



***nei confronti***

A) Quanto al ricorso RG 1023/2018:

-Ferrosud S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI con COMP.TECH. Europe S.r.l. e Società Cooperativa - Porta Bagagli Stazione Centrale Padova a r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Ettore Lo Nigro e Wanda Lo Nigro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisicamente eletto presso lo studio dell'avv. Michele Lopiano in Napoli, via Vittoria Colonna 14;

B) Quanto al ricorso RG 1078/2018:

-Ferrosud S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI con COMP.TECH. Europe S.r.l. e Società Cooperativa - Porta Bagagli Stazione Centrale Padova a r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Ettore Lo Nigro e Wanda Lo Nigro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisicamente eletto presso lo studio dell'avv. Michele Lopiano in Napoli, via Vittoria Colonna 14;

-Vuolo Taddeo S.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del RTI costituendo con la società Metalmeccanica s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Di Lecce, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisicamente eletto presso lo studio Luigi Tremante in Napoli, via Toledo, 256;

***per l'annullamento***

A) *quanto al ricorso RG 1023/2018:*

1) della delibera di Trenitalia S.p.A. n. 107 del 12.02.2018 contenente l'aggiudicazione della gara a procedura aperta n. 6751231, per l'affidamento in appalto dei servizi e lavorazioni interno ed esterno cassa di n.432 veicoli ferroviari rimorchiati, suddiviso tra rotabili Frecciabianca, Servizio Universale, TRN e DPR,

- per un importo complessivo presunto pari a € 13.538.284,45 da eseguire presso lo stabilimento dell'OMCC SMLB di Napoli - Codice Identificativo Gara (CIG): 7087971AB2, al costituendo RTI tra Ferrosud S.p.A. (mandataria), COMP.TECH Europe S.r.l. (mandante) e Società Cooperativa Portabagagli Padova (mandante);
- 2) della comunicazione di esito di Trenitalia S.p.A. prot. 12.02.2018 TRNIT-DT.AGMDDT\P\2018\0008121, con cui si è comunicato che la gara di cui al punto 1) è stata aggiudicata al costituendo RTI tra Ferrosud S.p.A, COMP.TECH Europe S.r.l. e Società Cooperativa Portabagagli Padova;
- 3) del bando di gara, del disciplinare di gara e dei relativi allegati, del capitolato tecnico di gara, della documentazione di gara e progettuale, delle prescrizioni tecniche nelle parti eventualmente lesive dell'interesse della ricorrente;
- 4) di tutti i verbali di gara e dei loro allegati nelle parti in cui le controinteressate vengono ammesse alla procedura di gara, e la gara viene a loro aggiudicata e di ogni altro atto e/o provvedimento precedente, successivo, consequenziale, connesso e/o collegato, in quanto lesivi dell'interesse della ricorrente;
- 5) dell'offerta economica e dell'offerta tecnica dell'RTI risultato aggiudicatario, in quanto lesiva dell'interesse della ricorrente;
- 6) del contratto di appalto, ove *medio tempore* stipulato e/o quando stipulato, ogni atto preordinato, connesso e/o conseguente, comunque lesivo degli interessi della ricorrente;
- 7) di ogni relazione istruttoria e di ogni ulteriore atto del procedimento né conosciuto, né comunicato comunque lesivo degli interessi della ricorrente, per quanto occorra;
- 8) di ogni atto preordinato, connesso e/o conseguente, comunque lesivo degli interessi della ricorrente.

B) *quanto al ricorso RG 1078/2018:*

- 1) del provvedimento del 12 febbraio 2018 di aggiudicazione in favore dell'RTI composto dalla mandataria Ferrosud, con mandanti Comp. Tech. Europe s.r.l. e Coop. Portabagagli;
- 2) del provvedimento di ammissione a gara e/o di mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario;
- 3) del provvedimento di ammissione a gara e/o di mancata esclusione del Raggruppamento tra Vuolo Taddeo e Metalmeccanica s.r.l.;
- 4) dell'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica, e della graduatoria finale, per la parte oggetto di censura nei motivi di ricorso;
- 5) del subprocedimento di verifica di congruità delle offerte;
- 6) del diniego di consentire l'accesso alla documentazione presentata dagli aggiudicatari nel sub procedimento di verifica delle offerte comunicato con nota del 12 gennaio 2018.

*nonché per l'adozione*

ove necessario in relazione agli sviluppi della controversia, dei provvedimenti di cui agli artt. 121 e ss. del codice dei contratti, e segnatamente:

- per l'annullamento dell'eventuale contratto stipulato con la controinteressata;
- per l'aggiudicazione o il subentro della ricorrente nella esecuzione;

con riserva, ove ciò non sia possibile, di proporre separato ricorso per la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni per equivalente.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Trenitalia S.p.A e delle controinteressate nei rispettivi ricorsi;

Visto il decreto cautelare n. 380 del 2018;

Viste le ordinanze cautelari n. 501 e 503 entrambe del 5 aprile 2018

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2018 la dott.ssa Maria Barbara Cavallo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

1. Con ricorso notificato il 12 – 13 marzo 2018, la Vuolo Taddeo s.r.l. (in seguito: Vuolo o RTI Vuolo) ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe relativi alla gara a procedura aperta n. 6751231, alla quale aveva partecipato in RTI con la società Metalmeccanica s.r.l., ed il cui bando era stato pubblicato sulla G.U.U.E. del 23 maggio 2017, per l'affidamento in appalto dei servizi e lavorazioni interno ed esterno cassa di n.432 veicoli ferroviari rimorchiati, suddiviso tra rotabili Frecciabianca, Servizio Universale, TRN e DPR, per un importo complessivo presunto pari a € 13.538.284,45 di cui € 823,97 per oneri della sicurezza relativi a rischi da interferenze non soggetti a ribasso, con l'opzione delle medesime attività fino ad ulteriori n. 225 rotabili, suddivisi nelle stesse tipologie di cui sopra e fino al raggiungimento dell'importo complessivo presunto pari a € 6.635.522,36 di cui € 432,36 per oneri della sicurezza relativi a rischi da interferenze non soggetti a ribasso, da eseguire presso lo stabilimento dell'OMCC SMLB di Napoli - Codice Identificativo Gara (CIG): 7087971AB2.

All'esito dell'espletamento della gara e della relativa aggiudicazione, la Vuolo si posizionava al secondo posto della graduatoria, che vedeva primo graduato e quindi aggiudicatario il costituendo RTI tra Ferrosud S.p.A. (mandataria), COMP.TECH Europe S.r.l. e Società Cooperativa Portabagagli Padova (in seguito: RTI Ferrosud o semplicemente Ferrosud).

2. La Vuolo ha articolato un'unica censura di legittimità, lamentando la violazione dell'art. 93 del Codice dei contratti pubblici, per mancanza della cauzione

provvisoria all'atto dell'offerta, in quanto quella presentata per Ferrosud da Martos Fin Capital s.p.a., sarebbe stata rilasciata da un intermediario *non* iscritto nell'elenco speciale di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, così come invece previsto tra le "Condizioni di partecipazione" al punto "III.1.6) (*Cauzioni e garanzie*), e quindi motivo di esclusione dell'offerta per effetto del par. VI del Disciplinare di gara.

La Martos Fin Capital, inoltre, avrebbe cessato l'attività il 14 marzo 2017, pur avendo rilasciato la polizza il 4 settembre 2017.

2.1. Per effetto della suesposta doglianza, la Vuolo ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione già disposta in favore dell'RTI Ferrosud e, conseguentemente, di essere dichiarata vincitrice della gara, con tutte le conseguenze del caso.

3. L'emesso decreto cautelare monocratico n. 380 del 14 marzo 2018 ha respinto la domanda di sospensione del provvedimento *inaudita altera parte*.

4. Si è costituita in giudizio la Ferrosud, in proprio e nella qualità di mandataria dell'RTI con le altre due società indicate in epigrafe, eccependo preliminarmente l'irricevibilità del ricorso per tardività e violazione dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a., in quanto lo stesso, avendo quale contenuto la mancata esclusione del RTI Ferrosud per asserito difetto di costituzione della cauzione provvisoria, sarebbe stato notificato oltre il termine di 30 giorni dalla ammissione della Ferrosud alla gara, avvenuta alla seduta pubblica del 6 ottobre 2017 alla presenza dei rappresentanti della Vuolo e quando la fideiussione allegata dalla odierna controinteressata alla documentazione di gara era ben nota alla società ricorrente già dalla prima seduta.

La mancata tempestiva impugnazione dell'ammissione avrebbe quindi consumato il potere della ricorrente di poter dedurre censure contro l'aggiudicazione.

4.1. Nel merito, la controinteressata ha ribadito la validità della cauzione provvisoria a firma della Martos Fin Capital, società regolarmente iscritta nell'albo

degli intermediari finanziari ex art. 106 TUB ma inopinatamente cancellata nel marzo 2017, con provvedimento impugnato davanti al TAR Lazio che ha sospeso in attesa del merito, legittimando la società ad operare in regime di *prorogatio*.

Ha altresì paventato, in alternativa, la possibilità del soccorso istruttorio, mediante presentazione di una nuova cauzione anche dopo il deposito dell'offerta.

Infine, ha argomentato contro la richiesta di risarcimento.

5. Si è costituita Trenitalia, la quale, al pari di Ferrosud, ha eccepito la tardività della notifica del ricorso per le stesse ragioni già prospettate da quest'ultima, e nel merito ha prospettato l'inapplicabilità dell'art. 93 d.lgs. 50/2016 alla fattispecie per cui è causa, la quale rientrando nei settori esclusi, sarebbe invece disciplinata dal Titolo IV (artt. 114 ss.) del citato decreto e quindi dall'art. 133 ("principi generali per la selezione dei partecipanti"), il quale esclude espressamente la disposizione regolante la prestazione di cauzioni provvisorie dal novero delle fattispecie in parola, con il risultato di poter applicare alla cauzione provvisoria solo le clausole dettate dalla *lex specialis*, che sanziona con l'esclusione la sola ipotesi di mancata costituzione della polizza e non quella di irregolarità della stessa.

Si è comunque ribadito il corretto operato della stazione appaltante, che ha valutato come regolare una polizza del tutto conforme ai requisiti di gara e redatta sui moduli all'uopo predisposti, oltre alla circostanza che la Martos era soggetto noto e già firmatario di altre polizze, e si è altresì rappresentato che, secondo parte della giurisprudenza, la mancata presentazione della cauzione provvisoria ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria invalida non costituisce causa di esclusione dalla procedura di aggiudicazione.

6. In vista della camera di consiglio, la Vuolo ha depositato memoria per la discussione, confutando l'eccezione di tardività e ribadendo, nel merito, l'impossibilità della Martos Fin Capital di rilasciare fidejussioni, avendo cessato l'operatività ben prima del rilascio di quella prodotta in sede di gara dalla Ferrosud

e non essendo comunque mai stata abilitata al rilascio di fidejussioni di tal genere, come risulta da un documento della Banca d'Italia prodotto in giudizio.

7. Con ordinanza cautelare n. 503 del 5 aprile 2018, questa Sezione ha deliberato in ordine alla tempestività del ricorso e ha sospeso l'efficacia dell'aggiudicazione all'RTI Ferrosud, ritenendo non valida la cauzione presentata.

8. Nelle more della discussione del merito della causa, fissata al 23 maggio 2018, con nota del 26 aprile 2018 prot. n. TRNIT-DT.AGMDDT\P\2018\0023215, Trenitalia ha avviato la procedura di soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016 e X, comma 3, del Disciplinare di gara, richiedendo all'RTI Ferrosud di presentare una nuova cauzione in sostituzione della precedente, anche in ragione della facoltà della stazione appaltante di cambiare il garante non gradito. Ferrosud S.p.A. ha quindi presentato una cauzione provvisoria emessa il 4 maggio 2018 dalla Finworld S.p.A., iscritta al numero 197 dell'albo unico degli intermediari finanziari ex art. 106 TUB, per il cui deposito tardivo, stante la sopravvenienza, ha chiesto l'autorizzazione con apposita istanza.

9. Vuolo ha depositato memoria nella quale ha contestato il soccorso istruttorio autorizzato da Trenitalia; quest'ultima, per contro, con propria memoria, ne ha ribadito la legittimità.

Tutte le parti hanno reciprocamente replicato alle contestazioni altrui.

10. Con riguardo alla stessa gara è stato depositato un secondo ricorso (RG 1078/2018) dalla Car Segnaletica Stradale s.r.l. (in seguito: CAR), terza classificata, la quale ha impugnato non solo l'aggiudicazione in favore di Ferrosud ma ha altresì chiesto l'annullamento del provvedimento di ammissione a gara e/o di mancata esclusione del RTI tra Vuolo Taddeo s.r.l. e Metalmeccanica s.r.l., nonché della graduatoria finale per quanto di ragione.

11. La CAR, terza classificata con 93,59 punti di cui 65 per l'offerta tecnica, e 28,59 per l'offerta economica (a fronte dei 95 (65+30) di Ferrosud e dei 93,89 (68 +



25,89) di Vuolo), ha contestato l'errata valutazione del punteggio per l'offerta tecnica attribuito alle prime due classificate, maggiore di quello spettante secondo le norme del disciplinare di gara, prospettando che tanto la esclusione, quanto la eliminazione dei punteggi attribuiti in violazione del bando, farebbero collocare la ricorrente al 1° posto.

11.1. Il ricorso è stato affidato ai seguenti motivi:

I) *Violazione dell'art. 83 del codice dei contratti, e del punto III.1.3 del bando di gara.*

Secondo la CAR, le prime due imprese dovevano essere escluse dalla gara, in quanto prive dei requisiti di capacità professionale e tecnica richiesti dal bando di gara, con riguardo al possesso di un fatturato specifico, con la precisazione che in caso di RTI (e di Consorzio) i requisiti devono essere posseduti da tutti i componenti del raggruppamento e non possono essere frazionati, come invece fatto dalle imprese controinteressate in proporzione alle quote di partecipazione al raggruppamento delle imprese facenti parte dello stesso.

In base al tenore letterale del bando di gara, la ricorrente considera frazionabili solo i requisiti di capacità economica e finanziaria (il punto III.1.2 richiede, ai fini della dimostrazione della capacità economica e finanziaria, il possesso di un fatturato medio annuo, riferito al triennio 2014-2016, non inferiore ad € 6.724.602,00, con la precisazione che “in caso di concorrenti costituiti da raggruppamenti o Consorzi, il suddetto requisito dovrà essere posseduto da ciascuna impresa componente il raggruppamento, ovvero dai consorziati, *in misura proporzionale alla quota di partecipazione* ma non i “livelli minimi” di capacità professionale e tecnica, che, a ben vedere, sono stati determinati in misura pari ad appena 1/4 dell'importo contrattuale (al punto III.1.3 si richiede, ai fini della dimostrazione della capacità professionale e tecnica, il possesso di un *fatturato specifico* quale livello minimi di capacità richiesto, e in caso di partecipazione alla gara di operatori economici di cui all'art. 45, comma d, lettere d), e), f) e g) d.lgs.

50/2016 -così come pure dei Consorzi- i livelli minimi di capacità professionale e tecnica “*dovranno essere posseduti da tutti i membri di detti operatori economici*” ovvero “*dal consorzio e da ciascuno dei consorziati per conto dei quali il consorzio partecipa alla gara.*”

Nel caso oggetto di giudizio, le imprese facenti parte dell’ATI aggiudicataria Ferrosud e dell’ATI Vuolo non sarebbero singolarmente in possesso dei requisiti minimi di capacità professionale e tecnica richiesti dal bando.

II) *Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 89 del codice dei contratti.*

Per la CAR, vi sarebbe stato un illegittimo ricorso all’avvalimento per soddisfare il possesso dei requisiti di capacità tecnica, in quanto con i contratti prodotti in sede di gara non sono state messe a disposizione risorse materiali bensì, attraverso un avvalimento interno, la soc. Ferrosud, quale ausiliaria, ha messo a disposizione della ausiliata Coop. Tech. Europe il fatturato specifico relativo ai lavori di “carpenteria cassa”, per un importo medio annuo di € 131.000,00; la soc. Vuolo, quale ausiliaria, ha stipulato un contratto di avvalimento con la Metalmeccanica, riguardo il fatturato specifico relativo ai lavori di smontaggio e montaggio arredi, per un importo medio annuo di € 265,000,00, ed il fatturato specifico relativo alle attività di carpenteria cassa per un importo medio annuo di € 80.000,00; infine con separato contratto la soc. Metalmeccanica, questa volta quale ausiliaria, ha messo a disposizione della Vuolo, quale ausiliata, il fatturato specifico relativo alle attività di verniciatura arredi e pellicolatura, per un importo medio annuo di € 700.000,00.

Si tratterebbe, dunque, di avvalimenti cd. “di garanzia”, idonei per soddisfare i requisiti di carattere finanziario e patrimoniale, non per soddisfare i requisiti di capacità professionale e tecnica, che presuppongono il possesso di una organizzazione aziendale in grado di svolgere i servizi.

III) *Violazione dell’art. 89 del codice dei contratti per invalidità del contratto di avvalimento tra Ferrosud e Comp. Tech. Europe*, in quanto demanda a futuri accordi la determinazione

del corrispettivo, in violazione del divieto di condizionare i contratti di avvalimento o renderne indeterminato il contenuto.

IV) e V) *Violazione del disciplinare di gara e del capitolato tecnico* sia da parte di Ferrosud che da parte di Vuolo in quanto le pellicole oggetto dell'offerta sarebbero prive delle caratteristiche indicate nelle specifiche tecniche.

In subordine, ad entrambe le società non avrebbe dovuto essere attribuito alcun punteggio per la qualità delle pellicole, avendo presentato schede tecniche incomplete, e prive delle "prove" di laboratorio.

VI) *Violazione del disciplinare di gara da parte di Ferrosud*, alla quale non avrebbe dovuto essere attribuito alcun punteggio per l'adesività delle pellicole, trattandosi di pellicole inaccettabili perché prive dei requisiti indicati nelle specifiche tecniche e non idoneamente certificate.

12. Si è costituita la Ferrosud, la quale, anche in questo giudizio, ha eccepito preliminarmente la irricevibilità del ricorso per tardività e violazione dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a., per le stesse ragioni già prospettate nella memoria difensiva depositata nel ricorso proposto dalla Vuolo, estendibili ai rappresentanti della CAR.

La mancata tempestiva impugnazione dell'ammissione avrebbe quindi consumato il potere della ricorrente di poter dedurre censure contro l'aggiudicazione.

12.1. Sempre in rito, la controinteressata ha eccepito la carenza di interesse della CAR all'annullamento dell'aggiudicazione disposta nei confronti dell'RTI aggiudicatario, dal momento che, essendo essa terza in graduatoria, comunque non potrebbe conseguire l'aggiudicazione della gara quand'anche venisse annullata l'aggiudicazione nei confronti dell'RTI Ferrosud, dovendo prima dimostrare l'illegittimità dell'ammissione della Vuolo, seconda in graduatoria, circostanza non più possibile essendo ormai decorsi i termini per l'impugnazione delle ammissioni ex art. 120 comma 2 bis c.p.a.

12.2. Nel merito, la controinteressata ha confutato nel dettaglio le prospettazioni avversarie relative alla pretesa non frazionabilità dei requisiti, alla violazione delle norme sull'avvalimento e alle presunte carenze tecniche delle pellicole richieste dal capitolato.

13. Si è costituita Trenitalia, la quale, al pari di Ferrosud, ha eccepito la tardività della notifica del ricorso per le stesse ragioni già prospettate da quest'ultima, e nel merito ha confutato le singole doglianze della ricorrente, sia quelle riferite a Vuolo che quelle riferite a Ferrosud.

14. Successivamente anche la Vuolo si è costituita in giudizio, eccependo preliminarmente l'inammissibilità dell'impugnazione avendo la ricorrente omesso di fornire adeguato riscontro probatorio per superare la prova di resistenza, e, pertanto, non dimostrando di poter divenire aggiudicataria della gara in caso di accoglimento.

Nel merito, analogamente alle altre resistenti, ha prospettato l'infondatezza degli argomenti illustrati nel ricorso a favore dell'annullamento anche della eventuale aggiudicazione a proprio favore, in caso di esclusione della Ferrosud (contro la cui aggiudicazione la Vuolo ha, come visto, proposto ricorso).

15. Con ordinanza n. 501 del 5 aprile 2018, il Collegio ha accolto la domanda cautelare ritenendo, in primo luogo, la tempestività del ricorso e, sotto il profilo del merito, la possibile fondatezza della censura di cui al primo motivo, in ordine alla violazione dell'art. 83 del codice dei contratti, e del punto III.1.3 del bando di gara.

16. Entrambi i ricorsi sono stati rinviati all'udienza del 23 maggio 2018 per la trattazione congiunta.

In questa occasione, la difesa della Ferrosud, nel ricorso RG 1023/2018, ha ribadito la richiesta di autorizzazione al deposito della polizza stipulata il 4 maggio 2018 in adempimento al soccorso istruttorio autorizzato da Trenitalia.

Vista l'opposizione della difesa della Vuolo, il collegio ha autorizzato il deposito cartaceo con riserva di valutare l'ammissibilità della documentazione, e, dopo la discussione, l'ha trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. I suindicati ricorsi necessitano di riunione per evidenti ragioni di connessione soggettiva e oggettiva, essendo stata impugnata la stessa gara, con la medesima stazione appaltante/resistente, da parte della seconda (RG 1023/2018) e della terza (RG 1078/2018) classificate, sì che l'aggiudicataria si trova ad essere controinteressata in entrambi i giudizi e parte delle censure, sia di rito che di merito, risultano comuni.

L'ordine di esame dei ricorsi, tuttavia, segue quello della loro presentazione, in quanto l'esame del contenuto del gravame della terza classificata CAR è in parte dipendente dall'esito del primo giudizio proposto contro l'aggiudicataria RTI Ferrosud dalla ditta classificatasi al secondo posto vale a dire l'RTI di cui è capogruppo la società Vuolo Taddeo.

2. Confermandosi quanto già esplicitato nell'ordinanza n. 503 del 2018, il ricorso presentato della società Vuolo non è tardivo come, invece, eccepito da Trenitalia e Ferrosud, secondo le quali la società ricorrente avrebbe dovuto impugnare tempestivamente la determinazione della stazione appaltante di ammissione degli RTI odierni resistenti alla procedura, al fine di non far decorrere il termine di trenta giorni previsto per l'impugnazione delle ammissioni alle gare dall'art. 120 co. 2 *bis* c.p.a.

2.1. Il Collegio ribadisce che l'eccezione di irricevibilità non appare fondata posto che il citato comma 2-*bis* stabilisce espressamente che “ *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?*

L'art. 29 d.lgs. 50/2016, pertanto, introduce un preciso onere di comunicazione a carico delle stazioni appaltanti “ al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo”, per cui i provvedimenti che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti, economico-finanziari e tecnico-professionali, sono pubblicati nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti e di tale incumbente, entro il medesimo termine di due giorni, viene “*dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82*”.

Tale incumbente è a carico della stazione appaltante anche sotto il profilo formale, posto che deve indicarsi “ l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti”, e ciò al fine di far decorrere il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione.

Pertanto, come pure già chiarito nell'ordinanza cautelare 501/2018 emessa in relazione al ricorso RG 1078/2018, il combinato – disposto degli artt. 29 d.lgs. 50/2016 e 120 comma 2 *bis* c.p.a. è tale da escludere la tardività di un ricorso presentato oltre i suindicati termini “accelerati” in casi analoghi a quello oggetto del presente giudizio, posto che l'onere di ordinaria diligenza nell'acquisire la documentazione da parte del soggetto interessato all'impugnazione della procedura non può prevalere sugli obblighi imposti appositamente dal legislatore in capo alla stazione appaltante, i quali, a loro volta, non possono essere considerati assolti

attraverso l'espletamento di incombenze formali diverse da quelle prescritte dalla disposizione suindicata.

Vale a dire, in conclusione, che la comunicazione "ufficiale" in seduta pubblica delle imprese le cui

offerte sono ammesse al prosieguo della procedura non può sortire l'effetto di surrogare tale avviso agli incumbenti di cui all'art. 29 d.lgs. 50/2016., pur se avvenuta alla presenza dei rappresentanti dell'impresa che successivamente agisce in giudizio, anche in ragione del fatto che se dalla irrituale enunciazione resa in sede di seduta di gara si facesse derivare in capo alle concorrenti l'onere di accedere agli atti della procedura onde procedere alla contestazione del provvedimento di ammissione (o di esclusione), si finirebbe con l'eludere il sistema disegnato dalla norma che impone alla Stazione Appaltante di rendere disponibili, come descritto, i relativi atti.

Sul punto si veda, recentissima, la decisione n. 1902 del 27 marzo 2018 della III sezione del Consiglio di Stato, la quale ha, per l'appunto, ribadito che i) l'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l'aggiudicazione, prevista dal comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a., è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso "al buio" (Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565; id., sez. III 20 marzo 2018 n. 1765); ii) nella materia degli appalti, l'applicabilità del principio della piena conoscenza ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, presuppone un particolare rigore nell'accertamento della sussistenza di tale requisito (TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 18 gennaio 2018 n. 394); iii) si deve tener conto, infatti, sia della specialità della normativa dettata dall'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., sia dei presupposti cui il legislatore ha ricondotto la decorrenza del termine per l'impugnazione: in base al comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a., infatti, il termine inizia a decorrere solo dopo la

pubblicazione, ex art. 29 d.lgs. 50/2016, della determinazione sulle ammissioni/esclusioni dei concorrenti, pubblicazione che assicura la piena ed effettiva conoscenza degli atti di gara; da ciò consegue che, il principio della piena conoscenza acquisita *aliunde* può applicarsi solo ove vi sia una concreta prova dell'effettiva conoscenza degli atti di gara, acquisita in data anteriore alla pubblicazione o comunicazione degli atti della procedura medesima; iv) pertanto, non può ritenersi sufficiente a far decorrere l'onere di impugnare il provvedimento di ammissione alla gara la mera presenza di un rappresentante della ditta alla seduta in cui viene decretata l'ammissione, in mancanza della specifica prova sulla percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove sussistenti, possano aver inficiato le relative determinazioni.

2.1.1. Nel caso di specie, dal verbale della seduta di gara del 6 ottobre 2017 si apprende solo che le imprese di cui si apriva l'offerta tecnica erano state ammesse alla gara, ma da questo non era possibile trarre alcun elemento da cui desumere eventuali motivi di esclusione di taluna delle imprese partecipanti, per cui deve ritenersi che la conoscenza acquisita dalla società ricorrente, come da altre, mediante la partecipazione alla detta seduta, non fosse idonea a far decorrere il termine d'impugnazione.

3. Accertata la tempestività del ricorso della Vuolo, esso è fondato e va accolto.

Come detto, con l'unico motivo di ricorso, l'RTI in questione contestava all'aggiudicataria di aver presentato un'offerta sprovvista di cauzione provvisoria, in violazione dell'art. 93 del Codice dei contratti pubblici, in quanto la Martos Fin Capital s.p.a., firmataria della fideiussione presentata per Ferrosud, non risultava più iscritta nell'elenco speciale di cui all'articolo 106 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (TUB), abilitato a prestare, in via esclusiva o prevalente, garanzie nei confronti del pubblico, ai sensi del DM n. 53/2015, così come invece richiesto, a pena di esclusione, tra le "Condizioni di partecipazione" al punto "III.1.6).



In sede cautelare la censura è stata considerata fondata proprio a causa della circostanza, non contestata, della cancellazione della Martos dall'elenco ex 106 TUB sin dal 14 marzo 2017, epoca precedente alla prestazione della garanzia di cui si discute, e, quindi, dalla conclusione che la costituzione della garanzia da parte di soggetto inidoneo fosse equiparabile alla mancata prestazione della cauzione medesima.

3.1. Nel ribadire tale conclusione per l'evidente ragione che una garanzia rilasciata da un soggetto non più abilitato a farlo è inutilizzabile, e quindi è come se non ci fosse mai stata, il Collegio prende atto che le stesse parti coinvolte hanno cercato di porre rimedio alla situazione attraverso la stipula, il 4 maggio 2018, di una nuova fideiussione valevole come cauzione provvisoria tra Ferrosud e l'intermediario abilitato Finworld S.p.A., per il cui deposito tardivo in giudizio, stante la sopravvenienza, la controinteressata ha chiesto l'autorizzazione con apposita istanza, ritenendo il documento decisivo ai fini del decidere.

3.2. Il collegio ritiene il documento utilizzabile e quindi conferma la validità del deposito avvenuto in udienza, in quanto formatosi in data successiva alla scadenza del termine per il deposito di documenti prima della discussione dell'udienza fissata ai sensi dell'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a.

Non deve farsi applicazione, infatti, dell'art. 54 c.p.a. (che ammette eccezionalmente l'autorizzazione alla presentazione tardiva di memorie o documenti, su richiesta di parte, "qualora la produzione nel termine di legge sia risultata *estremamente difficile*"), in quanto in questo caso non trattasi di difficoltà nella produzione ma nella vera e propria impossibilità di produrre un documento che, fino al 4 maggio 2018, non esisteva.

Valgono, quindi, i principi generali del processo civile in forza del rinvio dell'art. 39 c.p.a., che consente l'applicazione delle disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali.

In questo caso, vale il principio generale della causa a sé non imputabile, esemplificato dagli art. 153 c.p.c. (“la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini”) e, per quanto più direttamente attiene alle questioni riguardanti il deposito di documenti, agli artt. 184 *bis* c.p.c. e 345 c.p.c., che consentono – in forza della causa a sé non imputabile - da un lato la rimessione in termini ai fini del deposito di documenti istruttori, dall’altro la produzione di documenti in appello quando la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado.

3.3. Venendo al merito della questione, la produzione della nuova fideiussione supera le varie deduzioni delle parti in ordine alla valutazione della cauzione garantita dalla Martos: è direttamente la stazione appaltante che, avviando una procedura di soccorso istruttorio in data successiva all’ordinanza cautelare, ha espressamente ammesso l’esistenza di “un’irregolarità essenziale” relativamente alla cauzione prodotta dalla Ferrosud e costituita dalla Martos Fin Capital, chiedendone la sostituzione e con ciò confermando la correttezza della delibazione del collegio che in sede cautelare aveva escluso che l’offerta della Ferrosud fosse validamente munita di cauzione provvisoria come richiesto dal bando.

Parimenti, la Ferrosud, procurandosi una nuova e diversa garanzia a firma di un diverso intermediario, ha nei fatti rinunciato a insistere nelle tesi difensive in favore della legittimità della cauzione provvisoria originariamente prodotta in giudizio.

3.4. Deve quindi passarsi ad esaminare la diversa questione dell’ammissibilità della nuova fideiussione prestata da Finword per Ferrosud, a seguito dell’avvio d’ufficio della menzionata procedura di soccorso istruttorio da parte di Trenitalia in data 26 aprile 2018 (doc. 1 Trenitalia produzione del 2 maggio 2018).

La nota in questione, successiva alla pubblicazione dell’ordinanza cautelare di questa Sezione (che, di fatto, ha sospeso l’aggiudicazione in attesa della decisione

definitiva), ha ritenuto necessaria, al fine di sanare l'irregolarità essenziale costituita dalla cauzione provvisoria presentata a mezzo polizza rilasciata dalla Martos Fin Capital, la produzione di “ una nuova cauzione, di pari importo in sostituzione della precedente, da costituire in una delle forme previste al paragrafo III.1.6 lettera a) del Bando di Gara e quindi: *all'atto della presentazione dell'offerta*, da parte di tutti i concorrenti, con validità per almeno 180 giorni dalla data di scadenza del termine fissato per la presentazione dell'offerta, costituita, alternativamente o mediante versamento in contanti presso Unicredit S.p.A. [...] oppure “mediante fideiussione a prima domanda – bancaria o assicurativa o rilasciata da un intermediario iscritto nell'elenco speciale di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, abilitato a prestare garanzie nei confronti del pubblico, ai sensi del DM n. 53/2015, che svolge in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie [...] “

Ciò, come detto, è avvenuto attraverso il deposito della nuova polizza rilasciata da Finword in favore del RTI Ferrosud, ed è stato oggetto di puntuale contestazione da parte della ricorrente nelle memorie difensive e repliche depositate in vista dell'udienza del 23 maggio 2018.

3.4.1. Il Collegio ritiene, in primo luogo, che la (nuova) cauzione provvisoria costituita dalla polizza Finword non sia valida, in quanto allegata all'offerta all'esito di una procedura di soccorso istruttorio illegittima, che Trenitalia non avrebbe in alcun modo potuto attivare.

L'art. 83 co. 9 del d.lgs. 50/2016, infatti, autorizza l'espletamento della procedura di soccorso istruttorio per sanare “ le carenze di qualsiasi *elemento formale della domanda*, ma non contempla l'ipotesi di integrazione delle offerte o degli elementi a corredo delle stesse, come lo è la cauzione provvisoria.

A conferma della relazione esistente tra soccorso istruttorio e forma della domanda, l'ultimo periodo della medesima disposizione qualifica come irregolarità

essenziali non sanabili le “carenze della documentazione” che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Per contro, la cauzione provvisoria non costituisce elemento formale della domanda ma essa correda e completa l'offerta, stante il chiaro disposto dell'art. 93 d.lgs. 50/2016 che al comma 1, stabilisce: “*l'offerta e' corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria"*”.

Nella gara oggetto di giudizio ciò è peraltro evincibile sia dal par. III.1.6 del bando che inequivocabilmente collega la costituzione della cauzione provvisoria alla presentazione dell'offerta, che dal par. IV) del Disciplinare, che la inserisce tra la documentazione a corredo dell'offerta.

È quindi evidente che l'integrazione a mezzo di soccorso istruttorio sarebbe potuta avvenire solo *prima* dell'esame definitivo delle offerte e *solo su irregolarità formali* attinenti la cauzione provvisoria e il documento comprovante la stessa (peraltro trattandosi di gara telematica il documento per la presentazione della cauzione era allegato al Disciplinare di gara- all. D.1.), ma certamente non consentendosi la produzione successiva e a gara aggiudicata di una *nuova cauzione* provvisoria una volta appurato da parte della stazione appaltante, per effetto della decisione sia pur cautelare del giudice amministrativo, che la precedente cauzione integrava un'ipotesi di irregolarità “essenziale”.

A bene vedere, tale ultima qualificazione è del tutto arbitraria e pressochè irrilevante ai fini dell'attivazione della procedura di soccorso istruttorio, e questo non solo per evidenti motivi di violazione di qualsiasi forma di *par condicio* tra i concorrenti nella sanatoria dei vizi dell'offerta, ma anche alla luce del chiaro disposto del par. VI del Disciplinare di gara che tra i “motivi di esclusione delle offerte” prevede espressamente alla lett. i) la “mancata costituzione della cauzione provvisoria”.

Né Trenitalia può appellarsi al proprio Disciplinare di gara laddove, al par. X), prevede che “ ai sensi di quanto previsto dall’art. 83, comma 9 del d.lgs. 50/2016 si comunica che nel caso in cui Trenitalia riscontri la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni rese dal concorrente, lo stesso sarà tenuto al pagamento, in favore di Trenitalia medesima, di una sanzione pecuniaria pari a euro 5.000,00. Nel caso in cui il concorrente non provveda ad integrare e/o regolarizzare la documentazione risultata carente entro il termine indicato in sede di soccorso istruttorio Trenitalia provvederà ad escludere il concorrente dalla gara.”

Infatti, il testo del Disciplinare si discosta dal contenuto del comma 9 dell’art. 83, che menziona la carenza dei soli elementi formali della domanda, e si ispira ai contenuti del comma 2 *bis* dell’art. 38 del Codice dei contratti previgente (d.lgs. 163 del 2006), più permissivi in termini di ammissibilità del soccorso istruttorio anche in relazione al comma 1 *ter* dell’art. 46, ma ormai ampiamente superati sia dalla normativa nazionale che, prima ancora, da quella comunitaria.

3.4.1.1. Sotto la vigenza della precedente disposizione e in relazione alle gare assoggettate al Codice del 2006, la giurisprudenza amministrativa, accanto a casi nei quali ha consentito la sanatoria delle irregolarità concernenti la cauzione provvisoria purchè prestata nei termini previsti dal bando di gara (Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764), ha altresì ammesso il soccorso istruttorio sia nei casi di mancata presentazione della cauzione provvisoria sia in quelli di presentazione di una cauzione provvisoria invalida (vedi, con riguardo a una gara del 2015, Cons. St., sez. V, 23 marzo 2018 n. 1846), e ha persino consentito all’aggiudicataria la sostituzione della garanzia (caso analogo a quello oggetto del presente giudizio) laddove fosse stata rilevata l’esistenza di una obiettiva situazione di incertezza al tempo della presentazione dell’offerta, accertandosi solo in un momento successivo all’aggiudicazione, e per effetto di un comunicato interpretativo

dell'ANAC, l'inidoneità dell'intermediario prescelto a rilasciare garanzie nei confronti del pubblico (Cons. St., sez. V, 29 gennaio 2018 n. 591) (in argomento, anche in relazione al rapporto tra soccorso istruttorio e principio di tassatività della cause di esclusione di cui all'art. 46 comma 1 *bis* d.lgs. 163/2016 vedi Cons. St., sez. III, 13 novembre 2017, n. 5226; T.A.R. Liguria, sez. I, 24 luglio 2017, n. 668).

In concreto, i casi di soccorso istruttorio *postumo*, consistenti nell'attivazione, da parte della stazione appaltante, del soccorso istruttorio rispetto ai requisiti di partecipazione anche in un momento successivo all'aggiudicazione in favore della medesima impresa, sono sempre collegati a situazioni di carenza documentale, sanabile in base ai principi del Codice Appalti previgente, e comunque conformi all'allora vigente art. 46 co. I *ter* (vedi Cons. St., Sez. V, 14 luglio 2017 n. 3645, in un caso nel quale il soccorso istruttorio veniva attivato “per ottenere l'integrazione dell'omessa dichiarazione relativa ai procuratori in fase di prequalifica e in sede di offerta”, dichiarazione che non vi era stata in ragione dell'incertezza sui soggetti che potessero renderla, alla luce di un dibattito giurisprudenziale esistente all'epoca circa la riconducibilità dei procuratori speciali (o *ad negotia*) alla categoria degli “amministratori muniti dei poteri di rappresentanza”).

In particolare, può evincersi *a contrario* dalla giurisprudenza emessa vigente il precedente Codice dei contratti pubblici, che il soccorso istruttorio cd. processuale era sì istituito la cui applicazione da parte delle stazioni appaltanti era auspicabile e incentivata (e questo, per Cons. St., Sez. III, 2 marzo 2017 n. 976, avrebbe evitato effetti eccessivamente gravosi, irragionevoli e sproporzionati sia per la P.A. che per l'impresa: quest'ultima sarebbe privata della possibilità di stipulare il contratto, pur disponendo, in via sostanziale, dei necessari requisiti, col rischio, per la stazione appaltante, di dover risarcire l'impresa aggiudicataria, privata del contratto e della possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio) ma sempre in casi di acclarata carenza documentale e comunque quando era certa l'esistenza del requisito

sostanziale sanabile mediante la produzione postuma del documento. In questi casi, la giurisprudenza ha escluso espressamente un *vulnus* alla *par condicio* tra i concorrenti, in quanto vi sarebbe una “sostanziale disapplicazione della disciplina introdotta dal legislatore, al fine di evitare le esclusioni dalle gare di appalto per ragioni meramente formali, quando sussiste in concreto, e fin dal momento del rilascio della dichiarazione irregolare, il requisito soggettivo richiesto in sede di gara” (così Cons. St. 976/2017, cit.)

3.4.1.2. Orbene, fermo restando quanto già precisato in ordine alle differenze tra il soccorso istruttorio precedente e quello disciplinato dal comma 9 dell'art. 83 del nuovo Codice dei contratti, il caso oggetto del presente giudizio non avrebbe potuto essere oggetto di soccorso istruttorio processuale neppure sotto la vigenza del d.lgs. 163 del 2006, in quanto la cauzione provvisoria rilasciata da un operatore non abilitato equivale a cauzione provvisoria mancante e, come tale, non può in alcun modo essere sanata alla stregua di una mera irregolarità documentale, trattandosi di una precisa carenza degli elementi a corredo dell'offerta, prevista a pena di esclusione dalla *lex specialis*.

Ritenere che il soccorso istruttorio postumo si risolva nella produzione di un documento nuovo, oltretutto formatosi dopo che questa Sezione aveva chiaramente enunciato che la precedente cauzione provvisoria era inutilizzabile (e questo nonostante le parti resistenti avessero tentato in giudizio di difenderne la validità) tradisce non solo il dettato normativo e lo spirito dell'istituto, ma incorre nel marchiano errore di considerarlo alla stregua di una irregolarità documentale, intesa come vizio di forma di un documento già esistente anche se non prodotto e comunque riferibile a una situazione anch'essa esistente e attestabile *ex post*, assimilabile alla produzione di un documento formato *ex novo* che in realtà è solo il simulacro formale di un elemento sostanziale dell'offerta che la parte non

possedeva al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte stesse.

In sintesi, non può utilizzarsi il soccorso istruttorio, sia contestuale che postumo, per consentire la produzione tardiva di un requisito sostanziale (o richiesto a corredo/garanzia dell'offerta) inesistente al momento di deposito dell'offerta presso la stazione appaltante (vedi Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2017 n. 6078; Id., Sez. V, 11 dicembre 2017 n. 5826).

3.4.1.3. Un significativo ausilio interpretativo all'istituto nella sua nuova versione successiva all'aggiornamento delle Direttive europee è dato dalla sentenza della Corte giustizia UE, sez. VIII, 28 febbraio 2018, n. 523, la quale, nell'evidenziare che il soccorso istruttorio di cui all'art. 51 della direttiva 2004/18 si limita a prevedere la semplice possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di invitare coloro che presentano un'offerta nell'ambito di una procedura di gara d'appalto a integrare o a chiarire la *documentazione* da fornire in sede di valutazione delle condizioni di ricevibilità della loro offerta, che dimostri la loro capacità economica e finanziaria e le loro conoscenze o capacità professionali e tecniche, e nel precisare che la Direttiva non specifica le modalità o le condizioni in base alle quali una siffatta regolarizzazione può avvenire, al pt. 48 sancisce che “quando si avvalgono della facoltà prevista all'articolo 51 della direttiva 2004/18, gli Stati membri devono fare in modo di non compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da tale direttiva e di non pregiudicare né l'effetto utile delle sue disposizioni né le altre disposizioni e gli altri principi pertinenti del diritto dell'Unione, in particolare i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità”.

“Il meccanismo del soccorso istruttorio infatti non può essere interpretato nel senso di consentire all'Amministrazione aggiudicatrice di ammettere qualsiasi rettifica a omissioni che, secondo le espresse disposizioni della legge di gara,



devono portare all'esclusione dell'offerente, dovendo l'Amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati (v. in tal senso: CGUE 6 novembre 2014, in C-42/13, *Cartiera dell'Adda*; Id., 10 novembre 2016, in C-199/15 *Ciclat*, C-199/15; Id., 10 ottobre 2013, in C-336/12, *Manova*; Id., 11 maggio 2017, in C-131/16, *Archbus e Gama*), né può agevolare un solo concorrente il quale presenta così una nuova offerta (CGUE 29 marzo 2012, *SAG ELV Slovensko* e a., C-599/10, pt. 40; id., 11 maggio 2017, C-131/16, *Archbus e Gama*, punto 31).”

Inoltre, rileva la Corte, “conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione e cui l'aggiudicazione di appalti conclusi negli Stati membri deve conformarsi, come risulta sia dal considerando 9 della direttiva 2004/17 sia dal considerando 2 della direttiva 2004/18, le misure adottate dagli Stati membri non devono andare al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo (v., in tal senso, sentenze del 16 dicembre 2008, *Michaniki*, C-213/07, pt. 48 e 61; id., 19 maggio 2009, C-538/07, *Assitur*, pt. 21 e 23; id., 23 dicembre 2009, C-376/08, *Serrantonie Consorzio stabile edili*, pt. 33, nonché 22 ottobre 2015, *Impresa Edilux e SICEF*, C-425/14, punto 29)”.

Nello specifico, in linea con la nuova tipologia di soccorso istruttorio regolamentata dal Codice del 2016, il campo applicativo dell'istituto ai vizi della cauzione provvisoria si è molto ristretto e circoscritto ai vizi formali quali, ad esempio, l'allegazione del foglio recante l'autentica notarile della sottoscrizione della cauzione provvisoria presentata da un concorrente (T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 27 luglio 2017 n. 3990).

Che non sia possibile procedere al soccorso istruttorio in casi analoghi a quello oggetto del presente giudizio, ossia per il caso di cauzione prestata da intermediari

non iscritti o cancellati dall'albo di cui all'art. 106 TUB, lo confermano anche ulteriori interventi giurisprudenziali (Cons. St., sez. IV, 05 maggio 2016, n. 1803).

3.4.2. In secondo luogo, va ribadito che nel caso di specie l'obbligatorietà dell'allegazione della cauzione provvisoria all'offerta era direttamente desumibile dal combinato disposto del par. III.1.6. del bando e dal par. VI del Disciplinare, laddove si prevede che “si procederà all'esclusione delle offerte nei seguenti casi: [...] i) *mancata costituzione della cauzione provvisoria*”.

Non vi sono quindi dubbi in ordine alla circostanza che la legge di gara abbia richiesto come obbligatoria l'esistenza di una regolare cauzione provvisoria costituita già al momento della valutazione delle offerte, e rilevante ai fini dell'esclusione.

3.4.3. Per completezza, trattandosi di argomento assai attuale e controverso, il Collegio evidenzia che l'incertezza giurisprudenziale sulla obbligatorietà della costituzione della cauzione provvisoria sin dal momento della presentazione dell'offerta (e, di conseguenza, sulla sanzione applicabile in caso di omissione) è legata al fatto che il Codice dei contratti (anche nella precedente formulazione) non stabilisce una sanzione specifica in ordine all'omissione di tale adempimento, limitandosi a affermare che “l'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata *garanzia provvisoria*” (art. 93, comma 1 d.lgs. 50/2016; art. 75 d.lgs. 163 del 2016).

Sul punto, diverse pronunce dei giudici amministrativi sono favorevoli a ritenere che la cauzione provvisoria non assume la configurazione di un requisito di ammissione alla gara, che deve essere già posseduto entro il termine di presentazione delle offerte, ma costituisce una garanzia di serietà dell'offerta e di liquidazione preventiva e forfettaria del danno, in caso di mancata sottoscrizione del contratto di appalto imputabile al concorrente a titolo di dolo o colpa e/o di esclusione dalla gara per l'assenza dei requisiti di ammissione (Cons. St., sez. IV, 6

aprile 2016 n. 1377 che conferma Tar Lazio Sez. III ter, 10 giugno 2015 n. 8143; Tar Basilicata 27 luglio 2017 n. 531); di conseguenza non possono essere esclusi dalla gara gli offerenti che hanno stipulato la cauzione provvisoria dopo la presentazione dell'offerta e/o dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, quando il periodo di 180 giorni della sua efficacia retroagisce dalla data di presentazione dell'offerta,.

Per contro, la giurisprudenza maggioritaria (Corte cost., ord., 13 luglio 2011, n. 211; Cons. St., sez. V, 24 novembre 2011, n. 6239; id., sez. V, 9 novembre 2010, n. 7963; id., sez. V, 5 agosto 2011, n. 4712; id., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746; id., sez. V, 8 settembre 2008, n. 4267; id., sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6768) nonché le Autorità di settore (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, determinazione n. 1 del 2010), così come richiamati e condivisi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 34 del 10 dicembre 2014, ritengono che la cauzione costituisca parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo della stessa; sicché essa si pone come strumento di garanzia della serietà ed affidabilità dell'offerta che vincola le imprese partecipanti ad una gara pubblica all'osservanza dell'impegno assunto a rispettarne le regole, responsabilizzandole, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti; l'escussione della cauzione provvisoria si profila quindi come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica.

Discende da ciò (vedi Determinazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 1 dell'8 gennaio 2015 e successivo Comunicato del Presidente del 1° luglio 2015) che, pur ritenendosi sanabili (dopo l'entrata in vigore del combinato disposto dell'art. 38, comma 2-*bis* e 46, comma 1-*ter* del d.lgs. 163 del 2016) le ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, ciò è escluso qualora quest'ultima non sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta e non rispetti la previsione di cui all'art. 75, comma 5 del Codice, vale a

dire decorra da tale data, pena l'alterazione della parità di trattamento tra i concorrenti.

Sotto la vigenza dell'art. 93 si segnalano, in senso conforme, Cons. St., sez. V, n. 2181 del 10 aprile 2018, T.A.R. Lazio, sez. I, 18 gennaio 2017 n. 878, Tar Sardegna, sez. I, 21 aprile 2017, n. 275 (che esclude anche il soccorso istruttorio, posto, infatti, che, “ai sensi dell'art. 83, Nuovo Codice degli Appalti, il soccorso istruttorio è previsto solo per le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, tale non potendosi qualificare l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria”, per cui rispetto a tale impegno, “è posto, in capo alle ditte partecipanti alle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, un preciso obbligo, a pena di esclusione”).

3.4.3.1. Il Collegio aderisce a quest'ultimo orientamento, in quanto più aderente al testo del Codice dei contratti, più conforme alla funzione dell'istituto e più coerente rispetto alla nuova disciplina dettata in tema di soccorso istruttorio, non dovendosi più giustificare, sotto un profilo sistematico, il previgente art. 75 con gli artt. 38 comma 2-*bis* e 46 co. 1 *ter* del d.lgs. 163/2016; infatti, attualmente, la disciplina del soccorso istruttorio di cui all'art. 83 co. 9 d.lgs. 50/2016 non giustifica, come già detto, regolarizzazioni postume che non abbiano carattere meramente formale, sì che in caso di omessa prestazione della cauzione provvisoria o di allegazione di una cauzione invalida nessun rimedio postumo è esercitabile, e l'esclusione dell'impresa inadempiente dalla gara è l'unica soluzione possibile per la stazione appaltante.

3.5. Le vicende di gara, la conferma – da parte di Trenitalia nella nota di avvio del soccorso istruttorio postumo - in ordine alla necessità della sostituzione della cauzione originaria e la circostanza che sin dall'inizio la Martos Fin Capital non potesse rilasciare alcun tipo di garanzia in quanto cancellata dall'elenco di cui

all'art. 106 TUB, non lasciano dubbi in ordine all'assenza della allegazione della cauzione provvisoria a corredo della domanda dell'RTI aggiudicatario Ferrosud.

Ne discende che Ferrosud, fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento, non era in possesso del prescritto requisito della polizza, così come richiesta dal bando e dal disciplinare di gara a pena di esclusione.

3.6. In forza delle motivazioni rese in precedenza dal Collegio in ordine all'inapplicabilità del soccorso istruttorio postumo, alla natura della cauzione provvisoria e al regime al quale è assoggettata l'impresa che non l'abbia prodotta nei termini o ne abbia prodotta una invalida, deve essere accolto il ricorso dell'RTI Vuolo Taddeo (RG 1023/18) e decretata l'esclusione dell'RTI Ferrosud dalla gara oggetto del presente giudizio.

4. La suesposta decisione conferma l'interesse della CAR all'esame delle censure prospettate nel ricorso presentato contro la medesima gara.

La CAR, terza classificata, ha contestato l'ammissione sia della prima che della seconda classifica impugnando, al contempo, l'intervenuta aggiudicazione.

Tuttavia, all'esito dell'accoglimento del ricorso di Vuolo contro Ferrosud, le censure di CAR che hanno riguardo alla ditta prima classificata perdono di interesse e non necessitano di scrutinio specifico (fermo restando che in parte coincidono con quelle prospettate contro la seconda classificata Vuolo).

Parimenti, le eccezioni mosse alla CAR in ordine alla presunta carenza di interesse al ricorso, stante la posizione di terza classificata, perdono anch'esse di interesse in quanto, per effetto della riunione dei ricorsi e della sopra accertata esclusione di Ferrosud, è possibile attribuire alla CAR la posizione di seconda classificata, con un chiaro interesse alla decisione del gravame.

5. Con il primo motivo di ricorso la CAR ha contestato ad entrambe le prime due imprese classificate, quindi anche alla Vuolo, la violazione dell'art. 83 del codice dei contratti, e del punto III.1.3 del bando di gara.

La Vuolo sarebbe stata priva dei requisiti di capacità professionale e tecnica richiesti dal bando di gara, con riguardo al possesso di un fatturato specifico, in quanto, secondo la ricorrente, in caso di RTI (e di Consorzio) i requisiti devono essere posseduti da tutti i componenti del raggruppamento e non possono essere frazionati in proporzione alle quote di partecipazione al raggruppamento delle imprese facenti parte dello stesso.

Ciò in quanto, base al tenore letterale del bando di gara, sarebbero frazionabili solo i requisiti di capacità economica e finanziaria (il punto III.1.2 richiede, ai fini della dimostrazione della capacità economica e finanziaria, il possesso di un fatturato medio annuo, riferito al triennio 2014-2016, non inferiore ad € 6.724.602,00, con la precisazione che “in caso di concorrenti costituiti da raggruppamenti o Consorzi, il suddetto requisito dovrà essere posseduto da ciascuna impresa componente il raggruppamento, ovvero dai consorziati, in misura proporzionale alla quota di partecipazione”) ma non i “livelli minimi” di capacità professionale e tecnica, che, a ben vedere, sono stati determinati in misura pari ad appena 1/4 dell’importo contrattuale (al punto III.1.3 si richiede, ai fini della dimostrazione della capacità professionale e tecnica, il possesso di un fatturato specifico, quale livello minimo di capacità richiesto, e in caso di partecipazione alla gara di operatori economici di cui all’art. 45, comma d, lettere d), e), f) e g) -così come pure dei Consorzi- i livelli minimi di capacità professionale e tecnica “dovranno essere posseduti da tutti i membri di detti operatori economici” ovvero “dal consorzio e da ciascuno dei consorziati per conto dei quali il consorzio partecipa alla gara.”

5.1. Il Collegio, in sede cautelare, aveva condiviso la censura articolata dalla CAR e per tale motivo aveva sospeso la gara in attesa della decisione sul merito.

In particolare, nel confermare la correttezza dell’interpretazione data dal confronto dei due paragrafi del bando (III.1.2. e III.1.3.) rispetto alla non frazionabilità dei requisiti di capacità professionale e tecnica, si era ritenuta non rilevante, ai fini di

una diversa decisione in quella fase, la risposta data da Trenitalia al quesito n. 1 posto dalle imprese partecipanti, con il quale la stazione appaltante confermava che “in caso di partecipazione alla gara da parte di raggruppamenti temporanei, il requisito tecnico del fatturato medio annuo di cui all’art. III.1.3 lettera a) dovrà essere posseduto da tutti i membri del raggruppamento in misura proporzionale alla quota di partecipazione, analogamente a quanto prescritto per il requisito di capacità economica e finanziaria”.

5.2. *Melius re perpensa*, il Collegio attribuisce una rilevanza diversa al chiarimento fornito dalla stazione appaltante in data 25 luglio 2017, la quale, in risposta ad apposito quesito, aveva confermato senza indugio la possibilità di frazionare tra le partecipanti al raggruppamento, in misura proporzionale alla quota di partecipazione, anche il requisito della capacità tecnica (fatturato medio annuo).

Il chiarimento era stato reso quando il termine per la presentazione delle offerte (4 agosto) era ancora aperto, essendo stato prorogato al 7 settembre 2017 sin dal 28 luglio, sicchè qualsiasi impresa avesse desiderato partecipare, anche in RTI, avrebbe potuto farlo tenendo conto dell’avvenuto chiarimento.

Pertanto, a differenza di quanto ritenuto ad una prima delibazione dell’affare, non può ravvisarsi violazione della *par condicio* posto che le modalità di pubblicazione del chiarimento (sito della stazione appaltante) erano visibili a tutte le imprese interessate alla partecipazione, e l’ampia proroga dei termini consentiva a qualsiasi potenziale concorrente di calibrare l’offerta sulla base di quanto comunicato da Trenitalia in risposta al quesito.

Tanto è che sia la Vuolo che la Car hanno presentato le rispettive offerte il 4 settembre 2017 (cfr. atti).

5.2.1. Convince inoltre l’ulteriore riflessione, sviluppata nella memoria difensiva dell’RTI Vuolo depositata in vista dell’udienza di discussione del merito, in ordine alla corretta interpretazione da dare al bando laddove dispone che in caso di

partecipazione in RTI, i requisiti di capacità tecnico-professionale “*dovranno essere posseduti da tutti i membri di detti operatori economici*”, intendendosi con ciò che *tutti* i componenti di un RTI debbano essere in possesso del requisito, ma non – come sostiene la ricorrente – che tutti debbano possedere il requisito per intero, potendo lo stesso essere frazionato e, quindi, posseduto anche *pro quota*.

