Pubblicato il 26/01/2022

N. 00886/2022 REG.PROV.COLL.

N. 09638/2021 REG.RIC.

# REPUBBLICA ITALIANA

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 9638 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da Mer Mec Ste S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Franco Gaetano Scoca, Ignazio Tranquilli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Franco Gaetano Scoca in Roma, via Giovanni Paisiello, 55;

contro

Rete Ferroviaria Italiana - Società per Azioni, non costituito in giudizio;
Rete Ferroviaria Italiana Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Lo Pinto in Roma, via Vittoria Colonna 32;

nei confronti

Alstom Ferroviaria S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maurizio Mengassini, Sergio Massimiliano Sambri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Sergio Massimiliano Sambri in Roma, via Pinciana 25;
Hitachi Rail Sts S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Elefante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per l'annullamento

del bando di gara di Rete Ferroviaria Italiana - Società per azioni (in brevis, RFI), pubblicato sulla GUUE in data 3.8.2021, avente ad oggetto l'affidamento, da parte di RFI, del "GPA – Accordo quadro per la progettazione esecutiva e la realizzazione sulle linee oggetto del Piano Nazionale di ripresa e Resilienza (PNRR) del sistema ERTMS", numero di riferimento DAC.0155.2021, e dell'annesso disciplinare di gara, insieme ai relativi allegati, laddove e nelle parti in cui impediscono alla ricorrente la partecipazione alla gara, foss'anche anche in modalità aggregata, e di tutti gli altri atti ad essi presupposti, conseguenti o, comunque, connessi, anche se sconosciuti, ivi espressamente compresa la determina a contrarre o atto similare.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Alstom Ferroviaria S.p.A. e di Hitachi Rail Sts S.p.A. e di Rete Ferroviaria Italiana Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2022 il dott. Roberto Montixi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.) Con il bando di gara DAC.0155.2021, pubblicato sulla GUUE in data 3.8.2021, la resistente Rete Ferroviaria Italiana spa avviava la procedura d'evidenza pubblica finalizzata all'affidamento dell'accordo quadro per la progettazione esecutiva e la realizzazione, sulle linee oggetto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), del sistema ERTMS, del valore di € 500.000.000,00 IVA esclusa.

2.) L'appalto in questione aveva ad oggetto, in particolare, la progettazione ed esecuzione di lavori di segnaletica ferroviaria, da realizzarsi in 1461 giorni, e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con previsione di un punteggio pari a 20 punti per l'offerta economica e 80 punti per quella tecnica.

3.) La Stazione appaltante non suddivideva l'appalto in lotti, giustificando tale scelta nel disciplinare di gara in ragione dell'esigenza di minimizzare il numero di Applicazioni Generiche del Sottosistema di terra (SST), minimizzando cosi anche il numero di attività di integrazione Terra–Bordo necessarie all'omologazione di nuove Applicazioni sui Sottosistemi di Bordo (SSB) che verranno via via attrezzati. Secondo le disposizioni ERA/ANSFISA, infatti, ogni nuova Applicazione Generica del SST richiede ingenti costi di integrazione con i Bordi ERTMS su di essa circolanti aumentando i costi complessivi e rallentando il processo di utilizzo dell'investimento.

4.) Tra i requisiti di partecipazione, inoltre, il disciplinare di gara prevedeva che i concorrenti possedessero, tra gli altri:

d.1) “Attestazione SOA di cui all’art. 61 del d.P.R. 207/2010, regolarmente autorizzata e Attestazione della qualificazione rilasciata da RFI S.p.A., entrambe in corso di validità, per le categorie e classifiche adeguate alle categorie e all’importo dei lavori da eseguire;

d.3) “Con esclusivo riferimento alla categoria prevalente, (…) aver eseguito, nei dieci anni solari antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara, lavori per entità e tipologia compresi nella categoria individuata come prevalente opportunamente certificati dalle rispettive stazioni appaltanti per un importo almeno pari ad € 291.704.664,00. Tale requisito sarà comprovato dall’aggiudicatario presentando copia conforme dei certificati di esecuzione di lavori pubblici (CEL), rilasciati dall’autorità competente nel rispetto della disciplina vigente, attestanti la regolare esecuzione di lavori rientranti nella categoria prevalente. Nel caso di attività eseguite per privati e non rientranti nell’ambito degli appalti pubblici, la documentazione relativa all’esecuzione dei lavori dovrà essere rilasciata nella forma di attestazione a cura del committente dei lavori.”

d.4) “Aver eseguito, per RFI S.p.A. e/o per Gestori di Reti Ferroviarie Europee, la fornitura, l'installazione e la messa in servizio con esito positivo di Sottosistemi di Terra ERTMS Livello 2 per almeno 200 km di linee in appalti conclusi negli ultimi 10 anni antecedenti la data di pubblicazione del bando” prevedendo, altresì, che “in caso di partecipazione di concorrenti plurisoggettivi di cui all’art. 45 co. 2 lett. d), e), f) e g) del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., il requisito dovrà essere posseduto dalla impresa Capogruppo Mandataria”.

5.) Avverso la lex specialis insorgeva la ricorrente MER MEC STE S.r.l., la quale lamentava l’illegittimità della stessa nella parte in cui aveva impedito alla ricorrente la partecipazione alla gara, foss’anche in modalità aggregata.

5.1.) In primo luogo, la ricorrente contestava il fatto che la stazione appaltante, illegittimamente, non avesse provveduto alla suddivisione in lotti dell’appalto nonostante tale suddivisione si rivelasse la soluzione più ragionevole e proporzionata in ragione del consistente valore della commessa e del fatto che l’appalto si riferisse a distinte tratte ferroviarie, predefinite e territorialmente circoscritte a cinque regioni italiane.

Ulteriormente, evidenziava che la motivazione di tale scelta, esplicitata dalla stazione appaltante nel disciplinare di gara, e consistente nella esigenza di minimizzare il numero di Applicazioni Generali (AG) del sottosistema di terra (SST), con conseguente minimizzazione anche del numero di attività di integrazione Terra-Bordo necessarie all’omologazione di nuove Applicazioni Generali sui sottosistemi di bordo apparisse generica, illogica e contraddittoria e dunque inadeguata.

Più nel dettaglio, rappresentava come la motivazione risultasse apodittica, non consentendo di cogliere, nel concreto, le evocate economie di costi e di tempi correlate alla scelta e che, in realtà, il tema della minimizzazione delle applicazioni generiche non era significativo, stante la polverizzazione della tecnologia implementata sulla rete ferroviaria in termini di apparato centrale computerizzato.

Infatti, proseguiva il ricorrente, la frammentazione di apparati con tecnologia proprietaria diversa avrebbe comunque fatto sì che l’aggiudicatario unico non avrebbe comunque potuto operare, in maniera autonoma, sugli impianti ACC la cui tecnologia appartenga ad altri (c.d. “tecnologia non proprietaria”), così non denotando alcun vantaggio rispetto agli eventuali aggiudicatari multipli dei lotti in cui l’appalto avrebbe potuto (e dovuto) essere, invece, suddiviso.

Invece, in caso di suddivisione in lotti, ciascun aggiudicatario avrebbe potuto essere (anche contrattualmente) tenuto a prestare tempestivamente e sinergicamente ogni forma di assistenza vicendevole anche agli aggiudicatari degli altri lotti.

In conclusione, la ricorrente sottolineava che il "mono lotto" avrebbe creato, sia sotto il profilo dei costi, sia sotto quello dei tempi, problemi di integrazione maggiori rispetto a quelli connessi ad un'aggiudicazione multipla non legittimando la deroga alla regola della suddivisione in lotti dell'appalto.

In punto di interesse, sottolineava che i requisiti individuati e calibrati sulla gara a lotto unico, non consentissero la partecipazione della ricorrente che, pertanto, ambiva alla partecipazione ad una gara rieditata, previa suddivisione in lotti dell'appalto conforme a legge e conseguente ricalibratura dei requisiti di partecipazione, in termini inevitabilmente ridimensionati, in coerenza con il favor partecipationis.

Il tutto, secondo l'argomentare della ricorrente, anche al netto della specifica illegittimità di taluni requisiti di partecipazione previsti dal bando aventi carattere immediatamente escludente.

5.2.) Con il secondo motivo di gravame, infatti, la ricorrente eccepiva l'illegittimità del disciplinare di gara e, in particolare, del connubio tra la previsione di cui al punto d.4) della parte E.II del disciplinare di gara e le specifiche della Tabella della pag. 15 (alinee 26-28) del medesimo disciplinare.

Il combinato disposto di tali prescrizioni, infatti, da un lato precludeva la partecipazione della ricorrente alla gara, foss'anche in forma aggregata, e, dall'altro, consentiva la partecipazione solo a pochissimi (e noti) operatori economici.

In sintesi, le doglianze si appuntavano sulla previsione del disciplinare che richiedeva, quale requisito "l'aver eseguito, per RFI S.p.A. e/o per Gestori di Reti Ferroviarie Europee, la fornitura, installazione e la messa in servizio con esito positivo di Sottosistemi di Terra ERTMS Livello 2 per almeno 200 km di linee in appalti conclusi negli ultimi 10 anni antecedenti la data di pubblicazione del bando."

MER MEC STE S.r.l., rappresentava che tale requisito precludeva la sua partecipazione alla gara non solo quale operatore singolo, ma anche in forma aggregata.

Infatti, a detta della ricorrente, soltanto due operatori economici, tra quelli in possesso anche dei due requisiti di partecipazione di cui al punto d.1, detenevano, nel contempo, il requisito di cui al punto d.4, oltre a tutti gli altri requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa cumulativamente richiesti dalla parte E.II del disciplinare, ossia Alstom Ferroviaria S.p.a. e Hitachi Rail Sts S.p.a..

Quindi, secondo la ricorrente, la possibilità stessa di raggrupparsi sarebbe stata esclusa in quanto, da un lato, gli operatori già detentori di tutti i requisiti in parola non avrebbero avuto alcuna necessità di coinvolgere la ricorrente, potendo partecipare da soli, e, dall'altro, gli eventuali altri operatori europei, pur detentori del requisito di cui al punto d.4, non avrebbero comunque posseduto l'attestazione della qualificazione di RFI di cui al punto d.1, né avrebbero potuto comprovare l'effettuazione di lavori per la categoria prevalente per circa 291 ml. di euro in ragione del fatto di non aver precedentemente operato in Italia e della circostanza che RFI aveva richiesto l'esibizione, a comprova dei lavori eseguiti, del Certificato di esecuzione lavori, documento tipicamente italiano

sconosciuto ai rapporti tra operatori economici stranieri e alle altre Stazioni appaltanti pubbliche europee.

Concludeva, sul punto, che l'illegittimità di tali prescrizioni veniva acuita dalla mancata suddivisione in lotti dell'appalto in esame, in quanto solo la riparametrazione proporzionale di tutti i requisiti-economico/finanziari e professionali, in funzione delle prestazioni necessariamente ridimensionate, avrebbe consentito alla ricorrente di partecipare alla gara singolarmente oppure in formato plurisoggettivo (o aggregato).

MER MEC STE S.r.l., ulteriormente si lamentava del fatto che la lex specialis avesse illegittimamente ostacolato la partecipazione della medesima in ragione del punto d.3 della Parte E.II del disciplinare di gara che prevedeva, con riferimento ai lavori della categoria prevalente, che l'Operatore Economico esibisse certificati rilasciati dalle rispettive stazioni appaltanti comprovanti l'esecuzione, nei dieci anni solari antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara, di lavori per un importo almeno pari ad € 291.704.664,00.

La ricorrente, infatti, rappresentava che, da sola, sarebbe arrivata a dimostrare una quota pari a circa 100 ml. di euro, in sé insufficiente secondo l'attuale lex specialis; mentre tale referenza, in proporzione, sarebbe stata, invece, sufficiente (per partecipare ad uno o più di essi) ove l'appalto fosse stato suddiviso in lotti, ed evidenziava che in tale situazione alla ricorrente veniva preclusa – come detto- anche una partecipazione in forma aggregata per l'assenza di competitors in possesso sia dell'attestazione RFI, sia dei Certificati di esecuzione lavori (per non avere precedentemente operato in Italia per la committente).

Con il medesimo motivo di doglianza, ulteriormente, evidenziava il fatto che la regolamentazione di gara recasse ulteriori prescrizioni che, nell'attribuire punteggi premiali solo a talune situazioni notorie, avrebbe potuto indebitamente avvantaggiare, in modo rilevante e sostanziale, e senza alcuna ragione di interesse pubblico, alcuni operatori economici nella fase di valutazione dell'offerta tecnica e della successiva aggiudicazione della gara.

6.) Si costituiva in giudizio RFI che sottolineava, preliminarmente, come l'appalto in questione rappresentasse uno dei primi bandi nazionali per la realizzazione degli investimenti previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e il primo inerente ad infrastrutture ferroviarie e che si collocava all'interno delle azioni finalizzate allo sviluppo del sistema europeo di gestione del trasporto ferroviario (ERTMS) e a garantire l'interoperabilità tra le reti ferroviarie europee.

Il bando in questione si prefiggeva di realizzare i primi 700 Km di linee dotate del sistema "European Train Control System" sul totale di 1400 che lo Stato Italiano si è impegnato con l'Unione Europea a realizzare, entro dicembre 2024;

6.1) Con riguardo al primo motivo di ricorso, la stazione appaltante evidenziava come la scelta di non suddividere in lotti l'appalto in questione fosse strettamente legata all'esigenza di garantire la massima omogeneità funzionale della rete ferroviaria, presupposto indispensabile per raggiungere l'obiettivo di procedere alla messa in esercizio delle opere entro il termine fissato a livello europeo del 2024 e così scongiurare la possibilità di incorrere nella perdita dei finanziamenti.

Più nello specifico, RFI evidenziava che il Sistema ERTMS/ETCS di Livello 2, è tra i più sofisticati e complessi Sistemi per il Segnalamento Ferroviario ed è composto da un SottoSistema di Terra e un SottoSistema di Bordo sul treno ed è stato scelto per avere un unico sistema interoperabile in Europa, che permette una guida strumentale via radio del treno, come quello dell'Alta Velocità,

senza la necessità dei segnali laterali luminosi, centralizzando tutte le informazioni e autorizzazioni al movimento in un unico sistema di controllo in sicurezza.

La resistente rappresentava che su ogni linea in cui sia stata implementata una nuova Applicazione ERTMS/ETCS Livello 2, è necessario dimostrare (mediante test di laboratorio e in campo) la corretta "integrazione" tra la stessa e tutte le applicazioni dei sistemi di bordo. Qualora vi fossero più Appaltatori per la realizzazione dei cd. sistemi di terra, ciò comporterebbe un incremento del numero di test da dover effettuare in quanto ogni fornitore del Sottosistema di Terra ha una specifica applicazione hardware e software delle apparecchiature che compongono il sistema stesso.

Al contrario, selezionando un unico fornitore del sottosistema di terra, si avrebbe un risparmio sia di risorse, anche finanziarie, da parte delle Imprese Ferroviarie, proprietarie dei mezzi con Sottosistema di Bordo ERTMS/ETCS Livello 2, sia delle tempistiche di autorizzazione, atteso che le imprese ferroviarie saranno tenute a fare i test solo una volta, velocizzando la messa in servizio commerciale sia delle linee oggetto di investimento tecnologico che del mezzo.

In definitiva, RFI rappresentava come la scelta effettuata fosse sostanzialmente "vincolata", perché l'unica idonea a consentire di procedere alla messa in esercizio delle opere entro il termine del dicembre 2024 imposto dalla Comunità Europea.

Tale opzione, inoltre, era stata fatta oggetto di specifica motivazione nel disciplinare di gara nel quale si era dato conto dell'esigenza di minimizzare il numero di AG del SST e correlativamente delle attività di integrazione Terra –Bordo necessarie all'omologazione di nuove AG su SSB che verranno via via attrezzati, stante che, in base alle disposizioni ERA/ANSFISA ogni nuova Applicazione Generica del SST richiede ingenti costi di integrazione con i Bordi ERTMS su di essa circolanti aumentando i costi complessivi e rallentando il processo di utilizzo dell'investimento e l'assolvimento di tale onere motivazionale rendeva l'operato di RFI coerente con le disposizioni di cui all'art. 51 del d.lgs 50/2016.

Infine, RFI evidenziava che la scelta del lotto unico era stata adottata da altre realtà europee per tratti ferroviari anche più estesi di quelli di cui si discute.

6.2.) Con riguardo al secondo motivo di doglianza, afferente all'asserita illegittimità dei requisiti di partecipazione che risulterebbero, a detta della ricorrente, determinanti un'inammissibile restrizione della platea dei concorrenti, RFI rammenta come la stazione appaltante goda della massima discrezionalità nella scelta dei requisiti di capacità dei concorrenti che intende selezionare, e che in tale ambito, il sindacato giurisdizionale vada ricondotto alle sole ipotesi inerenti alla presenza di oneri manifestamente incomprensibili o sproporzionati rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, alla presenza di regole abnormi o irragionevoli o alla imposizione di obblighi contrari a legge, mentre nel caso di specie, i requisiti previsti dalla stazione appaltante si rivelerebbero in linea e proporzionati al valore complessivo dell'appalto, oltre che alla strategicità dell'opera da realizzare.

RFI quindi ribadiva di aver correttamente definito i requisiti di partecipazione sulla base di valutazioni tecnico discrezionali del tutto logiche e ragionevoli, rivolgendosi ad una fetta di mercato composto da Fornitori del Sottosistema di Terra ERTMS/ETCS Livello 2 che avessero già sviluppato e messo in servizio, nel corso degli ultimi anni, in Italia o all'estero, un significativo numero di chilometri con le tecnologie del Sistema ERTMS/ETCS Livello 2, stante il delicato e lungo iter autorizzativo, della durata mediamente quantificabile tra i sei e gli otto anni, che deve accompagnare ogni nuova applicazione del sottosistema di terra e la cui tempistica sarebbe incompatibile con quelle concesse dal Programma di investimenti del PNRR.

Sul punto, pertanto, RFI evidenziava che la richiesta, quale requisito di partecipazione, della realizzazione di almeno 200Km di linee con ERTMS/ETCS Livello2, era proporzionata al fatto che la realizzazione di 700Km di linee in 2 anni non risulterebbe attuabile da un fornitore privo, ad oggi, delle certificazioni ed autorizzazioni per la messa in esercizio di sistemi ERTMS/ETCS di Livello 2.

Ulteriormente, rappresentava l'inammissibilità della censura per difetto d'interesse atteso che la stessa non avrebbe potuto essere ammessa alla gara nemmeno se la stazione appaltante avesse richiesto il requisito in questione in termini più ridotti, non avendo la stessa mai realizzato nemmeno 1 Km di rete con sistema ERTMS di Livello 2.

La committenza, infine, in replica alle osservazioni critiche della ricorrente circa la predisposizione di una gara fortemente restrittiva in ordine all'accesso alla stessa da parte degli operatori del settore e all'impossibilità per la ricorrente di ambire anche alla partecipazione in forma aggregata, sottolineava che il mercato di riferimento annoverava anche altri operatori del settore qualificati, che il disciplinare contemplava la possibilità di partecipazione in ATI, che la normativa di settore legittimava il Disciplinare a richiedere alla mandataria il possesso del requisito dei 200 Km di rete realizzata nella misura del 100%, e che, comunque, tale prescrizione non costituiva, in alcun modo, impedimento alla costituzione di un RTI, ben potendo una mandataria particolarmente "solida" scegliere quale mandante un operatore con una forte organizzazione a livello territoriale; infine, sottolineava come il disciplinare contemplasse espressamente le modalità di dimostrazione dei requisiti di partecipazione da parte di operatori con sede collocata fuori dal territorio italiano e che non avessero mai operato per la stazione appaltante stessa.

7.) Si costituivano in giudizio anche Alstom Ferroviaria spa e Hitachi rail STS spa.

7.1.) Hitachi sottolineava che la suddivisione in lotti non rappresenta un obbligo assoluto e inderogabile stabilito dal codice dei contratti e che la scelta dell'Amministrazione fosse legittima in quanto frutto di una valutazione discrezionale adeguatamente motivata.

Evidenziava anche che la legittimità del lotto unico giustificava anche la presenza di requisiti di partecipazione adeguati all'importo posto a base di gara e coerenti con l'esigenza di garantire l'affidabilità delle offerte e che, ad ogni modo, la partecipazione della stessa non sarebbe stata in ogni caso preclusa stante la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento o al raggruppamento temporaneo d'imprese.

Infine, evidenziava che la contestazione avanzata dalla ricorrente con riguardo a taluni criteri di valutazione, non avendo portata escludente, avrebbero potuto essere oggetto di censura solo in uno con il provvedimento di aggiudicazione della stessa.

7.2.) Alstom Ferroviaria spa eccepiva, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso proposto per carenza d'interesse.

Infatti, esponeva la controinteressata, che la ricorrente non sarebbe in possesso del requisito relativo alla capacità di installazione del sistema ERTMS Liv.2, che era l'oggetto precipuo della gara in esame.

Ne discenderebbe, pertanto, che la Ricorrente –a prescindere dal fatto che la gara fosse stata suddivisa o meno in lotti– non avrebbe comunque potuto partecipare per il fatto di non avere la capacità di eseguire quanto richiesto nel bando di gara.

Alstom Ferroviaria spa evidenziava che, per converso, la Stazione appaltante aveva legittimamente parametrato i requisiti di partecipazione in proporzione all'importanza economica e tecnica dell'affidamento e che la ricorrente ben avrebbe, tuttavia, potuto partecipare alla gara in raggruppamento o ricorrendo all'istituto dell'avvalimento stante che sul mercato erano presenti almeno altri tre competitors europei in possesso delle capacità tecniche necessarie a realizzare i lavori oggetto di gara, i quali ultimi ben avrebbero potuto associarsi anche con imprese locali a copertura dei reciproci requisiti carenti, quali la realizzazione di apparati nella rete RFI e, pertanto, sottolineava che la prospettata mancata partecipazione alla gara di cui è causa fosse una libera scelta della Ricorrente e non una costrizione originata da clausole escludenti.

Con specifico riferimento alla mancata suddivisione in lotti evidenziava che, in coerenza con la normativa vigente, l'Amministrazione aveva espresso le ragioni alla base di tale scelta soddisfacendo il dettato dell'art. 51 del Codice dei Contratti Pubblici.

Con riguardo alle censure afferenti all'affermata abnormità di talune clausole del disciplinare, aventi a detta della ricorrente portata escludente, l'Alstom sottolinea che qualsiasi impresa (anche straniera) interessata a partecipare alle gare indette da RFI avrebbe potuto ottenere l'attestazione della qualificazione presentando la relativa domanda ove in possesso di idonei requisiti e sottolineava che tale richiesta era conforme al disposto di cui all'art. 134 del D.lgs. 50/2016 che prevede che gli enti aggiudicatori possano istituire e gestire un sistema di qualificazione degli operatori economici e che comunque la ricorrente è in possesso di tale attestazione.

Alstom conclude affermando, con riguardo alla previsione afferente all'esecuzione di almeno 200km di linee negli ultimi 10 anni con il sistema ERTMS Livello 2 in parola, che la stazione appaltante sia titolare di ampia discrezionalità nel fissare tali requisiti di capacità e che, ad ogni modo, gli stessi siano ragionevoli e proporzionati ove traguardati alla luce dell'ambito temporale entro cui le imprese concorrenti avrebbero potuto maturare il requisito (10 anni), di quello territoriale che include anche reti ferroviarie europee e dell'oggetto del requisito stesso che prevede appunto la fornitura e l'installazione di tali sistemi su oltre 740 km di linea ferroviaria.

8.) Con l'ordinanza n° 5716 del 20.10.2021, l'istanza cautelare veniva respinta.

9.) La ricorrente, a seguito dell'intervenuta aggiudicazione della gara all'ATI costituenda Hitachi, Alstom e Ceit spa, proponeva motivi aggiunti impugnando il suddetto provvedimento e instando per la declaratoria d'inefficacia del contratto ove nelle more stipulato.

9.1.) Oltre a rivolgere in via derivata all'intervenuto provvedimento di aggiudicazione le censure proposte avverso il bando con il ricorso principale, ribadiva che l'intervenuta aggiudicazione al RTI formato da Hitachi, Alstom e Ceit, confermava il fatto che il bando confezionato da RFI era restrittivo della concorrenza in quanto, tra gli operatori economici di tutto il mondo, nessuno, fuorché Hitachi e Alstom, infatti, deteneva cumulativamente i requisiti contemplati dal disciplinare di gara (ai punti d.1 e d.4 della parte E.II).

Ribadiva che l'esigenza di garantire l'unicità dell'applicazione generica collaudata, poteva perseguirsi con la fissazione, anche in fase esecutiva, di determinati parametri tecnici riferiti alla componente Radio Block Center (RBC) del sistema ERTMS – Livello 2, il cui peso economico ammontava solo al 10% del valore totale della commessa.

Evidenziava che ciascuna delle imprese dell'ATI aggiudicataria ha una propria applicazione generica e quindi si sarebbe comunque resa necessaria la combinazione delle stesse, il che si

sarebbe tradotto nel dare vita ad una terza A.G., inedita tanto quanto quella che, nell'assunto di RFI, si sarebbe voluto evitare tramite l'unicità del lotto.

A detta di Mer Mec, se Rfi avesse voluto effettivamente minimizzare il numero di A.G. avrebbe dovuto, in realtà, bandire una gara solo per il Radio Block Center (RBC), escludendo le Ati sovrabbondanti ed obbligando il vincitore a gestire l'interfaccia PVS (Protocollo Vitale Standard) con gli altri 3 sistemi ACC.

La ricorrente, inoltre, prospettava che, anche alla luce dell'asserito ridotto ribasso d'asta proposto dal RTI verrebbe in emersione un accordo tra Alstom e Hitachi volto ad adottare una politica commerciale comune fissando un unico prezzo, garantendosi non solo l'aggiudicazione di questa specifica commessa, ma anche di tutte quelle future.

9.2.) Mer.Mec, con i motivi aggiunti censurava anche il provvedimento di aggiudicazione il quale sarebbe affetto da vizi propri, in ragione del fatto che l'Ati aggiudicataria risulterebbe sovrabbondante quanto ai prescritti requisiti di partecipazione.

Rappresentava che la costituzione di ATI o RTI con requisiti largamente sovrabbondanti rispetto a quelli richiesti costituisca una condotta rilevante ai fini antitrust e tale condotta si rivelerebbe particolarmente grave in quanto si sarebbe in presenza dell'ATI tra gli unici due operatori che disponevano di tutti i requisiti di partecipazione e che quindi, in tal modo, si sarebbe eliminato anche l'ultimo piccolo segmento possibile di confronto concorrenziale in una gara già illegittimamente ristretta.

Sulla base di tale assunto, Mermec concludeva che la Stazione Appaltante avrebbe adottato una aggiudicazione illegittima non sanzionando con l'esclusione tale offerta in contrasto con gli interessi pubblici implicati dalla garanza della concorrenza.

10.) Le parti, in vista della camera di consiglio del 15.12.2021 e dell'udienza di merito, depositavano ulteriori memorie ribadendo, nella sostanza, le rispettive posizioni.

10.1.) La ricorrente evidenziava che l'aggiudicazione al RTI composto dalle uniche, a suo dire, imprese abilitate alla partecipazione alla gara, confermava la fondatezza delle censure mosse verso il bando (che sarebbe stato congegnato in modo tale per cui solo due imprese in tutto il mondo erano in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara) e verso l'aggiudicazione, stante che tale partecipazione in ATI ha finito con lo sterilizzare anche tale ridotto confronto concorrenziale.

Sviluppava anche alcune considerazioni di natura tecnica, volte a valorizzare il fatto che la minimizzazione delle Applicazioni Generiche, in realtà, non era stata perseguita nel momento in cui era stata consentita la partecipazione in ATI sovrabbondante e che il contenimento delle tecnologie in uso doveva più appropriatamente afferire all'interoperabilità tra i diversi sottosistemi di terra al fine di rendere ogni Applicazione Generica fungibile ed idonea a regolare il passaggio di qualsiasi treno su ogni tipo di binario e in ogni qualsivoglia stazione ferroviaria europea: il che sarebbe garantito da un apposito certificato detenuto anche dalla ricorrente.

10.2.) RFI, rappresentava come la partecipazione in RTI da parte di due soggetti muniti, singolarmente, delle certificazioni/autorizzazioni per la messa in esercizio di sistemi ERTMS/ETCS di Livello 2 non incideva, in alcun modo, sull'obiettivo prefissato dalla Stazione appaltante, ovvero quello di minimizzare al massimo il numero di test terra/bordo da effettuare e di velocizzare la messa in servizio commerciale delle linee oggetto di investimento tecnologico, in quanto sarebbe

stata la suddivisione in più lotti geografici a comportare una potenziale proliferazione di Applicazioni non gestibili sia in termini temporali che gestionali.

Sottolineava che l'intervenuta aggiudicazione ad un RTI non potrà comportare la combinazione delle applicazioni generiche in quanto l'iter autorizzativo di tale combinazione (che si tradurrebbe in una nuova applicazione) sarebbe del tutto incompatibile con la procedura di gara e ribadiva la congruità dei requisiti richiesti in ragione della strategicità e del valore dell'opera da realizzare.

In vista dell'udienza di merito oltre a eccepire l'inammissibilità delle censure proposte stante il mancato possesso da parte della ricorrente di una A.G. ERTMS liv.2, ribadiva che la scelta del lotto unico, data la particolarità della situazione e le tempistiche stringenti imposte dal piano d'investimento, era sostanzialmente vincolata, sottolineava che il mercato per la fornitura di applicazioni ERTMS di livello 2 non è affatto chiuso, tant'è che la resistente si accinge a pubblicare un bando suddiviso in lotti, due dei quali riservati ad operatori che, pur non disponendo di un'applicazione pronta per la messa in esercizio, abbiano superato le prime fasi autorizzative, e, infine, rappresentava che la verifica sul razionale economico che aveva portato le società a partecipare alla gara in forma aggregata aveva condotto alla positiva conclusione dell'esito della verifica stante che la scelta di partecipare in ATI era supportata da scelte operative gestionali connesse all'elevato numero di commesse in corso in capo alle aggiudicatarie e alla necessità di reperire un numero adeguato di risorse professionali.

10.3.) Hitachi rail STS spa eccepiva anch'essa l'inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti per carenza d'interesse della ricorrente, in ragione del fatto che la stessa non era in possesso del requisito relativo alla capacità d'installazione del sistema ERTMS/ETCS di livello due, ribadiva la piena congruità della motivazione addotta dalla stazione appaltante a supporto della decisione di non suddividere l'appalto in lotti e evidenziava che tale decisione non appariva contraddetta dalla partecipazione congiunta delle controinteressate aggiudicatarie stante che lo scopo del lotto unico era funzionale alla standardizzazione delle apparecchiature e ad avere un ridotto numero di interfacce fra Sistemi di fornitori diversi, minori processi approvativi e minore impatto sulle imprese ferroviarie.

Sottolineava, ancora, la congruità dei requisiti di partecipazione ove rapportati con la complessità e l'importo dell'appalto e il fatto che essa stessa avesse dovuto ricorrere all'istituto dell'avvalimento con riguardo a taluni requisiti.

In merito alla censura formulata con i motivi aggiunti inerenti alla prospettatata illegittimità dell'aggiudicazione disposta a favore di un'ATI le cui componenti erano singolarmente in possesso dei requisiti di partecipazione, evidenziava come non sia configurabile un divieto assoluto di partecipazione alla gari di RTI sovrabbondanti, e che, in ogni caso, RFI aveva risposto a specifico quesito esplicitando che venivano demandati alla Stazione appaltante, qualora fossero stati ravvisati possibili profili anticoncorrenziali, valutare in concreto la situazione di fatto, eventualmente richiedendo ai concorrenti le relative giustificazioni. In tale ottica, Hitachi evidenziava come l'arco temporale e l'estensione spaziale dello stesso, in uno con ragioni di carattere gestionale o industriale avevano spinto Alstom e Hitachi a partecipare in RTI.

Conclusivamente, eccepiva l'inammissibilità delle censure inerenti ai criteri di valutazione delle offerte in ragione della mancata partecipazione alla gara della ricorrente e della natura non escludente delle medesime.

10.4.) Alstom Ferroviaria, eccepiva l'inammissibilità dei ricorsi per carenza di interesse, in ragione del fatto che la ricorrente, nonostante la possibilità di partecipare alla gara di cui si discute in

raggruppamento e/o avvalimento con altri soggetti, aveva scelto deliberatamente di non parteciparvi salvo poi decidere di impugnare gli atti di gara assumendo una loro pretesa natura "escludente" ed in ogni caso, a suo dire, illegittima.

Con riguardo alla censura inerente alla partecipazione in ATI, Alstom evidenziava come tale decisione, lungi dal perseguire finalità anticoncorrenziali, si collocava nell'alveo delle scelte imprenditoriali funzionali all'efficienza gestionale e industriale e che tali esigenze si correlavano alla natura dell'appalto e alle commesse già in corso in capo ai componenti dell'ATI.

Sottolineava che l'ottenimento da parte della ricorrente del certificato di conformità della componente di interoperabilità non significava essere in grado di mettere in esercizio sistemi complessi ERTMS L2, come richiesto dal capitolato, in quanto tale certificato si ottiene semplicemente accertando quanto definito nel documento "Commission Regulation (EU) 2016/919".

Infine, contesta le argomentazioni formulate da parte ricorrente in ordine ai criteri di valutazione previsti nel disciplinare da parte della stazione appaltante.

11.) Con le memorie di replica, la ricorrente ribadiva le censure proposte nel ricorso anche alla luce delle successive iniziative adottate dalla stazione appaltante e inerenti all'indizione di un'ulteriore procedura di evidenza pubblica con medesimo oggetto, questa volta suddivisa in lotti, e con requisiti in parte rivisitati, funzionali all'ampliamento del numero di operatori economici capaci di realizzare la tecnologia ERTMS Livello 2.

Tale modo di procedere, ad avviso della ricorrente, rappresenterebbe un chiaro segnale del pregresso illegittimo operato di RFI.

RFI ribadisce la piena coerenza del proprio operato, traguardato alla luce dell'obiettivo di minimizzare il numero delle Applicazioni Generiche; ciò anche in ragione delle implicazioni correlate a tale fattore che determina ricadute –in ultima analisi- sugli interessi dei consumatori e della collettività, interessi di cui il gestore RFI è tenuto a farsi carico.

Anche le controinteressate depositavano memorie di replica ribadendo le rispettive eccezioni e osservazioni esplicitate nel corso del giudizio.

La causa veniva trattenuta in decisione all'udienza del 12.1.2022.

DIRITTO

1.) In via preliminare, il Collegio deve farsi carico delle eccezioni di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse della ricorrente formulate dalla resistente e dalle controinteressate.

1.1.) Sotto un primo versante, Mer.Mec. non avrebbe interesse a coltivare la suddetta impugnativa in quanto, non essendo in possesso, al momento della scadenza dei termini previsti dal bando, del requisito relativo alla capacità di installazione del sistema ERTMS/ETCS di livello 2, e non essendo autorizzata ad installare il citato sistema, non avrebbe comunque potuto partecipare alla procedura indetta da RFI. E ciò indipendentemente dal numero di km richiesti dalla Stazione Appaltante. Pertanto, non avendo la capacità di svolgere le attività per le quali è stata pubblicata la procedura di gara, la ricorrente non avrebbe alcun interesse a contestare la strutturazione della suddetta gara.

L'eccezione, tuttavia, non coglie nel segno.

Mer.Mec.Ste srl. aziona l'impugnativa per cui è causa in ragione dell'interesse strumentale alla riedizione della procedura in modalità conformata all'esito del presente ricorso, muovendo censure che sono rivolte avverso le scelte operate dalla Stazione Appaltante (mancata suddivisione dell'appalto in lotti, inserimento di clausole che vengono prospettate come illegittimamente escludenti) e che, ove fossero ritenute fondate, condurrebbero –salve le eventuali più radicali determinazioni di RFI- alla eliminazione delle stesse clausole e prescrizioni censurate e alla rimodulazione della lex specialis.

Rimodulazione che potrebbe consentire alla ricorrente di partecipare –in proprio o in forma aggregata- alla procedura selettiva ed ambire al conseguimento della commessa.

Pertanto, il mancato attuale possesso del requisito relativo alla capacità di installazione del sistema ERTMS/ETCS di livello 2 non vale, di per sé, a privare la ricorrente dell'interesse al ricorso.

Ciò sia in ragione della possibilità che, all'esito dell'invocata attività di rimodulazione della lex specialis, i requisiti prescritti vengano rivisitati –ed eventualmente ridimensionati- dalla stazione appaltante, sia in ragione della non escludibile possibilità che sopravvenienze di tipo fattuale o giuridico –in uno con la predetta rimodulazione- conferiscano alla ricorrente titolo alla partecipazione alla gara anche per effetto delle scelte imprenditoriali operate dagli altri competitors presenti sul mercato.

1.2.) Sotto un secondo versante, viene prospettata tale carenza d'interesse sulla base della mancata partecipazione alla gara da parte di Mer.Mec., pur in presenza di un bando non escludente.

Anche tale argomentazione non è, tuttavia, condivisa dal Collegio.

La ricorrente ha, infatti, contestato la legittimità della scelta adottata dalla Stazione Appaltante di non suddividere l'appalto in lotti e dell'inserimento nel disciplinare di gara di prescrizioni afferenti ai requisiti di partecipazione, assunti come esorbitanti e sproporzionati e, come tali, esplicanti una efficacia escludente.

Appare indubitabile che, in disparte dell'effettiva legittimità delle scelte effettuate da RFI, queste traguardate in astratto, rechino una portata espulsiva per la ricorrente in quanto, essendo essa priva di tali requisiti richiesti, si vedrebbe inesorabilmente –e sulla base di un mero riscontro formale- estromessa dalla procedura.

La ricorrente, peraltro, corrobora l'assunto di tale portata escludente esplicando una serie di osservazioni atte a dare evidenza che anche l'eventuale partecipazione in forma aggregata le sarebbe preclusa dal combinato disposto delle clausole del bando.

Per tale ragione, la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di sarebbe rivelata del tutto inutile.

Sotto tale profilo è consolidata la giurisprudenza che ha affermato che se è vero che l'esito di una procedura di gara è impugnabile solamente da colui che vi ha partecipato (la domanda di partecipazione si configura quale strumento che connota la sussistenza della posizione qualificata e differenziata e che legittima l'impugnazione, laddove altrimenti l'operatore del settore sarebbe portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione per partecipare ad una riedizione di questa), è pur vero che a tale regola generale si deroga allorché l'operatore contesti in radice l'indizione della gara ovvero all'inverso contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto, ovvero ancora impugni

direttamente le clausole del bando assumendone l'immediato carattere escludente: in tali ipotesi infatti la presentazione della domanda di partecipazione costituirebbe un inutile adempimento formale, privo della benché minima utilità in funzione giustiziale (cfr CdS sez. V^, 25.11.2019, n° 8014).

2.) Ribadita l'infondatezza delle eccezioni in rito formulate dalle controinteressate, può dunque passarsi al vaglio del merito del ricorso.

2.1.) Con il primo motivo di doglianza, Mer. Mec. STE srl lamenta il fatto che la stazione appaltante, illegittimamente, non avrebbe provveduto alla suddivisione in lotti dell'appalto nonostante il fatto che tale suddivisione si rivelasse la soluzione più ragionevole e proporzionata in ragione del consistente valore della commessa e del fatto che l'appalto si riferisse a distinte tratte ferroviarie, predefinite e territorialmente circoscritte a cinque regioni italiane.

Ulteriormente, evidenziava che la motivazione di tale scelta, esplicitata dalla stazione appaltante nel disciplinare di gara, apparisse generica, illogica e contraddittoria e dunque inadeguata in quanto –in via di estrema sintesi- il tema della minimizzazione delle applicazioni generiche non era significativo, stante la polverizzazione della tecnologia implementata sulla rete ferroviaria e stante che la frammentazione di apparati con tecnologia proprietaria diversa fa sì che l'individuazione di un aggiudicatario unico non comporterebbe alcun vantaggio rispetto agli eventuali aggiudicatari multipli dei lotti in cui l'appalto avrebbe potuto (e dovuto) essere, invece, suddiviso.

In definitiva, secondo la ricorrente il "monolotto" creerebbe, sia sotto il profilo dei costi, sia sotto quello dei tempi, problemi di integrazione maggiori rispetto a quelli connessi ad un'aggiudicazione multipla non legittimando la deroga alla regola della suddivisione in lotti dell'appalto che, come detto, nella specie costituiva, viceversa, la soluzione più ragionevole e proporzionata.

Il motivo non è suscettibile di positivo apprezzamento.

Sebbene la normativa sovranazionale e la disciplina interna di recepimento esprimano un chiaro favor verso la suddivisione in lotti funzionali o prestazionali degli appalti pubblici, è altrettanto assodato come tale suddivisione non rappresenti una scelta obbligata per la stazione appaltante.

Ciò emerge chiaramente sin dal testo della direttiva 2014/25/UE che al considerando n° 78 contempla l'eventualità che l'amministrazione valuti che non sia appropriato suddividere l'appalto in lotti e che, in tali casi, la Stazione appaltante sia tenuta ad esplicare i principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice.

La direttiva poi prosegue esemplificando le ragioni che possono giustificare tale scelta.

Tale disciplina è stata poi recepita dall'art. 51 del D.Lgs 50/2016 che precisa che "le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti".

E', dunque, evidente che la disciplina di settore non rechi un divieto assoluto di bandire una gara d'appalto a lotto unico e che si limiti ad onerare la committenza di fornire adeguata motivazione circa la scelta adottata stante che essa va di diverso avviso rispetto al favor legislativo espresso a tutela delle micro, piccole e medie imprese.

RFI ha assolto tale onere motivazionale nella premessa del disciplinare di gara.

Ha precisato che “l’appalto non e stato suddiviso in lotti in quanto l’intervento in questione, essendo il primo intervento “massivo” sulla Rete vuole minimizzare il numero di AG del SST minimizzando cosi anche il numero di attività di integrazione Terra – Bordo necessarie all’omologazione di nuove AG su SSB che verranno via via attrezzati. Secondo le disposizioni ERA/ANSFISA infatti ogni nuova Applicazione Generica del SST richiede ingenti costi di integrazione con i Bordi ERTMS su di essa circolanti aumentando i costi complessivi e rallentando il processo di utilizzo dell’investimento.”

Tale motivazione, seppur sintetica, appare ben rappresentare le valutazioni fatte da RFI in merito. RFI, infatti, in un contesto connotato da spiccate peculiarità stanti le opportunità non facilmente replicabili offerte dal PNRR, è chiamata a contribuire all’assolvimento di una serie di impegni assunti su base europea dallo Stato Italiano da attuarsi, tra gli altri, tramite lo sviluppo del sistema europeo di gestione del trasporto ferroviario funzionale a garantire l’interoperabilità tra le reti ferroviarie europee.

In tale contesto operativo, recante il vincolo del necessario rispetto di tempistiche molto stringenti (la messa in esercizio di 1400 Km di linee ferroviarie con il sistema ERTMS di livello 2 entro dicembre 2024) RFI ha valutato come necessario contenere il numero delle Applicazioni Generiche dei sottosistemi di terra al fine di –correlativamente- ridurre le necessarie complesse attività di integrazione tra le stesse e le applicazioni dei sistemi di bordo.

Tale scelta operata appare ragionevole, proporzionata e immune da vizi logici.

Ciò anche alla luce del fatto che tale scelta appare –anche sotto l’ottica di una valutazione meramente estrinseca- idonea a contenere le tempistiche per il rilascio delle autorizzazioni conseguenti alla verifica della corretta integrazione dei sistemi a terra e a bordo mezzo nell’ambito di una situazione in cui è doveroso tener conto della ristrettezza dei tempi, dell’elevata strategicità dell’intervento, del rilievo anche economico della commessa e delle conseguenze connesse all’eventuale mancato rispetto degli impegni assunti a livello eurounitario.

Pertanto, non ravvisando il Collegio palesi irragionevolezze nella scelta operata –e motivata- da RFI di provvedere all’indizione dell’appalto a lotto unico (scelta che, traguardata alla luce del panorama europeo, non appare costituire un unicum) questa si rivela legittima, non potendosi –come noto- il Collegio addentrare oltre in merito alla scelta tecnico discrezionale operata dalla Stazione appaltante.

In conclusione RFI, nel rappresentare in maniera compiuta le ragioni poste a base della decisione assunta circa la non suddivisione in lotti, evidenziando –in ultima analisi- l’esigenza di perseguire l’obiettivo della omogeneità funzionale della rete ferroviaria, valorizzando le caratteristiche di stretta interconnessione che avrebbero reso antieconomico e non efficiente la sua suddivisione in lotti, ha adempiuto all’obbligo di motivazione previsto dalla disposizione del codice dei contratti (cfr. CdS sez.V 15.1.2020 n° 378).

2.2.) Con il secondo motivo di ricorso, MER.MEC. STE srl, eccepisce l’illegittimità del disciplinare di gara e, in particolare del connubio tra la previsione di cui al punto d.4) della parte E.II del disciplinare di gara e le specifiche della Tabella della pag. 15 (alinee 26-28) del medesimo disciplinare.

Il combinato disposto di tali prescrizioni, infatti, da un lato precluderebbe la partecipazione della ricorrente alla gara, foss’anche in forma aggregata, e, dall’altro, consentirebbe la partecipazione solo a pochissimi (e noti) operatori economici.

Anche tale motivo di ricorso si rivela, tuttavia, infondato.

La ricorrente valorizza l'analisi combinata e congiunta dei requisiti richiesti dalla Stazione appaltante per rappresentare come la gara indetta, in definitiva, impedisse un reale confronto competitivo tra gli operatori del settore e che tale preclusione sia comprovato dall'esito della stessa che ha visto la partecipazione di due soli competitors, per giunta in raggruppamento.

Il Collegio ritiene, invece, che la corretta ottica sotto la quale vagliare la legittimità delle prescrizioni del bando non possa che prendere le mosse dall'analisi delle singole disposizioni introdotte nella lex specialis al fine di verificarne il contenuto e l'esistenza di eventuali profili l'illegittimità.

Orbene, lo scrutinio di tali clausole, al contrario, rende evidente come alla luce della strategicità dell'oggetto dell'appalto in questione e dell'importo della commessa le clausole del bando risultino coerenti e proporzionate.

Tale risulta essere, in particolare, la previsione di cui al punto d.4) del disciplinare inerente all' "Aver eseguito, per RFI S.p.A. e/o per Gestori di Reti Ferroviarie Europee, la fornitura, l'installazione e la messa in servizio con esito positivo di Sottosistemi di Terra ERTMS Livello 2 per almeno 200 km di linee in appalti conclusi negli ultimi 10 anni antecedenti la data di pubblicazione del bando".

La fissazione di tale requisito appare tradursi nel ragionevole esercizio della discrezionalità tecnica laddove, a fronte di un oggetto d'appalto che prevede la realizzazione di 700 km di rete ferroviaria dotata del citato sottosistema, richiede che in un arco temporale decennale il soggetto che ambisce a conseguire la commessa abbia già provveduto alla fornitura e messa in servizio di almeno 200 km.

I già rilevati profili inerenti all'importanza e strategicità dell'appalto in questione rendono ragionevole e logica la scelta operata da RFI di restringere il cerchio dei competitors ad aziende che forniscano in termini di referenze elevati standard di affidabilità.

2.2.1.) Sotto altro profilo, la ricorrente evidenzia che la combinazione dei requisiti fissati da RFI per concorrere nella gara precluderebbe alla stessa di partecipare anche in raggruppamento in quanto tale possibilità sarebbe esclusa, da un lato, dal fatto che gli operatori già detentori di tutti i requisiti in parola (riconducibili a due sole imprese secondo le argomentazioni della ricorrente) non avrebbero alcuna necessità e interesse a coinvolgere altri partners commerciali e, dall'altro, che gli eventuali altri operatori europei, in ipotesi detentori del requisito di cui al predetto punto d.4 non possederebbero, però, l'attestazione della qualificazione di RFI di cui al punto d.1 per non avere precedentemente operato in Italia per RFI, né potrebbero ottenerla in tempi compatibili con quelli di gara. E neppure potrebbero (sempre per il fatto di non avere già operato in Italia) detenere il requisito di cui al punto d.3 della parte E.II del disciplinare di gara, afferente all'effettuazione di lavori nella "categoria prevalente" (in capo al Capogruppo mandatario) per almeno 291 ml. di euro, da comprovarsi tramite Certificato di esecuzione lavori (CEL).

Anche tale argomentazione, tuttavia, non persuade.

Le previsioni citate, infatti, non appaiono preclusive della partecipazione sia con riguardo all'ammontare dei lavori nella categoria prevalente da esibire, riferentisi ad un arco temporale decennale, stante l'importo complessivo della commessa e le peculiarità dell'oggetto della gara, così come non appaiono incongrue o illogiche le previsioni inerenti al possesso delle attestazioni di qualificazione stante che la disamina complessiva del disciplinare, evidenzia, al contrario, come

fossero compiutamente disciplinate anche le modalità di dimostrazione dei requisiti da parte di operatori non aventi sede nel territorio italiano e che non abbiano mai operato per la stazione appaltante. E ciò al netto anche della previsione contemplata dall'art. 134 del codice dei contratti che prevede la possibilità in capo agli enti aggiudicatori di istituire e gestire un sistema di qualificazione degli operatori economici.

In definitiva, i vizi che affliggerebbero la lex specialis anche nell'ottica di una visione complessiva degli atti di gara non sussistono.

Sul punto, si osserva che è indubbio che la lex specialis non possa essere strutturata in modo tale da comprimere in maniera ingiustificata e irragionevole rispetto all'oggetto dell'affidamento e delle caratteristiche tecniche, il novero dei partecipanti alla competizione ma neanche, al contrario, deve perseguire ad ogni costo l'obiettivo estendere la platea dei potenziali partecipanti alla gara allorquando ciò si traduca nella compromissione della definizione adeguata e proporzionata dei requisiti di partecipazione alla gara, obliterando l'esigenza di veder soddisfatti i target quali-quantitativi e temporali di esecuzione della commessa.

Infatti, nel fisiologico dipanarsi delle procedure d'appalto si collocano, da un lato, gli obiettivi che la stazione appaltante persegue con l'indizione della gara e dall'altra una platea dei concorrenti più o meno ampia in ragione di una molteplicità di profili legati al settore dell'appalto, all'entità della commessa e ai requisiti richiesti (requisiti che, tuttavia, devono essere ragionevoli e proporzionati).

In tale contesto, si collocano poi le singole e intangibili scelte imprenditoriali e organizzative delle imprese operanti in un determinato settore inerenti alla decisione di penetrare o meno in un determinata fetta del mercato di riferimento, di partecipare o meno a talune gare al fine di conseguire le referenze curriculari, di addivenire a partnership commerciali etc.

Il rappresentato mancato possesso dei requisiti per partecipare alla gara e la mancata individuazione di partner con i quali dare vita ad un RTI, pertanto, non valgono ex sé a dimostrare la presenza di profili di criticità negli atti di gara.

2.2.2.) Inammissibile, si rivela il suindicato motivo di impugnazione nella parte in cui è rivolta avverso specifici criteri attributivi di punteggio per il computo dell'offerta tecnica che, a giudizio della ricorrente indebitamente avrebbero avvantaggiato, in modo rilevante e sostanziale, e senza alcuna ragione di interesse pubblico, alcuni operatori economici nella fase di valutazione dell'offerta tecnica.

Tali censure infatti attengono a presunte illegittimità di clausole non escludenti in quanto inerenti alla commisurazione del punteggio qualitativo e tali criteri di valutazione, infatti, in disparte della loro legittimità, non manifestano alcuna concreta lesività nella fase di presentazione della domanda di partecipazione, perché non pongono requisiti a pena di esclusione, né stabiliscono regole oscure o oneri sproporzionati e, in definitiva, non impediscono ad un operatore economico di formulare una valida offerta ma, manifestano tale eventuale portata lesiva solo in fase di valutazione, impedendo alla ditta partecipante di veder premiato il pregio tecnico e qualitativo dei prodotti e servizi proposti (cfr. TAR Aosta 3.8.2020, n° 34). Nella specie, stante la mancata partecipazione alla gara della ricorrente questa non aveva alcun interesse a muovere censure avverso tali prescrizioni afferenti all'apprezzamento del merito tecnico.

3.) A seguito dell'acquisizione della notizia dell'intervenuta aggiudicazione della gara all'ATI costituenda Hitachi, Alstom e Ceit spa, la ricorrente ha proposto motivi aggiunti impugnando anche il suddetto provvedimento.

Oltre a rivolgere in via derivata all'intervenuto provvedimento di aggiudicazione le censure proposte avverso il bando con il ricorso principale, la ricorrente ha ribadito che l'intervenuta aggiudicazione al RTI formato da Hitachi, Alstom e Ceit, confermava il fatto che il bando confezionato da RFI era restrittivo della concorrenza e censurava anche per vizi propri il provvedimento di aggiudicazione in ragione del fatto che l'Ati aggiudicataria risulterebbe sovrabbondante quanto ai prescritti requisiti di partecipazione e che tale circostanza rilevante ai fini antitrust, nell'eliminare anche l'ultimo segmento di confronto concorrenziale avrebbe dovuto condurre all'esclusione tale offerta in quanto in contrasto con gli interessi pubblici implicati dalla garanza della concorrenza.

Anche i motivi aggiunti si rivelano tuttavia infondati.

Richiamate le osservazioni formulate dal Collegio con riguardo ai vizi ricondotti in capo al provvedimento di aggiudicazione in via derivata, anche l'autonomo motivo mosso averso l'atto conclusivo della procedura non è suscettibile di apprezzamento.

Sul punto, il Collegio può limitarsi ad osservare come rappresenti oramai un punto di approdo giurisprudenziale quello secondo cui l'ordinamento non vieta l'ATI sovrabbondante, in quanto non è il sovradimensionamento ad essere illecito ma solo l'inserimento di tale circostanza in un contesto di elementi di fatto, il cui accertamento è demandato alla Stazione appaltante, che denotino i fini illeciti perseguiti con uno strumento quale quello del Raggruppamento Temporaneo di Concorrenti di per sé non illecito, ma che, anzi, ha valenza pro concorrenziale (cfr tra le tante, CdS sez. VI 5067 del 24.9.2012, Tar Emilia, Bologna 20.6.2018, n° 518).

La stazione appaltante ha, pertanto, correttamente agito nel momento in cui, come esplicitato anche nella specifica risposta al quesito formulato sul tema, ha verificato in concreto la sussistenza di possibili profili anticoncorrenziali e, all'esito della verifica condotta sul razionale economico, si è risolta nel confermare l'aggiudicazione alla compagine societaria.

4.) Per completezza il Collegio osserva conclusivamente come, nel sopradescritto contesto, ferma e impregiudicata qualsiasi valutazione in merito alle nuove procedure avviate, anche le successive determinazioni assunte da RFI con riguardo alle gare indette per le ulteriori linee interessate dall'attività di progettazione ed esecuzione dei lavori di segnaletica ferroviaria, piuttosto che dare conferma di un operato anomalo della committenza nella procedura de quo, evidenziano come RFI abbia calibrato la scelta in merito alla suddivisione in lotti e quella correlata alla individuazione dei requisiti di partecipazione proprio tenendo conto dei diversificati vincoli temporali di attuazione degli impegni assunti dallo Stato Italiano con l'Unione Europea dettati dal Piano ERTMS e dal PNRR.

In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti vanno respinti siccome in parte infondati e in parte inammissibili.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio che liquida in Euro 3.500,00 a favore di ciascuna delle altre parti costituite in giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Alfonso Graziano, Presidente FF

Chiara Cavallari, Referendario

Roberto Montixi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Montixi

IL PRESIDENTE
Alfonso Graziano

IL SEGRETARIO