

Pubblicato il 10/05/2019

N. 05880/2019 REG.PROV.COLL.
N. 09572/2018 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 9572 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Alstom Ferroviaria S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Massimiliano Sambri, Maurizio Mengassini e Scilla Vernile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dello stesso avv. Sergio Massimiliano Sambri in Roma, via Pinciana 25;

contro

Trenitalia S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Cintioli e Giuseppe Lo Pinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dello stesso avv. Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

nei confronti

Gruppo PSC S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Maria Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Lungotevere Arnaldo Da Brescia, 11;

A.M. General Contractor S.p.A. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

1) della Delibera n. 119 del 5 luglio 2018, comunicata con nota prot. n. TRNIT-DACQ/P/2018/0037075 del 5 luglio 2018, con cui Trenitalia S.p.A. ha aggiudicato il Lotto 1 – “Applicazione di un nuovo sistema antincendio su n. 204 complessi diesel ed elettrici “Minuetto” della gara per l'affidamento del servizio di applicazione di un nuovo sistema antincendio sui rotabili di Trenitalia appartenenti alle flotte Minuetto, Intercity e Pendolini (doc. 1 ric.);

2) di tutti i verbali di gara della suddetta procedura ad evidenza pubblica e in particolare di quelli forniti con il riscontro meramente parziale dell'istanza di accesso presentata in data 6 luglio 2018:

- verbale della prima seduta pubblica del 15 marzo 2018 (Doc. 2);

- verbale della seconda seduta pubblica del 12 aprile 2018 (Doc. 3);

- verbale della terza seduta pubblica del 28 maggio 2018 (Doc. 4);

- verbali delle sedute riservate del 15 marzo 2018, 19 marzo 2018, 20 marzo 2018, 5 aprile 2018, 7 maggio 2018, 11 maggio 2018, 17 maggio 2018, 23 maggio 2018, 24 maggio 2018, 25 maggio 2018, 28 maggio 2018 e 30

maggio 2018 (Doc. 5);

3) della nota prot. n. TRNIT-DACQ/P/2018/0041987 del 30 luglio 2018 (Doc. 6) con cui Trenitalia S.p.A. ha riscontrato solo parzialmente l'istanza di accesso presentata da Alstom Ferroviaria S.p.A. in data 6 luglio 2017, in particolare omettendo di fornire i documenti trasmessi da Gruppo PSC S.p.A. a titolo di chiarimenti nel subprocedimento di verifica dell'anomalia, nonché tutti documenti richiesti con la medesima istanza con riferimento a A.M. General Contractor S.p.A., risultata seconda in graduatoria;

4) della Relazione della Commissione di gara all'esito della procedura di verifica dell'anomalia (Doc. 7);

5) di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale, ancorché non cognito;

nonché per l'accertamento

del diritto di Alstom Ferroviaria S.p.A. a esercitare l'accesso a tutti gli atti e documenti di gara e, in particolare, alla documentazione trasmessa da Gruppo PSC S.p.A. a titolo di chiarimenti nel subprocedimento di verifica dell'anomalia, a tutta la documentazione richiesta con riferimento alla controinteressata A.M. General Contractor S.p.A. nonché a ogni altro atto richiesto con l'istanza del 6 luglio 2018 e non concesso da Trenitalia S.p.A.;

e per la conseguente condanna

di Trenitalia S.p.A. a depositare in giudizio copia della suddetta documentazione;

nonché per la condanna

di Trenitalia S.p.A. a risarcire Alstom Ferroviaria S.p.A. per il danno ingiusto cagionato dall'illegittimo svolgimento della gara e dall'aggiudicazione della stessa, in forma specifica, ovvero – se non possibile – per equivalente economico.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da ALSTOM FERROVIARIA S.P.A. il 27\9\2018:

Annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari, degli atti già gravati con il ricorso introduttivo;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Trenitalia S.p.A e del Gruppo PSC S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2019 il dott. Claudio Vallorani e uditi per le parti i difensori: per la parte ricorrente l'Avv. S.M. Sambri, per Gruppo P.S.C. S.p.A. l'Avv. G.M. Esposito e per Trenitalia S.p.A. gli Avv.ti G. Lopinto e F. Cintioli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. - Con ricorso spedito a notifica in data 6.8.2018 e in pari data depositato, la società Alstom Ferroviaria S.p.a. ha adito questo Tribunale al fine di ottenere l'annullamento della delibera di Trenitalia S.p.a. n. 119 del 5 luglio 2018, comunicata con nota prot. n. TRNIT-DACQ/P/2018/0037075 del 5 luglio 2018, con cui è stato aggiudicato alla Società Gruppo PSC S.p.a. l'appalto relativo al Lotto 1, avente ad oggetto l'“Applicazione di un nuovo sistema antincendio su n. 204 complessi diesel ed elettrici “Minuetto”, nell'ambito della gara indetta da Trenitalia con bando pubblicato nella GUUE del 20.12.2017 (doc. 8 ric.), per l'affidamento del servizio, suddiviso in n. 3 lotti, relativo all'applicazione di nuovi sistemi antincendio sui rotabili di Trenitalia appartenenti alle flotte Minuetto, Intercity e Pendolini (doc. 1 ric.).

L'importo del servizio relativo al lotto 1 (treni “Minuetto”) era pari ad Euro 36.720.000,00 di cui Euro 7.969,72 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso d'asta. La Alstom Ferroviaria ha partecipato alla gara, presentando offerta per il lotto 1 (oltre che per il lotto 3).

Con la delibera impugnata, assunta in data 5.7.2018, la S.A. ha aggiudicato l'appalto alla società Gruppo PSC la

quale ha ottenuto un punteggio complessivo di 94,99 mentre la ricorrente si è classificata al secondo posto con 83,91 punti.

Dopo avere richiesto l'accesso alla documentazione di gara con istanza presentata in data 6.7.2018 ed avendo avuto riscontro soltanto parziale da parte della S.A. a causa dell'opposizione dell'aggiudicataria (doc. 11 ric.), la Alstom ha proposto il ricorso all'odierno vaglio, riservandosi la formulazione di motivi aggiunti una volta acquisita la documentazione completa alla cui ostensione ritiene di avere diritto.

I motivi di gravame sono i seguenti:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., degli artt. 30 e 95 del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 3, legge n. 241/1990. Violazione della lex specialis di gara e, in particolare, del punto V.1. del Disciplinare e del relativo Allegato relativo alle modalità di calcolo dei punteggi tecnici sub E1. Violazione dei principi di imparzialità, par condicio, trasparenza e ragionevolezza. Eccesso di potere per motivazione apodittica, incongrua e insufficiente: sarebbe immotivata l'attribuzione di 66,50 "punti tecnici" al Gruppo PSC, avendo la Commissione proceduto alla mera esternazione di punteggi numerici senza alcuna motivazione idonea a giustificarli e a renderli intellegibili; non sono state, pertanto, esplicate le ragioni dei punteggi attribuiti, con palese violazione del principio di necessaria motivazione dell'azione amministrativa ex art. 3 Legge n. 241 del 1990;

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 89 d.lgs. 50/2016 e dell'art. 6 della Legge n. 241/1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, manifesta illogicità e infondatezza: il Gruppo PSC ha utilizzato l'istituto dell'avvalimento per sopperire alla mancanza del requisito di cui al punto III.1.3) lett. a) del Bando di gara, costituito dal fatturato specifico del triennio 2014-2016 non inferiore, per il lotto 1, a:

- Euro 20.000.000,00 (euro ventimilioni/00), generato dalla progettazione, produzione ed installazione di sistemi antincendio destinati al trasporto passeggeri, su veicoli civili e militari, di tipo: ferroviario, autoferrotramviario e navale;

o in alternativa

- Euro 100.000.000,00 (euro centomilioni/00), generato dalla fornitura a nuovo di materiale rotabile ferroviario (ivi compreso materiale trainato) per il trasporto passeggeri, dotati di sistema antincendio.

Scegliendo la prima delle due alternative predette, l'aggiudicataria ha documentato l'avvalimento mediante la produzione di n. 2 contratti, stipulati con due diverse società ausiliarie, la Ultrafog Ltd e la Ultra Fog AB, relativi all'integrazione del medesimo fatturato specifico (per servizi analoghi a quello in oggetto), non posseduto dal Gruppo PSC in proprio. In realtà, ad avviso della società ricorrente, i documenti prodotti non consentono di ritenere né determinate né determinabili le prestazioni e le risorse (materiali e personali) asseritamente messe a disposizione dalle due ausiliarie ai fini dell'esecuzione della commessa; in tal modo sarebbe stato violato l'art. 89, comma 1, ult. periodo, d.lgs. 50/2016, laddove prevede che "...il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti formali e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria" (non conducono a diversa conclusione, in quanto indeterminate sul punto, le ulteriori dichiarazioni allegate a comprova dell'avvalimento ex art. 89, comma 1, d.lgs., n. 50 del 2016); a conferma di ciò la ricorrente sottolinea che: i due tecnici progettisti e i due tecnici per l'assistenza di cantiere non sono indicati nominativamente nel contratto di avvalimento e potrebbero anche non essere dipendenti delle ausiliarie; non è definibile, neanche "per relationem" la portata dell'impegno assunto; sono indeterminate le risorse messe a disposizione;

III. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 d.lgs. 50/2016 e dell'art. 6 della legge n. 241/1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, manifesta illogicità e infondatezza: la valutazione della Commissione in merito all'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria (cfr. doc. 7 ric.) sarebbe illogica per avere ritenuto l'offerta stessa sostenibile nonostante la palese anomalia dei parametri tecnico-qualitativi offerti in rapporto al prezzo formulato,

decisamente e incongruamente basso rispetto ai valori tecnici offerti; in particolare la ricorrente, per il requisito tecnico “Ta-S”, ossia il Tempo di attraversamento della Serie di cui al punto 8.4.2. del Capitolato Tecnico Operativo (doc. 29 ric.), ha offerto un valore pari a 1 giorno solare, ossia il tempo minimo ammissibile ai sensi dell’Allegato E1 (cfr. doc. 28), ottenendo di conseguenza il punteggio massimo di dieci; il numero di giorni indicati, ossia uno, sarebbe “ictu oculi” particolarmente ridotto in relazione alla tipologia di servizio da prestare; esso sarebbe ingiustificato e insostenibile alla luce di quanto emerge dalla relazione della Commissione di gara (cfr. doc. 7), laddove si legge che “il costo della manodopera indicato in rapporto al numero complessivo di ore di impiego (pari a circa 30 Euro/ora) è superiore ai minimi salariali retributivi delle professionalità indicate di cui alle apposite tabelle ministeriali con riferimento al contratto metalmeccanici”; in realtà, secondo Alstom, un numero di giorni di lavoro così esiguo presupporrebbe necessariamente l’impiego in contemporanea di numerose unità di lavoratori in cantiere e ciò si “...tradurrebbe inevitabilmente in un costo della manodopera ben più incidente sul prezzo unitario che, di conseguenza, appare abnormemente basso. Infatti, delle due l’una: o il prezzo unitario copre quasi integralmente il costo della manodopera a discapito della qualità dei materiali utilizzati e, dunque, in generale del servizio offerto (con evidente abbassamento degli indici di sicurezza che devono essere obbligatoriamente garantiti nell’ambito di un servizio pubblico), oppure il parametro tecnico offerto è economicamente insostenibile, problema che non potrà che emergere in tutta la sua gravità e anti economicità in sede di esecuzione del contratto...”.

2. - Si sono costituite per resistere al ricorso la Stazione Appaltante Trenitalia S.p.a. e la società aggiudicataria (e, dunque, controinteressata nel presente giudizio) Gruppo PSC S.p.a., che hanno depositato, rispettivamente, ampie memorie in cui eccepiscono: preliminarmente, l’inammissibilità del gravame per omessa impugnativa nei termini di legge sia del disciplinare di gara che dei relativi allegati, nei quali sono state fissate le modalità di attribuzione del punteggio mediante sistema numerico e matematico; l’infondatezza del ricorso stesso nel merito in quanto non sussisterebbe il lamentato vizio di motivazione, dal momento che la valutazione tecnica espressa dalla Commissione è stata esaurientemente motivata, sotto tutte le singole voci rilevanti; sul secondo motivo, la difesa della PSC osserva, invece, che il motivo dedotto da Alstom sarebbe contraddetto dalle specifiche pattuizioni contrattuali contenute nell’art. 2 di entrambi i contratti di avvalimento, dal momento che i requisiti mancanti di “know-how” e delle risorse tecniche e strumentali oggetto del suddetto avvalimento sono puntualmente indentificati; la verifica di anomalia, poi, sarebbe stata eseguita in modo attento e scrupoloso come dimostrano le articolate giustificazioni dell’aggiudicataria e la relazione della Commissione.

3. - In data 27.9.2018 la Alstom Ferroviaria S.p.a. ha depositato motivi aggiunti avverso i medesimi atti oggetto di ricorso, con i quali articola ulteriori censure, sulla base della documentazione a cui ha potuto accedere soltanto il 30 luglio 2018, afferenti, per la maggior parte, alla “Descrizione tecnica e funzionale” dell’impianto antincendio presentata in gara dal Gruppo PSC, la quale presenterebbe, “insanabili carenze e incongruenze che inficiano irrimediabilmente la valutazione effettuata dalla Commissione di gara”.

Questi, in particolare, i nuovi motivi proposti:

I. Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost., degli artt. 30, 83 e 95 del d.lgs. 50/2016 e dell’art. 3 e 6 l. 241/199. Violazione della lex specialis di gara e in particolare del punto V1. del Disciplinare di gara e dei relativi allegati E1 – “modalità di calcolo dei punteggi tecnici” E F1 – “modalità di redazione della descrizione tecnica e funzionale”. Violazione dei principi di imparzialità, par condicio, trasparenza e ragionevolezza. Eccesso di potere per travisamento dei fatti. Difetto assoluto di motivazione e istruttoria: ad avviso della Alstom l’offerta tecnica della PSC sarebbe connotata, nelle soluzioni proposte, da una nutrita serie di difformità rispetto ai requisiti, ai parametri e alle specifiche tecniche richieste dalla documentazione di gara, difformità che riguardano (vedi pagg. 4

e ss. mot. agg.):

- i. costituzione dell'impianto di estinzione;
- ii. sostituzione cavi per garantire il proseguimento della marcia;
- iii. interfaccia sul banco di manovra delle cabine di guida;
- iv. interfaccia verso HVAC;
- v. Remoto Alarm;
- vi. impianti fissi di estinzione per ambiente viaggiatori;
- vii. sistema di estinzione;
- viii. Rendering;
- ix. collaudi, prove di tiro e prove di serie;
- x. Certificazione SIL 2 del software;
- xi. Cantieri in parallelo;
- xii. attrezzature speciali per la manutenzione e manuali di uso e manutenzione.

Ad avviso della ricorrente la carenza della soluzione progettuale proposta dal Gruppo PSC si sarebbe riflessa sul prezzo estremamente basso offerto dall'aggiudicataria; il numero e la gravità delle difformità sarebbe tale da legittimare l'esclusione dell'offerta; in ogni caso sarebbe illogica l'attribuzione, ad opera della Commissione di gara, di un punteggio elevato (8,5 su 12 punti disponibili), di fronte ai palesi difetti dell'offerta;

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 89 d.lgs. 50/2016 e dell'art. 6 della l. 241/1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, manifesta illogicità e infondatezza: parte ricorrente ritorna sul tema dell'illegittimità/nullità dell'avvalimento, approfondendo quanto già esposto nel secondo motivo del ricorso originario; la genericità dell'oggetto dei due contratti con le ausiliarie è confermato dalla mancanza di una distribuzione in quote dei fatturati specifici rispettivamente garantiti; inoltre i due contratti sono identici nel contenuto e dunque non consentono di individuare la quota parte del requisito rispettivamente assicurata da ciascuna delle due ausiliarie che, in ogni caso, prestano esattamente le medesime (limitatissime) risorse (due tecnici progettisti + due tecnici di cantiere, oltre il sistema di spegnimento "water mist") (vedi docc. 23-26 ric.); l'indeterminatezza delle risorse, inoltre, differisce ad un momento futuro e incerto l'individuazione delle figure professionali proposte e non sono comunque determinabili l'entità dell'impegno, le modalità esecutive, la durata ecc..

In via subordinata, in caso di ritenuta tardività della censure afferenti al contratto di avvalimento, parte ricorrente eccepisce l'illegittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. per lesione del diritto di difesa ovvero, in alternativa, propone istanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE in relazione alla medesima disposizione.

4. - In esito alla camera di consiglio del 19.10.2018, con ordinanza n. 6309 del 2018, la Sezione ha accolto la domanda cautelare di sospensiva degli effetti dell'aggiudicazione, in considerazione dei seguenti profili: il valore dell'appalto e i rilevanti profili di interesse pubblico coinvolti, impongono la sollecita trattazione della causa nel merito; in attesa di essa, l'istanza cautelare può trovare accoglimento, in quanto "...il pur urgente potenziamento del servizio di cui trattasi non può comunque prescindere dalla specificità degli impegni dell'ausiliaria (contestati con il secondo motivo di gravame), i quali debbono essere formalmente assunti con puntuale indicazione delle risorse e dei mezzi aziendali, messi a disposizione dell'impresa ausiliata concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2014, n. 6256)...".

5. - In sede di appello cautelare, la Sezione VI del Consiglio di Stato ha invece ritenuto di respingere la domanda cautelare di prime cure, in quanto si sarebbe dovuto tener conto, ai fini applicativi, della diversa portata e dei diversi effetti dell'avvalimento di garanzia rispetto a quello operativo, nonché in quanto "i contratti di avvalimento

stipulati dall'aggiudicataria paiono dar conto in maniera adeguata delle risorse poste a disposizione dell'operatore economico ausiliato...".

6. - Tutte le parti costituite hanno successivamente depositato, nell'ordine, documenti integrativi, memorie conclusionali e note di replica.

Quindi alla pubblica udienza del 20 febbraio 2019, dopo ampia discussione dei difensori delle parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. - La controversia in esame ha ad oggetto l'impugnativa dell'aggiudicazione definitiva del servizio di "Applicazione di un nuovo sistema antincendio su n. 204 complessi diesel ed elettrici Minuetto", nell'ambito della gara indetta da Trenitalia S.p.a., suddivisa in n. 3 lotti, per l'affidamento del servizio di applicazione di nuovi sistemi antincendio sui rotabili di Trenitalia appartenenti alle flotte Minuetto, Intercity e Pendolini, il cui lotto n. 1 è stato aggiudicato al Gruppo PSC S.p.a.

2.1 - Ciò premesso il Collegio deve affrontare, in via preliminare, per ragioni di priorità logico-giuridica, le eccezioni di inammissibilità e tardività, variamente articolate da parte resistente e dalla società controinteressata con riguardo:

a) al primo motivo di ricorso, per omessa impugnativa nei termini di legge sia del disciplinare di gara che dei relativi allegati, nei quali sono state fissate le modalità di attribuzione del punteggio mediante sistema numerico e matematico (v. memoria U.P. Gruppo PSC pag. 3-4);

b) al secondo motivo di ricorso - e, di conseguenza, anche al secondo dei motivi aggiunti, che si riferisce ai medesimi profili di illegittimità dell'avvalimento di cui si è giovata l'aggiudicataria al fine di integrare il requisito del fatturato specifico di cui al punto III.1.3) del bando di gara - il quale, in quanto riguardante l'ammissione alla gara del Gruppo PSC, avrebbe dovuto essere proposto, ai sensi dell'art. 120, comma 2.bis. c.p.a., entro gg. 30 da tale ammissione e, quindi, dalla seduta pubblica del 12.4.2018, nel corso della quale la Commissione aveva proceduto all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica ed alla quale partecipavano anche i rappresentanti della Alstom (vedi prima memoria Trenitalia pagg. 15-16);

c) ai motivi aggiunti notificati da Alstom in data 26.9.2018, in quanto con essi la ricorrente, senza impugnare nuovi atti, ha esteso il perimetro delle censure rispetto a profili dell'offerta tecnica ed alla relativa valutazione della Commissione, che erano già pienamente conosciuti al momento della proposizione del ricorso (7 agosto 2018), visto l'integrale accesso agli atti di gara consentito il 30 luglio 2018; si sarebbe così avuto un inammissibile frazionamento della domanda in più atti impugnatori e la proposizione di censure integrative e nuove, che erano in realtà già proponibili con il ricorso originario.

2.2. Nessuna delle suddette censure di rito appare convincente.

2.2.1 Quanto alla censura sub a) è notorio e consolidato l'orientamento (affermato a chiare note dall'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003, il cui insegnamento ha poi trovato costante applicazione nella successiva giurisprudenza) secondo cui, a meno che la censura proposta non investa clausole "escludenti" (ovvero, più ampiamente, secondo l'interpretazione evolutiva del principio che si è andata affermando, anche ove siano tali da non consentire, per la loro ambiguità o irragionevolezza, la elaborazione di una offerta consapevole e/o economicamente sostenibile), dunque immediatamente lesive della posizione soggettiva dell'operatore a cui è preclusa la stessa possibilità di partecipare (o partecipare in modo consapevole) alla competizione, il "dies a quo" per l'impugnazione delle clausole illegittime della legge di gara va fatto coincidere con il momento dell'adozione del provvedimento applicativo in concreto lesivo per la concorrente, individuabile, a seconda dei casi, nel provvedimento di esclusione dalla gara ovvero nell'atto di aggiudicazione di essa ad altro operatore economico.