In quest’ottica, la risposta positiva fornita da Trenitalia al quesito sulla frazionabilità non potrebbe in alcun modo assumere le caratteristiche di integrazione esterna del bando (normalmente vietata come affermato da giurisprudenza costante e nota al Collegio, tra cui Cons. St., sez. V, 05 febbraio 2018, n. 730; id., sez. V, 24 aprile 2017 n. 1903; id., 23 settembre 2015, n. 4441; id., sez. III, 26 agosto 2016 n. 3708; id., sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154), bensì va considerata per quella che effettivamente è, una “interpretazione autentica” del testo, sempre possibile nelle ipotesi in cui non è ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dalla stazione appaltante e il tenore delle clausole chiarite (Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2015, n. 1898), senza funzione integrativa della *lex specialis* e senza essere vincolante per la commissione aggiudicatrice.

Infatti, la stazione appaltante non può discostarsi dalle regole da essa stessa fissate e alle quali si è autovincolata (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II quater, 21 novembre 2016, n. 11560), e nemmeno può interpretare le suddette regole in modo palesemente contrario al suo chiaro tenore testuale (T.A.R. Lazio, sez. I quater, 22 febbraio 2018 n. 2058); tuttavia, può intervenire nei casi in cui il chiarimento rivesta caratteri, per così dire, di “neutralità” rispetto ai contenuti del bando e alla partecipazione alla gara, o meglio quando “è l’oggettiva incertezza della legge a far sì che la risposta della pubblica amministrazione appaltante ad una richiesta di chiarimenti avanzata dai concorrenti non costituisca un’indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara, ma una sorta d’interpretazione autentica con cui la stazione appaltante chiarisce la propria volontà provvedimentale in un primo



momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*; in effetti i chiarimenti operano a beneficio di tutti e - laddove trasparenti, tempestivi, ispirati al principio del *favor participationis* e, resi pubblici - non comportano, se giustificati da un'oggettiva incertezza della legge di gara, alcun pregiudizio per gli aspiranti offerenti, tale da rendere preferibile, a dispetto del principio di economicità, l'autoannullamento del bando e la sua ripubblicazione“ (così Cons. St., sez. III 07 febbraio 2018 n. 781).

Questo è quanto avvenuto nel caso concreto, posto che l'interpretazione letterale *a contrario* offerta dalla ricorrente, e in un primo momento condivisa dal Collegio, ben può disattendersi laddove si dia al testo il senso che *tutti* i candidati debbano possedere il requisito in questione, ma non necessariamente per l'intero; il che, sotto un profilo logico, non contrasta affatto né con la *ratio* della costituzione di RTI/ATI, né con una possibile differenza tra requisiti di partecipazione tecnici ed economici in termini di frazionabilità delle quote possedute da ciascun associato, così come ritenuto da Trenitalia.

5.2.2. D'altro canto, la *ratio* del raggruppamento di imprese è quella di ampliare la platea dei possibili concorrenti, consentendo ai soggetti privi dei requisiti necessari di partecipare singolarmente alla procedura competitiva oppure di accedervi in associazione con altri operatori economici, anche al fine di acquisire esperienze e elementi curriculari da poter spendere in successivi affidamenti.

Non avrebbe quindi senso limitare la partecipazione alle sole ATI i cui membri siano già in possesso singolarmente dei requisiti di capacità economica di accesso; una clausola di tal guisa, inoltre, sarebbe in contrasto col principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, co. 8, d. lgs. 50/2016.

Discorso diverso deve essere fatto, invece, per gli altri elementi previsti dall'art. III.1.3 del bando che riguardano il possesso di certificazioni di qualità, ambientali e tecniche che per la loro stessa natura non sono frazionabili e che, comunque,

riguardano determinate abilitazioni e certificazioni di cui, ovviamente, devono essere in possesso tutti i partecipanti.

Pertanto, alla luce delle suesposte considerazioni, la censura va disattesa.

6. Anche il secondo motivo di ricorso non è fondato.

La CAR contesta alla Vuolo Taddeo la violazione dell'art. 89 d.lgs. 50/2016 nell'ambito dell'avvalimento "interno" posto in essere con la società mandante Metalmeccanica, una prima volta in qualità di ausiliaria (la Vuolo ha fornito ausilio sul fatturato specifico relativo ai lavori di smontaggio e montaggio arredi, per un importo medio annuo di € 265,000,00, e sul fatturato specifico relativo alle attività di carpenteria cassa per un importo medio annuo di € 80.000,00), una seconda volta in qualità di ausiliata (con separato contratto la Metalmeccanica s.r.l., quale ausiliaria, ha messo a disposizione della Vuolo il fatturato specifico relativo alle attività di verniciatura arredi e pellicolatura, per un importo medio annuo di € 700.000,00).

Secondo la ricorrente, questo tipo di avvalimento riguarderebbe i requisiti di capacità tecnica e professionale e sarebbe nullo in quanto non sarebbero state messe a disposizione risorse materiali, ma solo finanziarie: il che sarebbe legittimo in caso del cd. "avvalimento di garanzia" (ovvero quando l'avvalimento riguardi il fatturato, globale o specifico, inteso quale requisito di capacità economica e finanziaria) ma non nel caso di ausilio per i requisiti tecnici e professionali.

6.1. La censura è priva di pregio e muove dall'erroneo presupposto che, nel caso di specie, il requisito in parola riguardi la capacità tecnico-professionale e non quella economico-finanziaria. Infatti, se pure l'indicazione è contenuta nel già citato punto III.1.3) del bando ("Capacità professionale e tecnica"), esso mette in diretta correlazione capacità e fatturato.

In particolare, tra i "livelli minimi di capacità richiesti", oltre a tutta una serie di certificazioni, al punto a) si richiede un "*fatturato medio annuo, realizzato nel triennio*

2014-2016, riferito ad attività analoghe a quelle oggetto della gara svolte su mezzi destinati al trasporto viaggiatori, non inferiore al seguente importo: € 3.362.301,00 (al netto dell'IVA) suddiviso come segue: - Smontaggio e montaggio arredi: nella misura pari al 52,50%, equivalente a € 1.765.208,00; - Verniciatura arredi e pellicolatura cassa: nella misura pari al 52%, equivalente a € 1.075.956,52; - Carpenteria cassa: nella misura pari al 15,50%, equivalente a € 521.156,68;”, con la precisazione che in caso di partecipazione alla gara da parte di RTI, detti requisiti dovranno essere posseduti da tutti i membri di detti operatori economici.

Ne discende che è legittimo e validamente prestato l'avvalimento interno e reciproco, per cui la Metalmeccanica s.r.l. si è obbligata a fornire all'impresa ausiliata Vuolo l'integrazione al fatturato specifico medio annuo di impresa conseguito nel triennio 2014-2016 per le attività di “verniciatura arredi e pellicolatura cassa”, e, viceversa, la Vuolo ha integrato il fatturato della Metalmeccanica, per il medesimo triennio, per le attività di “smontaggio e montaggio arredi” nonché di “carpenteria cassa”. Il tutto proporzionato a quanto previsto in base alle rispettive quote di partecipazione al Raggruppamento (85% per Vuolo, 15% per Metalmeccanica) e come dettagliatamente illustrato dalla difesa di parte (cfr. docc. 15 e 16 prod. Vuolo).

Infatti, l'assunzione dell'obbligo di messa a disposizione del fatturato specifico mancante in relazione alle singole attività è più che sufficiente per considerare rispettata la previsione del bando, e quindi non coglie nel segno la censura di parte ricorrente la quale ha affermato che, nel caso di specie, il prestito del fatturato specifico richieda anche la elencazione, all'interno del contratto di avvalimento, di tutti i mezzi aziendali offerti dalla ditta ausiliaria a sostegno del prestito del requisito.

Se l'avvalimento consiste nella messa a disposizione di mezzi finanziari, infatti, esso costituisce comunque un avvalimento di garanzia, nel quale la prestazione

oggetto specifico dell'obbligazione è costituita *non* già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliata munendola, così, di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando (Cons. St., sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032).

È evidente che la serietà dell'impegno non può essere messa in discussione in quanto ciò emerge dal rispettivo duplice impegno assunto dalle imprese in questione (che non solo hanno sottoscritto reciproci contratti di avvalimento, ma sono anche legate dall'accordo interno al raggruppamento). Emerge con chiarezza, in sintesi, quella che la giurisprudenza recente qualifica come "impegno contrattuale a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale della prima, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità; l'impresa ausiliaria, per effetto del contratto di avvalimento, deve quindi diventare, di fatto, un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario, poiché solo in caso di avvalimento c.d. tecnico o operativo (che quindi abbia ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria) sussiste l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di determinate risorse; tuttavia tale impegno a diventare un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario non può risultare nel contratto in modo generico e quale semplice formula di stile, ma deve essere in qualche modo determinato o, quantomeno, determinabile, poiché l'impegno contrattualmente assunto dall'ausiliaria deve ritenersi completo, concreto, serio e determinato, nella misura in cui attesta la messa a disposizione del fatturato e delle risorse eventualmente necessarie e contenga un vincolante impegno finanziario nei confronti della stazione appaltante, non risultando invece necessari "la quantificazione ed il trasferimento

delle risorse finanziarie oggetto del predetto impegno finanziario, anche considerato che quest'ultimo appare del tutto imprevedibile nel contenuto al momento della sottoscrizione del contratto di avvalimento” (così Cons. St., sez. III, 5 marzo 2018 n. 1339, ma vedi, dettagliatamente, sez. V, 14 febbraio 2018 n. 953, la quale ha chiaramente enunciato la differenza che corre tra i due tipi di avvalimento e i contenuti dei rispettivi contratti: i) l'avvalimento *di garanzia* ricorre nel caso in cui l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento (Cons. St., sez. III, 7 luglio 2015 n. 3390; id., 7 giugno 2014 n. 3057); è tale l'avvalimento che ha ad oggetto i requisiti di carattere economico – finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico; ii) l'avvalimento *operativo* ricorre invece quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico – organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto. È tale l'avvalimento che ha ad oggetto i requisiti di capacità tecnico – professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale dell'ausiliaria; iii) nell'avvalimento di garanzia non è necessario che nel contratto siano specificatamente indicati i beni patrimoniali o gli indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria, essendo sufficiente che essa si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio di esperienza (cfr. con specifico riguardo al requisito del fatturato globale o specifico, Cons. St., sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973; id., sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422; id., sez. V, 22 dicembre 2016, n. 5423; id., sez. III, 17 novembre 2015, n. 5703 e 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041); iv) nell'avvalimento operativo è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto con la precisazione, di cui a Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23, per cui

“l’articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010, per la parte in cui prescrive che il contratto di avvalimento debba riportare *in modo compiuto, esplicito ed esauriente [...] le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico*, non legittim[a] né un’interpretazione volta a sancire la nullità del contratto a fronte di un oggetto che sia stato esplicitato in modo (non determinato, ma solo) determinabile, né un’interpretazione volta a riguardare l’invalidità del contratto connessa alle modalità di esplicitazione dell’oggetto sulla base del c.d. “requisito della forma-contenuto”.

