

**APPALTI - AVVALIMENTO - CONTENUTI DEL CONTRATTO - MEZZI E RISORSE PRESTATE - MANCATA INDICAZIONE - ART. 89, C. 1 D. LGS. N. 50 DEL 2016 - VIOLAZIONE**

Se l'avvalimento ha ad oggetto una specifica capacità tecnico-professionale delineata dal bando, il contratto (di avvalimento) deve indicare, nel dettaglio, l'elenco delle risorse e dei mezzi effettivamente prestati, necessari a garantire l'esatta esecuzione dell'appalto. Deve pertanto ritenersi violata la norma contenuta nell'art. 89, c. 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, nel caso in cui l'ausiliaria si limita a riferire la messa a disposizione del "*Sig. ... omissis ... - Responsabile delle manutenzioni e installazioni ...*" senza specificare, nel dettaglio, le risorse e i mezzi effettivamente prestati dall'ausiliaria. Tale indicazione non appare sufficiente, anche alla luce della circostanza che la medesima impresa ausiliata aveva precisato di essere "*... carente del requisito relativo alle capacità tecniche e professionali ...*".

**TAR, Lazio, Roma, Sez. III, sentenza n. 11049/2018**

Publicato il 15/11/2018

**N. 11049/2018 REG.PROV.COLL.**

**N. 01809/2018 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 1809 del 2018, proposto da Italproim S.r.l. in proprio e quale Mandante del Costituendo Raggruppamento con Mandataria Alpitel S.p.A., in persona del legale

rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Caracciolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Appia Nuova, 225;

***contro***

Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Rodolfo Mazzei, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via XX Settembre, 1;

***nei confronti***

B & C Project S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Claudio Severo Monti e Maurizio Zoppolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via del Mascherino 72;

***per l'annullamento***

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento del 15.1.2018, comunicato a mezzo portale in pari data, con il quale è stata disposta, in favore della controinteressata, l'aggiudicazione definitiva del servizio di “Manutenzione Ordinaria delle porte di sicurezza e tagliafuoco presso il Fabbricato PCS, il passante ferroviario Alta Velocità e la tratta Alta Velocità Firenze — Bologna - DAC.0236.2017 — CIG: 71943884CA” della durata di 36 mesi, per un importo pari ad € 628.903,97, con un ribasso del 27,38 sull'importo a base di gara;

- del verbale di gara unico, datato 9.1.2018, riferito alle sedute del 5.12.2017 e 9.1.2018, nella parte in cui la Commissione ha ammesso la controinteressata alla gara, ha rilevato che nessuna offerta risulta potenzialmente anomala e, conseguentemente, ha proposto l'aggiudicazione in suo favore;

- del verbale del 9.1.2018, in quanto approvato dal RUP il 15.1.2018;

- degli atti di gara e dei relativi chiarimenti, ove intesi diversamente da quanto esposto nel presente ricorso;

- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, conseguente, e/o comunque connesso, anche di estremi e contenuti ignoti, con particolare riferimento alle risultanze dell'attività di verifica, ancora in corso, circa il possesso dei requisiti dichiarati in gara dall'aggiudicataria;

*nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto,*

ove nelle more stipulato, e diritto al subentro, ovvero, in estremo subordine, per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni in favore della ricorrente da determinarsi per equivalente;

*e sul ricorso incidentale depositato dalla B & CProject S.r.l.;*

*per l'annullamento del*

- provvedimento del 9 gennaio 2018, pubblicato sul portale di Rete Ferroviaria Italiana (RFI) in data 11 gennaio 2018, con il quale è stata disposta l'ammissione della costituenda ATI composta da Alpitel S.p.A. quale mandataria e dalla mandante Italproim s.r.l.;

- verbale di gara, datato 9 gennaio 2018, nel quale si è proceduto, dopo l'esame della documentazione amministrativa, ad ammettere l'ATI Alpitel S.p.A. / Italproim S.r.l. al prosieguo della gara.
- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, conseguente, e/o comunque connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. e della B & C Project S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2018 il dott. Vincenzo Blanda e uditi per le parti i difensori l'Avv. S. Caracciolo, l'Avv. Calò in sostituzione dell'Avv. R. Mazzei e l'Avv. Paziani in sostituzione dell'Avv. M. Zoppolato.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con Bando pubblicato in data 20.09.2017 sulla G.U.U.E GU/S SI80 e sulla GURI il 08.11.2017, Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (anche RFI) ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, per la durata di 36 mesi, del servizio di “Manutenzione Ordinaria delle porte di sicurezza e tagliafuoco presso il Fabbricato PCS, il passante ferroviario Alta Velocità e la tratta Alta Velocità Firenze — Bologna - DAC.0236.2017 — CIG:

71943884CA”, per un valore stimato di € 855.612,77, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

Entro il termine di scadenza del 21.11.2017 hanno presentato offerta la ricorrente ATI Alpitel S.p.A. – Italproim S.r.l. e la controinteressata B&C Project S.r.l.-.

In data 5.12.2017 si è riunita la commissione di gara che, dopo aver aperto le buste amministrative dei concorrenti, verificando la completezza dei documenti prodotti, ha sospeso la seduta al fine di verificare la validità della firma digitale dell’ausiliaria della controinteressata.

Nella seduta del 9.1.2018, la Commissione dopo aver ammesso entrambe le concorrenti, ha aperto le offerte economiche e, non ravvisando l’anomalia dell’offerta, proponeva l’aggiudicazione in favore della controinteressata, che aveva proposto un ribasso del 27,38%.

In data 10.1.2018, in applicazione dell’art. 29 del Codice, veniva pubblicato sul portale, l’avviso con la indicazione dei concorrenti ammessi.

In data 15.1.2018, il RUP ha aggiudicato la gara, in via definitiva, disponendo la relativa comunicazione alle imprese in pari data.

In data 22.1.2018, la ricorrente ha presentato istanza di accesso agli atti che le sono stati inviati in data 8.2.2018.

Avverso gli atti in epigrafe ha quindi proposto ricorso l’interessata, quale mandante della costituenda ATI concorrente, deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione del punto III.1.1. del Bando di gara e dell'art. 83, comma 1, lett. a) del D.lgs. n. 50/2016.

Il Bando di gara, ai fini della partecipazione, richiedeva che “Gli operatori economici... devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura... per attività analoghe al servizio oggetto dell'appalto”, attività di manutenzione ordinaria delle porte di sicurezza e tagliafuoco ovvero, più in generale, attività di installazione e manutenzione impianti.

A tale attività corrisponde il codice ATECO 43.29 con le sue varie sottocategorie. La Commissione avrebbe erroneamente ammesso in gara la controinteressata, sebbene questa risulti iscritta con il codice ATECO 33.20.03 per “Installazione di strumenti ed apparecchi di misurazione, controllo, prova, navigazione e simili (incluse le apparecchiature di controllo dei processi industriali”, settore elettrico ed elettromeccanico, che non avrebbe attinenza al contratto in affidamento.

Per questo motivo, quindi, la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione;

2) Violazione e falsa applicazione del punto III.1.3) del Bando di gara, del paragrafo D), II, n. 3 del Disciplinare di gara e dell'art. 87 del D.lgs. n. 50/2016.

Tra i requisiti di capacità professionale, la *lex specialis* richiedeva, al punto III.1.3) il “possesso di certificato riconoscimento di conformità del sistema di gestione per la qualità alla norma ISO 9001:2008 relativo ad attività coerenti con quelle oggetto del presente appalto”.

La certificazione ISO della contointeressata avrebbe ad oggetto “Progettazione, fabbricazione, installazione, messa in servizio, manutenzione e assistenza di quadri elettrici di manovra per automazione industriale e configurazione di sistemi di controllo. Costruzione di strutture metalliche ed opere in cemento armato per conto terzi”, attività che non sarebbero coerenti con le prestazioni oggetto dell'appalto in affidamento;

3) Violazione e falsa applicazione del punto III.1.3) del Bando di gara e dei paragrafi D), n. 7 ed E) del Disciplinare di gara e dell'art. 89, comma 1 del D.lgs. n. 50/2016 – Nullità del contratto di avvalimento – Violazione e falsa applicazione della legge n. 241 del 7.8.1990 – Difetto assoluto di istruttoria - Contraddittorietà – Illogicità manifesta.

Il Bando di gara, al punto III.1.3), richiedeva che “Il concorrente, per poter essere ammesso a partecipare alla gara, deve aver correttamente eseguito, negli ultimi 3 anni antecedenti la data di scadenza del bando di gara, — o nel minor periodo di attività dell'impresa — servizi analoghi, nel settore di attività oggetto dell'appalto, per le società del Gruppo FSI o Enti Pubblici per un importo medio/annuo pari a 600.000 euro”.

Per la dimostrazione del requisito la *lex specialis* consentiva il ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Al riguardo, il Disciplinare di gara, al par. D), n. 7, prescriveva, “per ogni tipo di avvalimento (sostanziale, operativo, di garanzia)” che venisse presentato in gara, tra gli altri documenti, il contratto di avvalimento, da

redigersi “nel rispetto delle specifiche disposizioni prescritte al successivo paragrafo E)”.

A tal riguardo il paragrafo E) prescrive che il contratto dovesse indicare, tra gli altri, “b) l'oggetto specifico del contratto, che indichi nel dettaglio l'elenco delle risorse e dei mezzi effettivamente prestati, necessari a garantire l'esatta esecuzione dell'appalto; ... d) il corrispettivo previsto per la messa a disposizione dei requisiti ...”.

A pag. 19 del Disciplinare, RFI ha evidenziato “*che ciascuno degli elementi di cui sopra sono ritenuti essenziali dalla stazione appaltante al fine di evitare che il contratto di avvalimento si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto. Pertanto, la loro omissione o incompletezza, comporterà l'esclusione dalla procedura di gara, non potendosi nella specie fare ricorso all'istituto del soccorso istruttorio*”.

In applicazione di tale prescrizione, è stato allegato al Disciplinare di gara uno schema di contratto di avvalimento che distingueva l'avvalimento operativo da quello finanziario.

La controinteressata, che sarebbe sprovvista anche del requisito di esperienza pregressa richiesto dal Bando di gara, ha dichiarato di avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria Hodapp GmbH & Co. KG.

Il contratto di avvalimento, in contrasto con le prescrizioni del Disciplinare di gara e dell'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, non riporterebbe i requisiti oggetto di avvalimento, né fornirebbe in dettaglio l'elenco delle risorse e dei mezzi effettivamente

prestati, limitandosi ad indicare la messa a disposizione di tale “Sig. Stippl Manuel - Responsabile delle manutenzioni e installazioni”. Il contratto di avvalimento, essendo carente della “specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria” dovrebbe ritenersi nullo sulla base di quanto disposto dall'art. 89, comma 1, ultimo periodo del Codice e da quanto previsto, a pena di esclusione, a pag. 19 del Disciplinare di gara;

4) Violazione e falsa applicazione del punto III.1.3) del Bando di gara e dell'art. 83, comma 1, lett. c) del D.lgs. n. 50/2016 – Carenza dei requisiti di partecipazione – Illegittimità dell'ammissione - Difetto di istruttoria.

L'ausiliaria Hodapp GmbH & Co. KG, non possiederebbe il requisito relativo all'esecuzione, negli ultimi 3 anni antecedenti la data di scadenza del bando di gara, di servizi analoghi nel settore di attività oggetto dell'appalto, per le società del Gruppo FSI o Enti Pubblici, per un importo medio/annuo pari ad € 600.000,00, avendo svolto prestazioni in prevalenza in favore di soggetti privati, mentre la lex specialis di gara ammetteva esclusivamente servizi regolarmente resi in favore di società del Gruppo FSI o Enti Pubblici;

5) Violazione e falsa applicazione dei paragrafi H) e J) del Disciplinare di gara. Inammissibilità dell'offerta tecnica nella parte in cui si indica personale in misura ridotta rispetto alle specifiche tecniche del Capitolato – Contraddittorietà nella parte in cui contrasta con il contratto di avvalimento

– Inaffidabilità e anomalia dell’offerta – Violazione e falsa applicazione dell’art. 95, comma 10 e 97 del D.lgs. n. 50/2016 – Difetto assoluto di istruttoria.

Il Disciplinare di gara, nell’ultimo capoverso del paragrafo H), richiedeva, ai sensi di quanto disposto dall’art. 95, co. 10, del D.lgs. 50/2016, che il concorrente indicasse “per ciascuna figura professionale, il CCNL applicato e i livelli tariffari utilizzati”.

La controinteressata avrebbe indicato 5 figure: l’Amministratore Delegato, il Direttore tecnico e n. 3 Capi montatori, inadeguate rispetto alle previsioni del Capitolato e della stima, predisposta da RFI, del costo del personale posto a base di gara, che annovera almeno n. 9 diverse figure professionali.

La Commissione di gara, quindi, avrebbe dovuto attivare la verifica di congruità dell’offerta, anche ai sensi dell’art. 97, comma 6, ultimo periodo del Codice, tenendo in debito conto anche i costi derivanti dall’avvalimento, così come previsto a pag. 19 del Disciplinare.

RFI si è costituita in giudizio eccependo, in base all’art. 120, comma 2-bis, c.p.a., la irricevibilità del ricorso per tardività sul presupposto che il ricorso è stato notificato via PEC in data 14 febbraio 2018 oltre il termine di 30 giorni decorrente dalla data di pubblicazione sul portale telematico dell’elenco degli operatori ammessi alla fase di apertura dell’offerta economica avvenuto il 10 gennaio 2018.

Non senza considerare prosegue RFI che, durante la seduta pubblica del 9 gennaio 2018 (nel corso della quale B&C è stata ammessa al prosieguo

della procedura all'esito dell'esame della documentazione amministrativa presentata in sede di partecipazione) presente, tra gli altri, il Signor Guglielmo Salvatore Antonazzo in qualità di "Legale rappresentante" della ricorrente.

Nel merito eccepisce la infondatezza del ricorso principale.

Con ricorso incidentale depositato il 20 marzo 2018 la aggiudicataria della gara ha impugnato l'ammissione alla gara dell'ATI Alpitel S.p.a. / Italproim deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione degli artt. 86, comma 5, e 89 del D.lgs. n. 50/2016. Violazione del punto III.1.3) del Bando di Gara e dei paragrafi D), punto 7, ed E) del Disciplinare di gara.

Alpitel/Italproim sarebbe priva del fatturato in servizi analoghi a quelli in appalto, richiesto dal punto III.1.3 del Bando di gara nella misura media di 600.000,00 € all'anno per tre anni, e dunque per un importo totale di 1.800.000,00, in quanto l'ausiliaria di B&C Project (AIR FIRE S.p.A.), non raggiungerebbe il fatturato indicato nel bando, atteso che parte del fatturato sarebbe rivolto a privati e non ad enti pubblici.

Il fatturato triennale esposto da AIR FIRE nel DGUE riguarderebbe mera attività di fornitura e posa in opera di infissi e porte tagliafuoco, nonché compartimentazione antincendio dei cassonetti e del telaio di infissi antincendio.

Anche l'ATI Alpitel/Italproim avrebbe sottoscritto un contratto di avvalimento del tutto generico, che avrebbe dovuto determinare l'esclusione del ricorrente principale;

2) Violazione falsa applicazione dell'art. 105, comma 6 del D.lgs. n. 50/2016, nonché del paragrafo E), punto II del Disciplinare di gara.

L'ATI Alpitel / Italproim (nei DUGE di entrambe le associate) avrebbe indicato quattro subappaltatori: ARCAE s.a.s., A & B Impianti s.r.l., Linea Verde s.r.l. e AIR FIRE s.p.a., invece di tre, come previsto dall'art. 105, comma 6, del D.lgs. n. 50/2016.

Con ordinanza cautelare n. 2325 dell'11 aprile 2018 è stata accolta la domanda cautelare di sospensione proposta sia dalla ricorrente principale che dalla B&C Project con il proprio ricorso incidentale.

La predetta ordinanza cautelare è stata riformata con ordinanze nn. 2720 e 2721 del 15 giugno 2018 del Consiglio di Stato che ha accolto gli appelli cautelari presentati, rispettivamente, dalla resistente RFI e dalla controinteressata, sull'assunto che “avuto riguardo alla contestata tempestività del ricorso principale di prime cure – l'appello appare prima facie caratterizzato da sufficienti elementi di fondatezza”, rilevando la tardività del ricorso introduttivo.

In vista dell'udienza di merito le parti hanno presentato memorie con le quali ribadiscono le rispettive tesi, anche alla luce dei provvedimenti cautelari.

All'udienza del 17 ottobre 2018 i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

## DIRITTO

1. La controversia in esame ha ad oggetto un'impugnativa, integrata dalla proposizione di un ricorso incidentale, relativa all'aggiudicazione definitiva del servizio di “Manutenzione Ordinaria delle porte di

sicurezza e tagliafuoco presso il Fabbricato PCS, il passante ferroviario Alta Velocità e la tratta Alta Velocità Firenze — Bologna - DAC.0236.2017 — CIG: 71943884CA” della durata di 36 mesi, per un importo pari ad € 628.903,97, in favore della B & C Project S.r.l.-.

Alla gara hanno partecipato soltanto l'impresa ricorrente e la controinteressata aggiudicataria.

2. La predetta circostanza rileva ai fini dell'ordine di esame dei ricorsi dispiegati, tenuto conto che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta più di una volta sul tema a suo tempo esaminato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 7 aprile 2011, n. 4 (cfr. sentenza Fastweb della C.G.U.E., 4 luglio 2013, n. 100 e sentenza della grande sezione 5 aprile 2016, n. 689, c.d. sentenza Puligenica).

Ciò premesso, sulla base di quanto affermato dal predetto organo di Giustizia Comunitario, nulla osta a che nel caso di specie si proceda all'esame di entrambi i ricorsi contrapposti, tenuto conto che rimane senz'altro rilevante l'interesse indiretto dei ricorrenti, collegato all'esigenza primaria di tutela della concorrenza e della ricerca del miglior offerente, a consentire la verifica della regolarità dell'intera procedura di gara.

Infatti, ciascuno degli offerenti ha interesse ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, che può avvenire, tanto per effetto dell'esclusione dell'altro offerente (perciò direttamente), quanto, nell'ipotesi di esclusione di entrambi gli offerenti, per effetto di una nuova procedura di

aggiudicazione alla quale entrambi potranno nuovamente partecipare (ossia indirettamente).

Pertanto, alla stregua di quanto affermato nella richiamata sentenza Puligenica dalla Corte di Giustizia, deve ritenersi superata la (controversa) regola del prioritario esame del ricorso incidentale “escludente”, potendosi quindi procedere all’esame in via prioritaria del ricorso principale, non solo per il caso di una sua manifesta infondatezza, ma anche in tutte quelle ipotesi nelle quali si renda necessaria la verifica della regolarità dell’intera procedura di gara.

3. Sulla base di tale premesse e in relazione al ricorso principale il collegio ritiene di poter confermare quanto già rilevato in sede cautelare in ordine alla possibilità di disattendere la eccezione di irricevibilità del ricorso per tardiva impugnazione del provvedimento di ammissione dell’aggiudicatario, sollevata dalle parti resistenti, in quanto appare persuasiva l’argomentazione difensiva dell’ATI ricorrente secondo cui il termine per la impugnazione debba decorrere dalla pubblicazione e comunicazione del verbale di gara del 15.1.2018.

A tal riguardo si osserva che secondo l’art. 120, comma 2 bis, c.p.a., *“Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell’articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L’omessa impugnazione preclude la facoltà di far*

*valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale?*

L'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, a sua volta, prevede che *“Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione 'Amministrazione trasparente' con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali?”*.

Dal combinato disposto delle due norme risulta, quindi, che il *dies a quo* per impugnare il provvedimento di ammissione o esclusione, dando ingresso al giudizio previsto dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., decorre dalla pubblicazione dello stesso sul sito della stazione appaltante.

3.1. La specialità di tale previsione ne implica la prevalenza rispetto al principio generale della decorrenza del termine per impugnare dalla piena conoscenza del provvedimento lesivo, con la conseguenza che, anche postulando che il termine di reazione processuale decorra, in caso di

aggiudicazione, dalla piena conoscenza della determinazione lesiva della PA, ossia dal momento in cui si conclude la seduta di gara in cui sono eventualmente presenti i legali rappresentanti della società che si ritiene lesa, in caso di ammissione/esclusione deve ritenersi comunque rilevante, a tal fine, solo il diverso momento della pubblicazione sul sito della stazione appaltante del relativo provvedimento che tale decisione formalizza (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 22 agosto 2017, n. 9379; Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1216; *idem*, sez. III, 11 luglio 2016, n. 3026), tenuto conto del regime di specialità di tale disposizione rispetto alla disciplina generale in materia di gare pubbliche.

3.2. A ciò, tuttavia, deve aggiungersi che la specialità della disciplina e l'introduzione, ad opera di essa, di un'ipotesi di decadenza ne impongono una interpretazione rigida e non estensiva, circoscrivendone l'applicabilità, come dalla stessa espressamente previsto, ai fini della decorrenza del termine, all'emissione e pubblicazione di un provvedimento contenente le ammissioni ed esclusioni dalla gara, non potendosi ancorare il termine decadenziale ad una determinazione dell'Amministrazione non formalizzata in un provvedimento conclusivo del sub-procedimento di valutazione dei requisiti di ammissione alla gara o formalizzata in un atto ibrido che riguardi l'ammissione/esclusione e la aggiudicazione dell'affidamento.

3.3. In tal senso la giurisprudenza ha già avuto modo di chiarire che il rito speciale in materia di impugnazione contro esclusioni ed ammissioni, previsto dal comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., costituendo eccezione al

regime ordinario del processo appalti (a sua volta eccezione rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato ex art. 119 c.p.a.), deve essere applicato solo nel caso espressamente previsto, e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016; in caso contrario l'impugnativa non può che essere rivolta, congiuntamente, avverso l'ammissione dell'aggiudicatario ed il provvedimento di aggiudicazione laddove il secondo sia conseguenza del primo (cfr. T.A.R. Toscana, sez. II, 24 aprile 2017, n. 593).

3.4. Nel caso di specie RFI per giungere all'aggiudicazione ha svolto due sedute di gara:

- la prima, il 15.12.2017, in cui la Commissione, dopo aver dato che “non è presente nessun rappresentante delle due imprese che hanno presentato le offerte”, ha aperto le buste amministrative, esaminando tutti i documenti e le dichiarazioni ivi contenute.

Dopo aver esaminato tutti i documenti, la seduta è stata sospesa ai soli fini di “verificare... la validità della firma digitale dell'impresa Hodapp...”.

La seconda seduta si è svolta il 9.1.2018 in cui erano presenti i due legali rappresentanti delle ditte partecipanti, in cui la Commissione, dopo aver ricevuto conferma della validità della firma digitale della impresa Hodapp GmbH & CO.KG, ha proceduto all'apertura delle Buste Economiche. Al termine della stessa seduta la medesima RFI ha individuato come aggiudicataria la controinteressata B&C Project S.r.l.-.

3.5. Ne consegue che la stazione appaltante ha accorpato la prima (separata) fase procedurale di ammissione/esclusione con quella di aggiudicazione per cui, inevitabilmente, la Italproim ha dovuto proporre impugnazione simultaneamente contro l'ammissione della controinteressata e l'aggiudicazione disposta a suo favore (le risultanze delle due sedute di gara sono verbalizzate nell'unico verbale del 9.1.2018 di cui all'allegato 4 RFI).

Per tale ragione non può valere, ai fini della decorrenza del termine decadenziale per proporre ricorso, la pubblicazione sul sito dell'avviso datato 9.1.2018 (doc. 5 RFI) che si limita ad indicare le due imprese ammesse, posto che già nella seduta del 9.1.2018 era stata contestualmente individuata la ditta a cui proporre l'aggiudicazione (cfr. ultime cinque righe a pag. 3 del verbale).

3.6. Dalla lettura del predetto verbale (contrariamente a quanto eccepito da RFI) si evince l'impossibilità per il rappresentante della ricorrente presente in seduta di avere piena contezza delle ragioni dell'ammissione della controinteressata alla gara e, quindi, dei vizi che inficiavano la partecipazione della B&C alla medesima procedura, di cui ha potuto prendere cognizione solo a seguito dell'accesso agli atti avvenuto il 7.2.2018.

In tal senso deve ritenersi del tutto pertinente il richiamo di Italproim all'art. 29, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016 (come modificato dall'art. 19, comma 1, del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), il quale stabilisce che "Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120,

comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione...”, vale a dire nella specie il verbale di ammissione comprensivo dei documenti amministrativi e non il mero elenco degli ammessi.

4. Di conseguenza il ricorso introduttivo deve ritenersi tempestivo anche con riferimento alle questioni relative all'illegittima ammissione della controinteressata.

5. Venendo all'esame del merito del ricorso introduttivo in primo luogo occorre dare atto della rinuncia al primo mezzo formulata nella memoria del 9 aprile 2018.

5.1. Il secondo motivo deve essere disatteso.

In tema di avvalimento dei requisiti tecnici elencati al Punto III.1.3) del Bando di gara, il Paragrafo D), Punto I., n. 7), pagg. 19 e 20, del Disciplinare di gara stabiliva che “sia l'impresa concorrente che l'impresa ausiliaria (o, se più di una, ogni impresa ausiliaria) devono essere certificate ISO 9001:2018”, e che i certificati in questione “dovranno in ogni caso essere riferiti, nel loro complesso, al settore produttivo specifico a cui appartiene il materiale oggetto della presente gara”.

La controinteressata B&C risulta in possesso della Certificazione di Qualità ISO 9001:2008 per la “costruzione di strutture metalliche ed opere in cemento armato per conto terzi” fra cui si ritiene possano rientrare le porte oggetto dell'appalto in questione.

Analoga certificazione è stata dimostrata dall'impresa ausiliaria Hodapp GmbH & Co. KG che ha messo a disposizione di B&C le proprie

capacità tecniche-professionali tra cui rientrava anche la menzionata Certificazione di Qualità ISO 9001, avente ad oggetto “*Development, distribution, project planning, manufacture, assembly and servicing of highly complex steel doors and gates ... and of fire protection technology including all mechanical and electrical components*”.

6. Merita invece adesione il terzo motivo del ricorso introduttivo con il quale si contesta la regolarità del contratto di avvalimento sottoscritto dalla controinteressata, che, in violazione del disciplinare di gara e dell’art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, non indicherebbe nel dettaglio le risorse e i mezzi effettivamente prestati.

6.1. In proposito si osserva che l’istituto dell’avvalimento, di derivazione comunitaria, senza sostanziali differenze tra nuovo e vecchio Codice, consente ad un imprenditore di comprovare alla stazione appaltante il possesso dei necessari requisiti economici, finanziari, tecnici e organizzativi – nonché di attestazione della certificazione SOA – a fini di partecipazione ad una gara, facendo riferimento alle capacità di altro soggetto (ausiliario), che assume contrattualmente con lo stesso – impegnandosi nei confronti della stazione appaltante – una responsabilità solidale.

I caratteri e le finalità di fondo dell’istituto (per come delineati dall’articolo 47 della direttiva 2004/18/CE) sono stati da ultimo sostanzialmente confermati dall’articolo 63 della direttiva 2014/24/UE (cui corrispondono le analoghe previsioni dell’articolo 38, paragrafo 2 della direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni e dell’articolo 79 della

direttiva 2014/25/UE in tema di cc.dd. ‘settori speciali’), recepito nel nostro ordinamento dall’art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016.

L’avvalimento, pertanto, può riguardare anche, come accaduto nella specie, un requisito di capacità tecnica, relativo ad una determinata esperienza tecnico-professionale maturata nella installazione di una specifica tipologia di macchine radiogene e, in casi di questo genere, deve ritenersi che *“l’impresa ausiliaria deve assumere l’impegno di mettere a disposizione dell’impresa ausiliata le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in termini di mezzi, personale e di ogni altro elemento aziendale qualificante (cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. Stato, VI, 31 luglio 2014, n. 04056; V, 22 gennaio 2015, n. 257, 27 gennaio 2014, n. 412, 4 novembre 2014, n. 5446, 23 maggio 2011, n. 3066 e 12 giugno 2009, n. 3762; III, 7 aprile 2014, n. 1636 e 11 luglio 2014, n. 3599; IV, 9 febbraio 2015, n. 662). Nella situazione in esame, la società appellata richiama i requisiti di capacità tecnica ed economica, riferiti al fatturato ed ai contratti pregressi della ditta ausiliaria, ma non richiama in alcun modo la messa a disposizione – da parte di quest’ultima – della propria struttura organizzativa...”* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2486).

6.2. Il Collegio ritiene che, anche nel caso in esame, il requisito esperienziale di cui ai paragrafi D), n. 7 ed E) del Disciplinare di gara non sia un mero requisito immateriale o “cartolare”, ma che, al contrario, comporti l’effettiva prestazione di risorse, personale e mezzi, da parte dell’impresa ausiliaria Hodapp GmbH & Co. KG.

In effetti la specifica capacità tecnico-professionale delineata dalla clausola serve a garantire alla stazione appaltante la effettiva e concreta

possibilità della concorrente di svolgere adeguatamente le prestazioni contrattuali assunte, con particolare riguardo alla manutenzione delle ordinaria delle porte di sicurezza e tagliafuoco presso il Fabbricato PCS, il passante ferroviario Alta Velocità e la tratta Alta Velocità Firenze — Bologna e, più nel dettaglio dal Capitolato Speciale d'Appalto.

Seguendo, in altri termini, la differenziazione tipologica invalsa in tema di avvalimento, quello che viene in considerazione nella specie appare avvicinarsi, quanto meno per il profilo attinente alla manutenzione dedotta in appalto, ad un avvalimento di tipo “operativo” piuttosto che di mera “garanzia” (figura che, viceversa, ricorre in caso di messa a disposizione di un requisito patrimoniale o del solo fatturato, ad integrazione di una solidità finanziaria altrimenti non adeguata in capo alla concorrente ausiliata).

6.3. Pertanto, seguendo quanto recentemente affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 4 novembre 2016, n. 23 laddove si richiama adesivamente (par. 3.4.) l'opinione secondo cui “il contratto di avvalimento (qualificabile come contratto atipico) presenta tratti propri: i) del contratto di mandato di cui agli articoli 1703 e seguenti del codice civile, ii) dell'appalto di servizi, nonché iii) aspetti di garanzia atipica nei rapporti fra l'impresa ausiliaria e l'amministrazione aggiudicatrice per ciò che riguarda l'assolvimento delle prestazioni dedotte in contratto”, deve ritenersi che, nella specie, ai fini dell'integrazione del requisito in capo alla concorrente, nel contratto di avvalimento debbano necessariamente ricorrere elementi propri anche

dell'appalto di servizi (prestazione di mezzi e risorse), che appaiono prevalenti rispetto agli aspetti di “mera garanzia patrimoniale”.

6.4. Ciò chiarito in ordine alla natura del requisito richiesto dal bando, il contratto in questione (che si riferisce all'avvalimento cd. operativo) in violazione del disciplinare di gara e dell'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, infatti, non indica nel dettaglio le risorse e i mezzi effettivamente prestati dall'ausiliaria, limitandosi a riferire della messa a disposizione del “Sig. Stippl Manuel - Responsabile delle manutenzioni e installazioni”.

Tale indicazione non appare sufficiente, alla luce del passaggio immediatamente precedente (cfr. pag. 1 del contratto) in cui la medesima B & C (impresa ausiliata) al punto b) aveva precisato di essere “...*carente del requisito relativo alle capacità tecniche e professionali*”.

Né tali risorse appaiono chiaramente evincibili dal punto C) del DGUE (come eccepito dalla controinteressata), non potendo in proposito ritenersi sufficiente un mero richiamo al punto III 1.3 del bando di gara.

Inoltre, venendo ai contenuti degli impegni assunti dalla ausiliaria in base agli atti negoziali e alle dichiarazioni sopra riportate, il rapporto di avvalimento instaurato non presenta un contenuto determinabile sulla base degli ordinari canoni ermeneutici e di integrazione contrattuale, tale da consentire di superare la censura dedotta dalla ricorrente principale.

7. Il quarto motivo non convince.

Il DGUE allegati dalla ditta ausiliaria, al Paragrafo C) “Capacità Tecniche e Professionali” della Parte IV “Criteri di selezione” (cfr. all. 13 RFI,

pagg. 13, 14 e 15) indica dettagliatamente i “servizi analoghi” resi in favore di Enti pubblici inerenti la realizzazione di porte tagliafuoco, per importi che integrano la somma minima richiesta.

Né può condividersi l’assunto di parte ricorrente secondo cui alcuni servizi indicati non rientrerebbero tra quelli analoghi all’oggetto dell’appalto posto che si riferiscono alla fornitura di porte tagliafuoco, l’appalto in questione infatti: l’oggetto dell’appalto descritto nell’art. 1 del capitolato comprende infatti “la riparazione e, ove non appropriata, la sostituzione di tutte le parti della porta, che si manifestino difettose, compresa la mano d’opera”, di modo che i servizi elencati da B&C che comprendono la posa in opera possono ritenersi analoghi all’oggetto dell’appalto.

7.1. Tutto ciò non senza considerare la stretta correlazione che può ritenersi (secondo un criterio di interpretazione logica) intercorrere tra la produzione e fornitura di porte tagliafuoco e la loro manutenzione. Invero la locuzione “servizi analoghi”, come già osservato da condivisibile giurisprudenza, non coincide con quella di “servizi identici”, poiché la formula “servizi analoghi implica la necessità di ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria richiesta dal bando” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2017, n. 1608).

8. Il quinto motivo non merita adesione.

Le censure riguardanti la insostenibilità dell'offerta di B&C non sono accompagnate da concreti elementi di riscontro, considerato peraltro che le due offerte economiche risultano assai simili (l'offerta di Italproim prevede un ribasso del 25,94% e quella della controinteressata B&C indica un ribasso del 27,38%, con una differenza di soli 1,44%).

Peraltro l'offerta dell'aggiudicataria, alla stregua dei parametri previsti dal Disciplinare di gara (cfr. pag. 30 secondo cui “in caso di 2 offerte pervenute, sarà considerata potenzialmente anomala l'offerta che presenterà un  $\Delta\%$  con l'importo posto a base di gara superiore al 25% e contemporaneamente il  $\Delta\%$  rispetto alla seconda offerta superiore al 15%”) non è risultata potenzialmente anomala, di modo che la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 93, comma 3-bis, del D.lgs. n. 50/2016, non era tenuta a procedere alla verifica di congruità.

9. In conclusione, va accolto il ricorso introduttivo con esclusivo riguardo ai profili più sopra trovati fondati, con conseguente annullamento degli atti gara e declaratoria di inefficacia di quelli negoziali eventualmente stipulati.

10. Venendo all'esame del ricorso incidentale in primo luogo occorre disattendere la eccezione di tardività sollevata dalla ricorrente Italproim posto che, in tema di decorrenza del termine per proporre ricorso incidentale, l'art. 120, comma 5, del c.p.a. rinvia espressamente all'art. 42 del medesimo codice secondo cui i “controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale. Il ricorso si propone nel

termine di sessanta giorni decorrente dalla ricevuta notificazione del ricorso principale”.

Alla stregua della richiamata disciplina, nel caso di specie, il termine per proporre ricorso incidentale veniva a scadere il 30° giorno successivo alla data di notificazione del ricorso introduttivo.

Dall'esame del contratto di avvalimento (cfr. doc. 15 controinteressata) si evince che l'impresa Air Fire ha dichiarato di mettere a disposizione della ausiliata (ATI Alpitel/Italproim) alcuni strumenti (quali: trapani avvitatori, chiavi di pernomolla...) e n. 4 risorse (operai), che risultano di comunque inferiori alle 9 “diverse figure professionali”, indicate dal medesimo RTI ricorrente, come necessarie per eseguire il contratto, tenuto conto di quanto dedotto con il quinto motivo del ricorso principale in relazione alla inattendibilità dell'offerta della B&C.

11. In senso contrario non vale quanto eccepito da Italproim che (pur avendo censurato la genericità del contratto di avvalimento della controinteressata con il terzo motivo e la attendibilità della offerta della stessa B&C con il quinto mezzo del ricorso principale) sostiene che il contratto di avvalimento stipulato tra l'ATI ricorrente e la AIR Fire S.p.a. renderebbe, invece, percepibile il requisito di esperienza pregressa oggetto del prestito e le relative risorse messe a disposizione dell'ATI Italproim.

11.1. Invero dalla documentazione allegata e dalle argomentazioni difensive della ricorrente non è possibile individuare una immediata e chiara corrispondenza tra le quattro risorse poste a disposizione dalla

ausiliaria (con un contratto di avvalimento di tipo operativo) e quelle ritenute necessarie (nove) dalla medesima Italproim per eseguire l'appalto, sulla base della stima del costo della manodopera (di cui all'allegato 18 della ricorrente) che si riferisce a 9 risorse.

11.2. Anche a voler ritenere che non sussista la necessità di una “piena aderenza tra il requisito di partecipazione oggetto dell'avvalimento e le risorse materiali ed umane necessarie per eseguire un determinato servizio” (cfr. memora di Italproim del 1.10.2018), tuttavia l'ATI ricorrente non ha chiarito quali fosse la effettiva consistenza del personale che avrebbe adibito allo svolgimento dei lavori di manutenzione, oltre a quello fornito dalla ausiliaria AIR Fire.

12. E' invece infondato il secondo motivo del ricorso incidentale relativo alla documentazione amministrativa, con cui si contesta l'ammissione in gara dell'ATI Alpitel/Italproim per aver indicato n. 4 subappaltatori in luogo dei n. 3 richiesti dall'art. 105, comma 6 del Codice, ritenendo tale circostanza immediatamente escludente e non soccorribile.

La dedotta circostanza non può assumere, di per sé, valore escludente della offerta dell'ATI Italproim costituendo mero elemento della offerta, che avrebbe dovuto essere considerato dalla stazione appaltante in sede di valutazione delle offerte tecniche, emendabile, se del caso, mediante soccorso istruttorio.

13. In conclusione, anche il ricorso incidentale articolato dalla B&C Project S.r.l. va accolto con riferimento al motivo sopra indicato.

Da quanto sopra consegue l'obbligo per la stazione appaltante di provvedere al rinnovo alla procedura di gara a partire dalla fase di presentazione delle offerte di gara.

14. Attesa la reciproca soccombenza tra la ricorrente principale e quella incidentale e tenuto conto della peculiarità della vicenda in esame, sussistono giusti motivi per disporre la integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello incidentale, come in epigrafe proposti, così provvede:

- accoglie il ricorso principale della Italproim S.r.l. e quello incidentale proposto dalla B&C Project S.r.l. e, per l'effetto, annulla gli atti gara impugnati, con conseguente declaratoria di inefficacia di quelli negoziali stipulati, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti di R.F.I.-;
- compensa tra la parti le spese del giudizio;

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Gabriella De Michele, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere, Estensore

Achille Sinatra, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Vincenzo Blanda**

**IL PRESIDENTE**  
**Gabriella De Michele**

IL SEGRETARIO