

avv. Vittoria Silvestre
Patrocinio giurisdizioni superiori
Via Foria n. 234 – 80139 NAPOLI
08119819803 - 3395349909 - fax 08119361260
email: vittoriasilvestre2@gmail.com
pec: vittoriasilvestre@avvocatinapoli.legalmail.it
c/o avv. Lorenzo Ranieri, Via Ombrone n. 14 – 00198 Roma

ON.LE TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER IL LAZIO - ROMA

RICORSO IN RIASSUNZIONE EX ART. 15, COMMA 4, C.P.A.

Per: la **CENTRO MERIDIONALE COSTRUZIONI S.R.L.** (C.F.: 01542120645 e P.IVA 02548981212), con sede in Casoria, alla Via Monte Rosa n. 2, in persona dell'Amministratore Unico e legale rappresentante *pro tempore*, signor Vincenzo Tucci, in proprio ed in qualità di mandataria dell'ATI costituenda con le imprese KAM COSTRUZIONI S.R.L. (CF e PIVA 05898461214) EDILDOVI S.R.L. (CF e PIVA 04579380637), RIMA S.R.L. (CF e PIVA 00592500631 e 03807221217) SAVELLI ASCENSORI S.R.L. (CF e PIVA 01865710444), quali mandanti, rappresentato e difeso, in virtù di procura in calce al presente atto, dall'avv. VITTORIA SILVESTRE (C.F. SLV VTR 75D58 F839E), con la quale elettivamente domicilia in Roma (00198), alla Via Ombrone n. 14 presso l'avv. Lorenzo Ranieri (CF: RNRLNZ74E17H501X), fax e pec per le comunicazioni di legge: 08119361260 e vittoriasilvestre@avvocatinapoli.legalmail.it

Contro: **RFI - RETE FERROVIARIA ITALIANA S.P.A.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato presso il proprio procuratore costituito nella precedente fase, prof. avv. Giampaolo Rossi, avv. Francesco Rossi e avv. Sergio Coccia, presso i quali elettivamente domicilia in Ancona, alla Via Catalafimi n. 1 presso lo studio dell'avv. Andrea Vincenzo Speciale.

E nei confronti: della **AEDES AURORA S.R.L.**, in persona del legale rappresentante p.t., con sede in Bari (70122), al Corso Alcide De Gasperi 278/B, presso i suoi procuratori costituiti avvocati Fabio Verile e Vita Lucrezia Vaccarella, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Bari alla Via Pappacena n. 24

per l'annullamento, previa adozione

di ogni più opportuna misura cautelare:

a) dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore della Aedes

Aurora s.r.l., giusta nota RFI DAC\A0011\P\2017\0002085 del 19.5.2017, pubblicata sul portale acquisiti RFI s.p.a. in pari data, della procedura n. DAC0.2016.0016 per l'affidamento dei lavori di manutenzione dei fabbricati ferroviari e relative pertinenze, non interferenti con l'esercizio ferroviario (Fabbricati Viaggiatori, Fabbricati in genere, compresi i siti della Fondazione FS Italiane ed Impianti afferenti) nonché attività di conduzione e manutenzione degli impianti di riscaldamento/condizionamento e degli impianti traslo-elevatori ricadenti nelle località di giurisdizione di Rete Ferroviaria Italiana SpA del 31/10/2016 esperimenta ai sensi del D. Lgs. 50/2016, relativamente al Lotto n. 1 (Ancona – CIG 6772521D1E);

b) ove e per quanto occorra, della nota RFI_DAC/A0011/P/2017/0002120 con la quale è avvenuta la comunicazione ex art. 76, comma 5, lett. a), tra l'altro, della predetta aggiudicazione;

c) di tutti i verbali di gara, in particolare, dei verbali di gara delle sedute pubbliche e di quelle riservate del 27, 28 aprile 2017 e 2,3,4,5 e 9 maggio 2017, e segnatamente del verbale della seduta del 3.5.2017, in cui, all'esito dell'apertura dell'offerta tecnica presentata dalla ricorrente, le è stato attribuito un punteggio tecnico pari a 55 e non invece a 70, come doveroso in ragione dell'effettivo valore del PSF dalla medesima posseduto (pari a 37 e non a 20);

d) della graduatoria definitiva di gara relativa al predetto Lotto n. 1 e di tutti gli atti di correlativa approvazione;

e) della nota RFI – Direzione Acquisiti - in data 22 maggio 2017, trasmessa in pari data via pec, mediante la quale è stata respinta l'istanza di rettifica presentata dalla ricorrente;

f) del Bando pubblicato in data 28/09/2016 sul Supplemento alla GUUE 2016/S 187-335964, della Lettera di invito del 17.2.2017 RFI_DAC/A0011/P/2017/0000731 e del correlativo Disciplinare ove e per quanto lesivi, e, comunque, della parte in cui si prevede la valutazione della capacità economico-finanziaria attraverso il PSF, con attribuzione dei punteggi da 0 a 15 a secondo del valore del predetto indice, ove non interpretati nel senso che il PSF integra un requisito soggettivo di

capacità economico-finanziaria e non un elemento dell'offerta tecnica;

g) di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, lesivo degli interessi della ricorrente;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto ove stipulato, instando sin da ora per il relativo subentro ex art. 122 c.p.a., nonché in subordine, per il risarcimento danni per equivalente.

1. La ricorrente è una società che sin dal 1984 opera nel settore dei contratti pubblici, occupandosi prevalentemente di opere civili, costruzione, consolidamento, ristrutturazione e manutenzione in ambito ferroviario, e fa parte del sistema di qualificazione RFI s.p.a.

2. Essa ha partecipato alla procedura ristretta indetta da RFI per l'affidamento dei "*Lavori di manutenzione dei fabbricati ferroviari, non interferenti con l'esercizio ferroviario; attività di conduzione e manutenzione degli impianti di riscaldamento e trasloelevatori*", suddiviso in 15 lotti distinti territorialmente, aggiudicabili non cumulativamente, ovvero con il limite di un (1) solo lotto per offerente.

3. Nel procedere allo scrutinio delle offerte alla ricorrente è stato attribuito un punteggio tecnico pari a 55 invece che a 70, considerando il valore del PSF pari a 20 e non pari a quello effettivamente posseduto – così come attribuite e risultante ad RFI - di 37.

4. In forza dell'effettivo valore del PSF la ricorrente avrebbe ottenuto un punteggio tecnico pari a 70, che sommato ai 25,74 dell'offerta economica, le avrebbe consentito l'aggiudicazione **del Lotto 1** (ANCONA), di € 18.700.000,00, aggiudicato invece alla odierna controinteressata che ha conseguito il punteggio complessivo di 94.

5. Pertanto, con ricorso notificato in data 15-19 giugno 2017, la ricorrente impugnava dinanzi al TAR Marche gli atti in epigrafe.

Il ricorso, iscritto al n.r.g. 321/2017, veniva chiamato nella camera di consiglio del 5.7.2017, all'esito della quale il TAR Marche declinava la propria competenza in favore dell'intestato Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma.

6. In particolare, T.A.R. Marche con ordinanza n. 595/2017, depositata in data 7 luglio 2017 ha dichiarato "*la propria incompetenza poiché*

la controversia rientra nella competenza territoriale del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, con sede in Roma.”.

Tanto premesso, la ricorrente, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria dell'ATI costituenda con Kam Costruzioni s.r.l., Edildovi s.r.l., Rima s.r.l., Savelli Ascensori s.r.l., così riassumendo il giudizio come da ordinanza collegiale del TAR Marche n. 595/2017, ribadisce che gli atti impugnati col ricorso introduttivo sono illegittimi e vanno annullati, previa sospensione, per i medesimi motivi ivi illustrati nel ricorso introduttivo che qui integralmente si trascrive ed al quale ci si riporta, ribadendone la fondatezza.

“ON.LE TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER LE MARCHE – ANCONA

RICORSO

Per: *la CENTRO MERIDIONALE COSTRUZIONI S.R.L. (C.F.: 01542120645 e P.IVA 02548981212), con sede in Casoria, alla Via Monte Rosa n. 2, in persona dell'Amministratore Unico e legale rappresentante pro tempore, signor Vincenzo Tucci, in proprio ed in qualità di mandataria dell'ATI costituenda con le imprese KAM COSTRUZIONI S.R.L. (CF e PIVA 05898461214) EDILDOVI S.R.L. (CF e PIVA 04579380637), RIMA S.R.L. (CF e PIVA 00592500631 e 03807221217) SAVELLI ASCENSORI S.R.L. (CF e PIVA 01865710444), quali mandanti, rappresentato e difeso, in virtù di procura in calce al presente atto, dall'avv. VITTORIA SILVESTRE (C.F. SLV VTR 75D58 F839E), con la quale elettivamente domicilia in Ancona, alla Via Catalafimi n. 1 presso l'avv. Milo Sabbatini SBBMLI88L03A271J, fax e pec per le comunicazioni di legge: 08119361260 e vittoriasilvestre@avvocatinapoli.legalmail.it*

Contro: *RFI - RETE FERROVIARIA ITALIANA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato presso la sede in Roma (00186), alla Piazza della Croce Rossa n. 1*

E nei confronti: *della AEDES AURORA S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., con sede in Bari (70122), al Corso Alcide De Gasperi 278/B,*

per l'annullamento, previa adozione

di ogni più opportuna misura cautelare:

a) dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore della Aedes Aurora s.r.l., giusta nota RFI DAC/A0011/P/2017/0002085 del 19.5.2017, pubblicata sul portale acquisiti RFI s.p.a. in pari data, della procedura n. DAC0.2016.0016 per l'affidamento dei lavori di manutenzione dei fabbricati ferroviari e relative pertinenze, non interferenti con l'esercizio ferroviario (Fabbricati Viaggiatori, Fabbricati in genere, compresi i siti della Fondazione FS Italiane ed Impianti afferenti) nonché attività di conduzione e manutenzione degli impianti di riscaldamento/condizionamento e degli impianti traslo-elevatori ricadenti nelle località di giurisdizione di Rete Ferroviaria Italiana SpA del 31/10/2016 esperita ai sensi del D. Lgs. 50/2016, relativamente al Lotto n. 1 (Ancona – CIG 6772521D1E);

b) ove e per quanto occorra, della nota RFI_DAC/A0011/P/2017/0002120 con la quale è avvenuta la comunicazione ex art. 76, comma 5, lett. a), tra l'altro, della predetta aggiudicazione;

c) di tutti i verbali di gara, in particolare, dei verbali di gara delle sedute pubbliche e di quelle riservate del 27, 28 aprile 2017 e 2,3,4,5 e 9 maggio 2017, e segnatamente del verbale della seduta del 3.5.2017, in cui, all'esito dell'apertura dell'offerta tecnica presentata dalla ricorrente, le è stato attribuito un punteggio tecnico pari a 55 e non invece a 70, come doveroso in ragione dell'effettivo valore del PSF dalla medesima posseduto (pari a 37 e non a 20);

d) della graduatoria definitiva di gara relativa al predetto Lotto n. 1 e di tutti gli atti di correlativa approvazione;

e) della nota RFI – Direzione Acquisiti - in data 22 maggio 2017, trasmessa in pari data via pec, mediante la quale è stata respinta l'istanza di rettifica presentata dalla ricorrente;

f) del Bando pubblicato in data 28/09/2016 sul Supplemento alla GUUE 2016/S 187-335964, della Lettera di invito del 17.2.2017 RFI_DAC/A0011/P/2017/0000731 e del correlativo Disciplinare ove e per quanto lesivi, e, comunque, della parte in cui si prevede la valutazione della capacità economico-finanziaria attraverso il PSF, con attribu-

zione dei punteggi da 0 a 15 a secondo del valore del predetto indice, ove non interpretati nel senso che il PSF integra un requisito soggettivo di capacità economico-finanziaria e non un elemento dell'offerta tecnica;

g) di ogni altro atto presupposto, conseguenziale e/o comunque connesso, lesivo degli interessi della ricorrente;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto ove stipulato, instando sin da ora per il relativo subentro ex art. 122 c.p.a., nonché in subordine, per il risarcimento danni per equivalente.

FATTO

1. Centro Meridionale Costruzioni s.r.l. è una società che sin dal 1984 opera nel settore dei contratti pubblici, occupandosi prevalentemente di opere civili, costruzione, consolidamento, ristrutturazione e manutenzione in ambito ferroviario.

2. Centro Meridionale Costruzioni s.r.l. è una società facente parte del sistema di qualificazione RFI (doc. 1).

3. Nella fattispecie, con avviso di gara – Procedura ristretta pubblicato nella G.U.U.E. S 187 del 28.9.2016, RFI s.p.a., Direzione Acquisiti, DAC0.2016.0016, ha avviato la fase di prequalificazione per l'affidamento dei “Lavori di manutenzione dei fabbricati ferroviari, non interferenti con l'esercizio ferroviario; attività di conduzione e manutenzione degli impianti di riscaldamento e trasloelevatori”, suddiviso in 15 lotti distinti territorialmente, aggiudicabili non cumulativamente, ovvero con il limite di un (1) solo lotto per offerente (cfr. altresì p. 10 Lettera di invito).

4. Al punto III.1.2. del predetto avviso, si disciplina espressamente la “Capacità economica e finanziaria”, da testare mediante il cd. PSF.

5. Per PSF (acronimo di Punteggio sintetico finale) si intende un punteggio numerico in funzione del quale RFI s.p.a. predefinisce e valuta l'affidabilità economico-finanziaria dei soggetti iscritti o che intendono iscriversi ai Sistemi di Qualificazione di RFI s.p.a. nonché per la partecipazione di bandi di gara per l'appalto di lavori, servizi e forniture indetti dalla Direzione Acquisiti di RFI s.p.a. (cfr. doc. 2).

Tale valutazione avviene sulla base delle risultanze dell'ultimo

bilancio annuale depositato; condizione di procedibilità della valutazione è il cd. “Patrimonio Netto positivo”, salve espresse e stringenti ipotesi derogatorie.

Gli indici di riferimento per la determinazione del punteggio sono i seguenti:

1 Roa

2 Rotazione delle attività totali

3 Liquidità corrente

4 Copertura delle immobilizzazioni

5 Autonomia finanziaria

6 Esigibilità del passivo

7 Indebitamento bancario

8 Elasticità dei costi

Le formule per il calcolo dei suddetti indicatori, con le relative note esplicative, sono di seguito evidenziate.

B. Formule

1 Roa (Return on assets) Utile corrente ante oneri finanziari

(a)

Totale attivo

2 Rotazione delle attività totali (Asset turnover)

Ricavi netti (b)

Totale attivo

3 Liquidità corrente (Current ratio) Attivo corrente (c)

Passivo corrente (d)

4 Copertura delle immobilizzazioni Patrimonio netto (e)

Totale immobilizzazioni (f)

5 Autonomia finanziaria (Equityassets ratio) Patrimonio netto (e)

Totale attivo

6 Esigibilità del passivo Passivo corrente (d)

Totale passivo

7 Indebitamento bancario Debiti verso banche (g)

Totale passivo

8 Elasticità dei costi Costo del personale (h)

Costi operativi (i)

C. Note esplicative

(a) Utile corrente ante oneri fin.

*Valore della produzione – Costi per acquisti – Costi per servizi
– Costi per godimento beni di terzi ± Variazione delle
rimanenze di materie prime, sussidiarie, di consumo e di merci
– Costi per il personale – Ammortamenti e accantonamenti –
Svalutazioni del circolante – Oneri diversi di gestione +
Proventi finanziari ± Utili / Perdite su cambi*

(b) Ricavi netti Ricavi delle vendite e delle prestazioni

(c) Attivo corrente

*Rimanenze (materie prime, semilavorati, prodotti finiti ed in
corso di lavorazione, lavori in corso di esecuzione al netto di
acconti) + Crediti entro i 12 mesi (commerciali, finanziari,
tributari, previdenziali, diversi, infragruppo) + Titoli non
immobilizzati + Disponibilità liquide + Ratei e Risconti attivi
entro i 12 mesi*

(d) Passivo corrente

*Debiti entro i 12 mesi (commerciali, finanziari, tributari,
previdenziali, diversi, infragruppo) + Anticipi da clienti entro i
12 mesi + Ratei e Risconti passivi entro 12 mesi*

(e) Patrimonio netto

*Capitale sociale (al netto di eventuali versamenti ancora da
effettuare) + Riserve patrimoniali diverse ± Risultato
d'esercizio*

(f) Totale immobilizzazioni

*Immobilizzazioni immateriali + Immobilizzazioni materiali +
Immobilizzazioni finanziarie + Crediti (commerciali, finanziari,
diversi, tributari, infragruppo) ed altre attività con scadenza
oltre i 12 mesi*

*(g) Debiti verso banche Debiti finanziari verso banche, entro ed
oltre i 12 mesi*

(h) Costo del personale

Salari e stipendi + Oneri sociali + Accantonamento TFR +

Accantonamento di quiescenza + Altri costi del personale

(i) Costi operativi

Costi per acquisti ± Variazione delle rimanenze di materie prime, sussidiarie, di consumo e di merci + Costi per servizi + Costi per godimento beni di terzi + Costo del personale + Accantonamenti per rischi ed oneri futuri + Svalutazioni del circolante + Ammortamenti delle immobilizzazioni materiali e immateriali

“La soglia minima di accettabilità economico-finanziaria (S1), ossia il valore minimo accettabile del Psf ai fini degli affidamenti di appalti di lavori, servizi e forniture, è pari a 18, laddove non diversamente indicato dal bando di gara.

Ai fini della valutazione di affidabilità economico – finanziaria si adotteranno le seguenti modalità:

1. per gli appalti relativi a settori per i quali sono istituiti i Sistemi di Qualificazione di RFI o per gli appalti relativi a settori affini a tali Sistemi di Qualificazione, verranno utilizzati gli indici medi pubblicati annualmente per ciascun Sistema;

2. per gli appalti relativi agli altri settori, RFI utilizzerà un set di indici medi espressamente individuato per il settore specifico oggetto di gara che verrà esplicitato in sede di bando” (cfr. p. 9 procedura operativa subdirezionale tipo sub doc. 2 cit.)

“II.6 CRITERI DI VALUTAZIONE

A) I soggetti che avranno ottenuto per l'ultimo esercizio esaminato un Psf maggiore o uguale ad S1, saranno qualificati nella classe di importo/qualificazione spettante in base alla valutazione dei requisiti tecnici, ovvero saranno ammessi alle procedure negoziali.

B) I soggetti con punteggio Psf inferiore a S1 non saranno qualificati ovvero saranno esclusi dalle procedure negoziali.

Resta nella facoltà di RFI determinare valori diversi del Psf per mantenere quanto più elevato possibile il fattore concorrenziale, garantendo contestualmente un'efficace selezione, sotto il profilo dell'affidabilità economico- finanziaria, delle imprese che richiedono la qualificazione ovvero che partecipano alle procedure negoziali” (cfr. p.

9 ult. cpv. procedura operativa subdirezionale tipo sub doc. 1 cit.).

6. Nella fattispecie, al punto III.1.2. del Bando, in proposito, è stato previsto che “Per misurare il livello di affidabilità di un’impresa, RFI si avvale di una procedura di valutazione economico-finanziaria finalizzata alla determinazione di un punteggio numerico (Psf) in funzione del quale l’impresa si può o meno giudicare idonea, come meglio specificato sul bando integrale di gara che sarà pubblicato sul sito internet www.rfi.it e sul portale acquisiti di RFI www.acquisitionlinerfi.it” (p. 16 avviso, paragrafo III.1.2).

7. Alla ricorrente, è stato attribuito un PSF pari a 37 (doc. 3).

8. Essa, invitata a partecipare alla gara, giusta lettera di invito del 17 febbraio 2017 RFI_DAC/A0011/P/2017/0000731, ha presentato la propria offerta per i Lotti n. 1-2-3-6-8-9-10-12-13-14-15.

9. Al fine di delimitare il campo di indagine di interesse ai fini del presente giudizio, si anticipa che, ai sensi dell’art. 2 del Disciplinare di gara, l’offerta poteva essere presentata relativamente a tutti i lotti ma con la possibilità di aggiudicarsene uno solo.

L’apertura delle buste relative alla “offerta tecnica” è avvenuta per lotti in ordine decrescente di importo (dal Lotto di importo maggiore a quello di importo minore).

Il reclutamento dell’offerta migliore proposta dal concorrente in relazione ad un Lotto avrebbe determinato la mancata apertura delle offerte dal medesimo presentate per i lotti a venire.

10. Quanto al criterio di aggiudicazione, il punto 3 di p. 3 della Lettera di invito prevedeva che l’appalto venisse aggiudicato mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (ex art. 95 c. 2 del D. Lgs. 50/2016), secondo i seguenti criteri principali: 1) offerta tecnica: 70 punti; 2) offerta economica: 30 punti.

La valutazione dell’offerta tecnica “avviene distintamente per ciascuno degli elementi a valutazione di tipo quantitativo dei quali è composta, come elencati al punto 3 dell’invito, in base alla documentazione contenuta nella **BUSTA OFFERTA TECNICA**

a) A ciascun singolo elemento i valutazione è assegnato un

punteggio (c.d. indice di valutazione) così come indicato nella Tabella di cui al precedente punto G);

b) Non è richiesto ai singoli elementi di valutazione il raggiungimento di un punteggio minimo” (p. 17 Disciplinare).

11. Il fattore qualità è stato valutato sulla scorta di diversi elementi tra cui, alla lettera A1, del punto VI. 3 (p. 14 Disciplinare e p. 10 Lettera di Invito), il predetto indice di capacità economico-finanziaria, ovvero PSF.

In particolare, un PSF compreso tra 18 e 25 avrebbe attribuito punteggio 0; un PSF tra 25 e 32 punteggio 7, un PSF superiore a 32, punteggio pari a 15.

Come si è detto, il PSF assegnato alla Centro Meridionale Costruzioni s.r.l. (capogruppo dell'ATI ricorrente) è pari a 37 (cfr. doc. 3 e correlativa email).

Tuttavia, per mero refuso, nel modulo di offerta compilato sul portale telematico alla voce PSF è stato indicato un indice pari a 20 (doc. 4), di guisa che in relazione a tale parametro, alla ricorrente è stato attribuito in automatico un punteggio pari a 0 e non invece a 15, con punteggio complessivo di 55 invece di 70.

12. Centro Meridionale Costruzioni s.r.l. ha invitato la Stazione Appaltante alla rettifica dell'errore, sia mediante registrazione sul portale della richiesta in data 27.4.2017 (doc. 5), che giusta nota del 5.5.2017(doc. 6).

Tale ultima nota è stata altresì acquisita dal Seggio di gara nella seduta del 9 maggio 2017.

Inopinatamente, con nota del 19.5.2017, RFI ha comunicato le avvenute aggiudicazioni della gara alle controinteressate nei vari Lotti di competenza, e quindi anche quella disposta per il Lotto 1, senza tener conto di quanto sopra.

13. Con nota inviata via pec in data 22 maggio 2017, inoltre, la Direzione Acquisiti di RFI ha respinto l'istanza di rettifica ai fini del conseguimento del giusto ed effettivo punteggio tecnico, asserendo che non fosse possibile rettificare tale valore essendo stata resa nota la graduatoria definitiva di gara, negando altresì il soccorso istruttorio, trat-

tandosi di offerta tecnica, e che date le modalità di espletamento della procedura, la riformulazione della graduatoria avrebbe esposto RFI a una serie di potenziali contenziosi.

*14. Per quanto qui di interesse, ed al fine di offrire sin da ora la cd. prova di resistenza, va segnalato che l'ATI ricorrente ha formulato la migliore offerta per il Lotto n. 1 (Ancona), che le sarebbe stato aggiudicato, in virtù del seguente punteggio: offerta tecnica 55 + 15 [spettanti per PSF pari a 37]= 70 e offerta economica 25,74, per un totale di **95,74** a fronte della prima classificata che ha conseguito un punteggio complessivo di 94.*

In altri termini, ove fosse stato considerato il valore effettivo del PSF in capo alla ricorrente (37 e non 20), così come ben noto dalla stessa RFI (doc. 3), alla medesima sarebbe stato affidato il Lotto n. 1 del valore di Euro 11.800.000,00 e quindi non sarebbero state aperte le offerte dalla medesima presentate per gli altri lotti.

Tuttavia, il comportamento della Stazione appaltante ha impedito che la gara conducesse alla selezione dell'effettiva migliore offerta.

15. Non va sottaciuto infine che la lex specialis di gara non solo assegnava preponderanza all'offerta tecnica (con punteggio complessivo di 70, rispetto ai 30 dell'offerta economica) ma le attribuiva prevalenza a parità di altri parametri (cfr. quanto prevede il Disciplinare a p. 20, di cui si dirà infra).

Nella fattispecie, per effetto di quanto sopra, il Lotto n. 1 è stato aggiudicato all'operatore economico che ha ottenuto un punteggio tecnico pari a 64, con un valore relativo all'offerta tecnica inferiore a quello spettante alla ricorrente, che, come detto, anche complessivamente avrebbe meritato un punteggio maggiore (95,74) collocandosi al primo posto in graduatoria, e quindi davanti alla contro interessata aggiudicataria con 94,00.

16. Gli atti impugnati sono ingiusti ed illegittimi e vanno annullati per i seguenti motivi in

DIRITTO

I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 83 D. LGS. 50/2016 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE LEX SPECIALIS DI GARA - ECCESSO DI

**POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA – DISPARITÀ DI TRATTAMENTO —
INGIUSTIZIA MANIFESTA – LESIONE DELLA EFFETTIVA CONCORRENZA -
VIOLAZIONE DI LEGGE PER CONTRASTO CON GLI ARTT. 1430-1433 C.C. -
VIOLAZIONE DI LEGGE PER CONTRASTO CON L'ART. 95 DEL D. LGS.
50/2016 E DEL DIVIETO DI COMMISTIONE TRA REQUISITI SOGGETTIVI E
ELEMENTI DI VALUTAZIONE DELL'OFFERTA – 1.1. La gara de qua si è
svolta con modalità telematica, e quindi mediante la compilazione di
schede-offerta presenti sul Portale Acquisiti RFI.**

In linea generale, è appena il caso di sottolineare che l'affidamento in questione è stato aggiudicato col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo un peso assolutamente preponderante al cd. "pregio tecnico" ovvero al fattore "qualità", con punteggio massimo di 70, rispetto ai 30 punti massimi attribuibili all'offerta economica.

A p. 20 del Disciplinare di gara si prevede che "nel caso in cui le offerte di due o più concorrenti ottengano lo stesso punteggio complessivo, ma punteggi parziali per il prezzo e per tutti gli altri elementi di valutazione differenti, sarà posto prima in graduatoria il concorrente che ha ottenuto il miglior punteggio sulla parte tecnica".

Nel Disciplinare vengono specificati tali elementi di valutazione, come elencati al punto 3 dell'invito e specificati nel prospetto ivi riportato a p. 14, dove l'indice PSF serve a individuare la Struttura d'impresa (punto G, lettera A1, Disciplinare p. 14).

In particolare, la "struttura di impresa" viene valutata in base al PSF posseduto – in caso di RTI - dalla mandataria (cfr. p. 15 Disciplinare) che, ove compreso tra 18 e 25 attribuiva punteggio pari a 0, tra 25 e 32 punteggio pari a 7 e superiore a 37 punteggio pari a 15.

Alla luce di tutto quanto sopra appare evidente che la lex specialis di gara, in linea con la normativa vigente e con i principi generali che regolano l'evidenza pubblica, imponeva alla Stazione appaltante il reclutamento della effettiva migliore offerta, anche ai fini del perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità, riservandosi "In ogni caso, RFI S.p.A. [...] la facoltà di valutare le offerte con assoluta libertà e di pervenire o meno all'accettazione della migliore, senza che

gli offerenti possano vantare alcunché al riguardo” (p. 24 disciplinare).

Una volta terminate le procedure di valutazione delle offerte e stilate le graduatorie per singolo lotto, si procedeva all’aggiudicazione definitiva, **con conseguente verifica dei requisiti prescritti, ivi compresi quelli dichiarati nell’offerta tecnica** (p. 26 Disciplinare).

1.2. Come si è detto, la ricorrente possedeva e possiede un PSF pari a 37, con diritto all’attribuzione di punti 15 alla voce “Struttura di impresa”.

Nell’inviare le offerte, per un mero lapsus calami, il portale ha registrato un valore pari a 20, con conseguente attribuzione in gara di un punteggio pari a 0 all’elemento sub lettera A.1. del Disciplinare.

Ove, regolarizzata l’acquisizione del dato palesemente errato, fosse stato registrato l’effettivo valore (PSF=37), la ricorrente avrebbe conseguito il secondo posto nel Lotto Bari (n. 2), con 94,652, ed avrebbe arrestato la sua corsa verso l’aggiudicazione, allo scrutinio afferente il Lotto 1 (Ancona) del valore di 11.800.000,00, che le sarebbe stato aggiudicato.

In altri termini, col motivo di censura in epigrafe, si contesta l’illegittimità dell’operato della Stazione appaltante che, appiattendosi un uno sterile formalismo, figlio di altrettanto sterile automatismo, non ha consentito la rettifica di un mero errore ostativo.

1.3. Venendo al merito del censurato vizio, come si è detto supra, al punto III.1.2. del predetto Bando, si disciplina espressamente la “Capacità economica e finanziaria”, prevedendo, per il valore minimo di PSF, quanto segue:

“Per misurare il livello di affidabilità di un’impresa, RFI si avvale di una procedura di valutazione economico-finanziaria finalizzata alla determinazione di un punteggio numerico (Psf) in funzione del quale l’impresa si può o meno giudicare idonea, come meglio specificato sul bando integrale di gara che sarà pubblicato sul sito internet www.rfi.it e sul portale acquisiti di RFI www.acquisitionlinerfi.it” (p. 16 avviso, paragrafo III.1.2).

All’esito di tale procedura, CMC ha conseguito un punteggio pari a 37 (doc. 3).

Pertanto, di fronte ad un'offerta recante il valore numerico del PSF pari a 20 oggettivamente errato per RFI che, in ragione del bilancio prodotto da Centro Meridionale Costruzioni, con procedura interna aveva già verificato un PSF pari a 37, era doveroso consentire la rettifica del dato.

Trattasi quindi di un errore ostativo (artt. 1430-1433 c.c.), risolvendosi chiaramente in una discrasia tra la volontà effettiva (ciò che è) e ciò che viene trasmesso e/o dichiarato (evidentemente per un errore di generazione del dato informatico), sicuramente emendabile (cfr., ex multis, TAR Lazio, II sez., n. 5060/2016), in quanto peraltro pienamente riconoscibile dal RFI.

*“La condivisibile giurisprudenza amministrativa puntualizza in proposito che (Consiglio di Stato sez. V 05/11/2014 n. 5468) nelle gare pubbliche errore materiale, suscettibile di correzione, è quello che si estrinseca in un'inesattezza o in una svista accidentale, rivelando una discrepanza tra la volontà decisionale, chiaramente riconoscibile da chiunque e rilevabile dal contesto stesso dell'atto; in altri termini, l'errore materiale si sostanzia in una fortuita divergenza tra il giudizio e la sua espressione letterale cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione dell'atto e che, come tale, può essere percepito o rilevato *ictu oculi* senza bisogno di alcuna indagine ricostruttiva della volontà, il cui contenuto resti individuabile e individuato senza incertezza.” (cfr. Consiglio di Stato IV sezione 29.2.2016 n. 854).*

*1.4. A fronte della documentata richiesta di rettifica, la Stazione appaltante – pur ammettendo pacificamente che si tratta di un mero rifiuto, e, in ogni caso, pur **non ponendo in alcun dubbio il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria de quo da parte della ricorrente, ovvero un valore del PSF pari a 37** da essa stessa comunicato (doc. 3 cit.)- ha ritenuto di non potervi provvedere d'ufficio tenuto conto che la richiesta sarebbe stata presentata in un momento in cui era stata resa nota l'offerta di gara non più modificabile e facendo leva sul principio di inapplicabilità del soccorso istruttorio ad irregolarità dell'offerta tecnica.*

1.5. Il diniego è illegittimo poiché fondato su un inquadramento

erroneo e superficiale della fattispecie.

Difatti, qui non si tratta di rettificare e/o integrare l'offerta tecnica, intesa come insieme di elementi e fattori che riguardano il cd. "pregio tecnico", ma di indicare il corretto valore (assoluto ed immodificabile) del PSF, corrispondente ad un requisito di capacità economico-finanziaria, che è già oggettivamente a conoscenza e nella disponibilità della Stazione appaltante, che, con una sub-procedura ne ha curato l'attribuzione e di cui essa ha comunque contezza e disponibilità.

1.6. In punto di diritto va osservato che l'art. 83 del D. Lgs. 50/2016 stabilisce che "i criteri di selezione riguardano esclusivamente:

- a) i requisiti di idoneità professionale;*
- b) la capacità economica e finanziaria;*
- c) le capacità tecniche e professionali".*

Il comma 8 del citato articolo prevede che "Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle" (comma 8 art. 83).

