

Publicato il 15/10/2021

N. 10578/2021 REG.PROV.COLL.
N. 06351/2021 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 Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6351 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

N&TS GROUP NETWORKS & TRANSACTIONAL SYSTEMS GROUP S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso gli indirizzi di posta elettronica certificata, come risultanti dai registri di giustizia, degli avv. ti Cristiano Pellegrini Quarantotti e Luca Fiasconaro che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

contro

ATAC S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso gli indirizzi di posta elettronica certificata, come risultanti dai registri di giustizia, degli avv. ti Francesca Cangiano e Carla Fina che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

nei confronti

SIA S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso gli indirizzi di posta elettronica certificata, come risultanti dai registri di

giustizia, degli avv. ti Bruno Santamaria, Giovanni Corbyons e Carlo Tangari che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

per l'annullamento

dei seguenti atti:

per quanto riguarda il ricorso principale:

- provvedimento prot. n. 72739 del 18/05/21, unitamente alla relativa nota di trasmissione, con cui Atac s.p.a. ha comunicato alla ricorrente la revoca dell'aggiudicazione, già disposta in suo favore, dell'appalto rientrante nell'ambito dei settori speciali e relativo al servizio di pagamento elettronico unico ed integrato in grado di gestire i pagamenti relativi alle transazioni EMV Transit, a quelle delle Macchine Emettrici di Biglietti (MEB), a quelle effettuate nelle biglietterie, a quelle relative alla verifica dei titoli di viaggio e a quelle dell'e-commerce (Bando di Gara n. 161/2020 - CIG 8543369321);
- verbali di gara, se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;
- determina a contrarre, bando di gara, disciplinare di gara e norme contrattuali (DGNC), capitolato tecnico ed ulteriore documentazione costituente la lex specialis di gara (tra cui il Mod. G, Mod. DGUE, Mod. A, Modelli C e D, Modelli Q1-RTI e Q2-RTI, Patto di integrità di cui al PTPCT per il triennio 2019-2020 e 2021 e Protocollo di Intesa sottoscritto tra la Prefettura - U.T.G. di Roma e Roma Capitale il 21.07.2011), se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;
- ogni atto connesso tra cui le richieste avanzate dalla stazione appaltante in merito ai requisiti di capacità tecnica della ricorrente, ivi comprese le note prot. n. 0034285 del 05/03/21, n. 0045371 del 26/03/21 e n. 0051097 del 07/04/21;
- eventuale provvedimento di aggiudicazione, intervenuto nelle more, per la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per l'accertamento del diritto della ricorrente al subentro, con conseguente condanna in forma specifica di Atac s.p.a.;

per quanto concerne il ricorso per motivi aggiunti:

- relazione tecnica prot. Atac n. 70324 del 13/05/21 a firma del Responsabile ICT;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio degli enti in epigrafe indicati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2021 il dott. Michelangelo Francavilla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 16/06/21 e depositato il 18/06/21 la N&TS GROUP Networks & Transactional Systems Group S.p.a. ha impugnato il provvedimento prot. n. 72739 del 18/05/21, unitamente alla relativa nota di trasmissione, con cui Atac s.p.a. ha comunicato alla ricorrente la revoca dell'aggiudicazione, già disposta in suo favore, dell'appalto rientrante nell'ambito dei settori speciali e relativo al servizio di pagamento elettronico unico ed integrato in grado di gestire i pagamenti relativi alle transazioni EMV Transit, a quelle delle Macchine Emittitrici di Biglietti (MEB), a quelle effettuate nelle biglietterie, a quelle relative alla verifica dei titoli di viaggio e a quelle dell'e-commerce (Bando di Gara n. 161/2020 - CIG 8543369321), e, per quanto d'interesse, tutti i verbali di gara, la determina a contrarre, il bando di gara, il disciplinare di gara e le norme contrattuali (DGNC), il capitolato tecnico e l'ulteriore documentazione costituente la lex specialis di gara (tra cui il Mod. G, Mod. DGUE, Mod. A, Modelli C e D, Modelli Q1-RTI e Q2-RTI, Patto di integrità di cui al PTPCT per il triennio 2019-2020 e 2021 e Protocollo di Intesa sottoscritto tra la Prefettura - U.T.G. di Roma e Roma Capitale il 21.07.2011), le richieste avanzate dalla stazione appaltante in merito ai requisiti di capacità tecnica della ricorrente, ivi comprese le note prot. n. 0034285 del 05/03/21, n. 0045371 del 26/03/21 e n. 0051097 del 07/04/21

e l'eventuale provvedimento di aggiudicazione nelle more intervenuto, ed ha chiesto la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e l'accertamento del diritto al subentro, con conseguente condanna in forma specifica di Atac s.p.a..

Atac s.p.a. e Sia s.p.a., costituite in giudizio con comparse depositate rispettivamente in date 01/07/21 e 09/07/21, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 3956/21 del 16/07/21 il Tribunale ha preso atto della rinuncia all'istanza cautelare presentata dalla ricorrente ed ha fissato, per la definizione del merito, la pubblica udienza del 05/10/21.

Con atto notificato il 22/07/21 e depositato il 23/07/21 la parte ricorrente ha impugnato con motivi aggiunti la relazione tecnica prot. Atac n. 70324 del 13/05/21 a firma del Responsabile ICT.

Alla pubblica udienza del 05/10/21 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

In via preliminare il Tribunale rileva che con l'atto introduttivo la ricorrente ha chiesto, in via istruttoria, l'acquisizione della documentazione di gara ivi indicata.

L'istanza deve essere respinta in quanto, anche tenuto conto della documentazione successivamente prodotta in giudizio dalle parti resistenti (circostanza di cui dà parzialmente atto la stessa ricorrente nella nota depositata il 13/07/21) e delle censure articolate nel gravame, la causa è matura per la decisione.

Nel merito, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Con il ricorso principale la N&TS GROUP Networks & Transactional Systems Group S.p.a. impugna il provvedimento prot. n. 72739 del 18/05/21, unitamente alla relativa nota di trasmissione, con cui Atac s.p.a. ha comunicato alla ricorrente la revoca dell'aggiudicazione, già disposta in suo favore, dell'appalto rientrante nell'ambito dei settori speciali e relativo al servizio di pagamento elettronico unico ed integrato in grado di gestire i

pagamenti relativi alle transazioni EMV Transit, a quelle delle Macchine Emittitrici di Biglietti (MEB), a quelle effettuate nelle biglietterie, a quelle relative alla verifica dei titoli di viaggio e a quelle dell'e-commerce (Bando di Gara n. 161/2020 - CIG 8543369321), e, per quanto d'interesse, tutti i verbali di gara, la determina a contrarre, il bando di gara, il disciplinare di gara e le Norme Contrattuali (DGNC), il capitolato tecnico e l'ulteriore documentazione costituente la lex specialis di gara (tra cui il Mod. G, Mod. DGUE, Mod. A, Modelli C e D, Modelli Q1-RTI e Q2-RTI, Patto di integrità di cui al PTPCT per il triennio 2019-2020 e 2021 e Protocollo di Intesa sottoscritto tra la Prefettura - U.T.G. di Roma e Roma Capitale il 21.07.2011), le richieste avanzate dalla stazione appaltante in merito ai requisiti di capacità tecnica della ricorrente, ivi comprese le note prot. n. 0034285 del 05/03/21, n. 0045371 del 26/03/21 e n. 0051097 del 07/04/21 e l'eventuale provvedimento di aggiudicazione nelle more intervenuto, e chiede la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e l'accertamento del diritto al subentro, con conseguente condanna in forma specifica di ATAC s.p.a..

Dagli atti risulta che:

- con determinazione dell'amministratore unico n. 54 del 01/12/2020 Atac s.p.a. ha autorizzato l'indizione di una procedura aperta, ai sensi degli artt. 3, comma 1, lett. sss), 60 e 122 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento dell'appalto relativo al servizio di pagamento elettronico unico ed integrato in grado di gestire i pagamenti relativi alle transazioni EMV Transit, a quelle delle macchine emittitrici di biglietti (MEB), a quelle effettuate nelle biglietterie, a quelle relative alla verifica dei titoli di viaggio e a quelle dell'e-commerce". L'appalto, da affidarsi in base al criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, ha una durata di 5 anni e un valore pari ad euro 4.149.319,15;
- tra i requisiti di capacità professionale e tecnica necessari per l'ammissione alla gara il bando ha richiesto quello di "aver realizzato ed erogato, alla data

della presentazione dell'offerta, una soluzione di Payment Processor in ambito EMV Transit su almeno 1 cliente in produzione da almeno 6 (SEI) mesi, con almeno 400 terminali POS connessi a tale soluzione" (art. III.1.3);

- alla gara hanno partecipato la ricorrente e la controinteressata S.I.A. s.p.a. che stava già eseguendo il medesimo servizio, in via sperimentale, in favore della stazione appaltante;

- la ricorrente si è classificata al primo posto della graduatoria;

- con nota del 26/02/21 Atac s.p.a. ha comunicato alla ricorrente l'aggiudicazione provvisoria della gara;

- a seguito di interlocuzione avente ad oggetto la dimostrazione dei requisiti dichiarati in sede di gara, con nota del 07/04/21 Atac s.p.a. ha comunicato l'aggiudicazione definitiva della gara;

- dopo un'ulteriore richiesta di chiarimenti riscontrata dalla ricorrente, con provvedimento prot. n. 72739 del 18/05/21 la stazione appaltante ha revocato l'aggiudicazione non avendo ritenuto soddisfatto il requisito di cui al punto III.1.3 del bando di gara ed evidenziando, a tal fine, che:

1. *“con i termini “EMV Transit” o anche solo “Transit” si intende, come riportato nell'elenco degli Acronimi di pag. 3 del Capitolato Tecnico, l'utilizzo della carta di pagamento Cless abilitata alle transazioni di pagamento elettronico in ambito Trasporti (Category Code: Transportation o Transit), per l'accesso diretto ai servizi di Trasporto Pubblico e di Mobilità e per il corrispettivo pagamento tariffario, calcolato a posteriori sulla base dei “tap” registrati. In questo modo la carta EMV Cless si sostituisce al biglietto o all'abbonamento emesso dal gestore”;*

2. *nella definizione di EMV Transit rientra “la modalità di pagamento a posteriori, a valle del completamento del viaggio, differentemente dalla modalità EMV Retail (sempre definita nell'elenco degli Acronimi di pag. 3 del Capitolato Tecnico) che prevede che le transazioni di pagamento siano effettuate mediante carta di credito o debito su un POS, fisico o virtuale, ad es. per acquistare Titoli di Viaggio in biglietteria, pagare le sanzioni on-line, etc. Pertanto, il requisito di “aver realizzato ed erogato, alla data della presentazione dell'offerta, una soluzione di Payment Processor in ambito EMV Transit su*

almeno 1 cliente in produzione da almeno 6 (SEI) mesi, con almeno 400 terminali POS connessi a tale soluzione” non può considerarsi soddisfatto dalle referenze presentate da NETS Group; alcune prevedono infatti la modalità a tariffa fissa (o fixed fare) con il calcolo dell’importo a priori, altre, benché la modalità a tariffa variabile (o variable fare) sia compatibile con la definizione di EMV Transit, presentano una soluzione che non risulta in produzione da almeno 6 (SEI) mesi alla data della presentazione dell’offerta (come richiesto dai requisiti di ammissione)”;

3. *“non esiste alcuna definizione di EMV Transit all’interno dei documenti emanati dai Circuiti, né di conseguenza risulta che la definizione data da ATAC all’interno del “CT EMV FASE POST SPERIMENTAZIONE”, nell’elenco degli acronimi, sia descritta in maniera differente rispetto agli standard dei Circuiti domestici e internazionali”;*

4. *“nei medesimi documenti emanati dai Circuiti non esiste neanche alcuna definizione comune di tariffa fissa (o fixed fare) ovvero di tariffa variabile (o variable fare); proprio in considerazione del fatto che i circuiti parlano di fixed fare o di variable fare, altri di Known Fare Transaction (KFT) o Mass Transit Transaction (MTT) per esprimere rispettivamente i medesimi concetti, ATAC ha definito in maniera chiara ed inequivocabile i propri requisiti all’interno del Capitolato Tecnico, proprio per evitare confusione o fraintendimenti da parte degli Operatori Economici”.*

Con la prima censura la ricorrente prospetta i vizi di violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, violazione dell’art. 1362 c.c., eccesso e sviamento di potere per erroneità manifesta, contraddittorietà, carenza dei presupposti, difetto assoluto di istruttoria e di motivazione in quanto:

- il gravato provvedimento di revoca sarebbe fondato su un’erronea interpretazione del bando di gara e dei riferimenti di carattere tecnico ivi prescritti allorché ha ritenuto non soddisfatto il requisito di capacità tecnica prescritto dall’art. III.1.3 del bando secondo cui il partecipante avrebbe dovuto “aver realizzato ed erogato, alla data della presentazione dell’offerta, una soluzione di Payment Processor in ambito EMV Transit su almeno 1

- cliente in produzione da almeno 6 (SEI) mesi, con almeno 400 terminali POS connessi a tale soluzione”;
- in particolare, la stazione appaltante avrebbe erroneamente ritenuto che l'erogazione di un servizio di pagamento elettronico in ambito EMV Transit sarebbe indissolubilmente collegata alla modalità di pagamento della tariffa a posteriori;
 - in realtà, la disciplina della soluzione di pagamento EMV Transit sarebbe delineata dai documenti emanati dai circuiti finanziari domestici ed internazionali i quali prevederebbero indifferentemente due diverse modalità di addebito dei pagamenti contactless per l'accesso diretto ai servizi di trasporto, ovvero sia la tariffa fissa che quella tariffa variabile;
 - pertanto, entrambe le suddette modalità di tariffazione avrebbero dovuto essere ricomprese nell'ambito Transit come desumibile dalla richiamata clausola del bando di gara;
 - la stazione appaltante, invece, avrebbe irragionevolmente ritenuto di circoscrivere il perimetro dei servizi erogati nell'ambito EMV Transit in base alla definizione riportata nel capitolato tecnico di gara ovvero di un documento che, sia per la sua intrinseca funzione, che per quanto previsto nella determina a contrarre, sarebbe deputato a disciplinare esclusivamente la fase esecutiva del servizio da appaltare;
 - in quest'ottica, la soluzione realizzata ed erogata ad AEP ed utilizzata ai fini della prova del requisito tecnico richiesto dalla stazione appaltante, rientrerebbe nell'ambito dell'EMV Transit, utilizzando la carta di pagamento contactless abilitata alle transazioni di pagamento elettronico in ambito Trasporti (con Category Code: 4011 – Transport), per l'accesso diretto ai servizi di trasporto pubblico e di mobilità e per il corrispettivo pagamento tariffario, come richiesto negli atti di gara;
 - la diversa interpretazione seguita dalla stazione appaltante avrebbe l'effetto di restringere la platea dei partecipanti ad un solo operatore;

- la condotta della stazione appaltante sarebbe, altresì, contraddittoria in quanto Atac s.p.a., dopo avere inoltrato alla ricorrente una richiesta di chiarimenti relativa al requisito tecnico in contestazione, ed aver ricevuto le delucidazioni richieste, avrebbe, dapprima, aggiudicato definitivamente la gara in favore della N&TS – avendo implicitamente valutato i predetti chiarimenti meritevoli di accoglimento – e, successivamente, avrebbe revocato l'aggiudicazione.

Il motivo è infondato.

Va, innanzi tutto, rilevato che nella vicenda in esame il capitolato tecnico costituisce idoneo parametro utilizzabile ai fini dell'individuazione dell'oggetto dell'appalto.

In tal senso depone l'inequivoco tenore letterale del bando di gara allorché all'articolo II.1.1., concernente l' "oggetto" dell'appalto, indica il "servizio di pagamento elettronico unico ed integrato in grado di gestire i pagamenti relativi alle transazioni EMV Transit, a quelle delle macchine emettitrici di biglietti (MEB), a quelle effettuate nelle biglietterie, a quelle relative alla verifica dei titoli di viaggio e a quelle dell'e-commerce" ed espressamente rinvia, "per maggiori dettagli", al "capitolato e relativi allegati"; nello stesso senso l'art. II.2.4 del bando, avente ad oggetto la "descrizione dell'appalto", nel descrivere il servizio posto a gara, richiama il capitolato tecnico per le pertinenti specificazioni.

Lo stesso capitolato tecnico, nel confermare quanto previsto dall'art. III.1.3 del bando, specifica che tra i requisiti di capacità tecnica è richiesto l'"aver realizzato ed erogato, alla data della presentazione dell'offerta, una soluzione di Payment Processor in ambito EMV Transit su almeno 1 cliente in produzione da almeno 6 (SEI) mesi, con almeno 400 terminali POS connessi a tale soluzione".

Ne consegue che, contrariamente a quanto dedotto nel gravame, il capitolato non si limita a disciplinare la sola fase di esecuzione del contratto ma individua anche l'oggetto dell'appalto stesso; tale opzione ermeneutica è

imposta dalla stessa determina a contrarre n. 54 del 01/12/2020 la quale specifica che la procedura di gara è disciplinata anche dal bando di gara il quale, come già detto, a sua volta, ai fini dell'individuazione dell'oggetto del contratto, richiama il capitolato tecnico.

La contraria prospettazione presente nel gravame non è, per altro, coerente con il criterio letterale, previsto dall'art. 1362 c.c. come primario canone d'interpretazione degli atti (è infatti, il bando a richiamare espressamente il capitolato ai fini dell'individuazione del servizio da appaltare), e nemmeno con il disposto dell'art. 1363 c.c. il quale prevede che le clausole debbano essere interpretate nel loro complesso (nella fattispecie, l'interpretazione complessiva della determina a contrarre e del bando di gara consente di attribuire al capitolato anche la funzione di perimetrare l'oggetto dell'appalto). Ciò posto, va rilevato quanto segue:

- al punto II.1.1. il bando di gara individua, quale oggetto dell'appalto, il *“servizio di pagamento elettronico unico ed integrato in grado di gestire i pagamenti relativi alle transazioni EMV Transit, a quelle delle macchine emittitrici di biglietti (MEB), a quelle effettuate nelle biglietterie, a quelle relative alla verifica dei titoli di viaggio e a quelle dell'e-commerce”*;
- il capitolato tecnico, sul punto richiamato dal bando di gara, precisa che (paragrafo 2: acronimi) per EMV si intende lo *“Standard Internazionale per le carte di Debito/Credito Europay, Mastercard e VISA”* e che per EMV Transit o anche solo Transit si intende l'*“Utilizzo della carta di pagamento Cless abilitata alle transazioni di pagamento elettronico in ambito Trasporti (Category Code: Transportation o Transit), per l'accesso diretto ai servizi di Trasporto Pubblico e di Mobilità e per il corrispettivo pagamento tariffario, calcolato a posteriori sulla base dei “tap” registrati. In questo modo la carta EMV Cless si sostituisce al biglietto o all'abbonamento emesso dal gestore”*.

Ne consegue che, in base alla disciplina della lex specialis, le transazioni EMV Transit sono necessariamente collegate a soluzioni di pagamento “a

posteriori” le quali si riferiscono a corrispettivi variabili in quanto conseguenti al numero dei viaggi effettivamente posti in essere dall’utente.

Non può, pertanto, essere condivisa l’impostazione di parte ricorrente (pagg. 9 e ss.) allorché deduce che la disciplina della soluzione di pagamento EMV Transit risulterebbe dettata dai documenti emanati dai circuiti domestici ed internazionali e che ad essa sarebbero indiscriminatamente riferibili “*due differenti modalità di pagamento in ambito Transit, ovvero la modalità definita “retail-like”, che coincide con i casi di tariffa fissa, e modalità in cui la tariffa è calcolata a posteriori, definita “PayAsYouGo” o “aggregate”*” (pag. 10 dell’atto introduttivo).

Infatti, quand’anche la disciplina dei circuiti finanziari invocata fosse nel senso declinato dalla ricorrente, è incontestabile che la stazione appaltante, nell’ambito della sfera legittima di discrezionalità ad essa spettante, ha definito il servizio EMV Transit come caratterizzato da un pagamento del corrispettivo calcolato a posteriori e, quindi, riferibile ad una tariffa variabile perché dipendente dal numero dei viaggi effettuati.

Né la tesi di parte ricorrente può essere condivisa allorché prospetta l’irragionevolezza dell’interpretazione della stazione appaltante che finirebbe per restringere la platea dei concorrenti; la circostanza in esame, infatti, è indimostrata e, comunque, non rilevante in sede ermeneutica ostandovi l’inequivoco tenore letterale della *lex specialis*.

Così ricostruito l’oggetto del contratto, va rilevato che il bando di gara all’art. III.1.3 ha richiesto, quale requisito di capacità tecnica e professionale, che ogni concorrente avrebbe dovuto avere “*realizzato ed erogato, alla data della presentazione dell’offerta, una soluzione di Payment Processor in ambito EMV Transit su almeno 1 cliente in produzione da almeno 6 (SEI) mesi, con almeno 400 terminali POS connessi a tale soluzione*”.

La ricorrente (si veda la nota rilasciata da FSTechnology allegata alla missiva inviata dalla ricorrente il 30/03/21: allegati 13 e 14 all’atto introduttivo) ha comprovato di avere fornito una “*Soluzione di payment processor in ambito EMV Transit (ordine di fornitura n. 5/2019 sottoscritto digitalmente il 12 luglio 2019), avviata*

in produzione nell'aprile 2020 (verbale di collaudo sottoscritto da FSTechnology in data 30/03/2020) su un parco terminali di circa 300 POS” (circostanza, del resto, pacificamente dedotta nel gravame: pag. 4 del ricorso).

Ne consegue che la N&TS non è in possesso del requisito di capacità tecnica e professionale previsto dall'art. III.1.3 del bando che richiedeva la gestione di almeno 400 terminal POS connessi alla metodologia EMV Transit.

Né a tal fine possono essere utilizzate le referenze prodotte dall'aggiudicataria in riferimento al servizio prestato in favore di AEP Ticketing Solutions SRL perché lo stesso, per come concretamente erogato dalla ricorrente, e quindi a prescindere dalle potenzialità ad esso riferibili, è stato esclusivamente caratterizzato da modalità di pagamento “a priori” e con tariffa fissa e, come tali, non compatibili con il sistema EMV Transit come individuato dalla stazione appaltante.

La circostanza è ammessa dalla ricorrente nell'atto introduttivo (pag. 15) e, comunque, risulta per tabulas proprio dalla documentazione versata in giudizio dalla N&TS; in particolare:

a) nella nota del 30/03/21 (allegato n. 13 all'atto introduttivo) per la prova del requisito N&TS richiama la sola documentazione rilasciata da FSTtec “*che attesta i requisiti di cui sopra*” ovvero la gestione dei 400 terminali;

b) nella nota del 23/04/21 (allegato n. 23 all'atto introduttivo) N&TS specifica di avere verificato “*con AEP Ticketing nel dettaglio il numero dei POS transanti e le date nelle quali le aziende di trasporto sue clienti, hanno iniziato ad adottare la soluzione EMV Transit:*

- *circa 2000 pos transanti da aprile 2020 per la modalità EMV Transit con tariffa fissa (fixed fare) [come tali non riconducibili alla tecnologia EMV Transit];*

- *circa 600 pos transanti da fine 2020 per la modalità EMV Transit con tariffa variabile (variable fare) [non valutabili ai fini della prova del requisito in quanto non riferibili ad un periodo di almeno sei mesi richiesto dal bando]”.*

Da quanto fin qui evidenziato si evince che la ricorrente non era in possesso del requisito di capacità tecnica e professionale previsto dall'art. III.1.3. del

bando di gara e, pertanto, è stata legittimamente esclusa dalla procedura.

Nessuna contraddittorietà, poi, rivela la condotta della stazione appaltante la quale ha accertato l'effettiva sussistenza del requisito di partecipazione dopo l'aggiudicazione al momento della verifica dei requisiti dell'aggiudicatario, come prescritto dall'art. 32 d. lgs. n. 50/16.

Con la seconda censura la N&TS prospetta, in via subordinata, i vizi di violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Cost. e 83 e ss. d.lgs. n. 50/16, eccesso e sviamento di potere per illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifeste, difetto di istruttoria, violazione del principio di proporzionalità e del favor participationis evidenziando che, qualora l'interpretazione seguita dalla stazione appaltante fosse ritenuta corretta, la *lex specialis* sarebbe ingiustificatamente restrittiva della concorrenza in quanto il requisito di capacità tecnica richiesto consentirebbe la partecipazione di un solo operatore, ovvero la controinteressata, e non sarebbe idoneo a dimostrare l'affidabilità in ordine alla capacità di svolgere il servizio non avendo alcun significativo nesso con lo stesso; per altro, il servizio prestato a favore prestato in favore di AEP Ticketing Solutions SRL consentirebbe anche modalità di pagamento variabili e l'offerta della ricorrente sarebbe preferibile anche perché comporterebbe un maggior risparmio di spesa per la stazione appaltante.

Il motivo è irricevibile, come dedotto dalla controinteressata (da qui la superfluità dell'avviso ex art. 73 c.p.a.), e, comunque, infondato.

In più occasioni l'Adunanza Plenaria ha evidenziato che le clausole relative ai requisiti di partecipazione alla gara, quale quella oggetto di causa, precludendo immediatamente la partecipazione alla procedura all'operatore che ne è privo, sono soggette all'onere di immediata impugnazione (A.P. n. 1/03, A.P. n. 4/18); nella fattispecie il termine d'impugnazione è decorso dalla data di pubblicazione del bando, antecedente al 01/02/21 (termine finale di presentazione delle domande di partecipazione) e, pertanto, la censura è tardiva in quanto il gravame è stato notificato il 16/06/21.

In ogni caso, anche nel merito il motivo è infondato.

Richiamato quanto evidenziato in riferimento alla prima censura circa l'inidoneità delle referenze relative al servizio prestato in favore di AEP Ticketing Solutions SRL ai fini della prova del requisito richiesto dal bando, il Tribunale rileva che la circostanza posta a fondamento del motivo (la clausola consentirebbe la partecipazione di un solo operatore) è rimasta indimostrata ed, anzi, è smentita dai riferimenti presenti nella memoria di costituzione di Atac s.p.a. la quale indica almeno quattro società in possesso del requisito in contestazione.

