

Pubblicato il 22/05/2023

N. 08633/2023 REG.PROV.COLL.
N. 15630/2022 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 il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 15630 del 2022, proposto da St Protect S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Max Diego Benedetti, Erica Bianco e Simona Motta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Milano, via Flavio Baracchini, 1;

contro

Ferservizi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Guccione e Adriano Cavina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio “P&I – Studio Legale Guccione e Associati” in Roma, via Sardegna, 50;

Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. e Trenitalia S.p.A., non costituite in giudizio;

nei confronti

Safe S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci e Antonio Pugliese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto

presso lo studio dell'avvocato Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo, 101;

Calzaturificio F.lli Soldini S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sabrina Petrino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio legale del predetto avvocato in Roma, piazzale di Porta Pia, 121;

per l'annullamento

a) della nota trasmessa a mezzo del Portale Acquisti in data 3/11/2022 a firma del responsabile dell'Area Acquisti di Gruppo di Ferservizi S.p.A., recante “*Comunicazione ex art. 76, comma 5, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016*”, con la quale si rende nota l'intervenuta aggiudicazione definitiva in favore di SAFE srl della procedura eGPA 2/2022/SNC – Fornitura di Abbigliamento Alta Visibilità e Dispositivi di Protezione Individuale vari e Calzature per la Sicurezza per le Società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane – Lotto 2 – Calzature per la Sicurezza (CIG 9343443514);

b) del provvedimento di aggiudicazione, di data e protocollo ignoti (non conosciuto);

c) di tutti i verbali di gara, nella parte in cui hanno ammesso e graduato l'offerta di SAFE srl e di Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A., in luogo di procedere alla loro esclusione;

d) di ogni provvedimento presupposto, conseguente e/o connesso, ancorché non conosciuto;

e) della nota del 18/11/2022 con cui è stato differito l'accesso all'offerta tecnica si SAFE srl priva di omissis decorsi 30 giorni;

nonché per la dichiarazione di inefficacia dell'Accordo Quadro e degli ordini applicativi eventualmente stipulati nelle more, con espressa richiesta di subentro;

nonché per l'accertamento

- previo annullamento di tutti gli atti impugnati e surriferita declaratoria di inefficacia, del diritto della ricorrente, in accoglimento dei motivi di diritto

proposti in via principale, di conseguire l'aggiudicazione della procedura, anche a mezzo di subentro, per l'intera durata dell'affidamento;

- del diritto della ricorrente, ai sensi dell'art. 116, co. 2, c.p.a., di accedere integralmente agli atti di gara richiesti con l'istanza d'accesso del 4/11/2022 e dell'1/12/2022 e del 5.12/2022.

e per la condanna della resistente al risarcimento del danno in forma specifica come dedotto in atti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ferservizi S.p.A., di Safe S.r.l. e di Calzaturificio F.lli Soldini S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2023 il dott. Luca Biffaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Ferservizi S.p.A. ("*Ferservizi*"), con bando pubblicato nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, 5^a serie speciale contratti pubblici, n. 91 del 5 agosto 2022, indicava in proprio e per conto di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. ("RFI"), Trenitalia S.p.A. e delle altre società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane, una procedura aperta per l'affidamento, mediante accordo quadro, del servizio di fornitura di "*Abbigliamento Alta Visibilità, Dispositivi di Protezione Individuale vari e Calzature per la Sicurezza*".

1.1. La gara era suddivisa in due lotti da affidare con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di un massimo di 70 punti per l'offerta tecnica (componente "Qualità") e un massimo di 30 punti per l'offerta economica (componente "Prezzo").

1.2. Per quanto di interesse ai fini del presente giudizio, ossia in relazione al lotto 2, il punto II.2.4) del bando prevedeva per tale lotto un valore totale pari a euro 11.910.000 (con importo massimo di euro 7.940.000 e una opzione di

ulteriori euro 3.970.000, IVA esclusa, in favore della stazione appaltante), nonché una durata di 36 mesi a decorrere dalla data di stipula, con opzione di estensione temporale, sempre in favore di Ferservizi, per un ulteriore periodo di 18 mesi.

1.2.1. Trattandosi dell'affidamento di un accordo quadro, il predetto punto II.2.4) del bando prevedeva anche quanto segue *“Con riferimento all'importo massimo dell'Accordo Quadro si precisa che l'aggiudicatario non avrà nulla a che pretendere ad alcun titolo a fronte delle prestazioni non richieste e conseguentemente non rese in sede di esecuzione dell'Accordo Quadro, nel caso in cui al momento della scadenza di questo ultimo, non sia stato consumato l'importo massimo dello stesso e qualsiasi sia l'ammontare delle prestazioni sino al momento richieste”*.

1.3. Assume rilevanza, inoltre, il fatto che la stazione appaltante, con riguardo all'attribuzione del punteggio alla offerta economica per il lotto 2, nel disciplinare di gara abbia previsto l'utilizzo dei due seguenti subcriteri: *i)* prezzo prodotti (*“PP”*), rispetto al quale il punteggio massimo conseguibile risultava pari a 15 punti; *ii)* prezzo prodotti nuovi (*“PPN”*), rispetto al quale il punteggio massimo conseguibile risultava pari a 15 punti (cfr. disciplinare di gara pag. 101 e ss., doc. 3 della produzione di parte ricorrente).

1.3.1. Più in particolare, con riferimento al subcriterio PP nel disciplinare veniva riportata una tabella recante in maniera analitica sia la quantità, sia il prezzo, per ciascun prodotto oggetto di fornitura.

1.3.1.1. Ferservizi, pertanto, in conseguenza del fatto di aver espressamente specificato, nel disciplinare di gara, il prezzo unitario per ciascuno dei prodotti rilevanti ai fini della attribuzione del punteggio relativo al subcriterio PP, aveva indicato anche l'importo a base d'asta per tale parte della fornitura del lotto 2, quantificandolo nella misura di euro 3.968.381,60 (cfr. disciplinare di gara, pag. 101).

1.3.1.2. Ancora più in dettaglio, al punto 3.4.1. *“Prezzo Prodotti (PP)”* del disciplinare di gara veniva prescritto quanto segue *“Per ciascuno dei prodotti*

indicati nella tabella sotto riportata e presenti nella Busta digitale economica, il Concorrente dovrà offrire, a pena di esclusione, un prezzo unitario (PU) non superiore al relativo importo unitario base (PUB), per i quali è indicata la quantità presunta d'acquisto (meramente indicativa e non vincolante). L'importo a base d'asta è pari ad € 3.968.381,60 (come sotto riportato) è stato individuato sulla base del transato degli acquisti effettuati dalle Società del Gruppo FS Italiane sull'ultimo contratto in vigore”.

1.3.1.3. La stazione appaltante, sempre al punto 3.4.1. del disciplinare, specificava – dandone, peraltro, risalto grafico mediante l'utilizzo della notazione “N.B.” in grassetto e l'utilizzo della sottolineatura per tutto il testo – che *“Si evidenzia che il valore totale a base d'asta Pba (€ 3.968.381,60) è stato determinato ai soli fini dell'attribuzione del punteggio economico e, pertanto, non è da considerarsi indicativo dell'incidenza economica delle singole prestazioni/forniture rispetto al valore complessivo del presente appalto”.*

1.3.2. Per quel che concerne, invece, l'indicazione della quantità dei prodotti afferenti alla suddetta porzione della fornitura inerente al lotto 2, Ferservizi, al medesimo punto 3.4.1. del disciplinare di gara, specificava che *“Le quantità indicate nella tabella sottostante sono quantità utilizzate come meccanismo deterministico per il confronto delle offerte economiche e sono da intendersi meramente indicative, non impegnative e non vincolanti ai fini contrattuali e suscettibili di modifiche in corso di esecuzione”.*

1.3.3. Il punto 8 del disciplinare di gara, rubricato “Motivi di esclusione”, stabiliva, *inter alia*, che *“[...] Sarà altresì esclusa: [...] l'offerta che contenga anche un solo prezzo unitario (PU) superiore al relativo importo unitario base (Pub); l'offerta in cui la sommatoria dei prezzi unitari offerti moltiplicati per le relative quantità sia pari o superiore al prezzo totale a base d'asta; [...] Saranno, altresì, esclusi i Concorrenti: le cui offerte sono*

imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi; [...]”.

1.4. Con riferimento al subcriterio PPN, il punto 3.4.2. del disciplinare di gara recava una tabella contenente solo la quantità per ciascun prodotto afferente a questa porzione della fornitura del lotto 2, senza prevedere alcuna indicazione relativa ai prezzi unitari dei singoli prodotti.

1.5. Per quanto riguarda la presentazione dell’offerta tecnica, per quel che rileva ai fini del presente giudizio, gli operatori partecipanti alla gara, oltre alla compilazione della c.d. “Busta digitale tecnica”, dovevano presentare in modalità *off-line*, ai sensi di quanto previsto dal punto 3.2.2. del disciplinare di gara, la campionatura relativa ad alcuni dei prodotti indicati anche nel capitolato speciale d’appalto, con particolare riferimento ai seguenti: *i)* calzatura di sicurezza bassa invernale (contrassegnata con il riferimento “N1.28”), taglia 42; *ii)* calzatura alla caviglia maschile invernale (contrassegnata con il riferimento “N1.50”), taglia 42.

La valutazione di tale campionatura rientrava nella valutazione qualitativa dell’offerta e rispetto ad essa la *lex specialis* prevedeva l’attribuzione di un massimo di 10 punti.

1.5.1. Tali campionature, inoltre, dovevano essere corredate, alternativamente, da: *a)* una dichiarazione sostitutiva resa ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 dal legale rappresentante del concorrente, attestante che i prodotti oggetto di campionatura fossero certificati o certificabili ai sensi delle normative di qualità indicate nelle specifiche tecniche a base di gara; *b)* dai certificati dei prodotti offerti.

Non era, invece, richiesta la presentazione delle schede tecniche dei prodotti offerti che, in base a quanto previsto dal punto 10.1, lett. *c)*, del disciplinare di gara, dovevano essere presentate, a seguito dell’aggiudicazione, dal solo aggiudicatario al fine di dimostrare la conformità dei prodotti offerti alle

prescrizioni delle normative di riferimento e alle specifiche tecniche a base di gara.

1.5.2. La stazione appaltante, con avviso di *“chiarimenti ed errata corrige”* pubblicato prima del termine di presentazione delle offerte, ha fornito *“ulteriori descrizioni tecniche delle calzature di sicurezza”* (cfr. doc. 4 della produzione di Ferservizi).

In particolare, in relazione al prodotto contrassegnato con il codice N1.28, la stazione appaltante precisava che sarebbe risultato idoneo anche un prodotto dotato di un *“puntale in alluminio resistente all’urto fino a 200J ed alla compressione fino a 1500 kg”* e non più del solo *“puntale e lamina in composito”*, come invece indicato nell’originaria specifica tecnica allegata al capitolato speciale di appalto.

1.6. Quattro operatori presentavano domanda di partecipazione per il lotto 2 della gara per cui è causa: SAFE S.r.l., ST Protect S.p.A., Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. e A+A Monferrato S.r.l.

1.6.1. La stazione appaltante, in data 3 novembre 2022, inoltrava la comunicazione di aggiudicazione del lotto 2, del quale risultava aggiudicataria Safe S.r.l. con un punteggio complessivo di 9,408 punti – di cui 70 per l’offerta tecnica e 24,408 per l’offerta economica –. Al secondo posto si collocava ST Protect S.p.A. con il punteggio complessivo di 82,029 – di cui 53,601 per l’offerta tecnica e 28,429 per l’offerta economica – e poi gli altri operatori con l’identico punteggio complessivo di 52,572 punti.

1.7. ST Protect S.p.A., in data 4 novembre 2022, chiedeva di avere accesso ai verbali di gara, alla documentazione amministrativa e tecnica presentata dalla società aggiudicataria, nonché alla campionatura e alle relative fotografie (cfr. doc. 10 della produzione di parte ricorrente).

1.7.1. La stazione appaltante, in data 10 novembre 2022, ha osteso alla richiedente ST Protect S.p.A. i verbali delle operazioni di gara e, in data 18 novembre 2022, l’offerta tecnica di SAFE S.r.l. in una versione parzialmente oscurata. Ferservizi, in data 23 novembre 2022, ha osteso nuovamente le

tabelle allegate ai verbali di gara, in quanto le stesse risultavano illeggibili nella versione inizialmente ostesa.

1.7.2. ST Protect S.p.A., in data 1° febbraio 2023 formulava una ulteriore istanza di accesso agli atti in relazione alla offerta tecnica di Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A.

2. ST Protect S.p.A., con la proposizione del presente ricorso, affidato a tre mezzi di gravame, insorgeva avverso l'aggiudicazione del lotto 2 della gara in parola, in uno con tutti gli altri atti e provvedimenti indicati in epigrafe, lamentandone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto distinti profili, e ne chiedeva l'annullamento.

In estrema sintesi, la società ricorrente con il primo motivo di ricorso contestava l'omessa esclusione dalla gara dell'aggiudicataria SAFE S.r.l. per il fatto di aver presentato un'economica superando la "base d'asta". Con il secondo motivo di ricorso si contestava l'asserito mancato rispetto, da parte della società aggiudicataria, delle specifiche tecniche prescritte dalla *lex specialis* in ordine al prodotto "*Calzatura di sicurezza bassa EN ISO 20345 S3 SRC invernale*", contrassegnato con il codice N1.28. Infine, con il terzo mezzo di gravame, la società ricorrente lamentava l'asserita imputabilità ad un unico centro decisionale delle offerte presentate dalla SAFE S.r.l. e dalla Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A.

2.1. La società ricorrente, inoltre, formulava anche istanza ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a. in relazione alla documentazione di gara richiesta e non ostesa, nonché alla versione integrale della documentazione che Ferservizi aveva reso accessibile solo parzialmente.

2.2. Ferservizi, SAFE S.r.l. e Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. si costituivano in giudizio per resistere al ricorso in esame.

2.2.1. Ferservizi, con la memoria di costituzione depositata in data 2 gennaio 2023, eccepiva l'infondatezza del gravame.

2.2.1.1. In particolare, la stazione appaltante resistente eccepiva l'infondatezza del primo motivo di ricorso in quanto l'unico importo individuato dalla *lex*

specialis quale base d'asta per il lotto 2 era quello di euro 3.968.381,60, previsto in relazione al subcriterio PP. Di contro, diversamente da quanto sostenuto dalla società ricorrente, il valore complessivo dell'accordo quadro (pari ad euro 7.940.000,00, incrementabile fino al valore di euro 11.910.000,00 in caso di esercizio dell'opzione riservata dalla *lex specialis* alla stazione appaltante) costituirebbe solo un *plafond* di spesa per l'acquisto dei prodotti oggetto di fornitura, ossia l'autovincolo fissato dalla stazione appaltante all'esborso economico da sostenere in sede di esecuzione dell'accordo quadro, il cui superamento non costituirebbe causa di esclusione dalla procedura di gara in parola.

2.2.1.2. Ferservizi eccepiva anche l'inammissibilità e comunque l'infondatezza del secondo motivo di ricorso sotto plurimi profili.

In particolare, i profili di doglianza che appuntano nel senso della illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicataria per aver asseritamente offerto un prodotto non conforme alle specifiche tecniche poste a base della gara risulterebbero inammissibili per violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a., in quanto si riferiscono a una attività amministrativa non ancora esercitata; infatti, ai sensi del punto 10.1 del disciplinare di gara, la verifica della conformità dei prodotti offerti costituiva un'attività da svolgersi solo successivamente alla aggiudicazione e in vista della stipulazione dell'accordo quadro e, comunque, Ferservizi non vi aveva ancora provveduto.

La stazione appaltante eccepiva, poi, l'inammissibilità del secondo motivo di ricorso con riguardo alle censure volte a contestare l'asserita illegittimità del suo operato nell'attribuzione del punteggio tecnico alla offerta della società aggiudicataria con riguardo a quanto previsto dai punti 3.2.1. e 3.2.1.8. del disciplinare (rispetto ai quali alla offerta di SAFE S.r.l. era stato assegnato un punteggio pari a 1,81 punti su un massimo di 4,1 punti), nonché dal punto 3.2.2. del disciplinare ("*Valutazione qualitativa (estetico/funzionale) della campionatura (fase off-line dell'offerta tecnica – Max 10 punti)*"), nel quale il prodotto "*Calzatura alla caviglia maschile invernale (Rif. N1.50) Tg. 42*"

pure veniva considerato ai fini dell'attribuzione del punteggio massimo di 10 punti.

In particolare, i predetti profili di doglianza sarebbero inammissibili per mancato superamento della c.d. prova di resistenza, posto che la forbice tra il punteggio attribuito alla aggiudicataria SAFE S.r.l. (94,408 punti) e quello attribuito alla società ricorrente (82,029) risulterebbe superiore al punteggio che, eventualmente, potrebbe essere sottratto alla SAFE S.r.l. laddove la censura venisse accolta (ossia 11,81 punti a fronte di uno scarto). Ciò, invero, occorrerebbe anche in seguito alla riparametrazione del punteggio assegnato alla offerta tecnica dell'aggiudicataria rispetto a quello ottenuto dagli altri concorrenti; infatti, in ragione dello scarto di punteggio esistente alla offerta tecnica presentata dalla SAFE S.r.l. verrebbe comunque attribuito il punteggio massimo di 70 punti.

Tali profili di censura, inoltre, risulterebbero anche infondati posto che con l'avviso di "*chiarimenti ed errata corrige*" ritualmente pubblicato in data 9 settembre 2022 – quindi prima dello scadere del termine per la presentazione delle offerte, fissato al 30 settembre 2022 – era stata precisata, con riguardo al prodotto contrassegnato con il codice N1.28 (Scarpa bassa S3 SRC invernale), l'idoneità anche di un "*puntale in alluminio resistente all'urto fino a 200J ed alla compressione fino a 1500 kg*" e non più solo di un "*puntale e lamina in composito*". Nel caso di specie, il prodotto offerto da SAFE S.r.l. recava "*metallic toecap*" e quindi sarebbe pienamente conforme alle specifiche tecniche poste a base della gara per cui è causa.

2.2.1.3. Ferservizi eccepiva, poi, l'infondatezza del terzo motivo di ricorso in quanto, diversamente da quanto asserito dalla società ricorrente, SAFE S.r.l. e Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. non costituirebbero un unico centro decisionale.

In particolare, ciò non potrebbe desumersi dal mero fatto che, per alcuni prodotti, SAFE S.r.l. ha partecipato in qualità di rivenditore/distributore e Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. in qualità di produttore.

Nel caso di specie non sussisterebbero, in ogni caso, indizi gravi, precisi e concordanti, idonei a sostenere la tesi della società ricorrente, in quanto tra le due anzidette società non vi sarebbe alcun collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c., né altra forma di correlazione stabile.

Più in dettaglio, il rilascio da parte della Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. a SAFE S.r.l. di una dichiarazione inerente alla certificabilità della calzatura N1.50 risulterebbe del tutto fisiologico, in quanto è il produttore a dover attestare la certificabilità di un bene rispetto alle norme di qualità europee.

Oltretutto il fatto che il prezzo unitario offerto dalle due anzidette società con riguardo al prodotto N1.50 fosse simile e superiore al prezzo di listino, troverebbe la propria giustificazione nel fatto che il listino prezzi della Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. riguarda calzature con taglie *standard* dal n. 38 al n. 48, mentre la gara per cui è causa ha ad oggetto anche la fornitura di taglie dal n. 49 al n. 52, il che determina la necessità di produrre beni non *standard*, con conseguente maggiore incidenza dei costi.

Anche la circostanza per cui le due anzidette imprese abbiano offerto, in parte, i medesimi prodotti è riconducibile al fatto che le stesse intrattengono rapporti commerciali di fornitura e rivendita/distribuzione dei prodotti della Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A.

2.2.1.4. Ferservizi, in ordine all'istanza formulata dalla società ricorrente ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., eccepisce sia l'improcedibilità della domanda con riferimento alla documentazione tecnica della aggiudicataria SAFE S.r.l., affermando che la versione integrale della documentazione richiesta sarebbe stata ostesa in data 3 gennaio 2023, sia l'improcedibilità della domanda relativa alla richiesta ostensiva relativa alla documentazione della Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A., posto che anch'essa sarebbe stata resa accessibile.

2.2.2. Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A., con la memoria depositata in data 4 gennaio 2023, eccepiva, in via preliminare, l'irricevibilità del ricorso per tardività dell'impugnazione ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a. in quanto, a

fronte della comunicazione dell'aggiudicazione operata dalla stazione appaltante in data 3 novembre 2022, il ricorso sarebbe stato notificato in data 5 dicembre 2022, quindi oltre il termine decadenziale di trenta giorni previsto dalla legge.

Sempre in via preliminare, Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. eccepiva l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse ad agire nei suoi confronti, in quanto società collocata al quarto posto nella graduatoria di merito.

2.2.2.1. Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. eccepiva, poi, l'infondatezza nel merito dell'intero gravame.

In particolare, veniva eccepita l'infondatezza del primo mezzo di gravame in ragione del fatto che la *lex specialis* prevedeva, quale importo a base d'asta per il lotto 2, unicamente quello relativo alla porzione di fornitura di cui al sub-criterio PP, pari a euro 3.968.381,60.

Quanto al secondo mezzo di gravame, l'eccezione di infondatezza sollevata dalla predetta società si appunta essenzialmente sul fatto che la stazione appaltante ha modificato la scheda tecnica del prodotto N1.28 con un avviso di "*chiarimenti ed errata corrige*" ritualmente pubblicato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Per quel che riguarda l'eccezione di infondatezza del terzo motivo di ricorso, Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. evidenziava l'irrelevanza degli indizi prospettati dalla società ricorrente per sostenere la tesi dell'unicità del centro decisionale tra di essa e l'aggiudicataria SAFE S.r.l. In proposito, veniva, *inter alia*, osservato che rispetto ai prezzi indicati nel listino l'incidenza di fattori esogeni aveva determinato un aumento dei costi delle materie prime, con conseguenza incidenza, anch'essa in aumento, sul prezzo del prodotto finito. Oltretutto, la *lex specialis* richiedeva requisiti tecnici specifici e particolarmente stringenti, sicché agli operatori partecipanti alla gara non residuavano ampi margini per differenziare le proprie offerte.

2.2.3. SAFE S.r.l., con la memoria depositata in data 9 gennaio 2023, eccepiva l'infondatezza del gravame e l'improcedibilità dell'istanza *ex art.* 116, comma 2, c.p.a. per sopravvenuta carenza di interesse in quanto la stazione appaltante avrebbe osteso integralmente la documentazione di gara richiesta dalla parte ricorrente.

2.2.3.1. Più in particolare, SAFE S.r.l. eccepiva l'infondatezza del primo motivo di ricorso in quanto l'importo assunto a fondamento delle censure della società ricorrente non rappresenterebbe il prezzo a base di gara, bensì il valore massimo presunto dell'accordo quadro (c.d. *plafond*), oltre il quale la stazione appaltante non può emettere ordinativi di acquisto con riferimento alla fornitura oggetto della gara per cui è causa. La base d'asta, invece, era costituita dall'importo di euro 3.968.381,60, corrispondente alla somma dei prezzi unitari dei soli prodotti relativi alla porzione di fornitura alla quale si riferiva il sub-criterio "PP" di attribuzione del punteggio all'offerta economica per il lotto 2, moltiplicati per le quantità presunte di acquisto indicate dalla *lex specialis*.

2.2.3.2. SAFE S.r.l. eccepiva anche l'infondatezza del secondo motivo di ricorso in ragione del fatto che la stazione appaltante, prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, aveva pubblicato una "*prima tranche di chiarimenti ed errata corrige*", fornendo le specifiche tecniche del prodotto contrassegnato con il riferimento N1.28.

2.2.3.3. SAFE S.r.l. eccepiva, poi, l'infondatezza del terzo mezzo di gravame in quanto gli elementi indicati dalla società ricorrente non costituirebbero indice della sussistenza di una pratica concordata tra Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. e la medesima SAFE S.r.l., con la conseguenza che le offerte presentate per il lotto 2 da tali società non potrebbero essere ricondotte a un unico centro decisionale.

In proposito, SAFE S.r.l. evidenziava che la circostanza per cui essa avesse offerto una calzatura realizzata da Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. discendeva dal rapporto commerciale di rivendita/distribuzione intercorrente

con tale società e non creava alcun ordine di problema rispetto alla partecipazione alla gara per cui è causa, essendo la stessa aperta sia ai produttori, sia ai rivenditori e ai distributori dei prodotti oggetto di fornitura. Peraltro, l'articolo contrassegnato con il riferimento N1.50 presentava caratteristiche peculiari offerte da pochi produttori, tra i quali la Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A., già fornitore in via diretta delle società del Gruppo Ferrovie dello Stato.

Quanto alla similarità dei prezzi offerti da SAFE S.r.l. e da Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. in relazione al prodotto N1.50 – pari, rispettivamente, a euro 119,06 e a euro 117,869 – veniva innanzitutto evidenziato che il punteggio attribuito alla offerta economica della SAFE S.r.l. (pari a 24,408) divergeva estremamente da quello attribuito alla offerta economica della Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. (pari a 9,312), il che escluderebbe, a monte, l'esistenza di una concertazione illecita tra queste due società ai fini della partecipazione alla gara in parola.

Oltretutto, SAFE S.r.l. evidenziava anche che le due anzidette società avevano offerto prezzi unitari diversi per il prodotto N1.50 – come detto, euro 119,06 SAFE S.r.l. ed euro 117,869 Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. –.

Con riguardo al fatto che il prezzo offerto fosse di gran lunga maggiore rispetto a quello indicato nel listino prezzi *standard*, SAFE S.r.l. evidenziava che il listino indicato dalla società ricorrente è quello che la Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. applica ai rivenditori. Oltretutto, la calzatura N1.50 non corrisponde esattamente alla calzatura *standard* indicata con il codice 46255 nel listino prezzi della Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A., posto che la stazione appaltante, nelle proprie schede tecniche, aveva richiesto elementi ulteriori, quale ad esempio un plantare estraibile e sostituibile in materiale espanso, non presenti nella calzatura *standard*. Il listino prezzi *standard*, peraltro, si riferirebbe solo a calzature per taglie comprese tra il numero 38 e il numero 48, mentre SAFE S.r.l., per assolvere il criterio premiale indicato al punto 3.2.1.9 del disciplinare di gara, aveva offerto anche calzature di taglie

superiori fino al numero 52. Il listino prezzi in questione, peraltro, era stato approvato prima che nel corso del 2022 si verificasse l'aumento sia dei costi delle materie prime, sia dei costi di produzione, *in primis* quelli della energia. SAFE S.r.l. evidenziava, altresì, che in ragione della durata dell'affidamento (minimo 36 mesi) e del plausibile aumento dei costi che avrebbe potuto verificarsi durante tale arco temporale, aveva inteso offrire un prezzo unitario in grado di assicurargli un utile, anche tenuto conto che i margini di profitto rispetto alla fornitura dei prodotti relativi al sub-criterio PP risultavano esigui, in quanto la stazione appaltante aveva posto a base d'asta un importo definito sulla scorta dei prezzi unitari dei prodotti rilevati da precedenti forniture che avevano avuto luogo in un contesto congiunturale diverso da quello nel quale si è svolta la gara.

Infine, SAFE S.r.l. osservava come il fatto che fossero stati presentati prodotti coincidenti alla luce dei parametri PVT (permeabilità vapore acqueo tomaia), PVF (permeabilità vapore acqueo fodera) e CA (coefficiente di aderenza), si doveva al fatto che la legge di gara avesse individuato, in maniera analitica, le caratteristiche tecniche e funzionali dei prodotti oggetto di fornitura, prescrivendo requisiti minimi di carattere prestazionale e descrittivo, come tali non derogabili dai concorrenti. A detta di SAFE S.r.l. sul mercato vi erano pochi prodotti corrispondenti alle specifiche tecniche richieste da Ferservizi ai fini della fornitura in questione, il che aveva ulteriormente concorso a incidere sulla presentazione di prodotti analoghi da parte di SAFE S.r.l. e Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A.

2.3. All'udienza camerale dell'11 gennaio 2023, stante la natura di accordo quadro del contratto pubblico oggetto di affidamento, per sua natura non immediatamente lesivo della sfera giuridica della società ricorrente, la Sezione, concordi le parti come risultante dal verbale di udienza, rinviava la trattazione del merito della presente controversia all'udienza pubblica del 19 aprile 2023.

2.4. In vista dell'udienza pubblica del 19 aprile 2023 le parti presentavano memorie e repliche, controdeducendo alle argomentazioni svolte dalle

controparti ed insistendo, rispettivamente, per l'accoglimento delle proposte domande ed eccezioni.

In particolare, la parte ricorrente, con la memoria depositata in data 3 aprile 2023, dichiarava di prendere atto dell'esistenza di un chiarimento di Ferservizi, con il quale si ammetteva per la calzatura N1.28 anche il puntale in alluminio.

2.4.1. Ferservizi, con la memoria depositata in data 3 aprile 2023, ha inoltre rappresentato di aver accolto integralmente le istanze di accesso agli atti formulate dalla società ricorrente, ostendendo la documentazione richiesta. Più in dettaglio, in data 13 gennaio 2023 ha trasmesso, in versione integrale, la documentazione tecnica relativa alla offerta presentata da SAFE S.r.l. In data 24 gennaio 2023 ha, invece, trasmesso la documentazione tecnica presentata dalla Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A., integrandola successivamente con i documenti afferenti ai campioni presentati in gara e, poi, con la documentazione amministrativa.

Ferservizi, quindi, insisteva per l'accoglimento dell'eccezione di improcedibilità dell'istanza *ex art. 116, comma 2, c.p.a.* in ragione della sopravvenuta carenza di interesse correlata con l'integrale ostensione, in favore della società ricorrente, della documentazione da essa richiesta.

2.5. All'udienza pubblica del 19 aprile 2023 la causa veniva trattenuta in decisione sulla base degli atti come richiesto da tutte le costituite parti in causa con le rispettive richieste di passaggio in decisione depositate prima della celebrazione dell'udienza.

3. Il Collegio, stante l'infondatezza del gravame, ritiene di non dover preliminarmente esaminare le eccezioni in rito sollevate dalla stazione appaltante resistente e dalle società controinteressate.

3.1. Con il primo motivo di ricorso, la società ricorrente ha contestato la legittimità degli atti e provvedimenti impugnati per *“Violazione e falsa applicazione dell'art. II.2.4 del bando, dell'art. 1.3 e 8 del disciplinare. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 35, 59, 95, d.lgs. 50/2016.*

Violazione del principio di buon andamento, di par condicio concorrentium e di imparzialità. Eccesso di potere per contraddittorietà”.

In estrema sintesi, nella prospettazione della parte ricorrente l'offerta di SAFE S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa per superamento della base d'asta del lotto 2, che la società ricorrente fa coincidere con l'importo massimo fissato in relazione alla durata iniziale dell'accordo quadro (36 mesi) e pari a euro 7.940.000 IVA esclusa (punto II.2.4) del bando di gara): SAFE S.r.l., infatti, si è aggiudicata il lotto 2 con una offerta di importo complessivamente pari a euro 8.800.296,6.

Nella prospettazione della società ricorrente, l'offerta di SAFE S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa in quanto ai fini della sua ammissibilità doveva essere considerato l'importo massimo del triennio iniziale (7.940.000 euro IVA esclusa) e non, invece, il valore totale del lotto 2 (11.910.000 euro IVA esclusa), corrispondente al valore stimato dell'accordo quadro di cui all'art. 35, comma 4, c.c.p. – comprensivo dell'opzione di importo pari a euro 3.970.000 IVA esclusa – che svolge una funzione differente dall'importo a base d'asta, essendo funzionale alla verifica del superamento delle soglie di rilevanza comunitaria ai fini della individuazione della procedura ad evidenza pubblica da applicare.

Sulla scorta di tale prospettazione, quindi, la società ricorrente ha contestato la violazione dell'art. 59, comma 4, lett. c), c.c.p. –che considera inammissibili le offerte il cui prezzo supera l'importo posto dalla stazione appaltante a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto – declinandolo alla luce dei principi di imparzialità dell'azione amministrativa e di tutela della *par condicio competitorum* e utilizzando, quali parametri di legittimità dell'operato di Ferservizi, il punto II.2.4 del bando di gara, gli artt. 1.3, 5.A.6 e 10.3 del disciplinare, nonché l'art. 4, comma 1, dello schema di accordo quadro.

Oltretutto, la società ricorrente, considera la violazione dell'art. 59, comma 4, lett. c), c.c.p. particolarmente pregnante nel caso di specie, in quanto il criterio

di aggiudicazione previsto da Ferservizi è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, pertanto, il rispetto dell'importo a base d'asta gioca un ruolo fondamentale per il regolare svolgimento del confronto concorrenziale sui profili tecnici.

3.2. Il Collegio ritiene che tale mezzo di gravame non sia meritevole di favorevole considerazione e debba essere disatteso.

3.3. Vale preliminarmente evidenziare che in base all'art. 3, comma 1, lett. *iii*), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recante codice dei contratti pubblici ("c.c.p.") l'accordo quadro è definito come *"l'accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda il prezzo e, se del caso, le quantità previste"*.

La giurisprudenza amministrativa ha, in proposito, affermato che l'accordo quadro *"costituisce una procedura di selezione del contraente (che non postula alcuna deroga ai principi di trasparenza e completezza dell'offerta) allo scopo di semplificare, sotto il profilo amministrativo, il processo d'aggiudicazione dei contratti fra una o più stazioni appaltanti ed uno o più operatori economici, individuando futuri contraenti, prefissando condizioni e clausole relative agli appalti in un dato arco temporale massimo, con l'indicazione dei prezzi e, se del caso, delle quantità previste [...] in particolare, questa fattispecie contrattuale è particolarmente utile per le pubbliche amministrazioni quando non sono in grado di predeterminare, in maniera precisa e circostanziata, i quantitativi dei beni da acquistare [...]"* (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5785 del 6 agosto 2021).

Infatti, l'accordo quadro costituisce un *pactum de modo contrahendi*, ossia un contratto normativo, dal quale non scaturiscono effetti reali o obbligatori e la cui efficacia consiste nel vincolare, alla disciplina fissata con l'accordo quadro, la successiva manifestazione di volontà delle parti contraenti nella stipula dei c.d. contratti esecutivi (cfr. T.A.R. Emilia Romagna, sez. II, sent. n.

816 del 1° ottobre 2021; T.A.R. Lombardia, sez. II, sent. n. 840 del 18 maggio 2020).

3.3.1. Partendo dalla definizione normativa di accordo quadro e dagli essenziali rilievi giurisprudenziali testé richiamati in ordine alla natura e alla funzione di tale tipologia di contratto pubblico, può porsi in rilievo che l'operatore che si aggiudica la gara per l'affidamento di un accordo quadro non acquisisce il diritto di rendere il servizio o di erogare la fornitura richiesta dalla stazione appaltante nella misura della quantità e/o dell'importo massimo indicati nella *lex specialis*. L'operatore aggiudicatario, invero, diviene la controparte contrattuale della stazione appaltante in relazione ai singoli e specifici contratti esecutivi dell'accordo quadro, il cui numero non è predeterminabile *a priori* e che sono destinati ad essere stipulati, di volta in volta, a seconda delle esigenze e del fabbisogno che l'ente aggiudicatore intende soddisfare durante l'arco temporale di validità dell'accordo quadro, fermo restando il rispetto degli autovincoli relativi all'importo e/o alla quantità massima originariamente fissati dalla *lex specialis*.

3.3.2. Ciò è stato anche affermato dalla giurisprudenza eurounitaria e poi ribadito da quella amministrativa.

3.3.2.1. La Corte di Giustizia dell'Unione europea, proprio in relazione all'affidamento di un accordo quadro, dopo aver ricordato che “*l'amministrazione aggiudicatrice inizialmente parte dell'accordo quadro può assumere impegni, per se stessa e per le potenziali amministrazioni aggiudicatrici che siano chiaramente individuate in tale accordo, solo entro una quantità e/o un valore massimo e, una volta raggiunto tale limite, detto accordo avrà esaurito i suoi effetti (v., per analogia, sentenza del 19 dicembre 2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust e Coopservice, C216/17, EU:C:2018:1034, punto 61)*”, ha affermato che “*il bando di gara deve indicare la quantità e/o il valore stimato nonché una quantità e/o un valore massimo dei prodotti da fornire in forza di un accordo quadro complessivamente e che tale bando può fissare requisiti*

ulteriori che l'amministrazione aggiudicatrice decida di aggiungervi” (cfr. CGUE, sez. IV, 17 giugno 2021, in C-23/20, Simonsen & Weel A/S contro Region Nordjylland og Region Syddanmark).

3.3.2.2. Del pari, in seno alla giurisprudenza amministrativa è stato affermato che *“se l'accordo quadro può considerarsi ‘rigido’, per quanto riguarda i soggetti stipulanti, a diversa conclusione deve pervenirsi con riferimento ai beneficiari della fornitura da esso veicolata ed alla concreta quantificazione della stessa, la cui specificazione è suscettibile di subire modifiche durante il periodo di efficacia dello stesso, entro i limiti, essenzialmente ‘quantitativi’, senza che ne risulti tradita o depotenziata l'originaria matrice concorrenziale, insita nelle regole di trasparenza e par condicio che ne hanno contrassegnato il procedimento di aggiudicazione (Cons. St. n. 5489/2018). Nella più volte citata sentenza della Corte di Giustizia [CGUE, sez. VIII, 19 dicembre 2018, in C-216/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust e Coopservice contro ASST et al., in Racc. digitale, n.d.r.] è stato chiaramente affermato che è necessario fissare il solo importo massimo al fine di garantire il rispetto dei principi della parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza [...]. La fissazione dell'importo massimo rende legittima la lex specialis, in quanto predetermina in maniera chiara il limite quantitativo dello sforzo organizzativo, che potrà essere richiesto al fornitore, il quale, in quanto aggiudicatario di un accordo quadro e non di un ordinario appalto, non può pretendere una precisa determinazione delle clausole degli ordinativi” (cfr. C.G.A.R.S., sez. I, sent. n. 127 del 17 febbraio 2020).*

3.3.2.3. Da tali arresti giurisprudenziali, per quel che rileva ai fini del presente giudizio, emerge che ai fini della legittimità dell'affidamento dell'accordo quadro gli enti aggiudicatori sono tenuti a fissare nella *lex specialis* l'importo massimo di spesa. Ciò in quanto, se è vero che la quantità di prestazioni che verrà effettivamente acquistata dagli enti aggiudicatori non deve

necessariamente essere predeterminata *ex ante* in modo rigido e imm modificabile, essendo suscettibile di specificazione durante il periodo di efficacia dell'accordo quadro, è altrettanto vero che deve essere predeterminato in maniera chiara il limite quantitativo dello sforzo organizzativo che potrà essere richiesto al fornitore. In ciò gioca un ruolo centrale la determinazione dell'importo massimo di spesa da parte degli enti aggiudicatori, posto che esso funge da limite al *quantum* delle prestazioni che possono essere legittimamente richieste all'aggiudicatario dell'accordo quadro attraverso la stipula dei susseguenti contratti attuativi.

3.3.3. Per quel che concerne, invece, l'aspetto relativo al valore stimato dell'accordo quadro, l'art. 5, par. 1, della direttiva 2014/24/UE, rubricato "*Metodi di calcolo del valore stimato degli appalti*", stabilisce che "*Il calcolo del valore stimato di un appalto è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice, compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni e rinnovi eventuali dei contratti come esplicitamente stabilito nei documenti di gara*". Di analogo tenore è anche l'art. 35, comma 4, c.c.p.

Con specifico riguardo agli accordi quadro, l'art. 5, par. 5, della direttiva 2014/24/UE prevede che "*il valore da prendere in considerazione è il valore massimo stimato al netto dell'IVA del complesso dei contratti previsti durante l'intera durata dell'accordo quadro [...]*". Di analogo tenore è anche l'art. 35, comma 16, c.c.p.

3.3.4. La funzione svolta dal valore stimato di un appalto è quella di consentire la valutazione dell'eventuale superamento della soglia comunitaria, che rileva, sul piano interno, ai fini dell'applicazione delle disposizioni che disciplinano le modalità di affidamento dei contratti pubblici. Infatti, l'art. 35, comma 6, c.c.p. in proposito stabilisce che "*La scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto o concessione non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione delle disposizioni del*

presente codice relative alle soglie europee. Un appalto non può essere frazionato allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino”.

3.4. Il Collegio, sulla scorta delle precedenti considerazioni, ritiene infondato il primo motivo di ricorso.

3.4.1. In particolare, nel caso di specie, come emerge chiaramente dalla legge di gara, l'unico importo posto da Ferservizi a base di gara per il lotto 2 risulta unicamente quello relativo all'attribuzione del punteggio in relazione al sub-criterio PP.

Ciò, invero, è quanto stabilito al punto 3.4.1. del disciplinare di gara nel quale testualmente si afferma *“Per ciascuno dei prodotti indicati nella tabella sotto riportata e presenti nella Busta digitale economica, il Concorrente dovrà offrire, a pena di esclusione, un prezzo unitario (PU) non superiore al relativo importo unitario base (PUb), per i quali è indicata la quantità presunta d'acquisto (meramente indicativa e non vincolante). L'importo a base d'asta è pari ad € 3.968.381,60 (come sotto riportato) è stato individuato sulla base del transato degli acquisti effettuati dalle Società del Gruppo FS Italiane sull'ultimo contratto in vigore. Le quantità indicate nella tabella sottostante sono quantità utilizzate come meccanismo deterministico per il confronto delle offerte economiche e sono da intendersi meramente indicative, non impegnative e non vincolanti ai fini contrattuali e suscettibili di modifiche in corso di esecuzione [segue la tabella dei singoli prodotti con l'indicazione della quantità e del prezzo unitario, del prezzo totale per singolo prodotto (PxQ) e dell'importo a base d'asta, n.d.r.] N.B. Si evidenzia che il valore totale a base d'asta Pba (€ 3.968.381,60) è stato determinato ai soli fini dell'attribuzione del punteggio economico e, pertanto, non è da considerarsi indicativo dell'incidenza economica delle singole prestazioni/forniture rispetto al valore complessivo del presente appalto”.*

L'espressa determinazione, da parte di Ferservizi, di un importo a base di gara in relazione alla porzione di fornitura relativa ai prodotti per i quali trova applicazione il sub-criterio "Prezzo Prodotti" (PP), ai fini dell'attribuzione del punteggio per una quota parte della complessiva offerta economica, costituisce, nella gara per cui è causa, un insuperabile vincolo per gli operatori concorrenti. Di conseguenza, gli operatori partecipanti alla gara non avrebbero potuto formulare, a pena di inammissibilità, una offerta economica, per i prodotti rientranti in tale porzione della fornitura, superiore all'importo a base di gara stabilito nella misura di euro 3.968.381,60.

3.4.2. Per converso, alcun importo a base di gara è stato previsto dalla *lex specialis* in relazione alla restante parte della fornitura.

In particolare, con riferimento ai prodotti per i quali trova applicazione il sub-criterio "Prezzo Prodotti Nuovi" (PPN), il punto 3.4.2. del disciplinare di gara prevede che *"Per ciascuno dei prodotti indicati nella tabella sotto riportata e presenti nella Busta digitale economica, il Concorrente dovrà offrire, a pena di esclusione, un prezzo unitario (PU). La sommatoria del prodotto tra i singoli prezzi unitari offerti e le relative quantità determinerà un valore totale. Le quantità indicate nella tabella sottostante sono quantità utilizzate come meccanismo deterministico per il confronto delle offerte economiche e sono da intendersi meramente indicative, non impegnative e non vincolanti ai fini contrattuali e suscettibili di modifiche in corso di esecuzione [segue la tabella dei singoli prodotti con l'indicazione della sola quantità, n.d.r.] La sommatoria dei prezzi unitari offerti per ogni item moltiplicati per le relative quantità stimate determinerà un Valore Economico Totale [...]"*.

Di conseguenza, per tale porzione di fornitura, gli operatori economici partecipanti alla gara erano liberi di determinare i prezzi unitari da offrire per i singoli prodotti, con l'unico limite stabilito dallo stesso punto 3.4.2. del disciplinare nella parte in cui si prevede che *"Il Concorrente non potrà inoltre, a pena di esclusione, offrire prezzi unitari di importo pari € 0,00"*.

3.4.3. Sulla scorta delle suddette prescrizioni della *lex specialis* la prospettazione sulla quale poggiano le contestazioni della società ricorrente risulta destituita di fondamento.

Infatti, l'unico importo posto da Ferservizi a base di gara risulta essere quello indicato al punto 3.4.1. del disciplinare di gara (pari a euro 3.968.381,60) e valevole ai fini dell'attribuzione del punteggio economico per la parte di fornitura per la quale trova applicazione il sub-criterio PP.

Di contro, non costituiscono, né concorrono a formare, l'importo a base di gara tanto il valore stimato del lotto 2 (pari a euro 11.910.000) – che, come visto, serve a verificare il superamento delle soglie di rilevanza comunitaria – quanto l'importo massimo spendibile da Ferservizi nel triennio di durata iniziale dell'accordo quadro (pari a euro 7.940.000) – che costituisce il vincolo di spesa della stazione appaltante sul versante dell'esecuzione dell'accordo quadro e, dunque, il limite quantitativo dello sforzo organizzativo che potrà essere richiesto al fornitore –.

Solo l'importo a base di gara stabilito al punto 3.4.1. del disciplinare di gara costituisce un vincolo insuperabile per le imprese concorrenti all'atto della formulazione delle rispettive offerte economiche, a pena di inammissibilità delle stesse come previsto dall'art. 59, comma 4, lett. c), c.c.p.

3.4.3.1. Nella fattispecie in esame l'operato della stazione appaltante risulta legittimo e pienamente conforme alla legge di gara.

Infatti, l'offerta economica formulata da SAFE S.r.l. in relazione ai prodotti afferenti alla porzione di fornitura per la quale trova applicazione il sub-criterio PP risulta essere pari a euro 2.291.879,1, quindi inferiore all'unico importo a base di gara fissato dalla stazione appaltante in euro 3.968.381,60.

Di conseguenza, sotto tale diviso profilo, l'offerta della società aggiudicataria non avrebbe potuto essere legittimamente esclusa dalla gara.

La circostanza per cui l'offerta economica della società aggiudicataria, considerata nel suo complesso, sia risultata superiore all'importo massimo previsto per il triennio iniziale di durata dell'accordo quadro non determina,

ex se, l'operatività di alcuna causa di esclusione, tenuto conto dell'assetto di gara configurato da Ferservizi e non contestato dalla società ricorrente mediante l'impugnazione della *lex specialis*.

3.4.3.2. Preme, altresì, evidenziare che le quantità indicate nel disciplinare di gara in relazione alla porzione di fornitura relativa ai prodotti nuovi erano da intendersi, per espressa statuizione della stazione appaltante, come quantità “*meramente indicative, non impegnative e non vincolanti ai fini contrattuali e suscettibili di modifiche in corso di esecuzione*”. Tali quantità, invero, sono state utilizzate da Ferservizi solo come meccanismo deterministico per il confronto delle offerte economiche, sicché non risultano costituire esatta espressione del fabbisogno da soddisfare con la fornitura correlata all'attuazione dell'accordo quadro in parola.

Nel caso di specie, infatti, con la stipula dell'accordo quadro per cui è causa la stazione appaltante si è solo vincolata ad acquistare una fornitura di calzature per la sicurezza fino al raggiungimento dell'importo massimo di spesa puntualmente indicato nella legge di gara. Di conseguenza, ciò che rileva rispetto alla previsione dell'importo massimo che la società ricorrente intende quale importo a base di gara, è solo il fatto che il raggiungimento di tale *plafond* di spesa – che peraltro, come chiarito dalla giurisprudenza innanzi citata, la stazione appaltante neppure è obbligata a spendere completamente – determina l'esaurirsi degli effetti dell'accordo quadro, fermo restando l'esercizio, da parte della stazione appaltante, dell'opzione di importo nei termini previsti dalla *lex specialis* ed entro il limite totale del valore stimato dell'accordo quadro.

3.4.4. Va, inoltre, aggiunto che le altre prescrizioni della *lex specialis* invocate da parte ricorrente, quali parametri di legittimità che Ferservizi avrebbe violato in conseguenza della mancata esclusione dell'offerta di SAFE S.r.l., risultano congruenti con la scelta di individuare uno specifico importo a base di gara unicamente in relazione alla predetta porzione di fornitura.

3.4.4.1. Le previsioni di cui al punto II.2.4 del bando di gara e all'art. 1.3. del disciplinare non risultano violate, posto che esse fanno riferimento all'importo massimo di spesa e non all'importo a base di gara. Tale aspetto è stato già ampiamente chiarito e, quindi, si rinvia alle precedenti considerazioni, da intendersi qui integralmente riportate per ragioni di sinteticità espositiva.

3.4.4.2. La scelta di individuare l'importo a base di gara solo per una parte della fornitura, inoltre, è congruente con l'individuazione delle cause di esclusione che incidono sulla formulazione dell'offerta economica.

3.4.4.3. In particolare, laddove al punto 8 del disciplinare di gara si prevede che verrà esclusa *“l'offerta che contenga anche un solo prezzo unitario (PU) superiore al relativo importo unitario base (PUb)”*, viene in rilievo una causa di esclusione che tiene conto della formulazione della parte di offerta economica per la quale trova applicazione il sub-criterio PP. Invero, è solo relativamente a tale porzione di fornitura che Ferservizi ha individuato anche un importo unitario di base dei singoli prodotti mentre, come già anticipato in narrativa, con riguardo alla restante parte della fornitura la stazione appaltante si è limitata a individuare, peraltro in maniera non vincolante, solamente le quantità di prodotto, lasciando maggiormente liberi gli operatori concorrenti nella determinazione dei prezzi da offrire.

3.4.4.4. Del pari, anche la ulteriore causa di esclusione prevista al punto 8 del disciplinare, in forza della quale verrà esclusa *“l'offerta in cui la sommatoria dei prezzi unitari offerti moltiplicati per le relative quantità sia pari o superiore al prezzo totale a base d'asta”*, fa riferimento unicamente alla parte dell'offerta economica per la quale trova applicazione il sub-criterio PP, giusto il riferimento al *“prezzo totale a base d'asta”* – che costituisce un concetto diverso dall'importo massimo e dal valore stimato dell'accordo quadro –. Anche tale prescrizione della legge di gara, dunque, non risulta violata da Ferservizi, non potendo la stessa determinare l'esclusione di SAFE S.r.l. dalla gara per cui è causa.

3.4.5. Vale, infine, evidenziare che la scelta di Ferservizi di stabilire un importo a base di gara solo relativamente a una porzione della fornitura non è, *ex se*, oggetto di contestazione da parte della società ricorrente, non risultando gravate le prescrizioni della *lex specialis* che la prevedono. Invero, i profili di doglianza articolati con il primo motivo di ricorso, che poggiano sulla pretesa violazione dell'art. II.2.4 del bando e degli artt. 1.3 e 8 del disciplinare di gara, invocati quali parametri di legittimità che Ferservizi avrebbe violato, punta a far emergere l'asserita illegittimità dell'operato della stazione appaltante alla luce della mancata esclusione dell'offerta di SAFE S.r.l., con conseguente violazione dell'art. 59, comma 4, lett. c), c.c.p.

Tuttavia, tale prospettazione non può essere condivisa perché si fonda sull'erronea individuazione, da parte della società ricorrente, dell'importo a base di gara, nonché sulla confusione tra tale concetto e quello di importo massimo.

3.4.5.1. Dunque, in forza del principio della domanda (art. 34, comma 1, c.p.a.), che costituisce manifestazione della disponibilità esclusiva della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, nonché del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 39 c.p.a. e art. 112 c.p.c.), risulta precluso a questo giudice di pronunciarsi oltre i limiti della domanda e di esaminare vizi non specificamente dedotti nel ricorso a pena di nullità della sentenza ai sensi dell'art. 162 c.p.c. (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 3191 del 27 maggio 2011; Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 910 dell'11 dicembre 1984).

4. La società ricorrente, con il secondo motivo di ricorso, ha contestato la legittimità degli atti e provvedimenti impugnati per “*Violazione e falsa applicazione degli artt. 68, 83 e 94, comma 1, lettera a), d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1.1, 2.1, 3.2.1 e 3.2.1.8 del Disciplinare di gara, nonché degli articoli 1, 2 e Allegato 1 del CSA. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento. Violazione dei principi generali di autovincolo, par condicio e trasparenza*”.

4.1. Il Collegio, in relazione a tale mezzo di gravame, prende atto del fatto che, *lite pendente*, la società ricorrente abbia inteso rinunciare.

In particolare, in corso di causa Ferservizi ha rappresentato di aver fornito, mediante avviso di “*chiarimenti ed errata corrige*” pubblicato prima del termine di presentazione delle offerte, “*ulteriori descrizioni tecniche delle calzature di sicurezza*” (cfr. doc. 4 della produzione di Ferservizi). Più in dettaglio, in relazione al prodotto contrassegnato con il codice N1.28, la stazione appaltante ha precisato che sarebbe risultato idoneo anche un prodotto dotato di un “*puntale in alluminio resistente all’urto fino a 200J ed alla compressione fino a 1500 kg*” e non più del solo “*puntale e lamina in composito*”, come invece indicato nell’originaria specifica tecnica allegata al capitolato speciale di appalto.

Successivamente a tali precisazioni, la società ricorrente, con memoria depositata in data aprile 2023, dichiarava di prendere atto dell’esistenza di un chiarimento di Ferservizi, con il quale si ammetteva per la calzatura N1.28 anche il puntale in alluminio. Con tale dichiarazione, quindi, parte ricorrente ha sostanzialmente rinunciato a coltivare il secondo motivo di ricorso.

5. La società ricorrente, con il terzo motivo di ricorso, ha contestato la legittimità degli atti e provvedimenti impugnati per “*Violazione e falsa applicazione dell’art. 80, comma 5, lettera m), d.lgs. 50/2016, e dell’art. 8 del disciplinare. Violazione dei principi di libera concorrenza e trasparenza nelle gare pubbliche*”.

In particolare, con tale mezzo di gravame la società ricorrente contesta l’illegittimità dei provvedimenti impugnati alla luce del fatto che Ferservizi, in violazione dell’art. 80, comma 5, lett. *m*), c.c.p. non abbia provveduto a escludere l’offerta di SAFE S.r.l., pur ricorrendo diversi indici che farebbero propendere per l’imputabilità a un unico centro decisionale delle offerte formulate dalla società aggiudicataria e da Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A.

In particolare, un primo indice sarebbe dato dal fatto che entrambe le società hanno offerto il medesimo prodotto per quel che riguarda la “*Calzatura alla caviglia maschile invernale (Rif. N1.50)*” essendo a conoscenza di ciò. Ciò si evincerebbe dalla circostanza per cui nell’offerta tecnica prodotta da SAFE S.r.l. è stata allegata una autodichiarazione resa da Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. che, nella qualità di produttore, attestava la certificabilità di tale prodotto secondo la norma UNI EN ISO 20347:2012. Secondo la prospettazione della società ricorrente, la presenza di un documento di un concorrente nell’offerta di un altro si sostanzia in un fatto suscettibile di dimostrare che le offerte possano essere state concordate e che siano, quindi, espressione di un unico centro decisionale.

Un secondo indice veniva individuato nella vicinanza del prezzo unitario offerto dalle predette società per il dispositivo N1.50. Più in particolare, la Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. aveva proposto il prezzo unitario di euro 117.869 e la SAFE S.r.l. quello di euro 119,06. Anche tale elemento, nella prospettazione di parte ricorrente, lascerebbe presumere l’esistenza di un coordinamento illecito tra le due società. In ogni caso, costituirebbe un indice della sussistenza di un unico centro decisionale il fatto che il prezzo offerto sia superiore a quello di listino.

Un terzo indice, poi, veniva individuato nella coincidenza di alcuni prodotti tra quelli offerte dalle suddette società, come risulterebbe dai parametri riscontrabili tra sette delle calzature offerte.

5.1. Il Collegio ritiene che tale motivo di ricorso non sia meritevole di pregio e debba essere disatteso.

5.2. In via preliminare occorre ricordare che la giurisprudenza amministrativa ha da tempo chiarito che ai fini dell’integrazione della causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. *m*), c.c.p. occorre adottare un approccio “*gradualista e progressivo*” che passa attraverso il seguente sviluppo istruttorio “*a) la verifica della sussistenza di situazione di controllo sostanziale ai sensi dell’art. 2359 Cod. civ.; b) esclusa tale forma di controllo,*

la verifica dell'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte; c) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell'esistenza di un 'unico centro decisionale' da effettuare ab externo e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69; Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2017, n. 39; Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2019, n. 1577; Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2020, n. 8407; Cons. Stato, sez. V, 12 gennaio 2021, n. 393; Cons. Stato, sez. VI, 31 agosto 2021, n. 6119).

5.2.1. Oltretutto, sebbene la fattispecie escludente prevista dall'art. 80, comma 5, lett. m), c.c.p. sia *"di 'pericolo presunto' [...], in coerenza con la sua funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione che si attua mediante le procedure ad evidenza pubblica', e con la circostanza che la concreta alterazione degli esiti della selezione 'non è nella disponibilità delle imprese sostanzialmente collegate, ma dipende da variabili indipendenti rispetto alla loro volontà, quali in particolare il numero delle partecipanti e l'entità dei ribassi' (sentenza 11 luglio 2016, n. 3057 [...])"* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 2016, n. 4959; più di recente, Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2022, n. 259), *"non può nondimeno prescindersi dalla rilevazione di significativi elementi indiziari che consentano di ravvisare la sussistenza dell'unico centro decisionale. In tale prospettiva, se non occorre la dimostrazione dell'effettivo coordinamento fra le concorrenti, né delle conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene (Cons. Stato, V, 2 maggio 2022, n. 3440; 7 gennaio 2022, n. 48; 5 agosto 2021, n. 5778; 15 aprile 2020, n. 2426), nondimeno è imprescindibile il riscontro di indizi gravi, precisi e concordanti in grado di dimostrare in termini presuntivi ex art. 2727 Cod. civ. la sussistenza dell'unicità del centro*

decisionale (cfr. Cons. Stato, n. 3440 del 2022, cit.; n. 2426 del 2020, cit.)” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2022, n. 5499).

5.3. Nel caso di specie, vale innanzitutto porre in rilievo che, per alcuni dei prodotti offerti, la SAFE S.r.l. risulta essere il rivenditore/distributore della Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A., mentre quest’ultima società il produttore, come evidenziato nel corso del giudizio dalla stazione appaltante e dalla società aggiudicataria.

Tale aspetto, tuttavia, non costituisce un indice sintomatico dell’imputabilità delle offerte delle predette società a un unico centro decisionale, in quanto in nessuna sua prescrizione la legge di gara precludeva la contemporanea partecipazione di operatori economici legati da rapporti commerciali di fornitura e/o rivendita/distribuzione.

5.4. Si evidenzia, poi, che dai documenti in atti non emerge alcun elemento che consenta di affermare che tra la SAFE S.r.l. e la Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. sussistano forme di controllo, né di collegamento ai sensi dell’art. 2359 cod. civ. Del pari, sempre avuto riguardo alla documentazione in atti, non risulta che tra tali società sussistano altre forme di stabile correlazione desumibili, ad esempio, dall’utilizzo di una medesima sede ovvero dall’esistenza di rapporti di parentela tra i soci e/o i rappresentanti degli organi di amministrazione.

5.5. Nella fattispecie in esame, in ragione del fatto che non ricorrano né forme di controllo o collegamento ai sensi dell’art. 2359 cod. civ., né altre forme di correlazione stabile, la causa di esclusione prevista dall’art. 80, comma 5, lett. *m*), c.c.p. avrebbe potuto operare solo in presenza di una relazione tra le predette imprese suscettibile, in astratto, di determinare un loro reciproco condizionamento e che va verificata *ab externo*, tenuto anche conto del contenuto delle offerte, come precisato dalla giurisprudenza amministrativa dianzi richiamata.

5.5.1. Ad avviso del Collegio dal contenuto delle offerte formulate da SAFE S.r.l. e da Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. non è possibile desumere

l'esistenza di alcuna relazione reciprocamente condizionante, né la unicità del centro decisionale può essere ravvisata sulla scorta degli indici considerati dalla società ricorrente.

5.5.2. In particolare, non può essere considerato un indice atto a fornire la dimostrazione dell'esistenza di un unico centro decisionale la circostanza per cui nell'offerta della SAFE S.r.l. era allegata anche una autodichiarazione della Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. Ciò, invero, risulta assolutamente normale nel caso in cui alla medesima gara partecipino, al contempo, sia il produttore, sia il rivenditore/distributore di un determinato prodotto.

Peraltro, il rilascio di tale autodichiarazione da parte del produttore risulta in linea con la decisione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 768/2008/CE relativa a un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti e che abroga la decisione 93/465/CEE, che valorizza il fatto che sia il fabbricante del bene il soggetto meglio posizionato ad attestare la sua certificabilità a norme di qualità europee. Infatti, nel Considerando 21 di tale decisione si afferma che *“Il produttore, possedendo le conoscenze dettagliate relative al processo di progettazione e produzione, si trova nella posizione migliore per eseguire la procedura completa di valutazione della conformità. La procedura di valutazione della conformità dovrebbe quindi rimanere obbligo del solo fabbricante”*.

5.5.3. Parimenti, neppure può considerarsi indice della sussistenza di un unico centro decisionale la circostanza per cui il prezzo offerto dalle predette società per la calzatura N1.50 fosse molto simile e comunque superiore al prezzo di listino.

Risulta, all'uopo, convincente e razionale la spiegazione fornita da SAFE S.r.l. per spiegare tale aspetto.

5.5.3.1. In estrema sintesi, il fatto che SAFE S.r.l. e Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. abbiano offerto il medesimo prodotto discende dalla sussistenza di una relazione commerciale di fornitura-distribuzione tra le stesse.

5.5.3.2. Oltretutto, la circostanza per cui il prezzo offerto sia superiore a quello di listino si deve, innanzitutto, al fatto che il listino in questione si riferisce esclusivamente a calzature di produzione “*standard*” per la Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A., ossia quelle ricomprese tra la taglia 38 e quella 48, mentre il prodotto offerto in gara risultava comprensivo anche di taglie “*extra-standard*” fino al numero 52, posto che la legge di gara prevedeva (al punto 3.2.1.9. del disciplinare) l’attribuzione di un punteggio aggiuntivo al soddisfacimento del seguente criterio premiale “*Verranno attribuiti 0,5 punti a tutte le Calzature da lavoro maschili invernali O2 WR FO SRC disponibili nelle taglie 49 - 50 - 51 e 52*”. Ovviamente, la produzione di calzature per taglie extra-standard comporta un parziale aumento dei costi di produzione, sicché risulta razionale che il prezzo offerto in sede di gara sia risultato superiore a quello ordinariamente previsto dal listino per i prodotti relativi alle taglie *standard*.

SAFE S.r.l. ha anche chiarito che il listino in questione è stato approvato a inizio 2022, ossia in epoca antecedente a quella nella quale numerosi e concomitanti fattori (quali la crisi energetica dovuta al verificarsi di un evento bellico che ha avuto ricadute anche nell’area europea) hanno determinato un aumento dei costi delle materie prime (*in primis* l’energia) e dei costi di produzione.

5.5.3.3. Infine, la presenza delle calzature del produttore Calzaturificio Fratelli Soldini S.p.A. nell’offerta del rivenditore/distributore SAFE S.r.l., oltre ad essere una fisiologica conseguenza della relazione commerciale esistente tra tali operatori economici nei termini innanzi delineati, è anche frutto delle scelte di approvvigionamento della stazione appaltante che, nella legge di gara, ha analiticamente elencato le caratteristiche tecniche e funzionali dei prodotti oggetto di fornitura.

In particolare, nel capitolato speciale d’appalto veniva prescritto che “*i prodotti oggetto della fornitura dovranno corrispondere a quanto prescritto*

in misura minima dalle Schede Tecniche Descrittive e Prestazionali, e ciò per dimensioni, forma e ogni altra caratteristica e requisito espressamente richiamati”, e si precisava anche che “i prodotti oggetto della fornitura dovranno corrispondere a quanto prescritto in misura minima dalle Schede Tecniche Descrittive e Prestazionali, e ciò per dimensioni, forma e ogni altra caratteristica e requisito espressamente richiamati”.

Trattandosi di livelli minimi, i requisiti prestazionali e descrittivi elencati dalla legge di gara erano inderogabili da parte dei concorrenti, con la conseguenza che risulta normale che il rivenditore offra, almeno in parte, i prodotti fabbricati dal suo fornitore, anche in considerazione del fatto che si trattava di prodotti specifici non facilmente reperibili sul mercato.

5.6. Alla luce delle precedenti considerazioni, quindi, va esclusa la violazione dell’art. 80, comma 5, lett. *m*), c.c.p. da parte di Ferservizi e, dunque, anche il terzo motivo di ricorso deve essere respinto.

6. Per quel che concerne l’istanza formulata dalla società ricorrente ai sensi dell’art. 116, comma 2, c.p.a., alla luce dell’intervenuta ostensione della documentazione richiesta, la stessa deve essere dichiarata l’improcedibilità.

7. In definitiva, sulla scorta delle anzidette considerazioni il ricorso in esame deve essere respinto siccome infondato.

8. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e dichiara improcedibile l’istanza formulata ai sensi dell’art. 116, comma 2, c.p.a.

Condanna St Protect S.p.A. alla rifusione delle spese di lite in favore delle altre parti costituite, che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2023 con
l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Alfonso Graziano, Consigliere

Luca Biffaro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Luca Biffaro

IL PRESIDENTE

Giuseppe Sapone

IL SEGRETARIO