Il successivo comma prevede che le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio.

Ne sono escluse le irregolarità dell'offerta economica e dell'offerta tecnica.

1.7. Nella fattispecie, come emerge chiaramente dal Bando e dal

Disciplinare, il valore del PSF integra un requisito di capacità economico-finanziaria e non può essere sic et simpliciter definito come elemento dell'offerta tecnica.

A tanto depongono:

i) sia la lettera della lex specialis di gara: cfr. punto III.1.2. dell'Avviso pubblico del 28.9.2016, che disciplina la procedura di attribuzione del PSF nel paragrafo dedicato alla capacità economico-finanziaria, sia a p. 24, ultimo capoverso del Disciplinare allegato alla lettera di Invito, dove si prevede espressamente la verifica dei requisiti dichiarati in gara, ivi compresi quelli dichiarati nell'offerta tecnica;

ii) sia la previsione dell'art. 95 del D. Lgs. 50/2016, il quale stabilisce che l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. Nell'ambito di tali criteri possono rientrare:

a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni;

b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso;

c) il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione;

d) la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base

alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni;

e) l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto;

f) il servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica;

g) le condizioni di consegna quali la data di consegna, il processo di consegna e il termine di consegna o di esecuzione.

Il valore espresso dal PSF non rientra in alcuna delle precedenti ipotesi, risolvendosi chiaramente in un requisito di capacità economico-finanziaria, ovvero esprimente l'affidabilità e solidità economica e finanziaria in capo all'impresa.

1.8. A tanto aggiungasi che a p. 26 e ss. del Disciplinare, nel paragrafo rubricato "Efficacia dell'aggiudicazione definitiva", ai fini della verifica del possesso dei requisiti, si prevede altresì la trasmissione di dichiarazioni, certificazioni e attestazioni di cui alla "tabella valutazione offerta tecnica" (in cui la prima voce, Struttura di impresa, è per l'appunto relativa al PSF).

Ciò in linea con le previsioni del punto III.1.2. dell'Avviso di gara del 28.9.2016, rubricato, "Capacità economica e finanziaria", che fa riferimento, in primis, al "Valore minimo di PSF" attribuito all'esito di una procedura ad hoc di cui si avvale RFI.

È quindi illegittimo l'operato dell'amministrazione che, pur conoscendo e riconoscendo l'effettivo valore del PSF, non ne ha tenuto effettivamente conto considerandolo un mero elemento di valutazione dell'offerta tecnica, in dispregio di tutte quante le norme speciali e generali sopra enunciate.

Vien lecito domandarsi, difatti: <<se l'errore fosse stato inverso, ovvero il portale avesse registrato un valore PSF di 37 e, poi alle verifiche post aggiudica, esso fosse risultato pari a 20, la Stazione appaltante non ne avrebbe tenuto conto? >>

Avrebbe dovuto necessariamente, pena il vulnus della lex specialis di gara, e quindi 'quel' valore di PSF sarebbe stato declassato (e quindi rettificato), con ogni conseguenza di legge.

Appare evidente che la questione portata all'attenzione di codesto Ecc.mo TAR richiede giustizia sostanziale.

1.9. A tanto aggiungasi che il valore del PSF viene poi inserito, nello stesso Bando, tra i fattori per la valutazione dell'elemento qualità, generando un'inammissibile commistione tra requisiti soggettivi di capacità economico-finanziaria e elementi di valutazione dell'offerta.

Costituisce jus receptum che "Nelle gare pubbliche è indebito includere, tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati), anziché alla qualità dell'offerta, alla luce dei principi ostativi ad ogni commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, in funzione dell'esigenza di aprire il mercato, premiando le offerte più competitive, ove presentate da imprese comunque affidabili, anche allo scopo di dare applicazione al canone della par condicio, vietante asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo; di qui la necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli pertinenti all'offerta ed all'aggiudicazione, non potendo rientrare tra questi ultimi i requisiti soggettivi in sé considerati, avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sull'espletamento dello specifico servizio da aggiudicare (Consiglio di Stato sez. V 20 agosto 2013 n. 4191).

Tale principio è stato di ribadito da TAR Lazio - sezione Latina, con la sentenza 19 del 20.1.2016, e, anche se mitigato dall'avvento del nuovo Codice degli appalti, continua a valere in relazione a quegli aspetti che costituiscono requisiti soggettivi propri dell'impresa, come l'indice di cui si discute, ancorato a parametri di bilancio.

Nella fattispecie, la commistione è in re ipsa, posto che il valore del PSF non rientra in alcuna delle ipotesi contemplate dall'art. 95 comma 2 D. Lgs. 50/2016, risolvendosi chiaramente in un requisito di capacità economico-finanziaria, da verificare mediante la trasmissione

di dichiarazioni, certificazioni e attestazioni di cui alla “tabella valutazione offerta tecnica” secondo le modalità di cui a p. 26 e ss. del Disciplinare.

1.10. Pertanto, è illegittimo appellarsi all’inapplicabilità del soccorso istruttorio e/o alla violazione della par condicio competitorum, posto che non si trattava di consentire a CMC di inserire (ad esempio) elementi di novità nel progetto e/o eventuali varianti afferenti le modalità di esecuzione del futuro contratto, ma di rettificare la indicazione del valore di un indice assoluto ed immutabile riguardante la sua solidità ed affidabilità sotto il profilo economico-finanziario, sondato dalla stessa RFI mediante un sub procedimento di verifica fondato sui dati emergenti dall’ultimo Bilancio depositato.

Ecco che quindi è stata la ricorrente a subire ingiustamente una disparità di trattamento, essendole stata ingiustamente preclusa ogni forma di rettifica, la partecipazione sulla base dei requisiti effettivamente posseduti, con conseguente alterazione della effettiva concorrenza.

1.11. Quanto ai tempi dell’invocato soccorso, la tesi della Stazione appaltante, secondo cui la richiesta di rettifica sarebbe intervenuta in un momento successivo alla fase di apertura delle offerte, non solo è inveritiera (sul portale la richiesta di rettifica è stata acquisita il 27.4.2017 e l’offerta per il Lotto 1 è stata aperta il 3.5.2017), ma stride con quanto affermato anche dalla più recente giurisprudenza che ammette “che l’Amministrazione possa ricorrere all’istituto del c.d. soccorso istruttorio in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici anche in un momento successivo all’aggiudicazione della gara (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 20 luglio 2016, n. 948)”: cfr. TAR Lazio, Roma, II sez., 15 marzo 2017 n. 3541.

1.12. In conclusione, il comportamento riottoso, rigido e formalistico tenuto dalla Stazione appaltante, le ha impedito in tutta scienza e coscienza di selezionare effettivamente la migliore offerta, penalizzando inammissibilmente l’ATi ricorrente che ha il diritto di rettificare l’errore materiale, e in ogni caso, conseguire la rivalutazione del punteggio tecnico secondo l’effettivo PSF posseduto, con conseguente riformulazione della graduatoria ed aggiudicazione del Lotto 1, in accoglimento del

presente ricorso.

ISTANZA CAUTELARE

Il requisito del fumus boni juris emerge da quanto sopra.

Quanto alla gravità ed urgenza di provvedere, si evidenzia che la mancata sospensione degli atti impugnati, nelle more della celebrazione del merito del giudizio, impedirebbe la stipula del contratto con l'offerente che ha formulato effettivamente la migliore offerta garantendo in concreto il miglior rapporto qualità/prezzo, falsando lo spirito e la ratio della competizione.

P.Q.M.

Si conclude per l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari, degli atti impugnati, con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, in relazione al quale si ribadisce l'interesse e la disponibilità al relativo subentro; in subordine, si chiede il risarcimento per equivalente, nella misura che sarà determinata in corso di causa.

In via gradata, per l'annullamento dell'intera gara, con conseguente integrale rinnovazione.

In via istruttoria, si depositano i documenti citati nel corpo dell'atto, meglio individuati in separato foliaro.

Con vittoria di spese e compensi.

Ai sensi e per gli effetti degli artt. 133 e 170 c.p.c., nonché dell'art. 136 del D.Lgs. n. 104/2010, si chiede che tutte le comunicazioni vengano effettuate, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e teletrasmessi, mediante invio di posta elettronica certificata al seguente indirizzo pec: vittoriasilvestre@avvocatinapoli.legalmail.it. oppure spedizione telefax al n. 08119361260.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 13, comma 6-bis, del DPR 115/2002 si dichiara che, trattandosi di impugnativa ex art. 120 c.p.a. di atti di gara relativi ad un affidamento di EURO 11.800.000,00, all'atto del deposito sarà versato un contributo unificato di Euro 6.000,00.

Il sottoscritto avv. Vittoria Silvestre, difensore della Centro Meri-

avv. Vittoria Silvestre

dionale Costruzioni s.r.l. (C.F.: 01542120645 e P.IVA 02548981212), in persona dell'Amministratore Unico e legale rappresentante pro tempore, signor Vincenzo Tucci, in proprio ed in qualità di mandataria dell'ATI costituenda con le imprese Kam Costruzioni s.r.l., Edildovi s.r.l., Rima s.r.l., Savelli Ascensori s.r.l., quali mandanti, dichiara che le copie analogiche utilizzate per la notifica in proprio ex lege 53/94, dall'Ufficio Postale di Napoli 35, sono conformi all'originale nativo del presente atto.

Napoli, giovedì 15 giugno 2017

(avv. Vittoria Silvestre)"

P.Q.M.

Con il presente atto si provvede alla riassunzione ed alla costituzione in giudizio ai fini della prosecuzione, ex art. 15, comma 4, c.p.a., del giudizio già incardinato presso il TAR Marche al n.r.g. 321/2017, insistendo nel ricorso e con espressa riserva di integrare nel prosieguo le difese.

Si chiede, nel contempo, che si dia luogo alla trattazione della domanda cautelare sulla quale il T.A.R. Marche non si è pronunciato all'atto di dichiarare la propria incompetenza.

Con vittoria di spese e compensi.

Per le comunicazioni di legge: vittoriasilvestre@avvocatinapoli.legalmail.it oppure 08119361260.

Trattandosi di riassunzione ex art. 15, comma 4, c.pa., il deposito è esente dal versamento del contributo unificato il cui onere è stato già assolto all'atto del deposito del ricorso introduttivo al TAR Marche n.r.g. 321/2017.

Il sottoscritto avv. Vittoria Silvestre, difensore della Centro Meridionale Costruzioni s.r.l. (C.F.: 01542120645 e P.IVA 02548981212), in persona dell'Amministratore Unico e legale rappresentante pro tempore, sig. Vincenzo Tucci, in proprio ed in qualità di mandataria dell'ATI costituenda con le imprese Kam Costruzioni s.r.l., Edildovi s.r.l., Rima s.r.l., Savelli Ascensori s.r.l., quali mandanti, dichiara che le copie analogiche utilizzate per la notifica in proprio ex lege 53/94, dall'Ufficio Postale di Napoli 37, sono conformi all'originale nativo del presente atto.

Napoli, venerdì 14 luglio 2017

(avv. Vittoria Silvestre)