A ciò si aggiunga che il requisito in esame risulta coerente con l'oggetto della gara alla luce della sperimentazione del servizio avviata da Atac s.p.a. sin dal 2019; significativo è quanto, a tal fine, evidenziato nella premessa del capitolato tecnico ove si evidenzia la necessità di "offrire continuità nei servizi ad oggi attivi e farli evolvere negli ulteriori ambiti ad oggi non coperti" (pag. 1).

Per questi motivi il ricorso principale è irricevibile ed infondato.

Con atto notificato il 22/07/21 e depositato il 23/07/21 parte ricorrente impugna con motivi aggiunti la relazione tecnica prot. Atac n. 70324 del 13/05/21 a firma del Responsabile ICT.

Anche il ricorso per motivi aggiunti è irricevibile ed infondato.

In particolare, la ricorrente prospetta:

- i vizi di violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, violazione dell'art. 1362 c.c., eccesso e sviamento di potere per erroneità manifesta, contraddittorietà, carenza dei presupposti, difetto assoluto di istruttoria e di motivazione in quanto il requisito di capacità tecnica oggetto di causa non avrebbe dovuto essere valutato in base al capitolato, deputato esclusivamente a disciplinare la fase contrattuale, ma in base agli standards dei circuiti internazionali che, contrariamente a quanto dedotto dalla stazione appaltante, avrebbero una precisa definizione del servizio EMV Transit che ricomprienderebbe sia la tariffa fissa che quella variabile. In quest'ottica anche

le referenze del servizio erogato in favore della AEP Ticketing Solutions SRL rispetterebbero tutti i requisiti richiesti dalla lex specialis di talchè l'esclusione della ricorrente sarebbe illegittima (prima censura);

- i vizi di violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Cost. e 83 e ss. d.lgs. n. 50/16, eccesso e sviamento di potere per illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifeste, difetto di istruttoria, violazione del principio di proporzionalità e del favor participationis evidenziando che, qualora l'interpretazione seguita dalla stazione appaltante fosse ritenuta corretta, le disposizioni della lex specialis sarebbero illegittime in quanto ingiustificatamente restrittive della concorrenza. Inoltre, il requisito in esame non proverebbe in alcun modo l'affidabilità degli operatori in quanto la scelta circa l'effettiva applicazione del sistema di tariffazione (fissa o variabile) non dipende dalle caratteristiche del servizio prodotto ed erogato dalle società produttrici, bensì da una scelta discrezionale del gestore del singolo servizio di trasporto che lo utilizza. A ciò si aggiunga che la soluzione proposta dalla ricorrente sarebbe quella economicamente più conveniente per Atac (seconda censura).

I motivi in esame sono infondati ed irricevibili.

Come espressamente dedotto dalla ricorrente, infatti, trattasi di censure già proposte con il ricorso principale e che sono state estese avverso la nota di Atac s.p.a. del 13/05/21; per l'inaccogliabilità delle doglianze, pertanto, si rinvia a quanto dedotto in sede di esame del ricorso principale.

Per questi motivi il ricorso è irricevibile ed infondato secondo quanto in precedenza evidenziato.

La ricorrente, in quanto soccombente, deve essere condannata al pagamento delle spese del presente giudizio il cui importo viene liquidato come da dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definendo il giudizio, così provvede:

- 1) dichiara il ricorso, in parte, irricevibile, e, per il resto, lo respinge, secondo quanto specificato in motivazione;
- 2) condanna la ricorrente a pagare, in favore di Atac s.p.a. e Sia s.p.a., le spese del presente giudizio il cui importo liquida, per ognuna delle predette parti, in euro cinquemila/00, per compensi di avvocato e spese generali, oltre Iva e cpa, questi ultimi se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Francesca Mariani, Referendario

L'ESTENSORE
Michelangelo Francavilla

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO