

Pubblicato il 22/11/2017

N. 05438/2017REG.PROV.COLL.

N. 01534/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1534 del 2017, proposto da:
Elves S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Romano, con domicilio eletto presso lo studio Angelo Caliendo in Roma, via Cagliari ,14;

contro

F.lli Amadio S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Maso, Mario Ettore Verino, con domicilio eletto presso lo studio Mario Ettore Verino in Roma, via Barnaba Tortolini, 13;
Trenitalia S.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 11759/2016, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di revisione generale delle macchine elettriche rotanti in corrente alternata e continua in opera su rotabili

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di F.lli Amadio S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2017 il Cons. Daniele Ravenna e uditi per le parti gli avvocati Luca Tozzi su delega dell'avvocato Giuseppe Romano e Mario Ettore Verino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Elves s.r.l. impugna la sentenza in epigrafe, che ha accolto il ricorso presentato dalla F.Ili Amadio s.p.a. avverso l'aggiudicazione alla stessa Elves di gara indetta da Trenitalia.

La gara, da aggiudicarsi al prezzo più basso e avente ad oggetto la revisione di motori elettrici in opera su rotabili, era riservata a concorrenti che – quanto a capacità tecnica - avessero maturato nel triennio 2013-2015 un fatturato medio annuo di euro 330.030 in attività analoghe *“in favore di vettori di trazione e abilitati al trasporto di beni e/o persone”*.

Successivamente, in risposta a un quesito, la Stazione appaltante, con il Chiarimento n. 6, forniva indicazioni sul suddetto requisito *“a parziale deroga”*, rispetto al Disciplinare di gara, precisando che il suddetto requisito di capacità tecnica avrebbe potuto essere conseguito anche attraverso lo svolgimento di *“attività di revisione di motori elettrici generali e/o macchine rotanti in c.a. con potenza non inferiore a 0.25 kw”*.

La *lex specialis* prescriveva altresì che i Chiarimenti fossero accettati dai concorrenti mediante presa visione e firma digitale.

La gara veniva aggiudicata alla Elves, previamente ammessa a reiterato soccorso istruttorio.

La Amadio impugnava quindi gli atti di gara; il Giudice adito, respinte le eccezioni di inammissibilità del ricorso per acquiescenza ai chiarimenti, lo accoglieva perché il Chiarimento n. 6 aveva modificato la legge di gara, annullava la clausola che imponeva l'accettazione dei chiarimenti nonché l'ammissione di Elves (poiché senza il Chiarimento n. 6 tale società non avrebbe raggiunto il requisito richiesto) e accoglieva la richiesta di risarcimento in forma specifica di Amadio, mediante aggiudicazione della gara, più condanna alle spese delle resistenti.

La Elves impugna la sentenza, presentando istanza cautelare e adducendo quattro motivi:

1. tardività del ricorso di primo grado della Amadio;
2. acquiescenza della Amadio ai chiarimenti;
3. congruità della propria dichiarazione e comunque natura meramente chiarificatrice del Chiarimento n. 6;
4. circa la reiterazione del soccorso istruttorio, si sarebbe trattato di mero chiarimento rispetto a un dato che comunque Trenitalia era tenuta già a conoscere;
5. legittimo esercizio dei poteri discrezionali dell'Amministrazione nella valutazione dell'offerta.

Al ricorso la Elves allega, fra l'altro, le comunicazioni da parte di Trenitalia di revoca dell'aggiudicazione e di aggiudicazione della gara alla Amadio.

La Amadio si è costituita, argomentando avverso l'appello siccome inammissibile e infondato e riproponendo le domande risultate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado.

La Sezione, con ordinanza n. 1574 del 13 aprile 2017, ha respinto l'istanza cautelare della società appellante.

In vista dell'udienza, la società appellante e la società costituita hanno depositato memorie in cui hanno ribadito le rispettive prospettazioni; in particolare la Amadio ha depositato il contratto n. 2286 del 10 maggio 2017, sottoscritto con Trenitalia in ossequio alla sentenza di primo grado.

All'udienza del 26 ottobre 2017 la causa è passata in decisione.

Premesso che l'appello della Elves è ammissibile e procedibile, ancorché Trenitalia abbia prestato acquiescenza alla sentenza appellata, tuttavia esso va respinto nel merito.

Infatti, quanto al primo motivo (tardività del ricorso in primo grado), esso non può essere accolto sulla base delle seguenti considerazioni:

- non sussisteva alcun obbligo per la Amadio di impugnazione immediata della *lex specialis*, poiché essa non conteneva pacificamente alcuna clausola per essa escludente o immediatamente lesiva;

- l'onere di impugnazione del "Chiarimento n. 6", recante una interpretazione (autoqualificatasi "deroga") alla legge di gara tale da consentire la partecipazione della Elves, poi risultata aggiudicataria, è insorto allorché per la Amadio la potenziale lesione al suo interesse – conseguente alla ammissione della Elves alla gara - è divenuta attuale e concreta con la aggiudicazione alla Elves.

Quanto al secondo motivo (acquiescenza della Amadio ai chiarimenti della Stazione appaltante), tale motivo va respinto, in applicazione del principio (affermato da ultimo ad es. da Consiglio di Stato, III, sentenza n. 2507 del 10 giugno 2016) per cui "*nelle gare pubbliche l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e, 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale (Consiglio di Stato, sez. V, 16 novembre 2015, n. 5218 e 5 novembre 2014, n. 5479; sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 749).*" L'argomentazione vale *a fortiori* per una acquiescenza esplicita che sia richiesta dalla legge di gara quale condizione per la partecipazione alla gara stessa, come avvenuto nel caso di specie. Dall'applicazione di tale principio discende coerentemente l'illegittimità della clausola della *lex specialis* che imponeva ai concorrenti l'accettazione dei chiarimenti, rettamente dichiarata dal Giudice di primo grado.

Il terzo motivo (specificamente attinente al Chiarimento n. 6) va sinteticamente respinto, poiché emerge inequivocabilmente dagli atti il carattere illegittimamente ampliativo, ovvero modificativo (in quanto ha soppresso un requisito prescritto dalla legge di gara e ne ha aggiunto un altro, relativo al limite della potenza dei motori) e non meramente interpretativo, del Chiarimento n. 6. Appare parimenti inequivoco dagli atti che, in mancanza del suddetto Chiarimento, in applicazione del bando la originaria aggiudicataria e ora appellante Elves non avrebbe potuto essere ammessa a partecipare alla gara, non raggiungendo il richiesto requisito di fatturato medio annuo nelle attività ivi specificamente e puntualmente indicate. Al riguardo, può solo osservarsi *incidenter tantum* che gli argomenti addotti dalla società appellante in questa sede avrebbero potuto essere dedotti a

fondamento di una eventuale tempestiva impugnazione della *lex specialis*, in quanto recante clausole per essa immediatamente escludenti.

Il quarto motivo è non può essere considerato, poiché ha ad oggetto una questione (la illegittimità del soccorso istruttorio cui la Elves è stata ammessa durante la procedura di gara) dedotta dalla originaria ricorrente Amadio nel ricorso di primo grado, ma sulla quale quel Giudice non ha pronunciato, dichiarandola assorbita.

Il quinto motivo (legittimo esercizio dei poteri discrezionali dell'Amministrazione) appare parimenti infondato, poiché Trenitalia, nell'aggiudicare alla Elves la gara, non ha fatto esercizio di legittima discrezionalità tecnica, bensì applicazione di una illegittima deroga alla legge di gara.

Dalla reiezione dell'appello discende la statuizione sulle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alle spese nella misura di euro 5000 (cinquemila) nei confronti della controparte F.lli Amadio s.p.a ,costituita nel giudizio d'appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Daniele Ravenna, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Daniele Ravenna

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO