



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1527 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Scheidt-Bachmann GmbH, rappresentata e difesa dall'avv. Giampiero Fumel, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandra Genovesi in Milano, Via Turati, 6;

contro

Trenord S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Guido Salvadori Del Prato, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via L. Manara, 15;

nei confronti di

Air Pullman S.p.A., Atm S.p.a.; non costituite in giudizio

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della nota prot. 0006158 del 25.5.2012, con la quale è stata comunicata alla ricorrente l'esclusione dalla gara per la realizzazione del nuovo sistema di bigliettazione elettronica – CIG 37953505E5;
- della successiva nota prot. 0006443 del 30.5.2012, che ha confermato l'esclusione nonostante le osservazioni proposte con la nota del 28.5.2012;
- del verbale relativo alla seduta pubblica del 23.5.2012 nell'ambito del quale è stata disposta l'esclusione della ricorrente;
- del provvedimento con il quale la stazione appaltante ha decretato l'esclusione della ricorrente dalla gara;
- della clausola di cui all'art. 8, punto 6, del Capitolato Tecnico;
- dell'art. 6 della richiesta di offerta, laddove alla lettera d) prescrive che saranno escluse le offerte mancanti di una o più di una delle dichiarazioni richieste;
- dei chiarimenti forniti al quesito L24, al quale si rispondeva alla domanda se fosse sufficiente che le prestazioni citate al punto 6 dell'art. 8 fossero indicate nella Relazione tecnica dell'offerta, oppure dovesse essere prodotta una certificazione specifica da inserire nell'Offerta tecnica;
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso;
- e per la declaratoria di nullità della clausola di cui all'art. 8, punto 6, del Capitolato tecnico e per il risarcimento dei danni subiti;

nonché, quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- della nota prot. 8222 del 26.9.2012 con la quale Trenord ha comunicato l'esclusione della ricorrente dopo

l'installazione del campione avvenuta nella seduta del 25 giugno 2012 sul presupposto che il predetto campione offerto fosse privo di elementi richiesti dalla *lex specialis* a pena di esclusione dalla gara;

- del paragrafo 4.3.1.5 della richiesta d'offerta;
- delle prescrizioni di cui al punto 23 del Capitolato Tecnico;
- del verbale n. 7/2012 relativo alla seduta del 25.6.2012 durante la quale è stata deliberata l'esclusione della ricorrente dalla gara;
- della nota prot. 8809 del 6.7.2012, con la quale Trenord ha rigettato la domanda di accesso agli atti delle ricorrente;
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso;
- e per il risarcimento dei danni subiti.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Trenord S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2013 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La stazione appaltante ha indetto un accordo quadro per l'affidamento della fornitura del nuovo sistema di bigliettazione elettronica per la gestione dei titoli di viaggio già in uso, e per quelli di futura attivazione, per un importo complessivo presunto di Euro 56.530.495,00.

In particolare, l'oggetto dell'appalto includeva la fornitura, l'installazione, l'aggiornamento e la manutenzione dell'*'hardware* di un sistema, costituente il Centro Servizi Regionale (nel prosieguo CSR), e dei Centri di Controllo Aziendale (nel proseguo CCA), nonché l'installazione, su tutte le reti delle società di trasporto coinvolte, di emettitrici da stazioni automatiche, di emettitrici da sportello, di dispositivi di validazione, e di *computer* di bordo dei veicoli.

Una rilevante particolarità di tale appalto concerneva infatti l'ambito della sua esecuzione, estesa, oltreché alla bigliettazione di Trenord, anche a quella di una serie di società operative nel settore del trasporto pubblico (Autoguidovie S.p.a., S.t.a.v. S.p.a., Air Pulman S.p.a. Ptm S.r.l. e Net S.r.l.), pertanto, con la finalità di dare luogo ad un sistema unificato tra i vari operatori del trasporto pubblico ferroviario e metropolitano.

Con il ricorso principale è impugnato il provvedimento di esclusione della ricorrente, adottato in data 23.6.2012, a causa della mancanza di una certificazione ritenuta essenziale.

La stazione appaltante si è costituita in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso.

A seguito del decreto presidenziale n. 859 del 15.6.2012 la ricorrente è stata riammessa alla procedura, e tuttavia nuovamente esclusa nel corso della successiva seduta di esame della campionatura, in data 25.6.2012, con il provvedimento impugnato nei motivi aggiunti.

Con ordinanza n. 1417/2012 la domanda cautelare è stata respinta; tuttavia, con ordinanza n. 5057/2012, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello.

La stazione appaltante ha successivamente proceduto ad esaminare le offerte tecniche ed economiche dei concorrenti, all'esito delle quali ha stilato una graduatoria provvisoria, in cui la ricorrente è classificata al terzo

posto, senza che tuttavia sia stato adottato alcun provvedimento di aggiudicazione definitiva.

All'udienza pubblica del 14.11.2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

D) Con il ricorso principale, la ricorrente impugna la propria esclusione, comminata in relazione alla mancata produzione della certificazione prevista dall'art. 8 punto 6 del Capitolato Tecnico.

Il ricorso principale è fondato.

I.1) Preliminarmente, il Collegio dà atto che già l'art. 4 della lettera di invito indicava i requisiti tecnici minimi obbligatori del sistema operativo oggetto della fornitura (CSR-CCA), e cioè “*windows server o linux unit a 64 bit*” “*data base oracle*, almeno versione 11g”, e “*architettura 3-tier*”.

Il detto art. 8 punto 6 del Capitolato Tecnico ribadiva poi a sua volta che il predetto sistema informatico avrebbe dovuto essere basato “su architettura 3-tier con sistema operativo *windows server o linux e data base oracle*”, aggiungendo che, a comprova del possesso di tali requisiti, “l'offerente dovrà fornire certificazione, pena l'esclusione, sottoscritta dal legale rappresentante”.

Il Collegio rileva che, sebbene nella busta contenente l'offerta tecnica della ricorrente mancasse la detta certificazione di cui al visto punto 6 art. 8 del Capitolato, il possesso delle caratteristiche tecniche che avrebbero dovuto essere certificate è stato comunque dettagliatamente attestato nella relazione tecnica prodotta in sede di gara dalla stessa ricorrente (paragrafo 1.1.9.4), e sottoscritta in ogni pagina dallo stesso legale rappresentante, ciò che rende pertanto illegittima l'esclusione.

La ricorrente, infatti, ha ottemperato alla richiesta della stazione appaltante, che non può quindi precludere la partecipazione alla gara, peraltro di rilevante importo, a un concorrente, per il solo fatto che lo stesso abbia formulato le dichiarazioni richieste avvalendosi di forme parzialmente non coincidenti con quelle indicate nella *lex specialis*, e cioè non duplicando le stesse in un foglio separato (certificazione ex art. 8 punto 6 c.s.a.), rendendole invece nell'ambito di un documento destinato anche ad altri scopi (paragrafo 1.1.9.4 relazione tecnica).

Osserva infine il Collegio che, in ogni caso, non vi sono dubbi sul fatto che il progetto della ricorrente comprenda tutto quanto richiesto dalla stazione appaltante.

Infatti, nel corso della stessa seduta di gara la Commissione, una volta accertata la formale mancanza della detta certificazione, ha comunque richiesto la stessa alla ricorrente, che l'ha contestualmente inviata a mezzo di posta elettronica. Inoltre, sempre nel corso della seduta, uno dei commissari, ha rilevato che, dalla mera lettura della relazione tecnica, fosse effettivamente verificabile la presenza della detta architettura 3 tier con sistema operativo *windows o linux e database oracle*, menzionato nella detta certificazione.

I.2) Gli argomenti difensivi articolati dalla stazione appaltante confermano peraltro l'irragionevolezza della detta esclusione.

In primo luogo, si osserva che la certificazione in esame concerne il contenuto dell'offerta, non il suo confezionamento, dal che l'impossibilità di richiedere integrazioni documentali, ciò che sarebbe stato possibile solo con riferimento ai requisiti di partecipazione. Più in generale, si osserva inoltre che la *ratio* della detta richiesta deve ravvisarsi nella necessità di garantire alla stazione appaltante la compatibilità del nuovo sistema con quello esistente, attualmente in uso, al fine di soddisfare imprescindibili esigenze di continuità del servizio. La produzione di una specifica certificazione da parte del legale rappresentante dell'offerente aveva pertanto la funzione di responsabilizzare lo stesso su un punto particolarmente importante e delicato, e per tale ragione la richiesta era presidiata da pena di esclusione.

Ribadisce sul punto il Collegio che la citata relazione tecnica prodotta in gara della ricorrente è stata sottoscritta dal rappresentante legale, cioè dal medesimo soggetto che avrebbe dovuto siglare la certificazione, ciò che

garantisce pienamente la stazione appaltante dai rischi che, per sua espressa ammissione, si volevano evitare acquisendo il predetto certificato.

Conseguentemente, nel caso di specie, non si pone neppure il problema circa la sussistenza o meno delle condizioni richieste per poter dar luogo alla “integrazione documentale”, atteso che le dichiarazioni rese dalla concorrente sono sostanzialmente equivalenti a quelle richieste dalla stazione appaltante.

Diversamente dal caso per cui è causa, in ipotesi, il problema circa la possibilità di consentire al concorrente di “integrare” un’offerta oggettivamente incompleta si sarebbe posta qualora la relazione tecnica della ricorrente fosse stata sottoscritta da persona fisica diversa dal rappresentante legale, ciò che invece, come detto, non si configura nel caso di specie, essendo garantita alla stazione appaltante la disponibilità di un documento, debitamente sottoscritto dallo stesso legale rappresentante, in cui vengono indicati i requisiti posseduti dal sistema offerto in conformità alle specifiche tecniche richieste dalla stazione appaltante.

II) Con i motivi aggiunti la ricorrente impugna il provvedimento di esclusione adottato a seguito dell’esame della campionatura.

Anche il ricorso proposto con i motivi aggiunti risulta fondato.

Il detto provvedimento è stato motivato con riferimento a due differenti mancanze riscontrate nella campionatura della ricorrente, e precisamente:

II.1) l’emittitrice di stazione automatica (TVM) *Full Payment* non risulta completa della stampante codificatrice “*chip-on-paper*”;

II.2) il kit di carte elettroniche, necessarie al fine di effettuare le prove sul campione, non ricomprende il numero e la tipologia di carte prescritte dagli atti di gara, ossia almeno n. 5 carte per ciascuna delle tipologie previste in capitolato (Mifare 1, GTML, CD21, CD97); infatti, benché il numero complessivo delle carte sia conforme, la lettura delle stesse tramite apposita apparecchiatura resa disponibile presso il sito di gara, ha confermato la mancata corrispondenza alle richieste della stazione appaltante, mancando in particolare, n. 5 carte CD97, n. 5 carte GTML e n. 3 carte CD21.

II.1) Osserva il Collegio che, in base a quanto previsto al punto 4.2.1.5 della richiesta d’offerta, il campione di progetto doveva essere composto da “1 emittitrice di stampa automatica (TVM) *Full Payment*, completa della stampante codificatrice magnetico/*chip-on-paper*”.

Il Collegio ritiene pertanto che, come correttamente dedotto dalla ricorrente, il tenore letterale della *lex specialis*, fosse tutt’altro che inequivoco nel richiedere la produzione di due distinte tipologie di stampanti, e cioè sia magnetica, che *chip-on paper*.

In via preliminare, va infatti osservato che il simbolo grafico utilizzato dalla stazione appaltante per separare le due distinte tipologie di stampanti richieste, il c.d. “*slash*”, non può essere considerato quale chiaro sinonimo della congiunzione “e”, come arbitrariamente ritenuto dalla stazione appaltante; al contrario, nel linguaggio comune, questo segno di solito si utilizza come separazione fra diverse alternative.

Dal punto di vista strettamente ermeneutico, occorre poi prendere atto che la stessa *lex specialis* in più occasioni, in luogo dell’utilizzo del predetto *slash*, espressamente menzionava la funzionalità *chip on paper*, in termini alternativi ad altre (v. par. 22.8 c.s.a.), inducendo così i concorrenti a ritenere che fosse sufficiente la produzione di una sola tipologia di stampante.

Né in contrario rilevano gli argomenti sollevati dalla difesa della stazione appaltante, laddove la stessa evidenzia che, in altri passaggi, la *lex specialis* (par. 23.1 del c.s.a.), sembrava invece suggerire una possibile interpretazione del predetto “*slash*” in termini cumulativi (“e”), e non alternativi (“o”).

Per giurisprudenza costante infatti, in caso di oscurità ed equivocità della *lex specialis*, un corretto rapporto tra

amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità e di quello specifico enunciato nell'art. 1337 c.c., secondo cui nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto le parti devono comportarsi secondo buona fede, impone che di quella disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede, interpretandola per ciò che essa espressamente dice, restando il concorrente dispensato dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati. In particolare, in caso di clausole equivoche o di dubbio significato deve preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara, piuttosto che quella che la ostacoli, e quella che sia meno favorevole alle formalità inutili, in vista del favore della partecipazione del maggior numero possibile di concorrenti alle pubbliche gare, al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'Amministrazione (C.S., Sez. V, 13.1.2005 n. 82).

Nel caso in esame la ricorrente ha offerto la stampante con funzionalità (solo) magnetica poiché il tenore ambivalente della prescrizione fissata nel capitolato tecnico l'ha autorizzata a ritenere che fosse affidata ai concorrenti la possibilità di scegliere quale dei due sistemi offrire, ferma restando, in sede di valutazione della qualità dei prodotti offerti, la facoltà della commissione di gara di valorizzare il prodotto più completo.

II.2) Anche l'ulteriore motivo di esclusione è illegittimo.

In base a quanto desumibile dal paragrafo 4.3.1.5 della richiesta d'offerta, la produzione delle predette carte elettroniche era finalizzata all'esecuzione di un *test*, il cui obiettivo era quello di verificare la loro compatibilità con i sistemi offerti dal concorrente.

Come riconosciuto anche dalla stessa difesa della resistente, le carte elettroniche non rientravano pertanto nell'oggetto dell'appalto, essendo invece unicamente necessarie a verificare che gli apparati offerti fossero compatibili con le stesse, ed avere così la certezza "che installate le macchine, rappresentate dal campione, i passeggeri in possesso di qualcuna delle quattro tipologie di tessera, non restassero fuori dai varchi" (memoria del 27.7.2012, pag. 18).

Conseguentemente, è del tutto irragionevole l'esclusione dell'attuale ricorrente, che non ha potuto produrre tutte e cinque le tipologie delle predette carte, poiché le stesse risultavano o fuori commercio, o prodotte in via esclusiva da altri concorrenti.

La stazione appaltante avrebbe pertanto dovuto fornire ai concorrenti le predette carte elettroniche, per consentire agli stessi di dimostrare la compatibilità con le stesse degli apparati offerti, non potendo invece escludere un'offerta in conseguenza della mancata produzione di elementi estranei all'oggetto dell'appalto, tenuto conto che il loro approvvigionamento era in concreto alquanto difficoltoso, come sembra riconoscere la difesa resistente (v. pag. 16 della precitata memoria).

L'amministrazione procedente ha infatti facoltà di indicare, nella *lex specialis* della procedura di gara, requisiti anche diversi e/o aggiuntivi rispetto alla soglia minima indicata dalla legge, purché nel limite della coerenza, congruità e non eccessiva onerosità dei requisiti stessi rispetto al parametro fondamentale, rappresentato appunto dall'oggetto della gara (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 20.1.2006 n. 448), Alla stregua dei principi comunitari di trasparenza e massima partecipazione alle procedure volte all'affidamento di commesse pubbliche, l'esclusione dalla selezione può essere legittimamente prevista dall'Amministrazione procedente nella *lex specialis* di gara, oltre nelle ipotesi normativamente imposte, solo quando la prescrizione speciale *ad excludendum* sia proporzionalmente necessitata dall'oggetto del contratto da stipularsi ovvero da particolari modalità di esecuzione del lavoro, servizio o fornitura da effettuarsi, che giustifichino un aggravamento partecipativo (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 1.7.2010 n. 22062).

Né, infine, può avere rilievo la mancata tempestiva impugnazione del citato art. 4.3.1.5 della *lex specialis*, che

imponessa, ai fini dello svolgimento dei predetti *tests*, la produzione delle cinque tipologie di carte elettroniche in esso indicate.

In base alla giurisprudenza costante infatti, l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando di gara sussiste solo con riferimento alle clausole idonee a generare una lesione immediata e diretta della situazione soggettiva dell'interessato, ovvero con riferimento alle sole clausole c.d. escludenti, e a quelle che impediscono indistintamente a tutti i concorrenti una corretta, e consapevole, elaborazione della propria proposta economica (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 11.9.2013 n. 2125).

Nel caso di specie, la predetta clausola non rientrava infatti tra quelle dettate in materia di requisiti di partecipazione, ma si limitava a disciplinare, come detto, alcune modalità di svolgimento di una fase della procedura, dettando peraltro prescrizioni piuttosto marginali, rispetto a quelle maggiormente legate all'oggetto della fornitura, su cui i concorrenti erano chiamati a misurarsi per conseguire l'appalto.

Il ricorso principale e quello per motivi aggiunti vanno pertanto entrambi accolti.

Il risarcimento del danno è avvenuto in forma specifica, in conseguenza dell'ammissione con riserva della ricorrente alla procedura *de qua*.

Non può infine darsi seguito alla richiesta istruttoria formulata dalla ricorrente, atteso che essa ha ad oggetto atti e documenti (documentazione tecnica degli altri concorrenti, verbali delle operazioni di gara e di attribuzione dei punteggi per la formulazione della graduatoria) affatto inconferenti rispetto alle questioni controverse.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie entrambi.

Condanna la resistente al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente, equitativamente liquidate in Euro 5.000,00, oltre al rimborso del contributo unificato, I.V.A. e C.P.A.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Mauro Gatti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/12/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

