



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 7031 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

CAR Segnaletica Stradale S.r.l., AMT Group S.r.l., Ferrovial S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Trenitalia S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Caccioppoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Venezia 11;

Fondazione FS Italiane non costituita in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

dei seguenti atti e provvedimenti relativi alla gara a procedura negoziata n. 2017/A/67T, interamente gestita con sistemi telematici, per l'affidamento

del servizio di ristrutturazione del convoglio storico ETR 302 “Settebello” della Fondazione FS Italiane. CIG: 7353325BBE - CUP: D54J1800000000:

- Del provvedimento di esclusione adottato in data 2 maggio 2018
- Della conseguente segnalazione fatta all'autorità nazionale anticorruzione;
- Del bando di gara, in quanto di contenuto incerto, indeterminato ed indeterminabile, nella parte in cui indica quali sono i requisiti di capacità tecnica necessari ai fini dell'ammissione a gara;
- Del subprocedimento di soccorso istruttorio, posto in essere senza inviare alla ricorrente la richiesta di chiarimenti;
- Di ogni altro atto del procedimento a cui siano riferibili le censure contenute nei motivi di ricorso;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da CAR SEGNALETICA STRADALE S.R.L. il 24/9/2018 :

L'annullamento, con il RICORSO PRINCIPALE

- Del provvedimento di esclusione adottato in data 2 maggio 2018
- Della conseguente segnalazione fatta all'autorità nazionale anticorruzione;
- Del bando di gara, in quanto di contenuto incerto, indeterminato ed indeterminabile, nella parte in cui indica quali sono i requisiti di capacità tecnica necessari ai fini dell'ammissione a gara;
- Del subprocedimento di soccorso istruttorio, posto in essere senza inviare alla ricorrente la richiesta di chiarimenti;
- Di ogni altro atto del procedimento a cui siano riferibili le censure contenute nei motivi di ricorso

CON I MOTIVI AGGIUNTI

- Della delibera n. 133 del 25 luglio 2018 con cui è stata deliberata l'esclusione delle ricorrenti per mancato possesso del requisito di capacità

tecnica e professionale di cui paragrafo III.1.3 punto 1, lett. a) del bando di gara, di cui è stata data comunicazione con pec del 27 luglio 2018;

- Del parere in data 19 luglio 2018 ivi richiamato;
- Di ogni altro atto istruttorio
- dei provvedimenti consequenziali;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Trenitalia S.p.A;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2018 il dott. Claudio Vallorani e uditi per le parti i difensori: per la parte ricorrente l'Avv. R. Prozzo e per Trenitalia S.p.A. l'Avv. F. Caccioppoli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con “bando di gara” per “servizi di pubblica utilità” del 16 gennaio 2018 Trenitalia S.p.a., in nome e per conto di Fondazione FS Italiane, ha indetto una procedura negoziata per l’affidamento dei lavori di ristrutturazione del convoglio storico denominato “Settebello”. Il bando era finalizzato esclusivamente alla individuazione dei concorrenti da invitare alla gara e ai punti II.1.4 e II.2.4 indicava le seguenti prestazioni oggetto dell’appalto:

i. interventi da espletare sulla cassa, sul sistema di trazione e sugli apparati elettrici e installazione dell’impianto di climatizzazione (prestazione principale);

ii. realizzazione e installazione di nuovi arredi (prestazione secondaria).

La “lex specialis” richiedeva, per l’ammissione alla procedura negoziata, il possesso di specifici requisiti di capacità professionale e tecnica.

In particolare, con riferimento alla prestazione “principale”, costituita dagli interventi sopra indicati sub i), erano richiesti, alternativamente: o il possesso di un fatturato complessivo nel quadriennio 2014/2017 pari ad

almeno € 30.000.000, generato dalla fornitura a nuovo di materiale rotabile ferroviario, oppure il possesso di un fatturato complessivo di almeno € 4.800.000 “generato da servizi di ristrutturazione-revamping di materiale rotabile ferroviario anche di tipologia storica, che includa in quota parte tutte le suddette attività oggetto della prestazione principale.

In relazione alla prestazione “secondaria”, costituita dalla realizzazione e installazione di nuovi arredi (e sopra indicata sub ii) era prescritta la dimostrazione di un fatturato complessivo, nel quadriennio 2014/2017 pari ad almeno € 10.000.000, generato dalla fornitura a nuovo di materiale rotabile ferroviario, oppure, in via alternativa, il possesso di un fatturato complessivo di almeno € 3.200.000 “generato da prestazioni di face lift, restyling, riammodernamento di veicoli ferroviari per il trasporto di passeggeri anche di tipo storico”.

La CAR Segnaletica Stradale chiedeva, seguendo le modalità telematiche prescritte (punto III.1.4 del bando), di essere ammessa alla fase di prequalifica quale capogruppo di un RTI da costituire con AMT GROUP S.r.l. e FERROVIAL S.r.l.. In conformità a quanto richiesto dal bando di gara, le tre società presentavano, pertanto, gli elenchi dettagliati delle prestazioni contrattuali rispettivamente eseguite, al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnica sopra indicati. CAR Segnaletica Stradale e Ferrovia, in particolare, producevano elenchi in cui erano anche indicati contratti conclusi ed eseguiti con la stessa TRENITALIA.

Con nota del 2 maggio 2018 (impugnata) la S.A. comunicava alla CAR di averla esclusa dalla gara poiché la documentazione presentata non era risultata idonea a dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnica. Nella nota “de qua” Trenitalia affermava che “non vi è evidenza che le suddette imprese (quelle cioè che compongono il Raggruppamento, ndr) abbiano eseguito attività di tipo manutentivo o di ristrutturazione sul sistema di trazione”.

Ha disposto altresì la segnalazione dell'esclusione all'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Dal portale di Trenitalia risulta che la S.A., con precedente nota del 18 aprile 2018, aveva invitato il RTI con capogruppo CAR Segnaletica Stradale a ben specificare quali fossero le attività svolte nell'ambito di ciascuna commessa dichiarata, riconducibili alle lavorazioni (prestazione principale e secondaria), di cui ai predetti punti II.1.4, e II.2.4 del bando.

Al soccorso istruttorio così attivato le imprese ricorrenti non avevano dato alcun riconto e ciò aveva condotto all'adozione del provvedimento di esclusione del 2.5.2018, motivato in ragione del mancato invio dei chiarimenti richiesti.

La medesima CAR, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria dell'omonimo RTI, con il ricorso oggi in esame (notificato in data 1.6.2018 e depositato il successivo giorno 12) ha impugnato il provvedimento di esclusione, allo scopo di ottenere la riammissione alla gara (allora) ancora in corso, nonché per evitare l'applicazione delle sanzioni conseguenti alla segnalazione all'ANAC. Con lo stesso ricorso è stato altresì impugnato il bando di gara, nella parte in cui indicherebbe "in maniera del tutto generica ed indeterminata quali sono i requisiti di capacità tecnica necessari per l'ammissione a gara".

A fondamento dell'impugnativa parte ricorrente precisa che:

- non le sarebbe stata inviata alcuna comunicazione da parte della S.A. a mezzo pec, contenente la richiesta dei chiarimenti in merito alle carenze documentali di cui sopra; tale richiesta è stata formalizzata unicamente mediante inserimento nella piattaforma informatica, modalità del tutto irrituale ed inidonea, secondo la ricorrente, ad assicurare la legale conoscenza della richiesta istruttoria;
- in ogni caso, tutte le ricorrenti hanno svolto servizi di ristrutturazione-manutenzione che comprendono anche attività di manutenzione sul sistema di trazione;

- Car Segnaletica Stradale e Ferrovia, peraltro, hanno svolto le proprie attività

direttamente in favore di Trenitalia, la quale dunque era perfettamente a conoscenza del contenuto dei contratti e delle prestazioni svolte.

Alla luce di tali premesse, parte ricorrente formula i seguenti motivi di ricorso:

1) Violazione del bando di gara. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 29, 52, 76 e 89 del codice dei contratti: la comunicazione con cui è stato attivato il soccorso istruttorio, ad avviso della CAR, doveva essere inviata al concorrente interessato a mezzo pec. Non era sufficiente e non poteva, di conseguenza, condurre alla decadenza dal soccorso istruttorio, il semplice inserimento della richiesta di chiarimenti nella piattaforma informatica predisposta dalla S.A.; tuttavia di tale inserimento non è stata data alcuna comunicazione alla ricorrente, il che sarebbe confermato dal fatto che il suo primo accesso alla “piattaforma” informatica si è avuto soltanto in data 26 maggio 2018. La necessità di usare la pec per le comunicazioni tra ente aggiudicatore e impresa concorrente è desumibile, ad avviso della compagine ricorrente, dagli artt. 29 e 52 del codice dei contratti (nonché del punto III.1.4.6 del bando di gara). Inoltre l’inserimento della richiesta di integrazione documentale nella piattaforma informatica, senza una comunicazione individuale, sarebbe illegittimo anche per manifesta irragionevolezza e per violazione del principio di buon andamento della P.A., non potendosi pretendere che un concorrente verifici quotidianamente la piattaforma informatica della stazione appaltante;

2) Violazione del bando di gara: il bando di gara non richiedeva, in questa fase (prequalifica), alcuna verifica circa il possesso dei requisiti. Le ricorrenti, in questa fase, non dovevano dimostrare il possesso dei requisiti, atteso che il bando di gara, al par. 6.3.3, si limita a prevedere che “Trenitalia procederà ad effettuare la verifica in ordine alla effettiva

sussistenza dei requisiti di cui al precedente § III.1 nei confronti del miglior offerente”;

3) Incertezza del contenuto del bando di gara. Violazione del principio del favor participationis, Manifesta irrazionalità: il motivo investe qui la legge di gara; la tesi della ricorrente è che (poiché il bando non specifica quali siano le quote parte di fatturato relative alle singole lavorazioni) o si ritiene che il bando è illegittimo per indeterminatezza nel contenuto dei requisiti, oppure si deve ammettere che non è necessario l'avvenuto espletamento di prestazioni identiche a quelle indicate nel bando di gara.

4) Violazione dell'art. 18 della L. 241/90. Difetto di adeguata istruttoria per omessa valutazione di quanto risultava dalle certificazioni del sistema di gestione: Trenitalia non poteva chiedere di comunicare dati di cui era già in possesso; il possesso dei requisiti risultava anche dalla ulteriore documentazione prodotta; ad esempio CAR menziona, tra gli altri, il contratto distinto con il n. 1703 del 10/03/2015, relativo al servizio di riqualificazione carrozze presso l'Officina Manutenzione di Trenitalia Firenze (il quale avrebbe anche compreso interventi sul sistema di trazione e repulsione) ed il contratto n. 4251 del 16 giugno 2015, che prevedeva, specificamente, interventi sugli assili che certamente fanno parte dell'impianto di trazione; anche per Ferrovial si attesta la pregressa esecuzione di interventi di manutenzione su tenditori, ganci, accoppiatori fissi e mobili e carrelli.

Si è costituita, per resistere al ricorso, Trenitalia S.p.a. che, con articolata memoria corredata da documenti, ha eccepito l'infondatezza di tutti i motivi di ricorso, chiedendone l'integrale rigetto. La società resistente, in particolare, concentra la propria difesa sulla piena equiparabilità, ai fini della validità delle comunicazioni afferenti alla procedura di affidamento (v. artt. 29 e 52 del Codice Appalti), della posta elettronica ordinaria (“p.e.o.”) alla posta elettronica certificata (“p.e.c.”), sicchè, a suo avviso, la comunicazione della richiesta di chiarimenti, in quanto avvenuta – oltre

che mediante pubblicazione sull'apposito portale dedicato - con p.e.o., era pienamente idonea al raggiungimento dello scopo informativo.

Ne consegue che l'esclusione del RTI CAR è pienamente legittima, alla luce della disciplina normativa del soccorso istruttorio, che prevede che "in caso inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara" (art. 83, comma 9, Codice Appalti).

In esito alla camera di consiglio del 4 luglio 2018, con ordinanza n. 4092/2018 la Sezione ha disposto il riesame della posizione della ricorrente ai fini della verifica del possesso dei requisiti, ammettendo la stessa alla produzione tardiva della documentazione. Il Collegio, in particolare, ha ritenuto che il punto III.1.4.6 del bando di gara poteva ingenerare il convincimento, nella concorrente, di dover ricevere le comunicazioni ufficiali al proprio indirizzo p.e.c., il quale era stato in effetti comunicato in sede di gara.

La ricorrente ha ottemperato all'ordinanza, trasmettendo a Trenitalia la documentazione richiesta. La S.A., tuttavia, dopo avere esaminato gli elementi documentali forniti dalla compagine ricorrente, con nota del 25.7.2018 ne ha confermato l'esclusione, con delibera n. 133 del 25.7.2018, la quale reca la seguente motivazione: "considerato il parere espresso con nota del 19/7/2018 dalla Direzione Tecnica di Trenitalia S.p.A. in relazione alla mancata esecuzione, da parte delle società Car Segnaletica Stradale e Ferrovia srl, di interventi sul sistema di trazione nell'ambito delle commesse elencate dalle società stesse; ritenuto che la documentazione presentata dal RTI non risulta idonea a dimostrare il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale relativo alla prestazione principale dell'appalto...in quanto non vi è evidenza che le suddette imprese abbiano eseguito attività di tipo manutentivo o di ristrutturazione del sistema di trazione".

Quanto alla citata nota del 19/7/2018 della Direzione Tecnica di Trenitalia S.p.A., ivi si afferma che "dall'analisi delle attività è emerso per tutte,

compresa quella eseguita per Trenord, che in nessun caso sono stati fatti interventi sul sistema di trazione; in qualche caso sono stati fatti interventi sui convertitori statici ma questi componenti non possono essere considerati sistema di trazione”.

Avverso la suddetta delibera ed il parere ivi richiamato, la CAR Segnaletica Stradale S.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del RTI, ha proposto in data 24.9.2018 atto per motivi aggiunti con il quale, preliminarmente ribadite le censure già illustrate con il secondo, terzo e quarto motivo di ricorso, vengono articolate le seguenti ulteriori censure:

1) non poteva essere disposta l'esclusione del RTI ricorrente per “mancata dimostrazione del possesso dei requisiti”, in quanto, trattandosi di una fase di prequalifica, la “dimostrazione” (intesa come prova documentale piena) dei requisiti di capacità tecnica era adempimento che non poteva essere immediatamente preteso nei confronti del RTI ricorrente;

2) carenza di motivazione – motivazione apparente – difetto di adeguata istruttoria: Car Segnaletica afferma di avere indicato diversi contratti nei quali si menzionano interventi su sistemi di trazione e repulsione, proprio in favore di Trenitalia, nonché “interventi sugli assili” che certamente fanno parte dell'impianto di trazione; analogamente Ferrovial avrebbe eseguito interventi idonei a qualificarla sul piano della capacità tecnica (vedi docc. 16 – 18 ric.); il mancato riscontro di dati e riferimenti specificamente forniti dalle imprese del Raggruppamento integra i vizi di motivazione carente e di difetto di istruttoria, dal momento che la S.A. si è limitata a menzionare il generico parere della Direzione Tecnica del 19.7.2018, sopra menzionato;

3) travisamento dei fatti – insussistenza dei presupposti: riprendendo il quarto motivo del ricorso principale e le censure di cui al motivo precedente, parte ricorrente ribadisce che, a suo avviso, i documentati interventi eseguiti su ganci di trazione e tenditori dovevano

necessariamente ascrivere alla categoria degli interventi sul sistema di trazione e repulsione e, dunque, essere considerati e valutati dalla S.A.;

4) violazione del bando di gara: riprendendo quanto affermato dalla difesa di Trenitalia nella memoria in data 2.7.2018 (pag. 19-20), parte ricorrente deduce la violazione del bando di gara laddove Trenitalia mostra di pretendere che il tipo di attività rilevante, per comprovare la capacità tecnica, riguarderebbe soltanto prestazioni eseguite sul “convoglio storico ETR 302 Settebello”, in quanto caratterizzato da un sistema di trazione elettrico del tutto peculiare, poiché “ripartito sull’intero convoglio e non già solo su parti di esso come accade nei tradizionali modelli di treni nei quali il suddetto sistema di trazione è concentrato nella sola locomotiva”; trattasi tuttavia di criterio che non è rinvenibile negli atti di gara, il che svelerebbe l’utilizzazione illegittima di criteri diversi da quelli statuiti dal bando, in sede di verifica del requisito in discussione.

In vista della pubblica udienza di merito la società resistente ha segnalato che le altre imprese, che in un primo momento avevano manifestato interesse alla stipula dell’appalto de quo, hanno successivamente ritirato le loro rispettive offerte.

Quindi Trenitalia con Delibera n. 142 del 1 agosto 2018, comunicata con nota TRNIT-DACQ\P\2018\0042481 del 1 agosto 2018 anche al RTI con CAR Capogruppo, ha disposto di non procedere all’aggiudicazione dell’appalto per non essere pervenute offerte (cfr. doc. nn. 1, 2, 3, 4, 5 e 6 depositati dalla resistente in data 31 ottobre 2018).

In vista della pubblica udienza di merito hanno depositato ulteriori documenti entrambe le parti del giudizio. Hanno altresì depositato memorie conclusionali sia parte ricorrente che parte resistente. Nelle difese conclusive, oltre a ribadire le precedenti contestazioni, Trenitalia eccepisce che, poiché la suddetta Delibera n. 142 del 1.8.2018 non è stata impugnata da controparte, conseguentemente quest’ultima non avrebbe più alcun interesse alla prosecuzione del presente giudizio la cui definizione,

comunque, non potrebbe far altro che confermare la legittimità dell'operato di Trenitalia e la definitiva conclusione della procedura selettiva.

La sola Trenitalia ha prodotto brevi note di replica.

Quindi, alla pubblica udienza del 28 novembre 2018, dopo la discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Deve essere esaminata, in via preliminare, l'eccezione di improcedibilità del ricorso e dei motivi aggiunti per sopravvenuta carenza di interesse, opposta da Trenitalia nelle difese conclusive (v. memoria 9.11.2018, pag. 11), in ragione dell'omessa impugnazione, da parte della CAR, della delibera n. 142 del giorno 1.8.2018, la quale avrebbe "chiuso" e definito l'intera procedura selettiva, con la decisione di non procedere all'aggiudicazione dell'appalto per non essere pervenute offerte (cfr. doc. nn. 1, 2, 3, 4, 5 e 6 depositati in data 31 ottobre 2018). Con il provvedimento citato Trenitalia ha rilevato, infatti, l'avvenuto ritiro di tutte le offerte già presentate dalle concorrenti diverse dalla CAR. Poiché quest'ultima, da parte sua, non ha impugnato la Delibera n. 142 del 1 agosto 2018, vi sarebbe "l'inutilità di una sentenza che, nell'ipotesi di accoglimento del ricorso, avrebbe l'esito di riammetterla in una procedura di gara non più esistente. La Delibera n. 142 del 2018, annullando la gara, ha avuto l'effetto di mutare radicalmente la situazione esistente al momento della proposizione del ricorso e di far venir meno qualsiasi utilità di una pronuncia nel merito" (vedi memoria cit. pag. 11).

Il Collegio non ritiene di condividere l'eccepita improcedibilità del ricorso e dei motivi aggiunti.

Nella citata Delibera n. 142 del 2018, invero, non si parla affatto di "annullamento della gara", come affermato da Trenitalia nella propria memoria difensiva. Al contrario, si parla, testualmente, della "decisione" di "non procedere ad aggiudicare l'appalto di cui in epigrafe in quanto non

sono pervenute offerte”. Ad avviso del Collegio si deve, in primo luogo, dubitare della stessa natura provvedimento dell’atto “de quo” il quale costituisce, semmai, una mera presa d’atto della (presunta) mancanza di offerte pervenute al seggio di gara, il quale, ciò constatato, non ha disposto alcun annullamento della gara ma è pervenuto alla conclusione meramente negativa di non poter procedere ulteriormente, in quanto impossibilitato a farlo, stante la premessa inesistenza di offerte da vagliare. Alla luce dell’interpretazione del dato testuale che appare più corretta deve, dunque, ritenersi che la menzionata “delibera” n. 142, piuttosto che nella categoria dei provvedimenti amministrativi, i quali debbono necessariamente consistere in manifestazioni di volontà per la cura del pubblico interesse, vada invece collocata nello schema generale delle “dichiarazioni di scienza” in relazione alle quali, non producendo esse effetti modificativi (né costitutivi, né estintivi) di situazioni giuridiche preesistenti, non vi è alcun onere di impugnazione entro il termine perentorio decadenziale ad opera delle parti private coinvolte nel procedimento, le quali, semmai, potranno contestarne la portata soltanto sul piano della rispondenza alla realtà, ogniqualvolta tali dichiarazioni siano allegare in causa dalla parte pubblica. Nella specie è agevole accertare che, al momento della “delibera” n. 142/2018, non poteva affermarsi, in punto di fatto, che il costituendo RTI CAR non avesse presentato alcuna offerta in quanto, stante il carattere non definitivo della esclusione disposta pochi giorni prima e, dunque, la sua impugnabilità, la possibilità del Raggruppamento ricorrente di presentare l’offerta, dopo l’eventuale annullamento giurisdizionale dell’esclusione, era ancora pienamente esistente. Per questo, in punto di fatto, si rivela erronea l’affermazione di Trenitalia secondo cui non erano state presentate offerte, se riferita alla peculiare situazione della compagine ricorrente.

Trattasi, invero, di dichiarazione emessa dall’Amministrazione procedente in data 1.8.2018, subito dopo la delibera di esclusione di CAR n. 133 del

25.7.2018 (doc. 4 mot. agg.), quando il RTI ricorrente era ancora pienamente nei termini per impugnare quest'ultima, come poi avvenuto con l'atto per motivi aggiunti oggi in esame. Deve perciò ritenersi che l'eventuale accoglimento dei motivi aggiunti avverso la delibera n. 133 determinerebbe l'annullamento retroattivo dell'esclusione facendo emergere, necessariamente (non essendo stata la gara annullata), l'obbligo della S.A. di procedere all'esame dell'offerta presentata dal Raggruppamento CAR, rispetto al quale non è oggettivamente vera l'affermazione del seggio di gara secondo cui esso non avrebbe presentato offerta.

Per queste ragioni, superata l'eccezione preliminare di improcedibilità opposta da parte resistente, si può passare all'esame del primo motivo del ricorso introduttivo.

2. - Come si è già visto, con il primo motivo parte ricorrente si duole della omessa comunicazione del soccorso istruttorio in suo favore, circostanza che ha poi indotto la S.A. all'adozione, ritenuta illegittima, dell'originario provvedimento di esclusione in data 2.5.2018 (impugnato). La difesa di Trenitalia, al contrario, eccepisce che l'inserimento, nella piattaforma informatica dedicata alla gara, della richiesta chiarimenti (rispetto alle informazioni fornite da parte ricorrente sulla propria capacità tecnica, ritenute insufficienti ad attestare il requisito), abbia costituito adempimento pienamente idoneo a rendere edotto il RTI ricorrente della necessità di integrare le dichiarazioni già prodotte; ciò a maggior ragione, ove si tenga conto del contestuale invio da parte della S.A. di email di avviso all'indirizzo di posta elettronica ordinaria, indicato dalla stesa CAR Segnaletica al momento della sua registrazione sul portale (doc. n. 6 res.).

Il Collegio ritiene fondato il motivo in esame.

Come già rilevato nell'ordinanza cautelare n. 4092 del 2018, l'inserimento del documento (richiesta di chiarimenti) sulla "piattaforma informatica" dedicata alla gara non è oggettivamente sufficiente ad integrare

adempimento degli oneri di comunicazione individuale a cui la S.A. era tenuta, ai fini della attivazione del soccorso istruttorio, ai sensi del comma 9 dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 18.4.2016. La procedura doveva essere attuata dalla S.A. nella forma della comunicazione individuale a mezzo p.e.c., la quale, anche alla luce delle menzionata disposizione del bando, era l'unica idonea a garantire pienamente la conoscenza di una informativa decisiva per evitare alla concorrente l'esclusione dalla gara. Si rammenta infatti che, ai sensi del menzionato comma 9 dell'art. 83, "In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara".

Non può invece considerarsi adempimento equipollente l'inserimento della richiesta di chiarimenti nella piattaforma informatica, anche se accompagnata da comunicazione specificamente diretta alla CAR, inviata all'indirizzo di posta elettronica ordinaria, rispetto alla quale va, in ogni caso, osservato che la società resistente non ha esibito alcuna ricevuta di consegna. Come si legge al punto III.1.4.6 del bando di gara "6. La dichiarazione resa in conformità con il modello DGUE, che potrà essere reperito sul profilo di committente www.acquisitionline.trenitalia.it, unitamente al bando di gara, deve essere sottoscritta digitalmente dal legale rappresentante del concorrente e deve riportare il domicilio eletto presso il quale Trenitalia potrà inviare la corrispondenza inerente alla presente procedura di gara, ed altresì almeno un numero di telefono, di fax e un indirizzo di posta elettronica certificata....".

Con tale clausola, da interpretare alla luce dei principi di buona fede e di affidamento nei rapporti tra privato e p.A., Trenitalia lasciava intendere ai concorrenti che il domicilio che avrebbe avuto effettiva rilevanza ai fini delle comunicazioni afferenti alla gara sarebbe stato soltanto quello indicato da ciascun concorrente nella domanda di partecipazione; in particolare veniva indicato espressamente l'indirizzo di posta elettronica

certificata – e non quello di p.e.o. - come luogo di destinazione delle future comunicazioni.

In tal modo, in assenza della prova dell'avvenuta conoscenza della comunicazione per altra via, deve ritenersi che la CAR, in buona fede, è stata indotta dalla stessa S.A. a ritenere che le comunicazioni rilevanti afferenti alla selezione avrebbero dovuto essere eseguite all'indirizzo di p.e.c., come dichiarato nella domanda di partecipazione. Poiché è pacifico che Trenitalia non ha spedito la richiesta di chiarimenti in discussione all'indirizzo info@pec.carsrl.com, indicato dalla Capogruppo nella dichiarazione di ammissione alla gara (doc. 3 ric.) e non vi è prova in atti di una conoscenza del documento acquisita attraverso mezzo equipollente (atteso che l'apertura del documento nel portale appare eseguita da CAR in data successiva alla scadenza del termine per la regolarizzazione assegnato alle concorrenti e manca, altresì, la prova della ricezione del documento stesso mediante p.e.o.), deve ritenersi non fornita, dalla resistente, la prova dell'avvenuta conoscenza della richiesta di chiarimenti datata 18.4.2018, il che significa che l'originaria esclusione del 2.5.2018 (impugnazione) deve ritenersi illegittima e va annullata.

Ad ulteriore supporto di quanto precede giova anche rammentare che (v. TAR Toscana, 26 aprile 2017, n. 609) l'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che "...Entro il medesimo termine di due giorni (dalla pubblicazione del provvedimento sul sito committente) è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti....".

Concludendo sul primo motivo, deve ritenersi che il citato punto del bando era idoneo ad ingenerare nella ricorrente il convincimento di dover ricevere le comunicazioni ufficiali al proprio indirizzo p.e.c., come in effetti comunicato in sede di gara, e non attraverso altri canali alternativi

(quali la p.e.o.) E' per tale ragione che il motivo va accolto in forza della specifica formulazione della clausola di gara relativa ai recapiti da indicare nelle domande di ammissione alla selezione, senza che ciò induca ad escludere, in via generale ed astratta, in caso di diversa configurazione della clausola della "lex specialis" afferente alle comunicazioni di gara, la possibile validità di comunicazioni, anche se effettuate avvalendosi di un indirizzo di posta elettronica ordinaria (anziché PEC) di pertinenza del concorrente.

La fondatezza del primo motivo determina l'inefficacia dell'attivazione del soccorso istruttorio, come in concreto attuata con la nota del 18.4.2018, in quanto non comunicata dalla S.A. secondo le modalità che imponeva la legge di gara (vedi punto III.1.4.6 cit.).

3. Come risulta dalla superiore narrativa in fatto, a seguito della pronuncia cautelare di questo Collegio, la S.A. ha successivamente proceduto a rinnovare il sub-procedimento, inviando nuovamente la richiesta di chiarimenti e, quindi, verificando le dichiarazioni integrative presentate dalle tre società del costituendo RTI. Come detto la S.A. è pervenuta, di nuovo, ad una decisione di esclusione con il provvedimento adottato il 27.7.2018, impugnato con i motivi aggiunti.

L'adozione di quest'ultimo provvedimento - motivato (non più come conseguenza della mancata risposta della concorrente alla richiesta di chiarimenti ma) in ragione della mancanza dei requisiti di capacità tecnica prescritti dal bando – supera e sostituisce la "prima" esclusione e rende pertanto improcedibili, per sopravvenuta carenza di interesse, gli ulteriori motivi articolati nel ricorso introduttivo.

Il Collegio può quindi passare all'esame dei motivi aggiunti che investono il nuovo provvedimento adottato.

4. - I motivi aggiunti, esaminabili congiuntamente stante la loro stretta correlazione, non sono fondati nel merito.

4.1. - Con riguardo al primo motivo non corrisponde al vero che la S.A. abbia preteso, in modo anticipato e, dunque, illegittimo, la dimostrazione (intesa come prova piena e documentale) del requisito. In realtà, con la richiesta di chiarimenti, Trenitalia si è limitata a chiedere soltanto una maggiore puntualizzazione dell'oggetto dei contratti in precedenza eseguiti dalle imprese ricorrenti. Non ha invece richiesto la documentazione contrattuale a comprova delle dichiarazioni, destinata ad essere esibita soltanto in seguito, nella successiva fase di verifica.

La Stazione appaltante, pertanto, nel richiedere i chiarimenti, non ha fatto altro che applicare il Bando di gara (cfr. punto 14 del paragrafo III.1.4) nella parte in cui riconosce tale facoltà in caso di incompletezza e/o altra irregolarità delle dichiarazioni dei concorrenti.

Dunque la cesura è sono infondata e deve essere respinta.

4.2. – Con riferimento alla legittimità dell'esclusione e, prima ancora, della sua motivazione il Collegio osserva che il bando di gara al punto III.1.3 stabiliva che, in caso di operatori economici di cui all'art. 45, coma 2, lettere d), e), f) e g) del D.lgs 50 del 2016 – quindi anche in caso di raggruppamento temporaneo – il requisito di capacità tecnica doveva essere posseduto, seppur in percentuali diverse, da tutti gli operatori che avrebbero formato il raggruppamento.

Il requisito, dunque, doveva essere necessariamente dimostrato da ciascuna delle imprese in (costituendo) RTI, anche se non era prescritto, per ciascuna impresa, un livello quantitativo minimo, rilevando soltanto il fatturato totale delle commesse precedentemente eseguite per lavori riconducibili alla “prestazione principale” dell'appalto per cui è causa, ferma restando la “presenza” necessaria di tutte le lavorazioni specificamente indicate nel bando.

Così, precisamente, era formulata la clausola di cui al paragrafo III.1.3 (Capacità professionale e tecnica): “I. in relazione alla prestazione principale, costituita da interventi da espletare sulla cassa, sul sistema di

trazione e sugli apparati elettrici e installazione dell'impianto di climatizzazione:

a) omissis....oppure in alternativa:

di avere realizzato nel periodo 01/01/2014 – 31/12/2017 un fatturato complessivo almeno pari a 4.800.000,00 (euro quattromilionitotocentomila/00), generato da servizi di ristrutturazione – revamping in materiale rotabile ferroviario anche di tipologia storica, che includa in quota parte tutte le suddette attività oggetto della prestazione principale (ns. grassetto);

Nella dichiarazione dovrà essere indicato il valore del fatturato effettivamente realizzato e non l'indicazione del mero superamento della soglia di cui sopra.

A dimostrazione del suddetto fatturato il concorrente deve presentare l'elenco delle commesse eseguite con l'indicazione, per ciascuna di esse, del Committente/Cliente finale, dell'oggetto del contratto (descritto con sufficiente chiarezza, in modo da poter risalire alla natura della prestazione) dell'importo complessivo del contratto e dell'importo totale fatturato nel periodo di riferimento 01/01/2014 – 31/12/2017”.

Ciò significa che ciascuna delle odierne ricorrente doveva necessariamente dimostrare di avere eseguito, tra gli altri, anche interventi sui sistemi di trazione dei treni.

In esito all'esame delle dichiarazioni integrative prodotte dalle società del costituendo RTI per effetto dell'ordinanza cautelare di questa Sezione, seppur con succinta motivazione, la delibera n. 133 del 25 luglio 2018 mostra di avere fondato la rinnovata esclusione sull'esame della documentazione integrativa inviata da ciascuna delle tre società interessate, per quanto di rispettiva pertinenza (vedi docc. 1.1, 1.2, 1.3, 1.4., 1.5. ric. prod. 24.9.2018), sicché, non essendovi ragioni per dubitare che l'organo competente della S.A. abbia compiutamente esaminato tale documentazione, deve ritenersi anche che essa concorra “per relationem”

alla formazione della motivazione oggettiva del provvedimento di esclusione della compagine ricorrente.

Si legge infatti nel provvedimento impugnato che “...la documentazione prestata dal RTI non risulta idonea a dimostrare il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale relativo alla prestazione principale dell'appalto, di cui al paragrafo III 1.3, punto I, lett a) del Bando di gara, in quanto non vi è evidenza che le suddette imprese abbiano eseguito attività di tipo manutentivo o di ristrutturazione sul sistema di trazione” (doc. 4 ricorso per motivi aggiunti)

A ciò si aggiunga che nel parere del 19 luglio 2018 reso dalla Direzione Acquisiti e richiamato dalla stessa Delibera n. 133 del 25 luglio 2018 (ed a questa allegata) si elencano i contratti esaminati e si precisa che “Dall’analisi delle attività è emerso per tutte, compresa quella eseguita per TreNord che in nessun caso sono stati fatti interventi sul sistema di trazione in qualche caso sono stati fatti interventi su convertitori statitici ma questi componenti non possono essere considerati sistema di trazione.

Si ribadisce quindi quanto già espresso con precedente nota e cioè che i due fornitori indicati (CAR e Ferrovial) non hanno esperienze di interventi sul sistema di trazione di mezzi ferroviari e pertanto non posseggono tale requisito” (doc. 5 motivi aggiunti).

La motivazione, con le precisazioni che precedono, appare dunque adeguata a rappresentare le circostanze di fatto (le commesse eseguite e separatamente indicate da ciascuna impresa del RTI, le quali non attesterebbero interventi su sistemi di trazione di treni) e le ragioni tecnico-giuridiche (mancata integrazione del requisito di Capacità tecnica di cui al paragrafo III 1.3, punto I, lett a) del Bando di gara), dell’esclusione.

4.3. – Spostando il problema dalla motivazione alla fondatezza di quanto rilevato da Trenitalia e in particolare, dalla Direzione Tecnica con la precitata nota del 19.7.2018, si rileva preliminarmente che la valutazione effettuata - in virtù della quale gli interventi sui sistemi di trazione

dichiarati da Car Segnaletica (con riguardo a tre distinti contratti espletati) e da Ferrovial (su altrettante commesse eseguite) hanno riguardato i soli convertitori statici, componenti che non possono essere considerati “sistema di trazione” – costituisce giudizio prettamente tecnico, formulato da una Direzione di Trenitalia pienamente qualificata al riguardo, la quale, come si è detto, ha anche dimostrato di avere compiutamente esaminato i contratti dichiarati da ciascuna delle tre imprese; come dimostra il fatto che, nella menzionata nota della Direzione Tecnica di Trenitalia, sono selezionati e considerati i soli contratti di Car Segnaletica e di Ferrovial che potevano, in apparenza, avere una qualche attinenza, quanto all’oggetto, ai sistemi di trazione.

Non può peraltro omettersi di segnalare, al riguardo, l’affermazione oggi condivisa dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, secondo cui il sindacato del G.A. sulle valutazioni amministrative caratterizzate da discrezionalità tecnica deve restare, necessariamente, "debole" ed essere circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità, irragionevolezza o arbitrarietà, ovvero di motivazione fondata su palese e manifesto travisamento dei fatti (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2012, n. 36; Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2018 n. 1294; Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2016, n. 3855; Cons. Stato, Sez. V, 25 giugno 2014, n. 3223; Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 246). L'unica deroga ai rilevanti limiti posti all'attività giurisdizionale (v. Consiglio di Stato, III, 25 novembre 2016, n. 4990) è rappresentata dalle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza delle valutazioni compiute dalla stazione appaltante, in sede di valutazione dell’offerta tecnica (o verifica di anomalia), laddove siano sintomatiche di un uso della discrezionalità tecnica distorto e contrario ai principi di efficacia, economicità e buon andamento, in presenza del quale, soltanto, è consentito l'intervento caducatorio dell'autorità giurisdizionale.

Ciò premesso, il Collegio ritiene che le valutazioni tecniche in contestazione non manifestino profili di erroneità macroscopica né di illogicità, atteso che, anche leggendo le tre distinte note di chiarimenti inviate delle imprese coinvolte in data 13.7.2018 e gli elenchi ad esse allegati (doc. 1 mot. agg.), si osserva che:

i. quanto alla Ferrovia (esclusi tutti gli altri contratti dichiarati per i quali non vengono allagati interventi afferenti ai sistemi di trazione), il primo contratto dell'elenco prodotto parla soltanto di manutenzione degli impianti di condizionamento e dei "convertitori statici"; la quarta commessa, ove si osservi la descrizione dell'oggetto del contratto (colonna di sinistra), sembra riguardare servizi che non interessano affatto i sistemi di trazione; l'ottavo contratto elencato parla di "azioni migliorative su convertitori OCEM in opera alle vetture MD", componenti che, sulla base del giudizio tecnico di Trenitalia, come visto, non possono considerarsi "sistemi di trazione";

- per la Alstom non vengono proprio allegati interventi sui sistemi di trazione.

Poiché, come sopra rilevato, la legge di gara pretendeva che tutte le imprese partecipanti al RTI dovevano avere eseguito, seppur senza alcun limite quantitativo minimo, ognuna delle singole lavorazioni rientranti nella "prestazione principale", tra le quali i menzionati "interventi sui sistemi di trazione", deve ritenersi senz'altro sufficiente a giustificare l'esclusione la circostanza che anche una sola delle componenti del RTI non abbia mai eseguito gli interventi in discorso. Ciò appare provato, in forza di quanto sopra precisato ed in considerazione del potere di valutazione tecnico riservato all'ente resistente, con riguardo alla Ferrovia ed è pacifico con riguardo alla AMT Group S.r.l.. D'altro canto la stessa ricorrente, nel terzo motivo aggiunto (pag. 10 ric. mot. agg.), sostiene che soltanto Car Segnaletica Stradale e Ferrovia avrebbero eseguito interventi

su ganci di trazione e tenditori i quali fanno parte del sistema di trazione, ma non anche la AMT Group S.r.l..

L'esclusione disposta appare pertanto fondata oltre che motivata.

4.3. Non può condurre a diversa conclusione l'argomentazione svolta da parte ricorrente secondo cui la lettura del bando fornita dalla resistente nelle proprie difese sarebbe fuorviante in quanto pretenderebbe di imporre un requisito di capacità tecnica, riferito a specifiche esperienze professionali attinenti al peculiare sistema di trazione del convoglio storico ETR 392 Settebello, di cui, invece, non vi è traccia nella "lex specialis".

L'argomento, in sé, appare condivisibile, nel senso che non si rintraccia in alcuna clausola del bando (doc. 1 ric.) la prescrizione relativa ad una esperienza tecnica così specifica e peculiare e non vi è altro riferimento, nella configurazione della "prestazione principale", che non sia relativo ai più volte citati interventi sul sistema di trazione in generale. Tuttavia, immediatamente dopo, il Collegio osserva che, in realtà, nella motivazione e nei presupposti del provvedimento di esclusione del 18.7.2018 non vi è alcun riferimento alla necessità di possedere un requisito di capacità così altamente specifico (e non richiesto dalla legge di gara) atteso che, come si è visto, l'esclusione è dipesa dal fatto che le imprese del RTI ricorrente (ovvero, almeno, alcune di esse) non avevano nel loro curriculum commesse anteriori, atte a dimostrare l'esecuzione degli imprescindibili interventi su sistemi di trazione in genere.

4.4. Gli argomenti che precedono conducono, in conclusione, a ritenere infondati e da respingere tutti i motivi aggiunti.

5. In conclusione: il ricorso introduttivo è fondato e meritevole di accoglimento limitatamente al primo motivo di ricorso, il cui accoglimento comporta l'annullamento del provvedimento di esclusione cui alla Delibera n. 81 del 02/05/2018 (docc. 4 e 5 ric.). Sono, invece, da ritenere improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse i restanti i motivi di ricorso.

Quanto ai motivi aggiunti, i quali investono il nuovo provvedimento di esclusione di cui alla delibera n. 133 del 25/07/2018 (doc. 10 mot. agg.), essi sono tutti da respingere in quanto infondati.

Le spese, considerata la peculiare vicenda oggetto di causa e l'esito del presente giudizio (nonché la fondatezza, seppure parziale, del ricorso introduttivo) possono essere integralmente compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- accoglie in parte il ricorso limitatamente al primo motivo e, per l'effetto, annulla la delibera n. 81 del 02/05/2018;
- dichiara improcedibili i restanti motivi di ricorso;
- respinge integralmente il ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Gabriella De Michele, Presidente

Silvio Lomazzi, Consigliere

Claudio Vallorani, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Claudio Vallorani

IL PRESIDENTE
Gabriella De Michele

IL SEGRETARIO

