di ogni singola (sic) fase manutentiva, con l'evidenza del tempo e delle risorse impiegate, sia con riferimento al singolo rotabile che in riferimento all'intero convoglio»*. Le contestazioni della Car Segnaletica Stradale pretendono quindi di sovvertire un giudizio che non la vede soccombente in termini di punteggio rispetto all'aggiudicataria benché la commissione di gara abbia ritenuto che sotto tale profilo quest'ultima avesse offerto una descrizione del ciclo di lavoro più analitica.

12. Anche con riguardo ai punteggi ed alle sottostanti motivazioni relative agli aspetti in cui si sostanzia il criterio di valutazione relativo

all'approvvigionamento dei materiali l'esame della sopra citata scheda redatta dalla commissione giudicatrice non consente di ritenere superato quell'ineliminabile margine di opinabilità che caratterizza i giudizi tecnici degli organi amministrativi a ciò preposti. Infatti, come ancora una volta si ricava dalla sopra menzionata scheda allegata al verbale del 13 novembre 2019, il punteggio di 5 assegnato a Vapor Europe per i criteri di scelta dei fornitori, contro lo 0 ottenuto dalla ricorrente, è motivato dal fatto che a differenza di quest'ultima la prima ha indicato un metodo di selezione *«particolarmente dettagliato»*. Quindi, il grado di dettaglio della relazione per l'aspetto in valutazione non può per un verso che essere stabilito dalla commissione di gara nell'ambito dell'esame dell'offerta tecnica ad essa demandato, mentre per altro verso la carenza sul punto riscontrata nell'offerta tecnica della Car Segnaletica Stradale non può evidentemente essere supplita dalla sua qualità di gestore uscente, poiché si tratta di un elemento estrinseco alla procedura di affidamento.

13. Analoghe considerazioni devono essere svolte a proposito delle modalità di gestione del fabbisogno, poiché l'analogo differenziale di punteggio tra le due concorrenti parti del presente giudizio è stato motivato sulla base del fatto che nella relazione presentata dall'originaria ricorrente non è stata fatta *«un'analisi strutturata dei consumi in modo da garantire la disponibilità dei ricambi»* e che non v'è *«un metodo di calcolo»* per la gestione del fabbisogno, mentre per la controinteressata è stato giudicato *«chiaro e particolarmente dettagliato il metodo applicato per la definizione del fabbisogno»*, oltre che le modalità di realizzazione *«di scorte organizzate e dimensionate in misura puntuale rispetto alla programmazione delle attività»*. Anche in questo caso la valutazione tecnica della commissione giudicatrice è pertanto supportata da una motivazione puntuale e non evidentemente irragionevole, fondata non solo sul metodo di calcolo del fabbisogno di

materiali di ricambio, ma anche sul fatto che solo l'offerta della Vapor Europe reca l'illustrazione delle modalità di creazione delle scorte di magazzino in funzione delle attività da eseguire.

14. Con un ulteriore motivo di ricorso riproposto l'originaria ricorrente contesta il criterio di attribuzione del punteggio per le offerte economiche (per un massimo di 30 punti), espresso nel disciplinare di gara dalla seguente formula «*30 * (migliore offerta complessiva ottenuta in gara/offerta del singolo concorrente)*». Nel sottolineare che la formula in questione è imperniata non già sulla proporzione lineare tra ribassi percentuali rispetto alla base d'asta ma sul rapporto di proporzionalità inversa tra gli importi globali offerti dai concorrenti, la Car Segnaletica Stradale sottolinea che per effetto di essa vi è stato un notevole appiattimento dei punteggi. Ciò sarebbe dimostrato dal fatto che per i ribassi del 32,14% e del 5,10% rispettivamente offerto da essa ricorrente dalla Vapor Europe, i punteggi assegnati sono stati di 30 e 21,45, con la conseguenza che a fronte di un ribasso pari a 6,30 volte quello altrui, la traduzione in termini di punteggio si è estrinsecata in rapporto tra le offerte di 1,4.

15. Il motivo è infondato.

16. Rispetto i precedenti giurisprudenziali citati dalla Car Segnaletica Stradale (sono richiamate le sentenze di questa Sezione del 14 agosto 2017, n. 4004, del 28 agosto 2017, n. 4081, e del 2 agosto 2018, n. 4778) la più recente giurisprudenza amministrativa si è orientata nel senso di ritenere «*non contrarie a legge o irragionevoli formule matematiche volte a rendere marginale il peso degli elementi economici attraverso vari elementi correttivi*»: così la sentenza del 23 dicembre 2019, n. 8688 (conforme anche il precedente di cui alla sentenza sempre di questa Sezione del 23 novembre 2018, n. 6639, in essa richiamato).

La descritta evoluzione è avvenuta sulla base del «*mutato contesto*» (così ancora la sentenza del 23 dicembre 2019, n. 8688) conseguente all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in relazione al quale nelle linee-guida n. 2, sull'offerta economicamente più vantaggiosa, l'ANAC ha segnalato la possibilità di impiegare formule matematiche in funzione dissuasiva rispetto ad una competizione eccessiva sul prezzo e dunque in funzione correttiva del metodo tradizionale dell'interpolazione lineare (cfr. il § IV delle linee-guida in esame).

17. La stessa sentenza del 23 dicembre 2019, n. 8688 ha poi segnalato che i precedenti contrari sono invece riferiti a procedure di gara soggette al Codice dei contratti pubblici ora abrogato, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dal quale non era ricavabile alcuna preferenza per criteri legati alla componente prezzo rispetto a quelli di carattere qualitativo, come invece dall'art. 95 del Codice dei contratti pubblici attualmente in vigore (si rinvia a quest'ultimo riguardo ai principi formulati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 21 maggio 2019, n. 8). A conferma di ciò va segnalato che le sopra citate sentenze di questa Sezione del 14 agosto 2017, n. 4004, del 28 agosto 2017, n. 4081, richiamate dalla Car Segnaletica Stradale, sono relative appunto a procedure di affidamento soggette al previgente Codice dei contratti pubblici. Non altrettanto può dirsi per la sentenza del 2 agosto 2018, n. 4778, parimenti invocata dall'originaria ricorrente a sostegno dei propri assunti. Nondimeno essa è relativa ad una competizione fondata su offerte al rialzo sulla base d'asta per un contratto attivo per la stazione appaltante. In tale ipotesi non si ravvisa pertanto la medesima esigenza di limitare la competizione al ribasso sul prezzo, a scapito degli aspetti qualitativi dell'offerta, ma anzi vi è l'opposta esigenza per la stazione appaltante di massimizzare l'entrata, rispetto alla quale è contraddittorio

l'appiattimento derivante da formule matematiche non imperniate su valori percentuali rispetto alla base d'asta ma sui valori assoluti offerti dagli operatori economici.

18. In conclusione, gli appelli principale e incidentale vanno accolti, mentre vanno respinti i motivi di ricorso riproposti in secondo grado dalla Car Segnaletica Stradale.

Le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere compensate per la natura delle questioni controverse.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto, respinti i motivi di ricorso riproposti ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., respinge il ricorso della Car Segnaletica Stradale s.r.l.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO