Tar Lazio, sezione seconda, sentenza n. 2838 del 4 marzo 2019

Esclusione dalla gara per falsa dichiarazione del concorrente – Escussione della garanzia provvisoria – Illegittimità – L'escussione ammessa soltanto per l'aggiudicatario ex art. 93 del D.lgs. 50/2016

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 Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 14936 del 2018, proposto da ..... S.P.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI con ..... S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, via …….. presso lo studio dell'avv. ……. e rappresentata e difesa nel presente giudizio dall'avv. ……. del foro di ……

contro

..... S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, via ……. presso lo studio degli avv.ti …….. che, unitamente all'avv. ……, la rappresentano e difendono nel presente giudizio

per l'annullamento

dei seguenti atti:

- provvedimento prot. n. 062747/2018U del 13/11/2018 con il quale ..... s.p.a. ha comunicato l'esclusione del RTI costituendo …/..... dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio di misurazioni strumentali degli agenti fisici, delle sostanze pericolose, degli agenti biologici e della valutazione del rischio elettrico, meccanico e esplosione (ATEX) delle attività, macchine, attrezzature e locali di lavoro di .....

s.p.a., ha disposto l'escussione della cauzione presentata a corredo dell'offerta e ha preannunciato l'adozione di "ulteriori provvedimenti previsti dalla normativa vigente in materia";

- provvedimento con il quale ..... s.p.a. ha disposto l'esclusione del RTI …./.....;
- tutti gli atti connessi assunti da ..... s.p.a. in relazione alla procedura di gara;
- in parte qua, bando di gara pubblicato sulla GURI n. 5 serie speciale n. 15 del 5/2/2018, disciplinare di gara e capitolato tecnico;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ..... s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2019 il dott. Michelangelo Francavilla e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso spedito per la notifica a mezzo posta il 13/12/18 e depositato il 18/12/18 ..... s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI con ..... s.p.a., ha impugnato il provvedimento prot. n. 062747/2018U del 13/11/2018, con il quale ..... s.p.a. ha escluso il RTI ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio di misurazioni strumentali degli agenti fisici, delle sostanze pericolose, degli agenti biologici e della valutazione del rischio elettrico, meccanico e esplosione (ATEX) delle attività, macchine, attrezzature e locali di lavoro di ..... s.p.a., ha disposto l'escussione della cauzione presentata a corredo dell'offerta e ha prospettato l'adozione di "ulteriori provvedimenti previsti dalla normativa vigente in materia", tutti gli atti connessi emessi da ..... s.p.a. in relazione alla procedura di gara de qua, e, in parte qua, il bando di gara pubblicato

sulla GURI n. 5 serie speciale n. 15 del 5/2/2018, il disciplinare di gara e il capitolato tecnico.

..... s.p.a., costituitasi in giudizio con comparsa depositata il 04/01/19, ha chiesto il rigetto del ricorso.

Alla Camera di Consiglio dell'08/01/19 la ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare ed ha insistito per la definizione, nel merito, del presente giudizio.

Alla pubblica udienza del 19/02/19 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente il Tribunale rileva che l'istanza istruttoria formulata nell'atto introduttivo dalla ricorrente non può essere accolta in quanto la documentazione richiesta è già stata consegnata all'esponente da ..... s.p.a. con pec del 04/01/19 (si veda l'allegato n. 14 alla memoria depositata dalla resistente il 04/01/19).

Nel merito, il ricorso è solo parzialmente fondato e, nei limiti di quanto in prosieguo specificato, deve essere accolto.

..... s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI con ..... s.p.a., impugna il provvedimento prot. n. 062747/2018U del 13/11/2018, con il quale ..... s.p.a. ha escluso il RTI ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio di misurazioni strumentali degli agenti fisici, delle sostanze pericolose, degli agenti biologici e della valutazione del rischio elettrico, meccanico e esplosione (ATEX) delle attività, macchine, attrezzature e locali di lavoro di ..... S.p.A., ha disposto l'escussione della cauzione presentata a corredo dell'offerta e ha prospettato l'adozione di "ulteriori provvedimenti previsti dalla normativa vigente in materia", tutti gli atti connessi emessi da ..... s.p.a. in relazione alla procedura di gara, e, in parte qua, il bando di gara pubblicato sulla GURI n. 5 serie speciale n. 15 del 5/2/2018, il disciplinare di gara e il capitolato tecnico.

Con il gravato provvedimento del 13/11/18 ..... s.p.a. ha escluso il raggruppamento ricorrente dalla procedura in quanto lo stesso non avrebbe

rispettato il termine perentorio previsto dall'art. 83 comma 9 d. lgs. n. 50/16 per produrre la documentazione richiesta nell'ambito del "soccorso istruttorio" e perché la ..... s.p.a., in qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento con ..... s.p.a., non sarebbe accreditata presso Accredia ai sensi della norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005 mentre il requisito in esame sarebbe posseduto dalla sola mandante.

Ragioni di pregiudizialità logico – giuridica inducono il Tribunale a scrutinare, per prime, la terza e la quarta censura (che, in quanto connesse, possono essere esaminate congiuntamente), con cui la ricorrente prospetta l'illegittimità della gravata esclusione perché, contrariamente a quanto ritenuto dalla stazione appaltante, la lex specialis richiederebbe il possesso dell'accreditamento in capo alla mandataria solo per l'esecuzione del lotto II (l'unico a prevedere campionamenti prelevati e successive prove svolte in laboratorio) e non anche degli altri lotti; in caso contrario, ove interpretata nel senso seguito da ..... s.p.a., la lex specialis sarebbe illegittima per violazione del principio di proporzionalità dei requisiti di partecipazione, previsto dall'art. 83 comma 2 d. lgs. n. 50/16, in quanto l'accreditamento non avrebbe alcuna rilevanza ai fini dell'esecuzione delle attività oggetto dei lotti I, III, IV e V.

I motivi sono infondati.

Contrariamente a quanto dedotto da parte ricorrente, la lex specialis ha specificamente richiesto per la mandataria il requisito dell'accreditamento presso Accredia ai sensi della norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005.

Depone in questo senso il punto 7.1.1. del disciplinare di gara secondo cui, a pena di esclusione, il concorrente deve essere in possesso dei seguenti requisiti di partecipazione, da dichiarare nel DGUE:

"a) essere iscritto, per attività inerenti le prestazioni oggetto della Procedura, nel Registro delle imprese o in uno dei registri professionali o commerciali dello Stato

di residenza se si tratta di uno Stato dell'UE, in conformità con quanto previsto dall'art. 83, D.Lgs. n. 50/2016;

b) accreditamento presso ACCREDIA ai sensi della norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005".

In quest'ottica, la successiva previsione secondo cui, in caso di raggruppamento temporaneo d'imprese, il solo requisito di cui al capo a) deve essere posseduto da tutti i componenti, non può essere interpretata (come, invece, prospetta la ricorrente) nel senso che l'accreditamento può essere posseduto da qualunque componente del raggruppamento ma solo nel senso che il requisito in esame non deve necessariamente essere posseduto da tutti i componenti (e, quindi, può essere richiesto per la sola mandataria).

Ciò è confermato dal successivo art. 7.1.3. del medesimo disciplinare secondo cui, in riferimento ai motivi di esclusione ex art. 80 d. lgs. n. 50/16, "potranno partecipare alla presente Procedura anche gli operatori economici che non svolgano direttamente attività afferenti il servizio oggetto della presente Procedura, a condizione che: (i) partecipino alla presente Procedura soltanto unitamente ad uno o più operatori economici per i quali non sussistano cause di esclusione e che siano in possesso, oltre che degli ulteriori requisiti prescritti nella documentazione della Procedura, di tutti i requisiti di cui ai precedenti punti 7.1.1, 7.1.2; (ii) il ruolo di impresa mandataria sia assunto dall'operatore economico (o da uno degli operatori economici) in possesso dei requisiti necessari all'esecuzione delle attività oggetto della presente Procedura".

Nello stesso senso devono essere riguardati:

- l'art. 3 del capitolato tecnico che prevede che "il prestatore dovrà essere in possesso delle certificazioni ed accreditamenti ACCREDIA" laddove per "prestatore" deve intendersi l'esecutore e non già, come prospetta parte ricorrente (si veda la memoria depositata il 01/02/19: pag. 8), il concorrente in generale e, quindi, il

raggruppamento. Ciò è confermato dal fatto che la disposizione è collocata nel paragrafo 3 specificamente dedicato all'esecuzione del contratto (il paragrafo inizia evidenziando che "nell'esecuzione del servizio in oggetto dovranno essere rispettate le leggi e le normative in vigore");

- l'art. 7 del capitolato tecnico secondo cui "le attività del presente capitolato devono essere svolte da un organismo accreditato presso ACCREDIA, organismo nazionale di accreditamento designato dal Governo con Decreto Interministeriale del 22 dicembre 2009. L'accreditamento deve sussistere ai sensi della norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005, per ogni singola prova e gruppo di prove previste dal presente capitolato e comunque necessarie per lo svolgimento dell'incarico".

La disposizione da ultimo richi.....ta, nel richiedere l'accreditamento indistintamente per tutte le attività del capitolato, non consente di riferire il requisito in esame al solo lotto II.

Nel medesimo senso si esprime il chiarimento n. 11, reso nell'ambito della procedura, con cui la stazione appaltante ha evidenziato che "per la partecipazione alla gara il prestatore deve essere accreditato presso Accredia mentre, ai soli fini dell'attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica, le prove per le quali si richiede accreditamento Accredia sono quelle del II lotto".

Né, in senso favorevole alla tesi di parte ricorrente, può essere richiamato il fatto che tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica solo per il lotto II sia prevista l'attribuzione di un punteggio fino a 10 per la "Certificazione Accredia per singola prova di laboratorio relativa alla singola sostanza pericolosa ed al singolo agente biologico campionato".

Infatti, l'accreditamento previsto dal criterio in questione non è quello, unico, riferibile all'intera organizzazione e richiesto ai fini della partecipazione alla gara in relazione alla conformità alla norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005, ma è quello, diverso dal primo, concernente ogni singola analisi e che, infatti, può dare

luogo ad una pluralità di punteggi in relazione alla pluralità degli accreditamenti come è chiaramente desumibile dalla successiva esplicazione del criterio, presente nel disciplinare (pag. 35), ove si specifica che "relativamente al sub-criterio in esame il punteggio massimo di punti 10 (dieci) si attribuirà in funzione del numero di analisi accreditate ACCREDIA che il concorrente è in grado di fornire in fase di esecuzione, fino ad un massimo di 20 (venti)".

Per esigenza di completezza deve, poi, rilevarsi che non può essere valutato, ai fini della decisione, il documento RT-08 del 09/04/18, depositato dalla ricorrente il 28/01/19, in quanto lo stesso ha ad oggetto l'attuazione alle prescrizioni della norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025 secondo la versione del 09/04/18 (in vigore dal 30/05/18) e, quindi, successiva a quella richiamata dai documenti di gara.

Né la lex specialis, così interpretata, è illegittima per violazione del principio di proporzionalità dei requisiti prospettato dalla ricorrente in riferimento all'art. 83 comma 2 d. lgs. n. 50/16.

Secondo quanto si evince dal disciplinare tecnico, infatti, l'appalto ha ad oggetto l'affidamento della valutazione di alcuni rischi professionali e delle relative misure strumentali, in adempimento a quanto prescritto dagli artt. 17 e 28 d. lgs. n. 81/08, in riferimento all'obbligo di valutate tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori e di garantire il rispetto dei requisiti igienico – ambientali e dei parametri fisici, chimici, biologici degli ambienti di lavoro, delle attrezzature e dei macchinari utilizzati per lo svolgimento dei servizi aziendali.

L'appalto è stato suddiviso in cinque lotti in relazione alla tipologia di agente il cui rischio è oggetto di valutazione e, precisamente:

- lotto I: rumore e vibrazioni;
- lotto II: sostanze pericolose, agenti biologici;
- lotto III: microclima, illuminamento, movimentazione manuale dei carichi, ergonomia;

- lotto IV: Radiazioni Ottiche Artificiali (ROA), Campi Elettromagnetici (CEM), Radiazioni ionizzanti (Radon);
- lotto V: Valutazione del rischio elettrico, Valutazione del rischio del macchinario, Valutazione ATEX.

Sempre dal disciplinare tecnico emerge che:

- il lotto I richiede la misurazione dell'esposizione giornaliera al rumore del lavoratore e delle vibrazioni meccaniche (art. 5) con una serie di esami strumentali, ivi indicati, stabilendo, altresì, che tutti i dati strumentali rilevati durante le misure devono essere registrati, archiviati, resi disponibili su supporto informatico e forniti ad ..... s.p.a.;
- il lotto II prevede "campagne strumentali delle sostanze pericolose utilizzate o presenti all'interno dei luoghi di lavoro, ivi comprese le polveri (con individuazione di eventuali frazioni respirabili) e particolato, verificando, per quegli agenti chimici (sostanze o preparati) utilizzati per particolari attività lavorative, la presenza delle schede di sicurezza, modalità di manipolazione, d'uso, di conservazione, stoccaggio, smaltimento per le sostanze e i preparati chimici. Per la valutazione quantitativa si dovrà procedere alla misurazione strumentale degli inquinanti" (pag. 8 del disciplinare);
- il lotto III concerne una serie di misurazioni aventi ad oggetto l'indagine microclimatica degli ambienti di lavoro, "un esame della corretta illuminazione dei locali e dei posti di lavoro, sia qualitativo che quantitativo in funzione dei seguenti parametri: l'assenza di abbagliamenti, il colore della luce, la distribuzione delle ombre, la migliore resa dei colori e l'ottimizzazione dei contrasti" e "misure ergonometriche e dei carichi di lavoro per la valutazione dei rischi, ai sensi dell'art. 167 del D. Lgs. 81/08, secondo quanto previsto dall'Allegato XXXIII che specifica le norme tecniche di riferimento per la valutazione, il metodo NIOSH per le azioni di sollevamento, Snook e Ciriello per le azioni di spinta e traino, OCRA per il

sovraccarico degli arti superiori da lavoro ripetitivo, RULA per le posture assunte durante il lavoro" (pag. 10 del disciplinare);

- il lotto IV richiede misurazioni aventi ad oggetto il rischio da esposizione a radiazioni ottiche artificiali, "a campi elettromagnetici da 0 Hz a 300 GHz, procedendo, ove necessario, alle misure strumentali sul campo per la quantificazione del rischio degli stessi", "da esposizione alla radioattività naturale, con particolare riferimento al radon, per i locali interrati o seminterrati, procedendo alle misurazioni della stessa" (pag. 11 del disciplinare);

- il lotto V ha ad oggetto la valutazione del rischio elettrico e da macchinario e da esplosioni prevedendo, a tal fine, "relazioni corredate da misurazioni".

Da quanto fin qui evidenziato risulta che, contrariamente a quanto prospettato da parte ricorrente nella memoria conclusionale depositata il 01/02/19 (pag. 9 e ss.), tutti i lotti hanno ad oggetto attività di misurazione oltre che di valutazione dei rischi.

Ciò posto, è da ritenersi che la norma ISO 17025:2005 sia riferibile a tutte le attività oggetto dei vari lotti e non già solo a quella del lotto II (come, invece, deduce la ..... s.p.a.).

Ed, infatti, la norma internazionale in questione ha ad oggetto "i requisiti di competenza per eseguire prove e/o tarature, compreso il campionamento" (punto 1.1) e "si applica a tutte le organizzazioni che eseguono prove e/o tarature. Tali organizzazioni sono, per esempio, laboratori di prima, seconda e terza parte dove le prove e/o tarature fanno parte dell'attività d'ispezione e certificazione di prodotto".

In sostanza, sono le attività strumentali di misurazione di ogni genere a ricadere nell'ambito applicativo della disposizione in esame e non, come invece sostiene parte ricorrente, le sole attività che si fondano "su campionamenti prelevati e successive prove svolte in laboratori" (pag. 11 dell'atto introduttivo).

In questo senso depone anche la nozione di "laboratorio di prova" desumibile dal sito Accredia ove si specifica che "un laboratorio di prova è una struttura, pubblica

o privata, che opera con ragione sociale propria o all'interno di un'azienda o di una struttura pubblica, per effettuare analisi, prove e diagnosi in una molteplicità di settori, in funzione degli specifici clienti a cui si rivolge. I segmenti di mercato in cui esercita il laboratorio possono essere di natura privatistica ovvero regolati da provvedimenti normativi, quando sono individuate specifiche esigenze di salute e sicurezza pubblica (come per gli alimenti e la tutela della salute); i settori in cui il laboratori di prova svolgono le proprie attività sono: "chimico; biologico, microbiologico; meccanico; elettrico; sierologia, virologia, citologia, parassitologia; acustica; fisico meccanico (resistenza, rottura, tessili); fisico radiazioni ionizzanti; civile; ITT; biochimico; sensoriali; prove non distruttive; ecotossicologiche; corrosione; metallografiche (UNI CEI EN ISO/IEC 17025)".

Ciò che caratterizza il laboratorio di prova, pertanto, è l'attività di "analisi, prove e diagnosi", genericamente intesa, la quale, di per sé, giustifica l'applicazione, nei confronti dello stesso, della norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005.

Tale attività, come precisato, è riferibile a tutti i cinque lotti oggetto della gara.

Ne consegue che la lex specialis, interpretata nel senso che, per tutti i lotti, l'accreditamento Accredia sia requisito di partecipazione alla gara, non viola l'art. 83 comma 2 d. lgs. n. 50/16 in quanto il requisito in esame è coerente con le attività che costituiscono l'oggetto di tutti i lotti.

L'infondatezza della terza e quarta censura induce a ritenere legittima l'esclusione del raggruppamento ricorrente dalla gara per l'accertata mancanza dell'accreditamento Accredia in capo alla mandataria.

La circostanza in esame priva parte ricorrente dell'interesse allo scrutinio dei primi due motivi di ricorso con cui la stessa contesta l'avvenuto superamento dei termini previsti nell'ambito del soccorso istruttorio (prima censura) e deduce, in ogni caso, la configurabilità nella fattispecie di una proroga tacita degli stessi (seconda censura).

L'accoglimento delle doglianze in esame, infatti, non consentirebbe mai alla ricorrente di conseguire l'ammissione alla gara stante la duplicità di motivazioni sulle quali cui si fonda il gravato provvedimento di esclusione e l'accertata carenza, in capo alla mandataria, del requisito di partecipazione costituito dall'accreditamento Accredia ritenuta dal Collegio, di per sé, ostativa all'ammissione alla gara.

Il ricorso, invece, risulta fondato in riferimento alla quinta censura con cui la ricorrente contesta la legittimità dell'escussione della cauzione evidenziando che nella fattispecie non sussisterebbero i presupposti a tal fine richiesti dall'art. 93 d. lgs. n. 50/16 anche per l'inesistenza di una falsa dichiarazione.

Ed, infatti, come si evince dal tenore letterale dell'art. 93 d. lgs. n. 50/16 (secondo cui la cauzione "copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159") l'escussione della garanzia provvisoria è ammissibile solo in riferimento alla figura dell'aggiudicatario dovendo essere esclusa nelle ipotesi in cui la verifica negativa dei requisiti riguarda un mero concorrente; in questo senso deve essere richiamata la precedente sentenza di questa Sezione n. 900/19 e le argomentazioni ivi esplicitate dovendosi, in questa sede, solo precisare, in riferimento a quanto sul punto dedotto dalla resistente ..... s.p.a., che la sentenza n. 2181/2018 del Consiglio di Stato riguarda un'ipotesi in cui, nei confronti dell'escluso, era stata formulata proposta di aggiudicazione.

Nella fattispecie, invece, l'escussione della cauzione è stata disposta in ragione dell'esclusione della ricorrente avvenuta dopo l'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e prima della valutazione delle offerte e, quindi, prima dell'aggiudicazione; pertanto, alla luce di quanto detto, non sussistono i presupposti per l'incameramento della garanzia provvisoria.

Il sesto motivo non può essere accolto perché censura la legittimità di eventuali successivi provvedimenti che, stando a quanto risulta dagli atti, non sono stati emanati.

Pertanto, il Tribunale:

1) dichiara inammissibili, per carenza d'interesse, la prima e la seconda doglianza e respinge, in quanto infondati, il terzo, quarto e sesto motivo;

2) accoglie la quinta censura e, per l'effetto, annulla il gravato provvedimento del 13/11/18 nella sola parte in cui prevede l'escussione della cauzione;

L'accoglimento solo parziale del ricorso giustifica la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definendo il giudizio così provvede:

1) dichiara inammissibili, per carenza d'interesse, la prima e la seconda doglianza e respinge, in quanto infondati, il terzo, quarto e sesto motivo;

2) accoglie la quinta censura e, per l'effetto, annulla il gravato provvedimento del 13/11/18 nella sola parte in cui prevede l'escussione della cauzione;

3) dispone la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Michelangelo Francavilla	**Pietro Morabito**

IL SEGRETARIO