

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Procedimento giurisdizionale – Ricorso giurisdizionale – Impugnazione in s.g. degli atti di una gara di appalto – Relativi a lotti successivi – Nel caso di gara di appalto unitaria – Inammissibilità, dovendo essere utilizzato lo strumento processuale dei motivi aggiunti ex art. 120 co. 7, c.p.a.

Tar Lazio - Roma. Sez. III, 7 settembre 2021, n. 9531

“[...] Discende pianamente dall'art.120,co.7 c.p.a., immutato ab origine dal primo testo :”i nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti.”. Appare al riguardo irrilevante indagare se con tali ricorsi abbiano gravato atti successivi a quelli oggetto del primo, ma sempre relativi al I lotto. Invero il ricorso in trattazione (così come l’altro coevo chiamato successivamente alla medesima odierna pubblica Udienza) ancorché investente le stesse tipologie di atti impugnati col primo ricorso (bando, verbali di selezione, aggiudicazione etc.) colpisce pacificamente il lotto 2 censurando pur sempre nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara (tutti e 3 i lotti afferiscono alla stessa, che rimonta ad un unico bando).

La giurisprudenza ha delineato in termini generali l’onere esistente in materia di ricorsi avverso gare d’appalto, di interporre motivi aggiunti di ricorso allorché vengano rilevate nuove censura dalla visione di atti di gara oggetto di istanza di accesso evasa in corso di causa.

[...] Pone in luce il Collegio la ratio sottesa a siffatta previsione codicistica, che va individuata nella concentrazione del giudizio e nella celerità di definizione dei gravami pro posti avverso una medesima gara sebbene divisa in diversi distinti lotti [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tesmec Rail S.r.l. e di Mer Mec S.p.A. e di Rete Ferroviaria Italiana;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2021 il Consigliere Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il gravame in trattazione la società ricorrente impugna il bando con cui R.F.I. ha indetto la procedura di gara n. DAC.0380.2018, nella parte avente ad oggetto la “Fornitura e Full Maintenance Service di 15 autocarrelli per la diagnostica territoriale su piazzali, nodi ed interconnessioni” - CUP J05D17000010001, distinta in tre lotti - segnatamente Lotto 1 CIG

7734719C07, Lotto 2 CIG 7734777BE4, Lotto 3 CIG773480422F - da aggiudicare con il criterio del maggior punteggio complessivo di tutti i lotti (vedi allegato n. 1), nonché di tutti gli atti allegati e, in particolare, del disciplinare di gara (allegato n. 2) e del disciplinare tecnico (allegato n. 3);

2) del provvedimento di ammissione dei partecipanti alla gara, assunto dalla Commissione di Gara nella seduta del 25.09.2019, nella parte in cui è risultata ammessa alla fase di aperture delle offerte tecniche la TesmecRail S.r.l. (vedi allegato n. 4).

E' stato inoltre oggetto di impugnazione anche il provvedimento n. RFI n. RFI DAC\0011\P\2020\0001293, emesso il 12/06/2020 e successivamente comunicato il 15.06.2020, con cui R.F.I., a conclusione della procedura di gara indetta con l'atto impugnato sub 1), ha approvato la graduatoria e, adottato il previsto criterio della combinazione di aggiudicazione che restituisca il "maggior punteggio complessivo di tutti i lotti" (vedi allegato n. 5), ha proceduto alla aggiudicazione definitiva, tra l'altro, Lotto 3 a TESMEC RAIL S.r.l., in avvalimento con Tesmec S.p.A. e con il RTI composto da Tesmec S.p.A. (Capogruppo mandataria), Tesmec Automation S.r.l. e Bertel S.r.l. (vedi allegato n. 8).

L'appalto, del valore totale stimato di € 193.200.000,00, IVA esclusa, è stato suddiviso in tre lotti e specificamente:

- lotto n. 1, per la Fornitura e Full Maintenance Service di nr. 6 autocarrelli per la diagnostica territoriale su piazzali, nodi e interconnessioni (CIG 7734719C07) per l'importo stimato di € 76.600.000,00 IVA esclusa;
- lotto n. 2, per la Fornitura e Full Maintenance Service di nr. 5 autocarrelli per la diagnostica territoriale su piazzali, nodi e interconnessioni (CIG 7734777BE4) per l'importo stimato di € 64.400.000,00 IVA esclusa;
- lotto n. 3, per la Fornitura e Full Maintenance Service di nr. 4 autocarrelli per la diagnostica territoriale su piazzali, nodi e interconnessioni (CIG 773480422F) per l'importo stimato di € 52 200 000.00 IVA esclusa

1.2. Il criterio di aggiudicazione mediante offerta economicamente più vantaggiosa, prevedeva la possibilità di aggiudicare congiuntamente solo 2 dei 3 lotti in cui è suddiviso l'appalto e vigeva l'indicazione che, qualora uno stesso operatore economico avesse raggiunto la 1a posizione nella graduatoria dei punteggi di tutti e tre i lotti, sarebbe stato applicato il criterio del maggior punteggio complessivo di tutti i lotti, come indicato nella lettera J del Disciplinare di gara, espressamente richiamato dal bando.

Come può notarsi dunque la gara era unica, meramente suddivisa in lotti, rimontando ad un unico bando di gara spedito alla GuCe e pubblicato anche sulla GURI.

Entro il termine fissato nel bando, originariamente fissato alle ore 12:00 del 18.03.2019 e poi prorogato dapprima fino alle ore 12:00 del 31.05.2019 (con avviso del 22.02.2019) e poi fino alle ore 12: del 31.07.2019 (con avviso del 29.05.2019), sono pervenute n. 3 domande presentate da:

- a- R.T.I. Plasser & Theurer Export von Bahnbaumaschinen Gesellschaft m.b.h. (capogruppo mandataria), DMA Srl (mandante) e Plasser Italiana Srl (mandante);
- b- R.T.I. MerMec S.p.A. (capogruppo mandataria), Stadler Bussnag AG (mandante) Stadler Service Italy S.r.l (mandante);
- c- TesmecRail S.r.l., in avvalimento con Tesmec S.p.A. e con il RTI composto da Tesmec S.p.A. (Capogruppo mandataria), Tesmec Automation S.r.l. (Mandante) Bertel S.r.l. (Mandante).

In esito alla seduta del 25.09.2019, la Commissione di gara ha ammesso alla fase di aperture delle offerte tecniche tutti gli operatori economici offerenti.

1.4. Al termine delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche e delle offerte economiche, la Commissione di gara, nella seduta del 12.05.2020 ha attribuito il punteggio complessivo alle offerte ammesse per ciascuno dei tre lotti ed ha quindi proceduto, sulla base di quanto previsto dal Disciplinare di gara al paragrafo “J) Ricognizione e Valutazione delle Offerte”, alla combinazione di aggiudicazione che restituisce il “maggior punteggio complessivo di tutti i lotti” disponendo l’aggiudicazione dei tre lotti come segue:

- Lotto 1 P1 (RTI MerMec SpA), per l’importo di € 72.693.400,00
- Lotto 2 P2 (RTI MerMec SpA), per l’importo di € 61.727.400,00
- Lotto 3 P6 (Tescmec Rail Srl), per l’importo di € 49.772.700,00.

1.5. Con ricorso notificato il 15.07.2020, iscritto al n. 5981/2020 R.G. la ricorrente ha impugnato gli atti di gara afferenti al primo lotto della commessa svolgendo anche censure avverso gli altri, poi implementate a seguito di accesso agli atti, con altri due ricorsi, tra cui quello in trattazione che è specificamente direzionato avverso gli atti relativi al terzo lotto, tra i quali campeggia quello di aggiudicazione.

1.6. Con il primo motivo la ricorrente denuncia eccesso di potere per irragionevolezza grave dell’azione amministrativa e incongruità teleologica; omessa valutazione di elementi determinanti dell’offerta.

Con il secondo deduce incongrua formulazione della lex specialis di gara in relazione alla voce del “disciplinare tecnico” n. 2. “manutenzione e garanzia”, sotto-criterio n. 2.1.2. relativo alla “disponibilità complessiva per l’esercizio dei convogli attrezzati con tutti i sistemi diagnostici”.

Con il terzo la deducente denuncia incongrua formulazione della lex specialis di gara in relazione alla voce del “disciplinare tecnico” n. 3. “caratteristiche del prodotto”, sottocriterio n. 3.4.

“sovrasttrutture, n. 3.4.1. “localizzazione assoluta della misura diagnostica”; il punto 3.4.1. del “disciplinare tecnico” (allegato n. 3, pagg. 10 e seg.) ha previsto a sua volta che le concorrenti presentassero con grafico quotato “la curva dell’accuratezza della localizzazione in funzione della velocità di rilievo compresa nell’intervallo fra 0km/h e la velocità massima del veicolo indicata al punto 3.5 (presta-zioni)”; tale requisito avrebbe dovuto essere accompagnato dalla illustrazione delle soluzioni tecniche adottate per il raggiungimento della curva proposta, con la specificazione delle caratteristiche tecniche dei componenti utilizzati e delle modalità di integrazione dei dati per raggiungere i valori prestazionali relativi alla localizzazione. inoltre, l’impresa avrebbe dovuto indicare il valore dell’area sottesa alla curva proposta ao (valore calcolato fino a 120km/h). La aggiudicataria avrebbe disatteso siffatte prescrizioni.

Con il quarto mezzo si contesta l’ammissione di Tesmec alla fase di valutazione:

- violazione e falsa applicazione degli artt. 45 e 89 d.lgs. 50 del 2016, in relazione alla lex specialis come esposto in punto di fatto, alla procedura ha partecipato la Tesmec rail srl in avvalimento con Tesmec spa e con il rti composto da Tesmec spa (capogruppo), Tesmec automation srl e bertel srl, che si è aggiudicata il lotto n. 3.

Si tratta di una forma di partecipazione illegittima ed elusiva delle prescrizioni e divieti posti in materia di avvalimento dal “codice degli appalti”.

Con il quinto motivo si deduce violazione dell’art. 45 del codice degli appalti – violazione della lex specialis sotto altro profilo, il rti Tesmec rail non raggiunge i requisiti imposti dalle disposizioni del codice degli appalti e del bando infra qui citate laddove im-pongono che:

a) in caso di rti/consorzi ordinari/agggregazioni/geie di cui all’art. 45, co. 2, lettere d), e), f) e g) del codice, il suddetto requisito deve essere posseduto cumulativamente sia dalla mandataria che dalle mandanti e comunque in misura maggioritaria dalla mandataria;

Con il sesto mezzo la ricorrente contesta mancata esclusione dell’offerta del rti Tesmec rail:

- violazione del bando in relazione alle prescrizioni del “disciplinare tecnico”; violazione delle prescrizioni di cui al punto 2.1.2. del disciplinare tecnico

Con il sopraesposto motivo di ricorso n. 2.2. si è dedotta l’erronea formulazione del bando per non aver previsto l’esclusione delle offerte che non motivassero con adeguata documentazione il rispetto della percentuale minima garantita di veicoli contemporaneamente in esercizio non inferiore all’81%. Per il caso in cui, da una lettura sistematica della lex specialis di gara si ritenga che il mancato soddisfacimento di tale requisito comporti l’esclusione dalla gara, l’offerta del rti tesmec rail avrebbe dovuto essere appunto esclusa; il punto 2.1.2. del “disciplinare tecnico” (pag. 5) prevede che, come riportato nello stesso verbale della commissione di gara (verbale n. 3 del

17.03.2020, alle pagg. 2 e seg., pagg. 21 e segg. del file in pdf depositato), che ciascuna offerta avrebbe dovuto indicare la percentuale minima garantita di veicoli contemporaneamente in esercizio e che a tal riguardo le offerenti avrebbero dovuto pre-sentare “[...] uno studio a supporto dei tempi di fermo previsti per manutenzione preventiva (derivato dal piano di manutenzione) e per manutenzione correttiva (derivato dall'analisi statistica di guasto dei componenti soggetti a guasti bloccanti)”.

Con il settimo motivo la deducente lamenta violazione delle prescrizioni di cui al punto 3.4.1. del disciplinare tecnico del pari, con il sopraesposto motivo di ricorso n. 2.3. si è dedotta l'erronea formulazione del bando laddove non ha previsto l'esclusione delle offerte che non rispettassero il punto 3.4.1. del “disciplinare tecnico” (allegato n. 3, pagg. 10 e seg.) in relazione al grafico della “la curva dell'accuratezza della localizzazione in funzione della velocità di rilievo compresa nell'intervallo fra 0km/h e la velocità massima del veicolo indicata al punto 3.5 (prestazioni)” ed alla illustrazione delle soluzioni tecniche adottate per il raggiungimento della curva proposta, con la specificazione delle caratteristiche tecniche dei componenti utilizzati e delle modalità di integrazione dei dati per raggiungere i valori prestazionali relativi alla localizzazione.

Seguono altri motivi che tuttavia il Collegio non può scrutinare stante la fondatezza dell'eccezione di inammissibilità del gravame sollevata dalla stazione appaltante e dal controinteressato.

2. Il 23 e il 24 settembre 2020 si sono costituite le contro interessate Mec e Tesmec in resistenza al gravame elevando plurime eccezioni di inammissibilità dello stesso.

2.1. Il 28 settembre si è altresì costituita Rete Ferroviaria Italiana S.p.a.

3. Con Ordinanza 16 ottobre 2020 n. 6847 la Sezione respingeva l'istanza cautelare ritenendo che *“le censure svolte appaiono destituite di fumus di fondatezza in ragione della natura prettamente tecnica delle questioni sollevate, puntualmente contrastate dalla memoria della RFI prodotta il 5.10.2020.”*.

3.1. Tutte le parti in causa hanno poi prodotto memorie defensionali in vista della Udienza di trattazione del merito del 10 febbraio 2021 all'esito della quale udita la discussione da remoto dei patroni delle medesime, il gravame è stato ritenuto in decisione ma la sentenza viene pubblicata in ritardo per impedimento di salute dell'estensore idoneamente documentato all'Organo di autogoverno della Giustizia Amministrativa.

4. Va sottoposta a scrutinio l'eccezione di inammissibilità dell'impugnativa, sollevata dai controinteressati nonché da Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., sul rilievo che avendo esso ad oggetto lotti successivi afferenti ad una gara unitaria, doveva essere veicolato mediante lo strumento

processuale dei motivi aggiunti prescritto dall'art. 120 co. 7. C.p.a. e non mediante ricorso autonomo.

Per RFI, come sostenuto nella memoria del 5 ottobre 2020 e ribadito oralmente nel corso della discussione di pubblica Udienza svolta in videoconferenza, Tale moltiplicazione di ricorsi è inammissibile, in quanto contrasta con il principio di concentrazione dei gravami, sancito dall'art. 120, comma 7, c.p.a.. Se tale norma, infatti, impone l'impugnazione di nuovi atti del procedimento esclusivamente tramite proposizione di motivi aggiunti, vieppiù ciò è da ritenersi vincolante laddove, come nel caso di specie, si proponessero motivi nuovi avverso provvedimenti già impugnati. Controparte, pertanto, avrebbe dovuto proporre motivi aggiunti, come già preannunciato alla camera di consiglio del 4 agosto 2020, tenutasi in relazione al ricorso R.G. 5981/20.

5. A parere del Collegio l'eccezione evidenza tratti di sicura fondatezza e va dunque accolta.

Discende pianamente dall'art.120,co.7 c.p.a., immutato *ab origine* dal primo testo :*"i nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti."* Appare al riguardo irrilevante indagare se con tali ricorsi abbiano gravato atti successivi a quelli oggetto del primo, ma sempre relativi al I lotto. Invero il ricorso in trattazione (così come l'altro coevo chiamato successivamente alla medesima odierna pubblica Udienza) ancorché investente le stesse tipologie di atti impugnati col primo ricorso (bando, verbali di selezione, aggiudicazione etc.) colpisce pacificamente il lotto 2 censurando pur sempre nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara (tutti e 3 i lotti afferiscono alla stessa, che rimonta ad un unico bando). La giurisprudenza ha delineato in termini generali l'onere esistente in materia di ricorsi avverso gare d'appalto, di interporre motivi aggiunti di ricorso allorché vengano rilevate nuove censura dalla visione di atti di gara oggetto di istanza di accesso evasa in corso di causa.

Si è condivisibilmente affermato sul punto che *"In materia di gare pubbliche di appalto, è configurabile un onere di impugnativa mediante motivi aggiunti ove la censura non sia stata formulata nel ricorso introduttivo e il ricorrente, a seguito di un successivo accesso alla documentazione di gara, si sia reso conto in un secondo momento di illegittimità commesse dalla stazione appaltante e non rilevabili dagli atti in suo possesso."* (T.A.R. Basilicata, Sez. I , 6 febbraio 2017, n. 135).

5.1. Pone in luce il Collegio la *ratio* sottesa a siffatta previsione codicistica, che va individuata nella concentrazione del giudizio e nella celerità di definizione dei gravami pro posti avverso una medesima gara sebbene divisa in diversi distinti lotti.

Inoltre l'economia processuale stessa della redazione della decisione viene perseguita e favorita dall'onere di impugnazione con motivi aggiunti, che consentono al Collegio di padroneggiare tutto

il materiale di causa, potendo altresì procedere alla disamina congiunta – ove possibile – di motivi veicolati con il ricorso principale e con i motivi aggiunti.