Recentemente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ritenuto di confermare il tradizionale principio, con ampie argomentazioni (Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4), basate sul rilievo che “non si rinvergono motivi per discostarsi dal principio affermato sin dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003: e ciò, sia per esigenze di carattere teorico generale che per esigenze eminentemente pratiche. Secondo il recente arresto dell'Adunanza Plenaria “Non sembra, anzitutto, al Collegio che l'innovazione legislativa ascrivibile all' articolo 4, comma 2, lettera d), del d.L. 13 maggio 2011, n. 70, che ha interpolato l'art. 46 del d.Lgs. n. 163 del 2006 inserendovi il comma 1 bis (che così dispone, nella parte di interesse: “i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”), militi a sostegno delle aspirazioni “evolutive” rispetto all'indirizzo tradizionale (siccome ipotizzato nell'ordinanza di rimessione).

Mercè detta disposizione (reiterata peraltro dall'art. 83 comma 8 del vigente d. Lgs n. 50/2016) si è certamente voluta favorire la massima partecipazione alle gare attraverso il divieto di un aggravio del procedimento, correggendo quelle soluzioni che sfociavano in esclusioni derivanti da violazioni puramente formali (tra le tante, si veda Cons. Stato, Sez. III, 29 luglio 2015 n. 3750); ma ciò è avvenuto attraverso un accorgimento (espressa comminatoria di nullità, ex art. 21-septies legge n. 241/1990) che:

a) da un canto rende meramente eventuale il ricorso ad iniziative giurisdizionali in quanto, secondo autorevole giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974), tali clausole sono passibili di formale disapplicazione da parte della commissione di gara;

b) ma soprattutto – a cagione dell'anticoncorrenzialità di simili clausole e della sanzione di nullità che da ciò discende –consente che l'iniziativa giurisdizionale avverso le stesse venga esercitata in qualsiasi tempo: ciò, semmai, va nella direzione contraria (immediata emersione dei vizi del bando) rispetto a quella prospettata a sostegno dell'indirizzo evolutivo;

c) non ritiene, quindi, il Collegio che tale disposizione esprima indirizzi a sostegno del superamento del consolidato orientamento in punto di necessità di impugnare le clausole non preclusive della partecipazione unitamente al provvedimento che rende certa ed invero la lesione, sino a quel momento unicamente paventata....”

Inoltre, come osservato dalla difesa della ricorrente (vedi note di replica pag. 3), la Alstom, lungi dal criticare, con il primo motivo originario e con il primo motivo aggiunto, la scelta della S.A. di assegnare il punteggio tecnico sulla base dei sub-criteri previsti dalla “lex specialis”, contesta in realtà la mancata applicazione di essi, la quale si sarebbe concretizzata, tra l'altro, nell'accorpamento (non previsto dal Capitolato Speciale) dei punteggi relativi ai distinti criteri identificati come “Dr”, “De”, “TS” e “NP”.

Sotto il profilo considerato, pertanto, l'eccezione di inammissibilità del primo motivo (e del primo motivo aggiunto) per tardività è del tutto infondata.

2.2.2 - Quanto all'eccezione sub b), il Collegio rileva che è documentato in atti che il ricorso e i motivi aggiunti sono stati rispettivamente proposti, in data 6.8.2019 e in data 27.9.2018, mentre l'accesso integrale alla documentazione di gara si è avuto unicamente con l'ostensione della documentazione, avvenuta con nota di Trenitalia del 30.7.2018 (doc. 6 ric.), data dalla quale, ad avviso del Collegio, va fatto decorrere il termine breve “ad impugnationem”, rispettato, invero, oltre che dal ricorso (notificato in data 6.8.2019), anche dai motivi aggiunti proposti in data 27.9.2018, dovendosi considerare il prolungamento del termine in corrispondenza del periodo di sospensione feriale (1.7.2018-31.8.2018).

Al riguardo appare persuasiva l'argomentazione difensiva della ricorrente secondo cui il termine per l'impugnazione decorreva, nella specie, dalla data di accesso agli atti di gara avvenuta il 30.7.2018. Al riguardo si osserva che, secondo l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., “Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e

tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale”.

L'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, a sua volta, prevede che “Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione 'Amministrazione trasparente' con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali”.

Dal combinato disposto delle due norme risulta, quindi, che il dies a quo per impugnare il provvedimento di ammissione o esclusione, dando ingresso al giudizio previsto dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., decorre dalla pubblicazione dello stesso sul sito della stazione appaltante.

La specialità di tale previsione ne implica la prevalenza rispetto al principio generale della decorrenza del termine per impugnare dalla piena conoscenza del provvedimento lesivo, con la conseguenza che, anche postulando che il termine di reazione processuale decorra, in caso di aggiudicazione, dalla piena conoscenza della determinazione lesiva della PA, ossia dal momento in cui si conclude la seduta di gara in cui sono eventualmente presenti i legali rappresentanti della società che si ritiene lesa, in caso di ammissione/esclusione deve ritenersi comunque rilevante, a tal fine, solo il diverso momento della pubblicazione sul sito della stazione appaltante del relativo provvedimento che tale decisione formalizza (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 22 agosto 2017, n. 9379; Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2016, n. 3026), tenuto conto del regime di specialità di tale disposizione rispetto alla disciplina generale in materia di gare pubbliche.

A ciò, tuttavia, deve aggiungersi che la specialità della disciplina e l'introduzione, ad opera di essa, di un'ipotesi di decadenza ne impongono una interpretazione rigida e non estensiva, circoscrivendone l'applicabilità, come dalla stessa espressamente previsto, ai fini della decorrenza del termine, all'emissione e pubblicazione di un provvedimento contenente le ammissioni ed esclusioni dalla gara, accompagnato dalla possibilità di accedere ai verbali relativi ed alla documentazione amministrativa verificata dalla Commissione di gara ai fini dell'ammissione degli operatori alla procedura comparativa. Nella specie non può si ancorare il termine decadenziale alla prima seduta pubblica del 15 marzo 2018, in quanto, nonostante la partecipazione ad essa del rappresentante della Alstom, il relativo verbale non conteneva alcuna indicazione in merito agli elementi e alle ragioni che hanno condotto la S.A. ad ammettere le altre concorrenti (il verbale riporta semplicemente la dizione “si rileva la presenza di tutta la documentazione richiesta”). La stessa pubblicazione sul portale trasparenza avvenuta il 5.4.2018 ha riguardato l'elenco delle imprese ammesse non accompagnata dal caricamento della documentazione prevista dall'art. 29, comma 1, d.lgs., n. 50 del 2016 e, pertanto, neanche da tale data può essere fatto decorrere il termine di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a..

In tal senso la giurisprudenza ha già avuto modo di chiarire che il rito speciale in materia di impugnazione contro esclusioni ed ammissioni, previsto dal comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., costituendo eccezione al regime ordinario

del processo appalti (a sua volta eccezione rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato ex art. 119 c.p.a.), deve essere applicato solo nel caso espressamente previsto, e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016; in caso contrario l'impugnativa non può che essere rivolta, congiuntamente, avverso l'ammissione dell'aggiudicatario ed il provvedimento di aggiudicazione laddove il secondo sia conseguenza del primo (cfr. TAR Lazio, III, 14 febbraio 2019, n. 1947; T.A.R. Toscana, sez. II, 24 aprile 2017, n. 593).

Nel caso di specie non risulta che, prima del 30.7.2018, la stazione appaltante abbia dato tempestiva e completa comunicazione del provvedimento, comprensivo della documentazione amministrativa atta a rappresentare la legittimazione a partecipare del Gruppo PSC (v. in particolare i contratti e le dichiarazioni relative all'avvalimento) come previsto dall'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016.

Ne consegue che non risultano integrati tutti i presupposti previsti dalla fattispecie normativa ai fini del decorso del termine per proporre il ricorso con lo speciale rito di cui all'art. 120, comma 2 bis c.p.a., tenuto conto di quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui “l'onere di impugnazione immediata, nel termine di trenta giorni, del “provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali” risulta esigibile solo a fronte della contestuale operatività delle disposizioni del decreto legislativo che ne consentono l'immediata conoscenza da parte delle imprese partecipanti alla gara e, segnatamente, degli artt.29, comma 1, e 76, comma 3. In difetto del (contestuale) funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione – che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile – la relativa prescrizione processuale si rivela del tutto inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito...” (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994).

La presenza dei rappresentanti della ricorrente, infine, “non può assumere rilievo ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, atteso che nel caso di specie, la parte ricorrente intende contestare aspetti della procedura di gara che richiedono la conoscenza di atti e documenti che sono stati acquisiti solo successivamente alla seduta in cui il seggio di gara si è espresso sulle ammissioni degli altri concorrenti.

In tali circostanze, infatti, l'interessata, seppure presente con un proprio rappresentante alle sedute di gara, non aveva potuto ancora acquisire quel grado di conoscenza minima delle possibili illegittimità della procedura” (TAR Lazio, III, n. 1947/19 che cita Cons. Stato, Sez. III, 14 giugno 2017, n. 2925).

Di conseguenza il ricorso introduttivo deve ritenersi tempestivo anche con riferimento alle censure relative all'illegittima ammissione delle contro-interessate (di cui al secondo motivo di ricorso e al secondo motivo aggiunto).

2.2.3. Quanto infine all'eccezione di tardività/irritualità dei motivi aggiunti, il Collegio ritiene la stessa, del pari, infondata.

Premesso che, come visto, anche per i motivi aggiunti il termine breve per impugnare va calcolato a decorrere dal 30.7.2018, data dell'accesso ai documenti necessari all'articolazione delle censure proposte, gli stessi sono stati notificati tempestivamente (il 26.9.2018) dovendosi tener conto della sospensione feriale.

La giurisprudenza citata dalla controinteressata è invece inconferente in quanto, contrariamente a quanto accaduto nel caso in esame, si riferisce a fattispecie nelle quali i motivi aggiunti erano stati notificati oltre il termine decadenziale, nonostante contenessero censure già esperibili con il gravame originario senza che fossero stati adottati, nelle more, provvedimenti innovativi idonei a determinare una nuova decorrenza del termine.

3. Venendo ora all'esame del merito del ricorso, il Collegio ritiene di trattare in primo luogo il secondo motivo del ricorso introduttivo e, congiuntamente ad esso, il secondo dei motivi aggiunti, il quale, con alcune precisazioni ed approfondimenti, si fonda sulle medesime censure relative all'illegittimità dell'avvalimento per violazione dell'art. 89 d.lgs. 50/2016, in quanto i due contratti tra la controinteressata e le ausiliarie Ultrafog Ltd e Ultrafog AB non indicherebbero nel dettaglio le risorse e i mezzi effettivamente prestati e, per la genericità del loro contenuto, determinerebbero un impegno non vincolante e non coercibile e, quindi, inidoneo a sopperire alla mancanza, in capo al Gruppo PSC S.p.a., del requisito di capacità professionale e tecnica prescritto dal punto III.1.3), lett. a.1) del bando (doc. 8 ric.), non posseduto in prima persona dal Gruppo PSC S.p.a.. Il requisito de quo è così definito dalla citata clausola del bando di gara: "avere realizzato nel periodo 2014-2016 un fatturato specifico complessivo almeno pari o superiore a: a1) per il Lotto 1: Euro 20.000.000,00 (euro ventimilioni), generato dalla progettazione, produzione ed installazione di sistemi antincendio destinati al trasporto passeggeri su veicoli civili e militari, di tipo: ferroviario, autoferrotranviario e navale".

Il requisito è espressamente definito come afferente alla "capacità professionale e tecnica". L'impresa ausiliata, nei due contratti di avvalimento, contenutisticamente identici, sottoscritti il 15.2.2018 (vedi docc. 25 e 26 Trenitalia), dichiara che "...sebbene tecnicamente ed economicamente organizzata, non possiede il requisito della capacità tecnica di cui all'art. III.1.3) lett. a), con riferimento alla capacità professionale e tecnica richiesta nel bando per ciascun lotto ed in particolare di avere realizzato nel periodo 2014/2016 un fatturato specifico pari almeno a: Lotto 1 Euro 20.000.000,00 ...".

3.1. Ciò detto in punto di fatto, occorre dare atto che il requisito del fatturato specifico non è stato sempre univocamente qualificato dalla giurisprudenza (vedi la puntuale esposizione della problematica nella recente pronuncia del Consiglio di Stato, V, 19 luglio 2018 n. 4396) essendo stato ascritto, in qualche precedente, ai criteri di selezione tecnici (cfr. Cons. Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 864), ma in prevalenza ai criteri di selezione economico finanziari (cfr., tra le altre, Cons. Stato, III, 4 aprile 2018, n. 2102; Cons. Stato, V, 15 gennaio 2018, n.187; Cons. Stato, V, 20 luglio 2017, n. 3593, Cons. Stato, III, 11 luglio 2017, n. 3422).

Il legislatore del codice dei contratti pubblici, d'altronde, secondo parte resistente e controinteressata, ha optato per tale seconda qualificazione, atteso che l'art. 83, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016, stabilisce che, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere "che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto" e, correlativamente, l'Allegato XVII ("Mezzi di prova dei criteri di selezione") prescrive, nella parte I, dedicata alla capacità economica e finanziaria, che questa possa essere provata mediante una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto.

Il Collegio osserva, peraltro, che nel medesimo Allegato, nella Parte II, viene indicato quale possibile indicatore della capacità tecnica (non economica) dell'impresa concorrente, ai sensi dell'art. 83 del Codice Appalti, selezionabile dalle Amministrazioni aggiudicatrici, "ii) un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati...", elemento di prova che appare, concettualmente, molto vicino al fatturato specifico settoriale, trattandosi, per così dire, dell'altra faccia della medesima medaglia. Se nel primo caso è accentuato l'aspetto economico (il fatturato) senza che sia però azzerato il profilo esperienziale, atteso che soltanto attraverso l'individuazione delle forniture o dei servizi concretamente eseguiti è delimitabile il settore che ha materialmente generato quel fatturato ed è possibile discernere se si può parlare di servizi "analoghi"; nel secondo caso, con riferimento al requisito di

capacità tecnica, è in primo piano il dato delle prestazioni eseguite (fornitura ovvero servizio) ma concorrono alla definizione del requisito anche i relativi importi (che vanno in definitiva a comporre il fatturato specifico) ed il termine triennale utilizzato anche per il fatturato specifico di cui alla Parte I dell'Allegato XVII.

3.2. Tuttavia, nel caso di specie, il Collegio reputa dirimente la deduzione di parte ricorrente in ordine alla vincolatività della *lex specialis*, sul punto non contestata da alcuna delle parti in causa.

Le relative previsioni letterali contrastano con l'interpretazione sostenuta dalla controinteressata secondo cui il requisito di cui la PSC era carente, oggetto del duplice contratto di avvalimento, sarebbe soltanto di natura economico-patrimoniale e non (anche) tecnica e, di conseguenza, sarebbe da qualificare come "di garanzia" e non "operativo" l'avvalimento in discorso.

Invero la stessa società Gruppo PSC, in sede di gara, ha interpretato il requisito in parola come requisito di capacità tecnica, poiché - come meglio risulta dal contenuto dei contratti di avvalimento - gli impegni parallelamente assunti dalle due ausiliarie Ultrafog Ltd e Ultra Fog AB non riguardano la solidità patrimoniale e finanziaria delle stesse bensì "risorse, beni e attività di cui quest'ultima (cioè Gruppo PSC) è carente ovvero il "know how", le risorse umane e strumentali come nel seguito determinati in modo specifico:

- Sistema di spegnimento ad acqua nebulizzata "water mist" ad alta pressione ingegnerizzato, sviluppato e prodotto da Ultrafog;
- No. 2 tecnici progettisti a supporto dell'attività di ingegneria e certificazione con test a fuoco in scala reale sui lavori oggetto del bando; gli stessi potranno essere dipendenti di Ultrafog e/o comunque personale idoneo allo svolgimento dell'incarico dalla stessa individuati ed incaricati;
- No. 2 tecnici per assistenza in cantiere durante le fasi di installazione, commissioning e start-up dei sistemi di spegnimento; gli stessi potranno essere dipendenti di Ultrafog e/o comunque personale idoneo allo svolgimento dell'incarico dalla stessa individuati ed incaricati" (doc. 22 ric. relativo all'avvalimento di Ultrafog Ltd, ma il testo contrattuale è identico con riguardo al contratto di avvalimento stipulato con Ultra Fog AB, doc. 23 ric).

In definitiva, nessuna indicazione sulla prestazione di un requisito economico-finanziario è rilevabile dai due contratti di avvalimento né dalle dichiarazioni rese dalle due ausiliarie alla stazione appaltante ai sensi dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 (docc. 24 e 25 ric.; docc. 27 e 28 Trenitalia).

Invero è la stessa difesa del Gruppo PSC che, nella memoria difensiva di risposta al ricorso (dep. in data 11.9.2018, v. pag. 9) deduce: "il motivo dedotto da Alstom è contraddetto dalle specifiche pattuizioni contrattuali contenute nell'art.2 di entrambi i contratti di avvalimento, dal momento che i requisiti mancanti di Know-how e delle risorse tecniche e strumentali oggetto del suddetto avvalimento sono puntualmente indentificati, e consistono in:

- Sistema di spegnimento acqua nebulizzata water mist ad alta pressione ingegnerizzato, sviluppato e prodotto da Ultrafog;
- n. 2 tecnici progettisti a supporto dell'attività di ingegneria e certificazione con test a fuoco in scala reale sui lavori oggetto del bando; gli stessi potranno essere dipendenti di Ultrafog e/o comunque personale idoneo allo svolgimento dell'incarico.....ecc....".

3.3. In ogni caso occorre considerare – e ciò è dirimente - la qualificazione del requisito del fatturato specifico per servizi analoghi come configurata dalla "lex specialis" la quale (al punto III.1.3. del bando) lo definisce in termini di "requisito di capacità tecnica". La dizione del bando, al riguardo, è da ritenere vincolante e determina la necessità di ricondurre il fatturato specifico in esame alla norma di cui al comma 6 dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale "6. Per gli appalti di servizi e forniture, per i criteri di selezione di cui al comma 1, lettera c), le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. Nelle

procedure d'appalto per forniture che necessitano di lavori di posa in opera o di installazione, servizi o lavori, la capacità professionale degli operatori economici di fornire tali servizi o di eseguire l'installazione o i lavori è valutata con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità. Le informazioni richieste non possono eccedere l'oggetto dell'appalto; l'amministrazione deve, comunque, tener conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali...".

Al riguardo non sono condivisibili le argomentazioni delle parti resistente e contro-interessata a proposito del contenuto minimo del contratto di avalimento c.d. di garanzia, che qui ricorrerebbe e che non richiederebbe ulteriori specificazioni contenutistiche, stante l'oggetto di questa tipologia di avalimento, relativo alla mera messa a disposizione della capacità economica e della solidità finanziaria dell'ausiliaria che nulla sarebbe tenuta a prestare in termini di risorse materiali, intellettuali (brevetti, know how ecc.) e di personale.

Al contrario, come si è osservato, è la *lex specialis* che "...ha comportato che, tra i mezzi per provare le capacità tecniche degli operatori economici, la SUA abbia inserito un mezzo di prova (dichiarazione riguardante il fatturato specifico) di norma destinato a comprovare la capacità economico-finanziaria, in luogo di uno dei mezzi di prova previsti invece dalla parte II del citato allegato XVII, in specie gli elenchi di cui dalla lettera a) punto ii).

Così congegnato il requisito richiesto per la partecipazione alla gara, il contratto di avalimento stipulato per conseguire la disponibilità risulta funzionale a garantire la stazione appaltante in merito alla possibilità dell'impresa concorrente di avvalersi dell'esperienza già acquisita dall'impresa ausiliaria (riscontrata probatoriamente dalla produzione del fatturato specifico riferito a servizi analoghi, piuttosto che dall'elenco <<... dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, dati e destinatari pubblici e privati>>: cfr. all. XVII, parte II, lett. a)." (Cons. Stato, V, 19/07/2018 n. 4396).

Consegue da tutto quanto precede che, nella specie (come nella recente fattispecie affrontata da Cons. Stato ult. cit.), "lo scopo dell'avalimento è quello di consentire all'amministrazione di fare affidamento, non solo sulle risorse umane e tecniche proprie che la concorrente avrebbe destinato all'esecuzione delle prestazioni richieste, ma anche sulle competenze tecniche acquisite dall'impresa ausiliaria grazie alle precedenti esperienze lavorative, cui è riferito il fatturato specifico dato "in prestito" all'impresa concorrente."

3.4. Una volta appurato, per le plurime ragioni sopra rilevate, che il requisito di cui l'aggiudicataria era carente si riferiva alla capacità tecnica, come previsto dalla *lex specialis*; esclusa, quindi, l'equiparazione di tale requisito al fatturato globale d'impresa, ne consegue la necessità di qualificare l'avalimento per cui è causa come avalimento operativo e non di mera garanzia. Come si è visto, è lo stesso tenore letterale dei due contratti di avalimento a confermarlo.

Ciò significa che la funzione delle due ausiliarie dell'aggiudicataria, nella specie, non può interpretarsi come limitata al ruolo passivo e "lato sensu" fideiussorio proprio dell'impresa che si limiti a prestare, alla concorrente che ne è priva, la propria solidità patrimoniale e finanziaria (come accade con riguardo al requisito del fatturato globale, attinente, per definizione, alla capacità economico-patrimoniale), sulla base di un contratto di avalimento che, nei rapporti con la S.A., svolge una funzione analoga a quella emergente dalla causa del contratto di cui all'art. 1936 cod. civ. (secondo cui "è fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui").

Al riguardo deve ribadirsi l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, proprio in riferimento al requisito del fatturato specifico pregresso per rapporti analoghi, inteso come requisito di capacità tecnica, si è affermato che <<L'avalimento di un tale requisito di natura tecnica non può essere generico (e cioè non si può limitare, come nella specie, ad un richiamo 'meramente cartaceo o dichiarato' allo svolgimento da parte dell'ausiliaria di attività che evidenzino le sue precedenti esperienze), ma deve comportare il trasferimento, dall'ausiliario all'ausiliato, delle

competenze tecniche acquisite con le precedenti esperienze (trasferimento che, per sua natura, implica l'esclusività di tale trasferimento, ovvero delle relative risorse, per tutto il periodo preso in considerazione dalla gara). Ragionando diversamente, il contratto di avvalimento avrebbe, nel caso di specie, un contenuto totalmente astratto. [...]. In sostanza, ritiene il Collegio che il "prestito" del requisito in esame ha un significato solo se il relativo contratto prevede i modi – che possono essere diversi, a seconda delle circostanze, dall'affitto d'azienda alla messa a disposizione della dirigenza tecnica, ovvero alla predisposizione di un programma di formazione del personale o altro elemento comunque valutabile dalla stazione appaltante – perché l'esperienza dell'impresa ausiliaria si possa considerare effettivamente trasferita all'impresa ausiliata>> (così testualmente Cons. Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 864; cfr. anche Cons. Stato, III, 5 luglio 2017, n. 3328).

La ratio cui risponde tale orientamento giurisprudenziale è quella, oramai generalmente riconosciuta, di evitare che il rapporto di avvalimento si trasformi in una sorta di "scatola vuota", atteso che <<l'avvalimento, per com'è configurato dalla legge, deve essere reale e non astratto, cioè non è sufficiente "prestare" il requisito o la certificazione posseduta ed al contempo assumere sul punto impegni del tutto generici, a pena di svuotare di significato l'essenza dell'istituto [...] >> (cfr. così Cons. Stato, III, 12 novembre 2014, n. 5573, richiamata di recente da Cons. Stato, III, 5 marzo 2018, n. 1338; ancor più recentemente vedi Cons. Stato, V, 30 gennaio 2019, n. 755)

Osservando la giurisprudenza formatasi in merito all'avvalimento dei requisiti di capacità tecnica e professionale, va detto che è ripetuta l'affermazione secondo cui l'indicazione dei mezzi aziendali messi a disposizione per l'esecuzione dell'appalto è necessaria a pena di esclusione del concorrente dalla gara. In particolare, argomentando dal carattere generale del principio espresso dall'art. 88 del regolamento di esecuzione del previgente codice dei contratti pubblici – riferimento che oggi può essere sostituito con la norma dell'ultimo inciso dell'art. 89, comma primo, d.lgs. n. 50 del 2016 ("A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria"), aggiunto dal d.lgs. n. 56 del 2017- si è affermato che i mezzi, il personale, il know-how, la prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti in relazione all'oggetto dell'appalto ed ai requisiti per esso richiesti dalla stazione appaltante sono indispensabili per rendere determinato l'impegno dell'ausiliario tanto nei confronti di quest'ultima che del concorrente aggiudicatario (cfr., tra le altre, Cons. Stato, III, 3 maggio 2017, n. 2022; id., V, 4 novembre 2016, n. 4630; in senso analogo la giurisprudenza si esprime con riguardo all'avvalimento dell'attestazione SOA, che pure viene rilasciata previa verifica della complessiva capacità tecnico – organizzativa ed economico – finanziaria dell'impresa: cfr. Cons. Stato, V, 16 maggio 2017, n. 2316; 12 maggio 2017, n. 2226; 23 febbraio 2017, n. 852; 6 giugno 2016, n. 2384; 27 gennaio 2016 n. 264). Più precisamente, secondo la giurisprudenza appena richiamata l'indicazione contrattuale degli elementi in questione è necessaria per definire l'oggetto dell'avvalimento ai sensi dell'art. 1346 cod. civ., donde la nullità (strutturale) del contratto medesimo in base alla comminatoria dell'art. 1418, comma 2, cod. civ., laddove risulti impossibile individuare un'obbligazione assunta dall'ausiliario su un oggetto puntuale e che sia coercibile per l'aggiudicatario, oltre che per la stazione appaltante (in virtù della responsabilità solidale prevista, un tempo, dall'art. 49, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 e, oggi, dall'art. 89, comma 5, d.lgs. n. 50/2016).

3.5. Con riguardo alla figura dell'avvalimento c.d. "operativo", ha osservato il Consiglio di Stato, nella già citata sentenza n. 4396 del 2018, che "l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (con la sentenza 4 novembre 2016, n. 23) ha statuito che l'indagine in ordine agli elementi essenziali di questa tipologia di avvalimento «deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale»; in particolare tale indagine deve essere svolta secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole

contrattuali (artt. 1363 e 1367 cod. civ.).

Preme in proposito sottolineare che la questione della determinabilità dell'oggetto del contratto -oggi ai sensi dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2017 e succ. mod.- va risolta evitando di incorrere in aprioristici schematismi concettuali e considerando che la messa a disposizione della capacità tecnica richiesta, in caso di avvalimento c.d. tecnico od operativo, avviene attraverso lo strumento contrattuale di diritto civile, la cui determinatezza o determinabilità, ai sensi dell'art. 1346 cod. civ., va valutata tenendo conto che per oggetto del contratto deve intendersi l'insieme delle prestazioni dedotte in contratto, non (solo) l'oggetto (materiale) di queste prestazioni.

Non è certo questa la sede per intrattenersi sulla nozione di "oggetto" quale elemento essenziale del contratto ai sensi dell'art. 1325 n. 3 cod. civ., essendo diverse le nozioni elaborate della dottrina civilistica e note le possibili ambiguità di ciascuna di esse, ma è sufficiente osservare, per un verso, che, con oggetto del contratto, si designa, in primo luogo, l'intera operazione contrattuale, vale a dire il contenuto dell'accordo (al quale è riferito l'art. 1346 cod. civ. quando qualifica l'oggetto come necessariamente possibile, lecito, determinato o determinabile); ma, per altro verso, che l'accordo contrattuale, a sua volta, si determina anche in relazione ai beni, materiali o immateriali, oggetto delle prestazioni convenute tra le parti.

(...) Il riferimento fatto dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 alle "risorse oggetto di avvalimento", che devono essere indicate nella dichiarazione rivolta alla stazione appaltante, ed alle "risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria", la cui specificazione è richiesta a pena di nullità del contratto di avvalimento, comporta, quanto meno per l'avvalimento c.d. tecnico od operativo, che siffatte risorse debbano coincidere con l'oggetto (inteso come porzione della realtà materiale) della prestazione o delle prestazioni cui è obbligata l'impresa ausiliaria, quindi consistano nel personale e nei mezzi aziendali forniti all'impresa ausiliata per l'espletamento delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Questa interpretazione, appunto, è stata fatta propria dalla giurisprudenza prevalente, nella quale è ricorrente l'affermazione che, nel caso di avvalimento c.d. tecnico od operativo (che ha ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria) sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate: onde è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (così Cons Stato, sez. V, 22 dicembre 2016, n. 5423, da ultimo richiamata da Cons. Stato, V, 28 febbraio 2018, n. 1216).

Occorre cioè avere chiaro che lo scopo della specificazione delle "risorse" imposta dall'anzidetta norma del codice dei contratti pubblici è raggiunto ogniqualvolta la stazione appaltante sia messa in grado di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'ausiliaria nei confronti della concorrente e di verificare, in sede di gara, e controllare, in sede di esecuzione, che la messa a disposizione del requisito non sia meramente cartolare ma sia basata sulla prestazione effettiva di attività e/o di mezzi dall'una impresa in favore dell'altra."

4. Orbene, non sembra al Collegio che il predetto parametro della adeguata specificazione delle risorse - tale da rendere gli impegni assunti seri, determinati (o quanto meno determinabili) e verificabili dalla S.A. in fase esecutiva - sia stato raggiunto dai due contratti di avvalimento stipulati in data 15.2.2018 tra Gruppo PSC da un lato e, rispettivamente, Ultra Fog AB e Ultrafog Ltd, dall'altro.

E' a detti contratti che si riferisce la deduzione di nullità per indeterminatezza dell'oggetto di cui al secondo motivo.

In essi, come già sopra rilevato, così è descritto l'oggetto contrattuale in termini di mezzi e risorse messi a disposizione dalle due ausiliarie:

- sistema di spegnimento d'acqua nebulizzata "water mist" ad alta pressione;
- due tecnici progettisti;

- due tecnici per assistenza in cantiere.

Orbene, il sistema “water mist”, oltre ad essere indicato in modo alquanto generico nel contratto di avvalimento (che non individua neanche elementi a cui riferirsi “per relationem”), senza alcuna menzione di parametri quantitativi e tecnici, riguarda in ogni caso una porzione limitata nella congerie di prestazioni in cui si articola il contenuto dell'appalto relativo al Lotto 1 e, di per sé, non può essere assunto ad elemento significativo e determinante ai fini dell'effettivo trasferimento del requisito esperienziale (di capacità tecnica) a beneficio dell'ausiliata, da intendersi come trasmissione effettiva ed “operativa” di “...competenza, efficienza, esperienza e affidabilità” (arg. ex art. 83, comma 6, Codice Appalti), da commisurare comunque, in termini economici, al requisito prestato, che ammonta a ben Euro 20.000.000,00 complessivi, ripartito tra le due ausiliarie, dal momento che nessuna delle due assicura l'intero ammontare del fatturato specifico.

A quest'ultimo riguardo appare assai significativo quanto affermato dalla controinteressata secondo cui il know how e le risorse umane e strumentali menzionati nei due avvalimenti erano già comprese in tutti gli ordini/contratti di acquisto di un impianto water mist, motivo per il quale non era neanche necessario ricomprendere quelle medesime attività e risorse anche nel contratto suddetto.

Peraltro PSC sostiene di provvedere all'installazione di questo sistema da anni, sia a bordo di navi che a bordo di treni, quindi l'assistenza richiesta (alle due Ultrafog) “è davvero irrisoria. E' solo per una ulteriore propria garanzia e, di conseguenza, anche della Stazione Appaltante, che PSC ha preteso dalle società fornitrici/Ausiliarie l'impegno anche in sede di avvalimento di prestare, in aggiunta al Fatturato, anche l'assistenza di “due” ingegneri e di “due” tecnici per l'installazione delle bombole” (Memoria U.P. PSC, pag. 17). Sicché è la stessa controinteressata ad ammettere la marginalità del ruolo assunto dalle due ausiliarie con riferimento al sistema “water mist” (trattasi, molto sommariamente, dell'impianto con cui l'acqua viene portata ad altra pressione per poter poi essere nebulizzata).

Per quanto riguarda l'indicazione delle quattro figure professionali sopra indicate, pur essendo condivisibile la deduzione difensiva secondo cui non è necessaria l'indicazione nominativa dei tecnici “prestati”, resta il fatto che non è dato evincere dai contratti, al di là dell'astratta qualificazione dei due profili funzionali, né da elementi ad essi esterni, quale sia la prestazione a cui i medesimi sono rispettivamente tenuti, il ruolo che essi sono chiamati a svolgere nell'esecuzione dell'appalto, le modalità in cui coordinarsi con i responsabili della società appaltatrice in corso di esecuzione, le ore di lavoro che saranno tenuti a prestare, ecc.. Ciò dimostra: da un lato, l'inderminatezza (e indeterminabilità) oggettiva delle prestazioni dedotte nel contratto (di avvalimento); dall'altro, l'impossibilità per la S.A. di verificare se e in che misura il personale dichiaratamente “messo a disposizione” dalle ausiliarie, sarà adempiente rispetto ad impegni che, in quanto del tutto indeterminati, non possono svolgere alcuna funzione quale parametro di valutazione per eventuali inadempimenti e conseguenti azioni di responsabilità.

In definitiva è evidente che sia la risorsa “materiale” (sistema “water mist”) che le risorse di personale indicate nei contratti di avvalimento si traducono in prestazioni che sono, oltre che indeterminate nei loro concreti contenuti, del tutto marginali e residuali rispetto alla qualità e quantità del complessivo servizio assunto dal Gruppo PSC, quindi palesemente inidonee a comportare un effettivo e percepibile trasferimento di competenze ed esperienze professionali all'aggiudicataria, la quale ne è priva, se non in termini assoluti, comunque nella misura richiesta dal bando attraverso il requisito di capacità tecnica e professionale di cui al precitato punto III.1.3).

5. Inoltre, le due società hanno, solo cumulativamente, un fatturato specifico superiore al requisito richiesto dal Bando di gara (cfr. doc. 8 ric.) pari a Euro 20.000.000,00 ma vi è difetto di una puntuale indicazione, nei contratti di avvalimento, della parte coperta da ciascuna delle due, con la relativa commisurata indicazione delle risorse e dei mezzi specifici necessari allo scopo contrattuale. In particolare, dal documento “Nota trasmissione documenti

avvalimento” (doc. 40 ric.), si evince che Ultrafog Ltd. raggiunge con i contratti elencati un fatturato per servizi analoghi pari a Euro19.367.870,04, mentre Ultrafog AB pari a Euro 6.020.308,00.

Ma tali informazioni, come eccepito dalla difesa della ricorrente, non sono recepite nell’oggetto dei singoli contratti di avvalimento stipulati dal Gruppo PSC, che non individuano la quota del requisito assunta dall’una e quella assunta dall’altra delle due ausiliarie, così come resta indeterminato e, comunque, palesemente inadeguato rispetto ai valori di fatturato in gioco, il “quantum” dei rispettivi mezzi e risorse messi a disposizione dalle due ausiliarie.

6. In conclusione, per tutte le considerazioni che precedono, il ricorso (limitatamente al secondo motivo) e i motivi aggiunti (limitatamente al secondo di essi) debbono essere accolti, previo assorbimento delle altre censure dedotte. Di conseguenza il provvedimento di ammissione della contro-interessata Gruppo PSC S.p.a. e la conseguente aggiudicazione debbono essere annullati.

7. Le spese del giudizio seguono la regola della soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l’effetto annulla: i provvedimenti e i verbali della commissione di gara nella parte in cui dispongono l’ammissione alla gara della società Gruppo PSC S.p.a.; la conseguente aggiudicazione in suo favore del Lotto 1 in oggetto, in luogo dell’esclusione della medesima per difetto del requisito di partecipazione.

Condanna Trenitalia S.p.a. al pagamento delle spese di lite in favore della società ricorrente, che liquida nella misura complessiva di euro 5.000,00 (cinquemila/00) oltre IVA, CPA e oneri di legge.

Condanna altresì la controinteressata Gruppo PSC S.p.a. al pagamento delle spese di lite in favore della società ricorrente, che liquida nella misura complessiva di euro 5.000,00 (cinquemila/00) oltre IVA, CPA e oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2019 con l’intervento dei magistrati:

Gabriella De Michele, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere

Claudio Vallorani, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Claudio Vallorani

IL PRESIDENTE
Gabriella De Michele

IL SEGRETARIO