

Publicato il 02/02/2022

N. 01255/2022 REG.PROV.COLL.
N. 09665/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9665 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Ecm S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Fantini, Luca Spaziani, Giorgio Alù Saffi e Livio Esposizione, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio legale dei predetti avvocati in Roma, via Principessa Clotilde n. 7;

contro

Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Cintioli e Giuseppe Lo Pinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio legale dei predetti avvocati in Roma, via Vittoria Colonna n. 32;

nei confronti

Hitachi Rail STS S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Elefante, con domicilio digitale

come da PEC da Registri di Giustizia;

Alstom Ferroviaria S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Mengassini e Sergio Massimiliano Sambri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio legale dei predetti avvocati in Roma, via Pinciana n. 25;

Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo,

- della *lex specialis* tutta e in particolare del bando di gara RFI – Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. DAC.0155.2021, pubblicato in G.U. 5a Serie Speciale – Contratti Pubblici n. 90 del 6 agosto 2021 e riguardante la “Procedura aperta per Accordo Quadro per la Progettazione Esecutiva e la realizzazione sulle linee oggetto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) del Sistema ERTMS, comprensiva del ETCS Livello2, del GSM-R, degli impianti di Gestione della Via, degli impianti di TLC, delle alimentazioni IS, delle opere civili accessorie e fabbricati/*shelter* per il contenimento delle apparecchiature, degli impianti meccanici, degli impianti di luce e forza motrice (LFM), nonché della loro certificazione e integrazione a livello di Sottosistema di Terra, garantendo l’interfacciamento sia con i Sottosistemi di Terra preesistenti sia con quattro differenti tipologie di Sottosistemi di Bordo ERTMS” (CIG 88520151DE – CUP J56E20000080009), pubblicato altresì in GUUE – GU/S S148 03/08/2021 395116-2021-IT e sul sito *internet* RFI;

- del Disciplinare di Gara DAC.0155.2021 e di tutti gli allegati al medesimo, ivi compresi: 1. Modello Domanda di partecipazione; 2. Dichiarazione costo manodopera; 3. Tabelle calcolo costi progettazione; 4. Contenuto Offerta Tecnica e Criteri di Valutazione delle Offerte Tecniche ed Economiche (Doc. 4); 5. DGUE DAC.0155.2021; 6. Schema di Contratto e relativi allegati; 7. Fac-simile Dichiarazione Progettista; 8. Fac-simile Dichiarazione Ditta ausiliaria; 9. Schema Contratto Avvalimento; 10. Fac-simile Dichiarazione

White list; 11. Fac-simile di cauzione provvisoria; 12. Fac-simile di cauzione definitiva mediante fideiussione; 13. Fac-simile di cauzione definitiva mediante deposito vincolato; 14. Dichiarazione segreti tecnici e commerciali; 15. Protocolli di legalità;

- dello schema di Accordo Quadro, delle condizioni generali di contratto in esso richiamate, e di tutti gli allegati al medesimo, ivi compresi: 1. Dichiarazione dell'Appaltatore rilasciata ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 1341 e 1342 del c.c.; 2. Descrizione tecnica degli Interventi; 3. Specifiche tecniche degli Interventi; 4. Progetto di Base; 5. Procedure predisposizione; 6. Contratto Applicativo Progettazione; 7. Contratto Applicativo Esecuzione; 8. Obblighi ed oneri particolari dell'Appaltatore e disposizioni speciali nell'esecuzione dei lavori; 9. Protocollo d'Intesa; 10. Capitolato Speciale d'Appalto per lavori in presenza di esercizio ferroviario, per lavori all'armamento e per lavori agli impianti elettrici e tecnologici; 11. Capitolato speciale per la sicurezza del lavoro nei contratti d'appalto d'opera o di somministrazione; 12. Protezione Cantieri; 13. Procedura ARMIDITTE e requisiti generali; 14. Procedura Valorizzazione interruzioni; 15. Procedura Sistemi di Gestione; 16. Specifica emissione PCQ; 17. Piano Manutenzione; 18. Procedura gestione Manutenzione; 19. RAM; 20. Verbali consegna e restituzione materiali; 21. Procedura Gestione materiali fuori uso; 22. Procedura Gestione materiali tolto d'opera; 23. Tariffe laboratorio RFI; 24. Prescrizioni Predisposizione Progetto Esecutivo; 25. Procedura Computazione e salizzazione opere; 26. Procedura PDM; 27. Specifica tecnica Elaborati As-Built; 28. Prescrizioni redazione Programma Lavori; 29. Manuale Frontespizi; 30. Guida Relazione di analisi e pianificazione del progetto; 31. Elenco documenti del Processo di Progettazione; 32. Schema fideiussione per anticipazione CAP; 33. Schema fideiussione per anticipazione CAE; 34. Date per Premialità; 35. Elenco Voci Aggiuntive; 36. Offerta tecnica Appaltatore;

- di tutte le tariffe prezzi per l'anno 2021 e dei protocolli di legalità;

- di tutti i chiarimenti pubblicati da RFI in relazione alla procedura in risposta alle richieste pervenute dagli operatori;
 - della determina/delibera a contrarre o atto comunque denominato, di contenuto non noto ed estremi non conosciuti;
 - di ogni altro atto, provvedimento e/o comportamento presupposto, consequenziale e/o connesso e/o successivo a quelli nella presente sede gravati, ove lesivi e ancorché non conosciuti dalla Ricorrente;
- nonché per l'annullamento
quanto al ricorso per motivi aggiunti,
- del provvedimento, di estremi e data non noti, conosciuto da ECM solamente tramite comunicato stampa pubblicato dalla Stazione Appaltante pubblicato sul proprio sito internet in data 3 novembre 2021, con il quale RFI ha disposto l'aggiudicazione della "Procedura aperta per Accordo Quadro per la Progettazione Esecutiva e la realizzazione sulle linee oggetto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) del Sistema ERTMS, comprensiva del ETCS Livello2, del GSM-R, degli impianti di Gestione della Via, degli impianti di TLC, delle alimentazioni IS, delle opere civili accessorie e fabbricati/shelter per il contenimento delle apparecchiature, degli impianti meccanici, degli impianti di luce e forza motrice (LFM), nonché della loro certificazione e integrazione a livello di Sottosistema di Terra, garantendo l'interfacciamento sia con i Sottosistemi di Terra preesistenti sia con quattro differenti tipologie di Sottosistemi di Bordo ERTMS" (CIG 88520151DE – CUP J56E20000080009), con un ribasso del 4,5%, in favore del RTI composto da HITACHI RAIL S.T.S. S.p.A. – Alstom Ferroviaria S.p.A. e Ceit S.p.A.
 - di ogni altro atto, provvedimento e/o comportamento presupposto, consequenziale e/o connesso e/o successivo a quelli nella presente sede gravati, ove lesivi e ancorché non conosciuti dalla Ricorrente;
- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato.

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

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2022 il dott. Luca Biffaro 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 agosto 2021 la resistente Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (RFI) avviava la procedura d'evidenza pubblica finalizzata all'affidamento dell'accordo quadro per la progettazione esecutiva e la realizzazione, sulle linee ferroviarie oggetto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), del sistema ERTMS/ETCS di livello 2 (*European Rail Traffic Management System/European Train Control System* del valore di 500.000.000,00 (cinquecentomilioni) di euro, 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 in quanto, come indicato nel disciplinare di gara, trattandosi del primo intervento massivo sulla rete ferroviaria vi era l'esigenza di minimizzare il numero di Applicazioni Generiche (AG) del Sottosistema di terra (SST), minimizzando così anche il numero di attività di integrazione Terra-Bordo necessarie all'omologazione di nuove AG sui Sottosistemi di Bordo (SSB) che verranno via via attrezzati. Secondo le disposizioni ERA/ANSFISA (Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie/Agenzia Nazionale per la Sicurezza delle Ferrovie e delle

Infrastrutture Stradali e Autostradali), infatti, ogni nuova AG 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 avrebbero dovuto possedere anche i seguenti:

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.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”.

Il disciplinare di gara, altresì, conteneva ulteriori specifiche previsioni in ordine al modo con il quale il suddetto requisito d.4) dovesse essere posseduto, stabilendo 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 ECM S.p.A., lamentandone l’illegittimità per aver impedito alla ricorrente di partecipare alla gara e di presentare un’offerta ragionata, competitiva e tecnicamente attendibile, anche ove si fosse optato per la partecipazione in modalità aggregata.

5.1.) Con il primo motivo di ricorso la ricorrente contestava l’illegittimità dell’operato della stazione appaltante per non aver provveduto alla suddivisione in lotti dell’appalto nonostante si trattasse della soluzione migliore in relazione a procedure dall’elevato valore economico e di primaria importanza per le infrastrutture del Paese, quale quella per cui è causa; tale

scelta, invero, avrebbe garantito la massima partecipazione degli operatori interessati all'affidamento, favorendo anche un'esecuzione a regola d'arte.

Con tale motivo di ricorso, inoltre, la ricorrente riteneva illogica, contraddittoria ed erronea dal punto di vista tecnico la mancata suddivisione in lotti, alla luce delle peculiarità del settore dei sistemi di segnalamento ferroviari nel quale, nel corso degli anni, differenti operatori hanno contribuito all'ammodernamento del sistema ferroviario attraverso molteplici ed eterogenee installazioni di componenti di terra ed apparecchiature di bordo; tale scelta, secondo la prospettazione della ricorrente, imporrà a RFI di richiedere, agli operatori che hanno installato sistemi di segnalamento sulle tratte interessate dal procedimento ad evidenza pubblica per cui è causa, la realizzazione degli interventi necessari a che l'aggiudicatario possa procedere all'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto. A supporto di tale censura, la ricorrente richiamava anche il disposto dell'art. 2.5 dello schema di accordo quadro.

Sotto tale profilo, in particolare, la ricorrente contestava che la suddivisione in lotti avrebbe aumentato le possibilità di assegnare alcune tratte agli operatori, tra i quali la ricorrente medesima, che avevano già compiuto installazioni di segnalamento sulla rete ferroviaria, con passaggio alla nuova tecnologia senza soluzione di continuità nel servizio di trasporto e con neutralizzazione del rischio di criticità nella fase di esecuzione del contratto.

La ricorrente censurava ulteriormente la scelta del lotto unico, per la sua illogicità e contraddittorietà, tanto per il suo contrasto con il concetto di interoperabilità, quanto per il fatto che, riferendosi l'appalto a tratte ferroviarie afferenti ad aree territoriali distinte, i successivi contratti applicativi comporteranno comunque una suddivisione della prestazione tra i vari ambiti territoriali interessati dalla commessa pubblica.

Sempre con il primo motivo di ricorso la ricorrente censurava il fatto che la stazione appaltante non avesse adeguatamente motivato la mancata suddivisione in lotti e che fosse totalmente assente il bilanciamento degli

interessi coinvolti; secondo la prospettazione della ricorrente, RFI si era laconicamente limitata a giustificare tale scelta sulla scorta di un asserito risparmio di spesa, consistente nella minimizzare del numero di AG del SST, con conseguente minimizzazione anche del numero di attività di integrazione Terra-Bordo necessarie all'omologazione di nuove AG sui sottosistemi di bordo, come indicato nel disciplinare di gara.

Più nel dettaglio, la ricorrente evidenziava come la motivazione fornita dalla stazione appaltante risultasse illogica e tecnicamente insostenibile alla luce del peculiare assetto del mercato dei servizi di segnalazione già evidenziato in precedenza; invero, nella prospettazione della ricorrente la stazione appaltante non conseguirà alcun risparmio di spesa dalla previsione di un lotto unico, in quanto la circostanza che differenti operatori hanno, in passato, installato i propri dispositivi di segnalamento sulla rete ferroviaria, implica che l'aggiudicatario dell'affidamento in questione potrà procedere all'aggiornamento secondo lo standard ERTMS/ETCS di livello 2 solo successivamente all'intervento di tali operatori sulle tratte interessate.

A sostegno dell'inattendibilità tecnica della motivazione posta a base della scelta del lotto unico e, quindi, dell'insuscettibilità della stessa a garantire alla stazione appaltante un risparmio di spesa, la ricorrente ulteriormente evidenzia che le tratte interessate dall'appalto – tra l'altro insistenti su aree geografiche distinte e lontane territorialmente – non costituiscono un sistema chiuso, ma risultano connesse con altri segmenti del sistema ferroviario nazionale ancora caratterizzati dal sistema di controllo della marcia treno (SCMT). Inoltre, il difetto di motivazione emergerebbe anche dalla circostanza che in ciascuna delle aree geografiche interessate dall'affidamento circola un distinto parco treni; pertanto, le attività di integrazione da compiere sarebbero le medesime anche in presenza di una differente AG per ciascuna area territoriale, il che depone in senso contrario alla minimizzazione delle integrazioni Terra-Bordo prospettate dalla stazione appaltante.

In sintesi, la ricorrente sottolineava che il lotto unico avrebbe creato, sia sotto il profilo dei costi, sia sotto quello della realizzazione tecnica, problemi di integrazione maggiori rispetto a quelli connessi ad un'aggiudicazione in favore di più operatori, non legittimando la deroga alla regola della suddivisione in lotti dell'appalto e al principio di concorrenza.

5.2.) Con il secondo motivo di gravame la ricorrente eccepiva l'illegittimità del disciplinare di gara nella parte in cui, in conseguenza della previsione di un lotto unico, fissava criteri di selezione non proporzionati, imponendo anche a primari operatori del settore – inclusa la ricorrente medesima – di ricercare “implausibili” soluzioni associate pur di partecipare alla gara (a causa del mancato possesso dei requisiti richiesti), con ciò ponendosi in contrasto con i principi di massima partecipazione e concorrenza.

Più in particolare, la ricorrente contestava il carattere irragionevole dei requisiti previsti per i progettisti dai punti c.4.1) e c.4.2), della parte E.II del disciplinare di gara, ossia il possesso, tra le proprie maestranze, di un elevato contingente (100 unità) di personale tecnico a tempo pieno (*full time equivalent*). Parimenti, la ricorrente contestava la previsione di cui al punto d.1), della parte E.II del disciplinare di gara, in quanto restringeva il numero dei partecipanti alle sole imprese in possesso della “attestazione della qualificazione rilasciata da RFI S.p.A.”, precludendo in radice la partecipazione di tutti gli altri operatori economici, compresi quelli europei, in ragione delle tempistiche necessarie per ottenere le attestazioni richieste, nonostante la proroga del termine per la presentazione delle offerte disposta dalla stazione appaltante. Tale requisito, inoltre, era censurato anche per la sua asserita incompatibilità con il requisito di cui al punto d.4) del disciplinare di gara.

La ricorrente, inoltre, contestava anche l'illegittimità del requisito di cui al punto d.4), della parte E.II del disciplinare di gara, che richiedeva “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”.

In particolare, secondo la ricorrente la previsione di tale requisito risultava illegittima sotto tre distinti profili. In primo luogo, la stazione appaltante non avrebbe chiarito le ragioni poste a base della richiesta di un requisito posseduto da un ridottissimo numero di operatori (sia per la novità della tecnologia, sia per l'entità – in termini di lunghezza delle linee interessate da installazioni già effettuate – dei lavori già eseguiti prima della partecipazione alla procedura di gara per cui è causa. In secondo luogo, tale requisito risulterebbe incompatibile con quello di cui al predetto punto d.1). In terzo luogo, anche in caso di offerta da parte di un operatore plurisoggettivo, il requisito in questione avrebbe dovuto comunque essere necessariamente posseduto per intero dall'impresa mandataria.

Invero, a detta della ricorrente, soltanto tre operatori economici – tra i quali Hitachi Rail STS S.p.A. e Alstom Ferroviaria s.p.A. – risulterebbero in possesso del requisito d.4). ECM S.p.A. evidenziava, a supporto di tale censura, di non possedere il requisito richiesto, pur essendo da lungo tempo attiva nel mercato dei servizi di segnalamento ferroviario e avendo in corso con RFI un accordo per l'ottenimento dell'autorizzazione all'utilizzo della applicazione generica ERTMS di livello 2. Peraltro, secondo la ricorrente, la possibilità di raggrupparsi con il terzo operatore in possesso del suddetto requisito d.4), ossia Siemens, sarebbe stata di fatto esclusa, in quanto tale operatore, non risultando in possesso della qualificazione di RFI di cui al punto d.1) del disciplinare di gara, non avrebbe potuto assumere il ruolo di mandataria.

5.3.) Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente lamentava la violazione del divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed elementi oggettivi di valutazione delle offerte, in quanto dal raffronto tra il disciplinare di gara e il suo allegato IV (punto 1.1.3) emergeva come il requisito di cui al punto d.4), della parte E.II del disciplinare di gara sarebbe

stato qualificato dalla stazione appaltante tanto come requisito soggettivo afferente alla capacità tecnico-organizzativa dei partecipanti, quanto come elemento di valutazione dell'offerta tecnica, potenzialmente suscettibile di far ottenere un massimo di nove punti. In particolare, la ricorrente evidenziava come tale requisito non rientrasse in alcuno di quelli previsti dall'art. 95, comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recante Codice dei contratti pubblici (di seguito anche "CCP"), ossia tra le ipotesi nelle quali l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, possa essere valutata sulla base di criteri oggettivi, anche qualitativi. Parimenti, la medesima doglianza era mossa anche con riguardo al punto 1.1.2 dell'allegato IV del disciplinare di gara.

5.4.) Con il quarto motivo di ricorso la ricorrente contestava l'eccessiva genericità dell'accordo quadro rispetto al dettaglio delle lavorazioni che l'aggiudicatario, in virtù dei successivi contratti attuativi, avrebbe dovuto eseguire, con conseguente impossibilità di formulare un'offerta parametrata alle richieste di RFI, risolvendosi in una ingiustificata restrizione delle possibilità di partecipazione. Nella prospettazione della ricorrente, la mera indicazione delle tipologie di attività da espletare, peraltro tra loro anche eterogenee, sarebbe risultata insufficiente, trattandosi di prestazioni standard in caso di interventi sul sistema ferroviario e, comunque, non specificate nei quantitativi (con riferimento a quelle indicate nell'allegato II).

5.5.) Con il quinto motivo di ricorso la ricorrente censurava l'eccessiva esiguità temporale del termine di validità dell'accordo quadro, essendo concessi all'aggiudicatario unicamente 1461 giorni per il completamento dei lavori, reputata oggettivamente inidonea alla formulazione di un'offerta tale da consentire l'esecuzione della prestazione in maniera tempestiva e a regola d'arte, ponendosi con ciò in contrasto con il principio di concorrenza che presidia le procedure ad evidenza pubblica. A sostegno di tale censura, la ricorrente evidenziava che la prestazione doveva essere eseguita in più aree geografiche (5 Regioni), ricomprendeva attività tra loro eterogenee – tanto in

fase di progettazione, quanto in quella di esecuzione – e non prendeva in considerazione le difficoltà tecniche collegate al fatto che gli interventi da realizzare interessavano anche le tecnologie di altri soggetti, rispetto alle quali sarebbe stato carente il relativo *know-how*. Più in particolare, secondo la ricorrente, le richieste di RFI si sarebbero potuto esattamente soddisfare solo laddove i quattro principali operatori del mercato avessero cooperato, mettendo a fattor comune i rispettivi know-how e la propria esperienza professionale. Anche sotto tale profilo, la partecipazione alla procedura de qua sarebbe stata illegittimamente limitata, vieppiù alla luce delle conseguenze di un eventuale inadempimento, particolarmente pregiudizievoli per l'appaltatore, anche in vista della partecipazione a future procedure di appalto.

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

Il bando in questione si prefiggeva di realizzare i primi 700 km di linee ferroviarie dotate del sistema ERTMS/ETCS di livello 2 (su un totale di 1400 km), quale impegno assunto dallo Stato italiano nei confronti dell'Unione europea, da 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 fosse strettamente legata all'esigenza di garantire la massima omogeneità funzionale della rete ferroviaria, nonché a quella di procedere alla messa in esercizio delle opere entro il mese di dicembre del 2024. RFI evidenziava, inoltre, che il rispetto di tale termine, sulla scorta di quanto previsto dal PNRR, risultasse di centrale importanza, essendo ad esso connessa la piena fruizione dei

finanziamenti europei relativi agli investimenti da realizzare sulla rete ferroviaria.

Più nello specifico, RFI poneva in rilievo 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 SST e un SSB sul treno. La scelta di non suddividere l'appalto in lotti era funzionale ad avere un unico sistema interoperabile in Europa, centralizzando tutte le informazioni e autorizzazioni al movimento in un unico sistema di controllo in sicurezza. RFI, quindi, meglio specificando le ragioni tecniche poste a base della scelta di non suddividere in lotti l'appalto, evidenziava che la stessa era oggetto di una apposita motivazione contenuta nel disciplinare di gara (Premessa, pag. 1 – doc. 2 della produzione di RFI); la stazione appaltante, pertanto, riteneva assolto l'onere motivazionale gravante su di essa, in coerenza con le prescrizioni dettate dall'art. 51 del CCP. Peraltro, la scelta del lotto unico era stata adottata anche in altri Paesi europei e per tratti ferroviari più estesi.

6.2.) Con riguardo al secondo motivo di doglianza, afferente all'asserita illegittimità dei requisiti di partecipazione, RFI evidenziava che la stazione appaltante gode di ampia discrezionalità nella scelta dei requisiti di capacità dei concorrenti e che, in tale ambito, il sindacato giurisdizionale è limitato. Secondo la stazione appaltante, nel caso di specie i requisiti risulterebbero proporzionati e in linea con il valore complessivo dell'appalto, oltre che ragionevoli e logicamente congruenti con l'importanza strategica dell'opera.

RFI, in particolare, rappresentava di aver correttamente definito i requisiti di partecipazione, avendo inteso stimolare l'offerta da parte di un mercato maturo, ossia nei confronti di quei fornitori del SST ERTMS/ETCS di livello 2 che avessero già sviluppato e messo in servizio, nel corso degli ultimi anni, in Italia oppure all'estero, un significativo numero di chilometri con tale tecnologia. Inoltre, tale scelta si giustificerebbe alla luce del delicato e lungo iter autorizzativo che deve accompagnare ogni nuova applicazione del SST,

incompatibile con i vincoli connessi al Programma di investimenti del PNRR per i finanziamenti con scadenza dicembre 2024.

RFI ulteriormente eccepiva l'inammissibilità della censura per difetto di interesse atteso che la ricorrente non avrebbe potuto essere ammessa alla gara nemmeno se la stazione appaltante avesse richiesto il requisito in questione in termini più ridotti; ECM, invero, non aveva mai realizzato alcun lavoro con il sistema ERTMS/ETCS di livello 2. In proposito, la stazione appaltante evidenziava come la ricorrente disponesse, ad oggi, delle autorizzazioni necessarie per la sola messa in esercizio di applicazioni secondo il sistema ERTMS/ETCS di livello 1, tecnologicamente differente e meno evoluto rispetto a quello richiesto nella procedura in oggetto.

La stazione appaltante evidenziava, poi, come non fosse preclusa la possibilità di partecipare alla gara in forma aggregata, sottolineando, tra l'altro, che nel mercato di riferimento era attivo almeno un altro operatore qualificato.

6.3.) RFI eccepiva anche l'inammissibilità del terzo, quarto e quinto motivo di ricorso, non avendo ECM partecipato alla procedura di gara in questione, nonché l'infondatezza degli stessi in quanto non vi era stata alcuna violazione del principio di separazione tra criteri soggettivi di qualificazione e criteri di aggiudicazione, la *lex specialis* conteneva una minuziosa descrizione delle prestazioni da eseguire e la tempistica prevista per la realizzazione dei lavori era legittimamente parametrata con le peculiarità dell'appalto, anche alla luce delle ragioni di urgenza connesse alla necessità di non perdere i finanziamenti sovranazionali contemplati dal PNRR.

7.) Si costituivano in giudizio anche Alstom Ferroviaria S.p.A. (Alstom) e Hitachi Rail STS S.p.A. (Hitachi).

7.1.) Hitachi eccepiva l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso evidenziando la legittimità della scelta della stazione appaltante di non suddividere la gara, frutto di una valutazione discrezionale adeguatamente motivata. Evidenziava, inoltre, che dalla legittima scelta di prevedere un lotto unico discendesse anche la legittimità dei requisiti di partecipazione stabiliti

dalla stazione appaltante, risultando correttamente parametrati all'oggetto complessivo dell'appalto.

Hitachi, inoltre, evidenziava che le prescrizioni della *lex specialis* non solo non precludevano la partecipazione della ricorrente, ma neanche consentivano di partecipare alla gara ai soli due principali operatori economici attivi in Italia nel settore interessato dall'appalto, stante la possibilità di procurarsi i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa in questione tramite il ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Infine, eccepiva l'infondatezza del motivo di ricorso inerente alla asserita violazione del divieto di commistione tra requisiti soggettivi di qualificazione e oggettivi di valutazione dell'offerta.

7.2.) Alstom eccepiva, innanzitutto, l'inammissibilità del ricorso proposto per carenza d'interesse. In proposito, la società controinteressata esponeva che la ricorrente non sarebbe in possesso del requisito relativo alla capacità di installazione del sistema ERTMS/ETCS di livello 2, oltre a presentare carenze in termini di dimensione aziendale ed esperienza in materia, non avendo mai svolto, come richiesto dal bando, il ruolo di "integratore" dei sistemi oggetto di appalto.

Secondo Alstom, inoltre, la stazione appaltante aveva legittimamente parametrato i requisiti di partecipazione rispetto all'importanza economica e tecnica dell'affidamento e che, comunque, la ricorrente avrebbe potuto partecipare alla gara in raggruppamento temporaneo di imprese (essendo sul mercato presenti almeno altri tre competitor europei in possesso delle capacità tecniche necessarie a realizzare i lavori oggetto di gara) o ricorrendo all'istituto dell'avvalimento.

Anche Alstom evidenziava che la stazione appaltante avesse adeguatamente motivato la scelta di non procedere a una suddivisione in lotti.

Con riguardo alle censure relative all'asserita abnormità e sproporzione di talune clausole del disciplinare di gara, da cui discenderebbe il carattere escludente delle stesse, la controinteressata Alstom evidenziava quanto segue.

In ordine alla pretesa illegittimità del requisito previsto dal punto d.1), Alstom eccepeva che qualsiasi impresa (anche straniera) interessata a partecipare alle gare indette da RFI avrebbe potuto ottenere, ove in possesso di idonei requisiti, l'attestazione della qualificazione rilasciata dalla medesima RFI, previa presentazione della relativa domanda. In proposito la controinteressata altresì sottolineava che il requisito in questione era conforme al disposto di cui all'art. 134 CCP, che prevede che gli enti aggiudicatori possano istituire e gestire un sistema di qualificazione degli operatori economici, e che, in ogni caso, la ricorrente possiede tale attestazione.

Alstom, inoltre, sottolineava che alla eventuale carenza dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* potevi farsi fronte mediante l'istituto dell'avvalimento.

Con riferimento alla pretesa illegittimità del requisito previsto dal punto d.4) del disciplinare di gara, Alstom richiamava l'ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante nel fissare i requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica, al punto da prevederne di ulteriori e più severi rispetto a quelli normativamente prescritti, nel rispetto dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità e nel limite della continenza e della non estraneità all'oggetto della gara. Nel caso di specie la scelta risulterebbe congrua in considerazione degli ambiti temporale (10 anni) e territoriale (anche reti ferroviarie europee) nei quali le imprese concorrenti avrebbero potuto maturare il requisito richiesto, nonché del suo oggetto (costituito dalla fornitura di un sistema ERTMS/ETCS di livello 2 per almeno 200 km, a fronte di lavori da eseguire su 740 km di linea ferroviaria). Alstom concludeva, sul punto, che la circostanza per cui la *lex specialis* imponesse il possesso integrale di tale requisito da parte della mandataria, costituiva diretta conseguenza della garanzia di capacità tecnica ed elevata qualificazione richiesta dalla stazione appaltante alla luce della portata dell'appalto per cui è causa.

Infine, la controinteressata parimenti eccepeva la ragionevolezza e proporzionalità dei requisiti di progettazione richiesti dalla *lex specialis*, alla luce dell'entità dell'opera da realizzare e del personale tecnico da impiegare.

8.) Con l'ordinanza n. 5717 del 20 ottobre 2021, veniva respinta l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente.

9.) La ricorrente, a seguito dell'acquisizione della notizia dell'intervenuta aggiudicazione della gara al Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI) costituito dagli operatori Hitachi, Alstom e Ceit S.p.A. (Ceit), impugnava tale provvedimento mediante ricorso per motivi aggiunti, con il quale chiedeva anche di sentir dichiarare l'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, la ricorrente ribadiva che l'intervenuta aggiudicazione al suddetto RTI confermasse il carattere escludente e restrittivo del bando, grazie al quale si era avuta una vera e propria spartizione del mercato tra Hitachi e Alstom. Tali società, infatti, avevano partecipato in formazione plurisoggettiva ancorché entrambe fossero dotate, ciascuna in maniera totalitaria, dei requisiti necessari ad eseguire l'installazione dei sistemi ERTMS/ETCS di livello 2. ECM, quindi, sosteneva il carattere sovrabbondante del RTI costituito da Hitachi, Alstom e Ceit. La ricorrente, inoltre, evidenziava che ciascuna delle imprese del RTI aggiudicatario fosse in possesso di una propria applicazione generica e, quindi, in caso di utilizzo di due o più applicazioni sulle differenti linee oggetto dell'appalto, non si sarebbe prodotto il risparmio di spesa prefigurato dalla stazione appaltante e posto a base della motivazione relativa alla mancata suddivisione in lotti.

ECM, nel riproporre in via derivativa il secondo motivo di ricorso relativo alla asserita sproporzione dei requisiti di accesso alla gara, aggiungeva che il terzo operatore europeo, cioè Siemens, non possedendo le qualifiche RFI non poteva assumere il ruolo di mandataria, con la conseguenza che la illegittima fissazione dei requisiti contestati consentiva, come poi concretamente verificatosi, l'accesso alla gara unicamente a Hitachi e Alstom, singolarmente o in RTI sovrabbondante.

10.) La stazione appaltante resistente e le società controinteressate, in vista della camera di consiglio del 15 dicembre 2021, depositavano ulteriori memorie ribadendo, nella sostanza, le posizioni espresse nei precedenti scritti difensivi.

10.1.) La stazione appaltante, in particolare, controdeduceva che la celebrazione di una gara a lotto unico e la partecipazione in RTI di due soggetti muniti, singolarmente, delle certificazioni/autorizzazioni per la messa in esercizio di sistemi ERTMS/ETCS di livello 2 non incidesse sull'obiettivo di minimizzare il numero di test terra/bordo da effettuare, al fine di velocizzare la messa in servizio commerciale delle linee oggetto di investimento tecnologico. Invero, tale obiettivo non poteva dirsi di per sé obliterato a fronte dell'aggiudicazione disposta in favore di un RTI composto da imprese capaci di realizzare due distinte AG, anche in ragione del fatto che, in sede di affidamento dei singoli contratti applicativi dell'accordo quadro oggetto di gara, RFI avrebbe sempre potuto pretendere l'uniformità tecnologica più efficiente. In proposito, la stazione appaltante ulteriormente evidenziava di aver svolto una gara per un appalto multitecnologico che somma diverse tecnologie che realizzano nel complesso un sistema di comando e controllo a guida strumentale come l'ERTMS/ETCS di livello 2, allo scopo di ottenere una certificazione unitaria da parte dell'operatore economico sistemista vincitore; inoltre, Hitachi e Alstom risultano aver installato sul territorio italiano circa il 78% degli ACC attualmente in esercizio, con conseguenti positive ricadute sulle attività di interfacciamento con il sistema ERTMS/ETCS di livello 2 che verrà messo in opera.

11.) Le parti depositavano ulteriori memorie, anche di replica, in vista dell'udienza di merito del 12 gennaio 2022.

11.1.) La ricorrente controdeduceva alle eccezioni di inammissibilità ex adverso proposte, sottolineando che con i mezzi di gravame esperiti erano state formulate censure avverso clausole immediatamente escludenti – come tali, insuscettibili di consentire la presentazione di un'offerta ragionata,

competitiva e tecnicamente attendibile – pertanto, l’interesse a ricorrere non era ancorato alla partecipazione alla gara.

La ricorrente insisteva sull’illegittimità della previsione di un lotto unico evidenziando, anche mediante il ricorso ad argomenti di natura tecnica volti a contestare la ricostruzione fornita da RFI nella relazione tecnica depositata in giudizio (documento 3 della produzione di RFI), che le ragioni fornite dalla stazione appaltante non consentissero di giustificare la scelta di non procedere alla suddivisione in lotti. Più in particolare, la relazione tecnica di RFI non avrebbe contenuto argomenti idonei a giustificare l’accorpamento in un unico lotto di reti ferroviarie differenti in quanto, in estrema sintesi: i) la linea ferroviaria presa in considerazione non avrebbe costituito un parametro rappresentativo della complessità che caratterizza le varie tratte incluse nel lotto unico; ii) nessuno dei fornitori disporrebbe di un’autorizzazione all’utilizzo dell’AG rilasciata da ANSFISA AG Ertms Oriented (AUAG); iii) il RTI aggiudicatario avrebbe comunque dovuto omologare la AG sulle differenti applicazioni specifiche, non potendo per tali motivi garantire la contrazione delle tempistiche di esecuzione dell’appalto e i risparmi di spesa posti dalla stazione appaltante a fondamento della propria scelta.

La ricorrente insisteva sugli ulteriori motivi impugnazione e, in particolare, ribadiva il carattere non proporzionato dei requisiti di partecipazione che gli aveva impedito di partecipare alla gara. In particolare, la ricorrente, pur non sottacendo che RFI avesse attivato i controlli sul RTI aggiudicatario – sospendendo la sottoscrizione del contratto fino al 12 gennaio 2022 – contestava le argomentazioni offerte dalla stazione appaltante per giustificare l’offerta presentata dal predetto RTI, rimarcando il carattere anticoncorrenziale della procedura ad evidenza pubblica in questione, che aveva consentito solo a Hitachi e Alstom di prendervi utilmente parte.

La ricorrente chiedeva, poi, lo stralcio della memoria di Alstom in quanto riferita ad un differente contenzioso.

ECM, con riguardo alle ulteriori argomentazioni svolte da RFI, evidenziava che la richiamata connessione con il PNRR della procedura ad evidenza pubblica in questione non potesse comunque comportare una ingiustificata restrizione del confronto concorrenziale e che le esigenze di celerità rappresentate dalla stazione appaltante avrebbero potuto essere soddisfatte, anche alla luce di quanto previsto dal d.l. n. 77/2021, mediante il ricorso allo strumento della procedura negoziata. Inoltre, il richiamo operato dalla stazione appaltante in ordine alla pubblicazione di un bando “per la sottoscrizione di diversi Accordi Quadro per i restanti 2700km con ERTMS”, più che dimostrare l’assenza di un rischio di cristallizzazione del mercato a causa della celebrazione della gara per cui è causa, confermerebbe l’illegittimità dell’operato di RFI che, avvedutasi della stessa, ha provato ad ampliare la platea dei potenziali partecipanti.

11.2.) RFI rimarcava innanzitutto che vi era una precisa scansione temporale dei vincoli assunti dallo Stato italiano nei confronti dell’Unione europea in relazione all’utilizzo delle risorse finanziarie previste dal dispositivo per la ripresa e la resilienza di cui al regolamento (UE) 2021/241, per gli investimenti in materia ferroviaria; più in particolare, a pena di sospensione e/o cancellazione dell’aiuto, lo Stato italiano doveva realizzare 1400 km di linee ferroviarie con il sistema ERTMS/ETCS di livello 2 entro il dicembre 2024 e i restanti km entro il dicembre 2026. Per tale motivo e per le ragioni tecniche esposte nel disciplinare di gara, la scelta del lotto unico risultava sostanzialmente vincolata.

La stazione appaltante eccepiva poi l’inammissibilità delle censure proposte stante il mancato possesso, da parte della ricorrente, di uno dei principali requisiti di partecipazione previsti dalla *lex specialis*, ossia il possesso di una AG per ERTMS/ETCS di livello 2.

La stazione appaltante evidenziava anche il carattere proporzionato e ragionevole dei requisiti di partecipazione, in quanto idonei a identificare un

operatore già in possesso di un'applicazione certificata da ANSFISA, come tale suscettibile di essere già messa in esercizio.

RFI, inoltre, evidenziava il carattere non chiuso del mercato per la fornitura di applicazioni ERTMS/ETCS di livello 2, essendo ciò comprovato anche dal fatto che RFI si stava accingendo a pubblicare un bando suddiviso in lotti, due dei quali riservati ad operatori che, pur non disponendo di un'applicazione immediatamente pronta per la messa in esercizio, avessero superato le prime fasi autorizzative e, quindi, fornissero garanzie per la messa in esercizio entro il dicembre 2026.

Infine, la stazione appaltante reputava non sovrabbondante il RTI aggiudicatario in considerazione del risultato da conseguire e sempre alla luce delle stringenti scadenze temporali stabilite dal PNRR, nonché della parallela situazione del mercato europeo e globale.

11.3.) Anche Hitachi eccepiva l'inammissibilità del ricorso principale e di quello per motivi aggiunti per carenza d'interesse della ricorrente, in ragione del fatto che la stessa non possedesse il requisito relativo alla capacità d'installazione del sistema ERTMS/ETCS di livello 2.

Tale controinteressata ribadiva, poi, l'adeguatezza e la logicità della motivazione addotta dalla stazione appaltante a supporto della decisione di non suddividere l'appalto in lotti, anche alla luce dell'esigenza di rispettare i vincoli di carattere temporale previsti dal PNRR. Inoltre, evidenziava che tale decisione non venisse contraddetta dalla partecipazione aggregata delle società controinteressate, risultate aggiudicatrici in RTI, in quanto, anche alla luce delle spiegazioni tecniche fornite dalla stazione appaltante (documento 3 della produzione di RFI), emergeva che lo scopo del lotto unico era quello di minimizzare il numero di AG del SST, massimizzare la standardizzazione delle apparecchiature, nonché ridurre il numero di interfacce fra sistemi di fornitori diversi, i processi approvativi e l'impatto sulle imprese ferroviarie.

Hitachi sottolineava, inoltre, il carattere proporzionato dei requisiti di partecipazione, in quanto parametrati alla complessità e all'importo

dell'appalto, nonché ai tempi di fornitura, installazione e messa in servizio (come nel caso del requisito di cui al punto d.4) del disciplinare di gara); peraltro, la stessa Hitachi aveva fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento per conseguire taluni dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dalla legge di gara. In proposito, Hitachi poneva ulteriormente in rilievo il fatto che anche ECM avrebbe potuto partecipare alla gara in forma aggregata con altri operatori economici o avvalendosi dei requisiti di altre società, come quelle indicate da RFI nella relazione tecnica depositata in atti.

La controinteressata, in merito al richiamo operato dalla ricorrente circa l'asserita illegittimità dell'aggiudicazione a un RTI sovrabbondante, evidenziava come non fosse configurabile alcun divieto assoluto in tal senso. In ogni caso, come peraltro chiarito da RFI in risposta a uno specifico quesito, spettava alla stazione appaltante valutare in concreto la situazione di fatto qualora fossero emersi possibili profili anticoncorrenziali. Nel caso di specie RFI, all'esito dei controlli compiuti, aveva ritenuto condivisibili e non manifestamente irragionevoli le giustificazioni fornite dalle società del RTI aggiudicatario.

Hitachi ulteriormente evidenziava che la sua decisione di partecipare in forma aggregata con Alstom era ascrivibile al ristretto arco temporale entro il quale ultimare i lavori, alla elevata complessità organizzativa, progettuale e realizzativa dell'appalto, unitamente al parallelismo di tali attività, nonché a ragioni di carattere gestionale o industriale alla luce delle commesse già in corso.

Anche Hitachi evidenziava che RFI, in data 24 dicembre 2021, aveva pubblicato il bando di una nuova procedura aperta per l'affidamento di un ulteriore accordo quadro, optando per la suddivisione in lotti. In particolare, per i due lotti più piccoli – relativi a linee meno complesse – RFI aveva richiesto tempistiche meno stringenti e requisiti tali da consentire la partecipazione anche ad operatori che, pur avendo intrapreso un percorso di

sviluppo per una delle due componenti principali del sistema ERTMS di livello 2, non avevano ancora ottenuto l'autorizzazione alla messa in servizio dell'AG da parte di ANSFISA.

Hitachi insisteva poi nell'eccepire l'inammissibilità e l'infondatezza delle censure articolate negli ulteriori tre motivi di ricorso in ragione della mancata partecipazione alla gara da parte della ricorrente, nonché della natura non escludente delle clausole impugnate.

11.4.) Alstom 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, avesse scelto deliberatamente di non parteciparvi Alstom ribadiva, inoltre, che la decisione di non suddividere l'appalto in lotti era stata congruamente motivata dalla stazione appaltante e contestava le argomentazioni formulate da parte ricorrente in ordine alla pretesa sproporzione dei requisiti di partecipazione.

La causa veniva trattenuta in decisione all'udienza del 12 gennaio 2022.

DIRITTO

1. Preliminarmente il Collegio, in punto di inammissibilità per carenza di interesse dei ricorsi in esame – in quanto ECM non sarebbe stata 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 – ritiene che l'eccezione non sia pregevole di favorevole considerazione.

Invero, la proposizione dei suddetti ricorsi da parte di ECM è tesa a far valere l'interesse strumentale alla riedizione della gara. L'eventuale fondatezza delle censure articolate, conducendo all'annullamento dell'intera procedura, darebbe alla ricorrente la possibilità di partecipare utilmente a una procedura ad evidenza pubblica di nuova indizione relativa al medesimo affidamento. Pertanto, la mancanza del requisito relativo alla capacità di installazione del sistema ERTMS/ETCS di livello 2 al momento della scadenza dei termini per

la presentazione della domanda di partecipazione non è, di per sé, sufficiente a inficiare l'interesse al ricorso della ricorrente.

Nondimeno, il Collegio ritiene non fondata l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse anche avuto riguardo al fatto che la ricorrente ha contestato la legittimità della scelta della stazione appaltante di non suddividere l'appalto in lotti, nonché il carattere immediatamente escludente di alcune prescrizioni inserite nel disciplinare di gara, per l'asserito carattere non proporzionato dei requisiti di partecipazione ivi fissati. Si tratta, invero, di censure volte a contestare il carattere immediatamente escludente della *lex specialis* in quanto la ricorrente, essendo priva dei requisiti richiesti, non ha potuto partecipare utilmente alla procedura ad evidenza pubblica oggetto del presente giudizio. ECM, inoltre, pone ulteriormente in evidenza di non aver potuto partecipare in forma aggregata in ragione del carattere escludente delle censurate clausole della *lex specialis*.

In proposito, il Collegio ritiene di fare applicazione del consolidato orientamento giurisprudenziale che, pur affermando la regola secondo la quale l'esito di una procedura di gara è impugnabile solamente dall'operatore che vi ha partecipato (la domanda di partecipazione atteggiandosi a strumento per la sussistenza della posizione qualificata e differenziata che legittima l'impugnazione), stabilisce 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 (*ex multis*, Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4/2018; Cons. Stato, Sez. V, n. 8014/2019; Cons. Stato, Sez. V, n. 5789/2019).

2. Sempre in via preliminare deve essere esaminata la richiesta di stralcio avanzata dalla parte ricorrente rispetto alla memoria di Alstom del 27

dicembre 2021, in quanto riguardante il diverso contenzioso RG. n. 9638/2021.

L'eccezione è fondata e, pertanto, il Collegio dispone lo stralcio di tale memoria.

Il Collegio tuttavia ritiene, sulla scorta di un approccio sostanzialistico, di non disporre lo stralcio della memoria di replica di Alstom del 31 dicembre 2021 in quanto la stessa risulta, in parte, riproduttiva di difese già articolate in precedenza e, in altra parte, si limita a replicare alle ulteriori deduzioni difensive formulate dalla ricorrente nella sua memoria di replica. Nel caso di specie, quindi, si ritiene che la memoria di replica di Alstom non costituisca un mezzo per eludere il termine di legge per il deposito delle memorie conclusionali, non ravvisandosi, alla luce del suo contenuto, alcun contrasto con le prescrizioni e la *ratio* dell'art. 73 c.p.a.

3. Esaminate le eccezioni in rito può dunque passarsi al vaglio del merito dei ricorsi proposti da ECM.

3.1. Con il primo motivo di doglianza, ECM lamenta l'illegittimità della scelta operata dalla stazione appaltante di non suddividere in lotti l'appalto, sostenendo che si trattasse della soluzione più ragionevole e proporzionata in ragione del consistente valore della commessa e del fatto che l'appalto riguardava distinte tratte ferroviarie, predefinite e territorialmente circoscritte a cinque regioni italiane. Più in particolare, contesta il carattere generico, illogico e contraddittorio della motivazione di tale scelta – basata, essenzialmente, sui vantaggi conseguibili mediante la minimizzazione delle AG del SST e delle attività di integrazione terra-bordo in fase di omologazione delle nuove AG sui SSB – nonché la erroneità dal punto di vista tecnico, in ragione della polverizzazione della tecnologia di segnalamento implementata sulla rete ferroviaria (stante anche la frammentazione di apparati con tecnologia proprietaria diversa), la connessione con altri segmenti del sistema ferroviario ancora caratterizzati dal sistema di controllo della marcia treno (SCMT) e la circolazione di un distinto parco treni su

ciascuna delle aree interessate dall'appalto. La ricorrente censura l'inadeguatezza di tale scelta in quanto la stazione appaltante, con la scelta del lotto unico, non avrebbe potuto ritrarre alcuno dei prospettati risparmi posto che l'interessamento di aree territoriali distinte avrebbe comunque condotto a una suddivisione delle prestazioni recate dai successivi contratti applicativi.

Il motivo non è suscettibile di positivo apprezzamento.

Ritiene il Collegio di dover preliminarmente evidenziare che è pacifico che la normativa eurounitaria (in particolare la direttiva 2014/24/UE) e quella nazionale di recepimento (l'art. 51 del CCP) esprimano un chiaro *favor* verso la suddivisione in lotti, funzionali o prestazionali, degli appalti pubblici, soprattutto nell'ottica di favorire l'accesso delle microimprese e delle piccole e medie imprese (PMI) al mercato delle commesse pubbliche. Ciò emerge chiaramente dal considerando n. 78 della direttiva 2014/24/UE e dal considerando 87 della direttiva 2014/25/UE nelle parti in cui, dopo aver richiamato l'opportunità che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI e aver incoraggiato le amministrazioni aggiudicatrici ad avvalersi del "Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici", si afferma che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. Tali indicazioni sono state recepite, in sede di trasposizione delle predette direttive eurounitarie, dal legislatore nazionale, confluendo nel testo dell'art. 51, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 che, nella sua prima parte, stabilisce quanto segue: *"Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture"*.

La giurisprudenza amministrativa ha anche chiarito che l'art. 51 del CCP costituisce una *"disposizione dichiaratamente finalizzata a plasmare i profili organizzativi dell'amministrazione committente in modo servente rispetto ad un fine che"*

esula dallo stretto tema dell'evidenza pubblica, per collocarsi nella più ampia prospettiva dello sviluppo pro-concorrenziale del mercato” (Cons. Stato, Sez. III, n. 7962/2020; in termini anche Cons. Stato, Sez. V, n. 973/2020; Cons. Stato, Sez. V, n. 3110/2017; Cons. Stato, Sez. III, n. 1857/2019).

Tuttavia, le previsioni normative appena richiamate prevedono espressamente che le amministrazioni aggiudicatrici possano anche decidere che non sia appropriato suddividere l'appalto in lotti, fermo il dovere di estrinsecare le ragioni di tale scelta all'interno della *lex specialis* di gara. Così, sul versante della normativa eurounitaria, vale ulteriormente richiamare il considerando n. 78 della direttiva 2014/24/UE, nella parte in cui afferma che *“L'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il dovere di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti mantenendo la facoltà di decidere autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante, senza essere soggetta a supervisione amministrativa o giudiziaria. Se l'amministrazione aggiudicatrice decide che non è appropriato suddividere l'appalto in lotti, la relazione individuale o i documenti di gara dovrebbero contenere un'indicazione dei principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice”*. Sul piano della disciplina nazionale, invece, il già richiamato art. 51, comma 1, del CCP, altresì stabilisce che *“Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139”*.

È, dunque, evidente che la disciplina di settore non rechi un divieto assoluto di bandire una gara d'appalto a lotto unico, limitandosi a imporre, in capo alle amministrazioni aggiudicatrici, l'onere di fornire adeguata motivazione in caso di mancata suddivisione dell'appalto in lotti. In proposito vale richiamare il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa che ha escluso che il principio della suddivisione in lotti possa considerarsi assoluto e inderogabile, riconoscendo alla committenza pubblica la possibilità di optare per un assetto alternativo mediante una scelta garantita da ampia discrezionalità, ancorché adeguatamente motivata (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, n. 8440/2020; Cons. Stato, Sez. VI, n. 4669/2014). Sebbene la

suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile, né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie (Cons. Stato, Sez. III, n. 1076/2020; Cons. Stato, Sez. V, n. 123/2018).

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il sindacato giurisdizionale sulla scelta delle amministrazioni aggiudicatrici di non suddividere un appalto in lotti va svolto entro i limiti della ragionevolezza e proporzionalità (Cons. Stato, Sez. III, n. 1222/2019; Cons. Stato, Sez. V, n. 2044/2018), in quanto a venire in rilievo è un potere discrezionale che involge valutazioni di carattere tecnico-amministrativo rientranti nella sfera riservata all'amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, n. 1081/2016).

Vale inoltre aggiungere, a completamento dell'inquadramento sin qui delineato, che nonostante le previsioni normative innanzi richiamate si riferiscano espressamente alle microimprese e alle PMI, in via di principio la giurisprudenza ha riconosciuto, anche al di fuori di tale perimetro soggettivo, la possibilità di far valere *“doglianze avverso un assetto organizzativo della gara che comprometta in concreto il principio di concorrenza tra più operatori, costituendo tale principio un valore di carattere generale intangibile che, per come enunciato all'articolo 30 del D.lgs. n. 50/2016, permea l'intera disciplina dei contratti pubblici e di cui l'art. 51 comma 1 del medesimo testo normativo costituisce solo un precipitato tecnico applicativo, come tale non idoneo a consumarne l'ambito di efficacia”* (Cons. Stato, Sez. III, n. 1221/2021). In questo particolare caso, tuttavia, l'operatore economico è tenuto a dimostrare, in concreto, l'incidenza negativa che l'avversata misura organizzativa ha prodotto nella sua sfera giuridica, *“rendendo obiettivamente percepibile la compressione che questa ha, in via di tesi, subito rispetto alle possibilità di*

un'utile e proficua partecipazione alla competizione” (Cons. Stato, Sez. III, n. 7962/2020; Cons. Stato, Sez. III, n. 5746/2020)”.

Il Collegio, con riferimento al caso di specie, ritiene che RFI abbia pienamente assolto l'onere motivazionale richiesto dall'art. 51 del d.lgs. n. 50/2016, motivando in maniera adeguata la scelta di non suddividere in lotti l'appalto per cui è causa, alla luce di quanto enunciato nella premessa del disciplinare di gara.

In particolare, la resistente stazione appaltante ha precisato che *“l'appalto non è 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 così 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”* (cfr. Premessa, pag. 1 – doc. 2 della produzione di RFI).

Tale motivazione, seppur sintetica, appare ben rappresentare le valutazioni fatte da RFI in merito, facendo emergere, sulla scorta del contesto operativo nel quale si inserisce l'appalto, come la stazione appaltante abbia valutato come necessario, sotto un profilo economico e tecnico, 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. La scelta operata dalla stazione appaltante risulta coerentemente collegata a riduzioni di costi, a finalità di efficientamento funzionale e a esigenze connesse con la rapida definizione del processo di utilizzo dell'investimento. Alla luce di tali considerazioni il Collegio ritiene che la scelta di non suddividere in lotti l'appalto in questione risulti ragionevole, proporzionata e immune da vizi logici. Di conseguenza, come ampiamente evidenziato in precedenza, in ragione dei limiti che incontra il vaglio giurisdizionale dinanzi a scelte organizzative delle

amministrazioni aggiudicatrici discendenti dall'esercizio di poteri di carattere tecnico-discrezionale, il Collegio non può spingere il proprio sindacato fino a giungere a una delibazione del merito amministrativo, sostituendo la propria valutazione con quella operata dall'amministrazione.

Inoltre, nel caso di specie, alla luce dei documenti in atti e dal tenore e consistenza delle argomentazioni svolte dalla parte ricorrente, non emerge alcuna valida ragione per dubitare dell'attendibilità della scelta tecnica operata da RFI. Dalla motivazione espressa da RFI emerge come tale scelta miri a perseguire l'obiettivo della omogeneità funzionale della rete ferroviaria, valorizzando le caratteristiche di stretta interconnessione che avrebbero reso antieconomica e non efficiente la suddivisione in lotti dell'appalto. Sotto questo profilo, le deduzioni svolte dalla parte ricorrente, anche mediante il ricorso ad argomenti di natura tecnica, non appaiono sufficienti a scalfire la ragionevolezza e logicità della scelta operata dalla stazione appaltante. Infatti, sempre sulla scorta di un vaglio di tipo estrinseco, giova osservare che, da un lato, i prospettati problemi di omologazione più che dimostrare l'inconsistenza della contestata motivazione – *sub specie* dei vantaggi ritraibili dalla previsione di un lotto unico – risultano fisiologicamente correlati alla realizzazione di un'opera tesa a determinare un avanzamento tecnologico del sistema di segnalamento della rete ferroviaria e, dall'altro, l'argomento della eterogeneità territoriale delle tratte interessate dal lotto unico, anche in ragione dell'interconnessione con altri segmenti del sistema ferroviario nazionale ancora caratterizzati dal sistema di controllo della marcia treno (SCMT), non tiene conto del fatto che le opere oggetto del presente appalto vanno inquadrare nell'ottica del più ampio obiettivo di ammodernamento della rete nazionale (come dimostra il fatto che l'investimento finanziato tramite il PNRR comprende in totale 2400 km di rete ferroviaria), non venendo in rilievo, se non in una prospettiva di breve periodo, la realizzazione di opere meramente circoscritte a singole porzioni territoriali.

Peraltro, il Collegio ritiene che la scelta di RFI risulti ragionevole e proporzionata anche in considerazione delle peculiarità che connotano il contesto nel quale essa si inserisce. Invero, non può mancarsi di evidenziare che nel caso di specie l'appalto per cui è causa vada inquadrato nella cornice dei finanziamenti correlati al PNRR che, come più volte rimarcato dalla stazione appaltante nell'ambito del presente giudizio, sorreggono l'investimento realizzata tramite la commessa pubblica per cui si controverte. Invero, la stazione appaltante, nel rispetto dei vincoli di matrice sovranazionale anche di carattere temporale, è chiamata a contribuire all'assolvimento degli impegni assunti in sede europea dallo Stato italiano, i quali involgono, tra l'altro, lo sviluppo del sistema europeo di gestione del trasporto ferroviario con lo scopo di assicurare l'interoperabilità tra le reti ferroviarie dei singoli Stati membri.

In proposito giova infine evidenziare che la scelta di non suddividere il suddetto appalto in lotti, oltre a non costituire un *unicum* a livello europeo avuto riguardo ad appalti di analogo oggetto, risulta altresì idonea a contenere le tempistiche per il rilascio delle autorizzazioni conseguenti alla verifica della corretta integrazione dei sistemi a terra e a bordo mezzo, alla luce di una situazione in cui è doveroso tener conto dell'elevata strategicità dell'intervento, del rilievo anche economico della commessa e della ristrettezza dei tempi di realizzazione dell'opera, in virtù delle negative ricadute connesse all'eventuale mancato rispetto degli impegni assunti in sede europea.

3.2. Con il secondo motivo di ricorso, riproposto anche in via derivativa con la proposizione del ricorso per motivi aggiunti avverso il provvedimento di aggiudicazione, ECM eccepisce l'illegittimità del disciplinare di gara e, in particolare, il carattere irragionevole dei requisiti previsti per i progettisti dai punti c.4.1) e c.4.2) della parte E.II. – ossia il possesso, tra le proprie maestranze, di un elevato contingente (100 unità) di personale tecnico a tempo pieno (*full time equivalent*) – nonché l'illegittimità sotto plurimi profili

(diffusamente riportati in narrativa) del requisito di cui al punto d.1) della parte E.II del disciplinare di gara – sia per il suo presunto carattere restrittivo, posto che consentiva di prendere parte alla gara alle sole imprese in possesso della “attestazione della qualificazione rilasciata da RFI S.p.A.”, sia per la sua asserita incompatibilità con il requisito di cui al punto d.4) del disciplinare – nonché del requisito di cui al punto d.4) della predetta parte E.II. – vale a dire, l’aver eseguito per RFI e/o per Gestori di Reti Ferroviarie Europee, la fornitura, installazione e la messa in servizio con esito positivo di SST ERTMS/ETCS di livello 2 per almeno 200 km di linee in appalti conclusi negli ultimi 10 anni prima dell’indizione della gara per cui è causa –. In estrema sintesi, la parte ricorrente si duole del fatto che la previsione di requisiti asseritamente non proporzionati abbia costituito un impedimento assoluto rispetto alla utile partecipazione alla gara, anche laddove si fosse scelto di prendervi parte in formazione aggregata, consentendo l’accesso alla gara unicamente alle società controinteressate che, tra l’altro, avrebbero potuto partecipare anche singolarmente in virtù dell’integrale, autonomo possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

Anche tali motivi di ricorso non sono suscettibili di favorevole apprezzamento.

Preliminarmente il Collegio richiama il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa in materia di fissazione dei requisiti di capacità dei concorrenti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, secondo il quale “*la stazione appaltante gode di massima discrezionalità nella scelta dei requisiti di capacità dei concorrenti che intende selezionare, col solo limite di non eccedere dall’oggetto dell’appalto per tipologia e caratteristiche*” (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, n. 284/2020; Cons. Stato, Sez. V, n. 259/2015; Cons. Stato, Sez. IV, n. 3081/2013; TAR Molise, Sez. I, n. 167/2021).

Nel caso di specie il Collegio ritiene che i requisiti di partecipazione oggetto delle censure di parte ricorrente non presentino un carattere irragionevole e sproporzionato alla luce della strategicità dell’oggetto dell’appalto in

questione, anche alla luce della esigenza di soddisfare, per il tramite del sistema ERTMS/ETCS, il superiore interesse pubblico alla sicurezza del traffico ferroviario, che assume anche valenza sovranazionale come si evince dal fatto che la Commissione europea, a partire dalla Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla realizzazione del sistema europeo di segnalamento ferroviario ERTMS/ETCS (COM/2005/0298) e poi con l'adozione del regolamento 2016/919/UE (al quale sono collegati anche i piani nazionali di implementazione), ha posto le basi e proseguito il percorso per l'introduzione di un unico sistema europeo di segnalamento, al fine di garantire più elevati *standard* di sicurezza del traffico ferroviario (cfr. anche il documento 3 della produzione di RFI) e contribuire alla creazione di uno spazio ferroviario europeo unico per migliorare la competitività del settore. Il carattere proporzionato e ragionevole dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* trova conferma anche nell'elevato importo della commessa pubblica in questione.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento alle censure mosse avverso i requisiti di cui ai punti c.4.1) e c.4.2) della parte E.II. del disciplinare di gara, non riscontrandosi neanche in relazione ad essi, per le medesime ragioni appena riportate, i paventati profili di illegittimità.

Il Collegio ritiene, inoltre, che anche la fissazione del requisito di cui al punto d.4) del disciplinare di gara costituisca legittimo esercizio della discrezionalità tecnica laddove, a fronte di un oggetto d'appalto che prevede la realizzazione di 700 km di rete ferroviaria dotata del sottosistema ERTMS/ETCS di livello 2, viene richiesto che, in un arco temporale decennale, il soggetto che ambisce a conseguire la commessa abbia già provveduto alla fornitura e messa in servizio di tale sistema per almeno 200 km. Sia sotto l'aspetto temporale, sia sotto quello quantitativo, il requisito in questione risulta essere proporzionato e ragionevole rispetto alla tipologia e alle caratteristiche del lavoro oggetto di affidamento. Invero, i già rilevati profili inerenti all'importanza e strategicità dell'appalto in questione rendono ragionevole e logica la scelta operata da

RFI, posto che la fissazione dei requisiti contestati è funzionale a individuare operatori economici che forniscano, in termini di referenze, elevati *standard* di affidabilità, imprescindibili per la realizzazione dei lavori, anche alla luce delle rilevanti ricadute in termini di sicurezza sul traffico ferroviario.

Parimenti, il Collegio ritiene scevra dai prospettati vizi di legittimità la previsione del requisito di cui al punto d.1) del disciplinare di gara. In proposito, vale innanzitutto richiamare che, nei settori speciali, l'art. 134 del d.lgs. n. 50/2016 prevede la possibilità in capo agli enti aggiudicatori di istituire e gestire un proprio sistema di qualificazione degli operatori economici, individuando e verificando i requisiti che devono essere posseduti dai concorrenti, anche tenuto conto della natura del contratto e, proporzionalmente, del valore dello stesso (in termini, TAR Veneto, Sez. I, n. 896/2021). Peraltro, nel caso di specie, il requisito in questione non risulta, *ex se*, suscettibile di precludere la partecipazione alla gara da parte di altri operatori in quanto, in via di principio, rientra nell'esercizio della libertà d'impresa scegliere se conseguire, o meno, l'attestazione rilasciata da RFI.

Risulta, altresì, privo di fondamento il rilievo formulato da parte ricorrente in ordine all'asserito carattere restrittivo di tale requisito rispetto alla partecipazione di operatori non europei; infatti, il requisito d.1) del disciplinare di gara prevede espressamente che *“Per quanto attiene alla documentazione comprovante il requisito della SOA, si precisa che le Imprese con sede in altro Stato membro dell'Unione Europea o con sede in altro Paese firmatario dell'Accordo sugli appalti pubblici concluso in ambito WTO, prive di Attestazione SOA, dovranno produrre la documentazione prevista dalle normative vigenti nei rispettivi Paesi per la dimostrazione del possesso dei requisiti corrispondenti a quelli richiesti alle imprese italiane dalla normativa vigente per il rilascio di attestazione SOA per categorie e classifiche corrispondenti a quelle richieste ai fini della partecipazione al presente appalto”*. La stazione appaltante, quindi, in maniera logica e razionale, ha differenziato la posizione degli operatori nazionali da quella delle imprese europee ed extra-europee con riferimento al possesso di tale requisito; tale previsione della *lex*

specialis risulta, quindi, suscettibile di stimolare il confronto concorrenziale nel pieno rispetto dei principi che governano le procedure ad evidenza pubblica.

Il Collegio ritiene altresì infondata la censura relativa alla lamentata illegittimità dei suddetti requisiti, in ragione della loro asserita portata preclusiva della partecipazione alla gara in forma aggregata. La ricorrente, in estrema sintesi, sia con il ricorso principale sia con il ricorso per motivi aggiunti, con il quale ha censurato la presunta illegittimità dell'aggiudicazione riproponendo in via derivativa anche il secondo motivo di ricorso, ha sostenuto che la previsione di requisiti sproporzionati si sarebbe risolta in una vera e propria barriera d'accesso alla gara, precludendone l'utile partecipazione anche in forma aggregata.

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 e alle caratteristiche tecniche dell'affidamento, il numero dei partecipanti alla competizione, ma neanche, al contrario, deve perseguire ad ogni costo l'obiettivo di estendere la platea dei potenziali partecipanti alla gara allorché 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 di 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 (fermo restando il rispetto dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità).

In tale contesto, si collocano poi le singole e intangibili scelte imprenditoriali e organizzative degli operatori economici, inerenti alla decisione di penetrare o meno un determinato mercato, di ampliare o differenziare il proprio modello di *business* mediante la realizzazione di investimenti anche di natura

tecnologica, di partecipare o meno a talune gare al fine di conseguire le referenze curricolari, di addivenire a *partnership* commerciali nel rispetto dei vincoli e divieti normativi che presidiano il corretto svolgimento delle relazioni concorrenziali di natura verticale e orizzontale, etc.

Dunque, neanche sotto tale profilo le censure mosse dalla parte ricorrente, in merito al carattere sproporzionato e irragionevole dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*, risultano meritevoli di favorevole apprezzamento. Più in particolare, l'infondatezza del secondo motivo di ricorso, sotto il profilo sin qui delineato, è avvalorata non solo dalle già richiamate peculiarità di natura strategica, tecnica e temporale che caratterizzano la commessa pubblica in questione, ma anche dal fatto che la partecipazione in forma aggregata non è in radice esclusa dalla *lex specialis* – come dimostra la partecipazione del RTI formato da Alstom, Hitachi e Ceit –. Invero, nel caso di specie, la scelta di partecipare, oppure no, in forma aggregata a una procedura ad evidenza pubblica è da ricondursi, unicamente, all'insindacabile alveo delle scelte privatistiche espressione della libertà di impresa, non ravvisandosi alcun profilo di illegittimità che, in ipotesi, avrebbe potuto condizionare indebitamente le determinazioni degli operatori economici interessati alla commessa in questione. Infine, vale ulteriormente evidenziare che la prescrizione di cui al punto d.4) del disciplinare di gara non si pone in contrasto con le previsioni normative applicabili *ratione materiae*, posto che il legislatore ha inteso limitare solo nel "minimo" l'esercizio della discrezionalità amministrativa nella determinazione del *quantum* dei requisiti che la mandataria partecipante in RTI orizzontale a un appalto di lavori deve possedere: nel caso di specie, in forza delle caratteristiche tecniche dell'appalto e degli *standard* quali-quantitativi richiesti per la sua realizzazione, la scelta di RFI risulta proporzionata e immune da vizi logici.

3.3. Il Collegio ritiene di dover trattare congiuntamente il terzo, quarto e quinto motivo di ricorso, così come esposti in narrativa e da intendersi qui integralmente richiamati. In particolare, il Collegio rileva l'inammissibilità di

tali censure per difetto di interesse in quanto ECM non ha partecipato alla procedura di gara in questione ma ha scelto di contestarne in radice l'illegittimità, chiedendone la riedizione.

In proposito, si considera sufficiente richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale le clausole della *lex specialis* che non presentano un carattere immediatamente lesivo “*devono essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva* (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282) e postulano la preventiva partecipazione alla gara” (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4/2018).

4. Infine, il Collegio ritiene infondata la censura formulata dalla ricorrente, tanto con il ricorso principale, quanto con il ricorso per motivi aggiunti, volta a contestare l'illegittimità della partecipazione alla gara delle società controinteressate in RTI sovrabbondante, in ragione del suo rilievo anticoncorrenziale e della eccessiva compressione del confronto competitivo.

In primo luogo, si rileva la genericità del motivo in quanto ECM, in ricorso, si limita a sostenere il carattere sovrabbondante del RTI aggiudicatario alla luce della lamentata sproporzione e irragionevolezza dei requisiti di partecipazione, lueggiandone poi la presunta rilevanza *antitrust* solo nelle successive memorie.

In secondo luogo, si evidenzia che la giurisprudenza amministrativa (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, n. 560/2017), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (cfr. la “*Comunicazione avente ad oggetto l'esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese 'sovrabbondanti' dalle gare pubbliche*” del 23 dicembre 2014) e l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC, Comunicato del Presidente del 3 settembre 2014 recante “*Indicazioni in materia di esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese sovrabbondanti*”; ANAC, determinazione n. 4/2012), hanno affermato che la partecipazione alle gare da parte di imprese riunite in raggruppamenti temporanei sovrabbondanti non è vietata in via generale

dall'ordinamento, venendo in rilievo il *favor* del diritto europeo per la partecipazione alle gare da parte di soggetti riuniti, a prescindere dalla forma giuridica prescelta per l'aggregazione.

Quindi, ad essere vietato non è, *ex se*, il sovradimensionamento del RTI, ma solo l'utilizzo di tale strumento giuridico per finalità anticoncorrenziali (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, n. 5067/2012; TAR Emilia Romagna – Bologna, Sez. II, n. 518/2018). Vale, inoltre, ricordare, che la valutazione in ordine all'eventuale sussistenza di profili anticoncorrenziali di un RTI è demandata alla stazione appaltante ed è tesa ad appurare, nel caso concreto, se il sia macroscopicamente anticoncorrenziale e, dunque, in contrasto con il divieto sancito dall'art. 101 TFUE e/o dall'art. 2 della legge n. 287/1990.

Nel caso di specie l'operato di RFI risulta pienamente legittimo, in quanto la stazione appaltante, in seguito all'aggiudicazione, ha formulato un apposito quesito al RTI aggiudicatario per svolgere in concreto il vaglio sui possibili profili anticoncorrenziali. Tale verifica si è appuntata sul razionale economico sottostante alla decisione delle società controinteressate di partecipare in forma aggregata. Le risposte fornite hanno messo in luce che la scelta è stata assunta per ragioni di carattere organizzativo, operativo e gestionale, presentando una diretta correlazione con la necessità di soddisfare i requisiti di partecipazione previsti dalla *lex specialis*.

5. 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 in questione, 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 principale e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio che liquida in Euro 3.500,00 in favore di ciascuna delle 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

Luca Biffaro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Biffaro

IL PRESIDENTE
Alfonso Graziano

IL SEGRETARIO