La giurisprudenza ha già affermato infatti che l'esigenza di gravare atti successivi con i motivi aggiunti onde anche preservare e tenere vivo l'interesse a ricorrere affiora *maggiormente* “*per le controversie di cui all'art. 120 c.p.a. (procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture), ove il legislatore ha persino imposto (comma 7) l'impugnativa di nuovi atti sopravvenuti in corso di giudizio a mezzo di motivi aggiunti invece che con ricorso autonomo, onerando pure il ricorrente di far valere tutte le doglianze in un unico giudizio. La decisa preferenza per la concentrazione di tutte le domande in un unico processo risponde sia ad una esigenza di celerità, ma ancor di più ha di mira l'efficacia ed effettività della pronuncia giurisdizionale che deve esaminare e racchiudere l'intero episodio, in modo da definire tempestivamente e con chiarezza l'integrale assetto degli interessi in gioco*” (T.A.R. Sicilia – Palermo, Sez.I, 7 settembre 2015, n. 2120).

Il Giudice d'appello ha espresso la medesima opzione ermeneutica chiarendo che “*Anche in caso di conoscenza successiva di vizi inficianti la procedura selettiva, acquisita solo dopo l'aggiudicazione dell'appalto e la relativa comunicazione, resta fermo l'obbligo per l'interessato di rispettare i termini di impugnazione previsti dall'art. 120 comma 5, c.p.a., con la conseguenza che la conoscenza sopravvenuta può giustificare la proposizione di motivi aggiunti, ma non consente la riapertura dei termini per l'impugnazione in via principale.*” (Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143)

5.2. Ciò posto giova osservare che tuttavia la nozione di “nuovo atto” (ex art.120, co.7, c.p.a.) va ricostruita e riguardata in concreto, ossia con riguardo al loro oggetto nuovo siccome consistente sul terreno contenutistico in una res nova.

Invero, i lotti 2 e 3 peraltro rientranti nella medesima procedura di gara, hanno oggetti differenti da quello relativo al primo lotto. Va operata quindi una distinzione, tra categoria/tipologia di atto, che può ben essere la stessa tra il primo e gli altri due ricorsi (bando, verbale di gara, aggiudicazione che in un caso inoltre differisce) e atto in concreto impugnato, che è “nuovo” siccome avente un oggetto nuovo, ossia i servizi posti in gara con i lotti 2 e 3.

La particolarità della fattispecie risiede dunque nella circostanza che gli atti gravati con il presente ricorso autonomo sono gli stessi di quelli impugnati con il primo ricorso (verbali, aggiudicazione alla controinteressata etc.) ma tuttavia sono diversi in concreto avendo oggetti diversi, ossia concernenti i lotti diversi.

Va infatti rammentato che il primo lotto concerne l'aggiudicazione Fornitura e Full Maintenance Service di nr. 6 autocarrelli per la diagnostica territoriale su piazzali, nodi e interconnessioni (CIG 7734719C07) per l'importo stimato di € 76.600.000,00 IVA esclusa.

Il lotto n. 2, per la Fornitura e Full Maintenance Service di nr. 5 autocarrelli per la diagnostica territoriale su piazzali, nodi e interconnessioni (CIG 7734777BE4) per l'importo stimato di € 64.400.000,00 IVA esclusa.

Il lotto n. 3 oggetto del gravame in trattazione concerne, invece, la Fornitura e Full Maintenance Service di nr. 4 autocarrelli per la diagnostica il territoriale su piazzali, nodi e interconnessioni (CIG 773480422F) per l'importo stimato di € 52.200 000.00 IVA esclusa

Trattasi pertanto di atti nuovi che richiedevano l'impugnazione mediante motivi aggiunti in ossequio al disposto dell'art. 120 co. 7, c.p.a., la cui inosservanza determina l'inammissibilità del ricorso in scrutinio che come tale va dichiarato.

Le spese possono essere integralmente compensate tra le parti a motivo della novità della questione trattata e della definizione in rito della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Compensa integralmente le spese di lite tra le parti.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2021 in videoconferenza da remoto ex art. 25, d.l. n. 137/2020 conv. con l. n. 176/2020, con l'intervento dei Magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Alfonso Graziano, Consigliere, Estensore

Chiara Cavallari, Referendario

L'ESTENSORE

Alfonso Graziano

IL PRESIDENTE

Giuseppe Daniele