6.1.1. I suddetti principi valgono anche con riferimento a quanto richiesto dal punto III.1.3. del bando, in quanto i livelli minimi di capacità risultano attestati dal possesso del relativo fatturato senza che sia necessario indicare i mezzi mediante i quali tale fatturato si è realizzato, e questo conformemente ai principi sopra enunciati sull’avvalimento di garanzia.

6.1.2. Va altresì ribadito che l’Adunanza plenaria 23 del 2016 ha ritenuto che l’invalidità di un contratto di avvalimento andrà individuata, secondo l’ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1325 e 1346 c.c., soltanto nelle ipotesi in cui l’oggetto del contratto non risulti determinato, né determinabile.

Il Consiglio di Stato ha quindi fornito una interpretazione rispettosa dei principi di concorrenza e non formalista, confermando il ruolo dell’avvalimento ai fini della massima partecipazione delle imprese alle gare indette dalle amministrazioni, e evidenziando che l’interpretazione del contratto deve tener conto del caso concreto e della peculiarità e degli interessi che lo caratterizzano

Pertanto, fermo restando che, come detto, la questione della determinabilità dell’oggetto del contratto riguarda per lo più il cd. avvalimento operativo e non quello di garanzia, va comunque evidenziato che nel caso di specie è perfettamente delineato nei contenuti il doppio avvalimento interno al raggruppamento in cui l’ausiliaria (Vuolo Taddeo s.r.l. in un caso, e Metalmeccanica s.r.l. nell’altro) esegue

direttamente, secondo le quote di partecipazione all'RTI, le attività per le quali è richiesta la capacità ex art. III.1.3.) lett. a) del bando.

7. Il terzo, il quarto e il sesto motivo di ricorso riguardano l'RTI Ferrosud e pertanto non sono oggetto di esame da parte del Collegio, stante la disposta esclusione dell'originaria aggiudicataria, sicchè nei confronti della stessa vi è una chiara perdita di interesse al ricorso da parte di CAR, con conseguente parziale improcedibilità del ricorso RG 1078/2018.

8. Resta quindi da esaminare la quinta censura, diretta contro l'RTI Vuolo Taddeo, con la quale CAR contesta la violazione del disciplinare di gara e del capitolato tecnico, per errata attribuzione del punteggio in relazione alla qualità delle pellicole, per mancata presentazione della relazione di accompagnamento prevista dal disciplinare di gara e per l'allegazione di prove di laboratorio relative a prodotti diversi da quelli indicati nelle schede tecniche, e con dati asseritamente incongruenti.

8.1. Va precisato che l'appalto *de quo* richiede l'esecuzione, tra gli altri, di interventi di pellicolatura delle carrozze, ossia la posa in opera di una pellicola ricoperta da un film trasparente antigraffiti. Il disciplinare di gara (par. VIII) prevede l'attribuzione fino ad un massimo di 20 punti per la "qualità delle pellicole", e segnatamente fino a 10 punti per la tipologia e qualità delle pellicole impiegate, e fino a 10 punti per l'adesività della pellicola/film trasparente. Nel capitolato tecnico sono richiamate le specifiche tecniche in cui sono indicate le caratteristiche che le pellicole da porre in opera devono possedere.

Non vi è contestazione sul fatto che la Vuolo abbia prodotto una pellicola CAST, nonostante nel ricorso la CAR abbia fatto riferimento (facendo ipotizzare una censura sul punto) alla pellicola "calandrata": nella memoria di replica depositata il 12 maggio 2018, la stessa CAR ha dato atto che trattavasi di un refuso.

8.2. Secondo la ricorrente CAR, l'RTI Vuolo:

- non ha prodotto una propria relazione tecnica, e non ha specificato qual è la tipologia di pellicola offerta;
- avrebbe prodotto una scheda tecnica relativa ad una pellicola denominata “CAST serie 7850 Esabodyguard Film Avery”, ed una scheda tecnica relativa al rivestimento antigraffiti individuato con il n. 7136;
- ha allegato un documento della “Esanastri” da cui risulta che le prove non erano state concluse; ed ha quindi prodotto “estratto di un rapporto di prova CSI per la stessa famiglia di prodotto pellicola CAST serie 7850, e quindi con le stesse caratteristiche tecniche richieste dalla ST”;
- posto che la stazione appaltante, con una integrazione del bando, aveva precisato che le specifiche tecniche da applicare erano quelle oggetto della Revisione n. 9, la Vuolo ha prodotto un rapporto di prova del CSI n. 0940/FPM/MATa/13 redatto in relazione alla Revisione n. 7, contenente parametri non aggiornati. Lo stesso rapporto di prova, secondo la ricorrente, sarebbe “relativo ad una pellicola “Esa bodyguard Film Avery 7850+7110 (cioè una pellicola con film antigraffiti codice 7110) mentre l’offerta riguarda un film antigraffiti codice 7136”;
- avrebbe prodotto prove di laboratorio con dati palesemente falsati e/o incongruenti relativi agli spessori delle pellicole (vedi rapporto di prova della Pontilab n. 3741P17), nei quali la somma degli spessori dei due componenti non corrisponde mai alla misura indicata come spessore totale; tali misurazioni, inoltre, non sarebbero compatibili con quelle risultanti dalle schede tecniche, in cui è indicato per il Film “7850” uno spessore di 50  $\mu\text{m}$ , e per l’antigraffiti uno spessore di 36  $\mu\text{m}$ .

In sintesi, secondo la ricorrente, mancando prove di laboratorio congruenti con i prodotti oggetto delle schede tecniche, al RTI Vuolo non avrebbe dovuto essere attribuito alcun punteggio per le pellicole, con conseguente collocamento della CAR al primo posto della graduatoria.



8.3. Anche questa censura non coglie nel segno.

La difesa di parte ricorrente ha debitamente smentito le prospettazioni avversarie, con argomentazioni che il Collegio condivide anche perché basate sui documenti in atti.

8.3.1. La Vuolo ha offerto una pellicola “CAST”, che consente l’attribuzione di 10 punti, il cui complesso autoadesivo è composto da un FILM colorato di PVC (CAST) accoppiato ad un FILM di Poliestere antigraffiti. Il Cast (PVC) è denominato 7850 Bodyguard Film e il poliestere “Poliestere 7136”.

Il complesso così composto prende il nome di: “Pellicola serie Cast 7850 ESA Bodyguard Film Avery + Poliestere Antigraffiti 7136”.

8.3.2. Con riguardo alla contestazione circa la mancata conclusione delle prove tecniche, la Vuolo ha dimostrato in giudizio che la Esanastri, presso il laboratorio PONT-LAB di Pontedera, aveva tutto il materiale occorrente per completare le prove richieste dalla specifica 371497 esp.9 (tale specifica è individuata dal Collegio nel doc. 35 prod. Ferrosud).

Tale prova, che richiede l’invecchiamento di 1500 ore, per poter poi determinare il ritiro, la variazione del colore e dell’aspetto, al momento della presentazione dell’offerta di gara non era ancora pronta, in quanto Trenitalia aveva effettuato una richiesta di revisione il 25 luglio 2017 (doc. 11 prod. Vuolo) sicché la prova sarebbe stata completata circa 63 giorni dopo tale data, quindi approssimativamente alla fine di settembre.

La revisione chiesta era stata dettata dalla intervenuta modifica della livrea da adottare sulle carrozze MD; la fornitura della pellicola avrebbe comunque dovuto rispondere alle prescrizioni tecniche riportate nelle ST. 371497, esp. 9, che Trenitalia aveva allegato in copia.

La Vuolo ha quindi dimostrato che, poiché al momento della consegna della documentazione la prova non era ancora terminata, erano state depositate i

rapporti di PONT-LAB n.3741P17 e 4033P17 delle prove concluse e anche i rapporti della pellicola ESABodyguard Film Avery secondo la ST. Trenitalia 371497 esp.7 (doc. 34 prod. Ferrosud) per dimostrare che le caratteristiche della pellicola, anche cambiando lo spessore del poliestere 7136 (da > 25 micron dell'esp.7 a > 30 micron dell'esp.9), non subiva sostanziali differenze e rientrava nei parametri richiesti dalle ST. 371497 esp.9.

È corretto quanto affermato dalla Vuolo, ossia che nei rapporti di prova PONT-LAB n.4033PI7 e 3741PI7 lo spessore del complesso autoadesivo, lo spessore del poliestere (solo il FILM senza l'adesivo), l'adesività del trasparente antigraffiti su pellicole colorate, la misura del colore, il potere coprente, la resistenza alla trazione, la stabilità dimensionale rientravano nei parametri richiesti da Trenitalia, che ha ritenuto soddisfacente la documentazione prodotta.

È pertanto irrilevante che il rapporto di prova del CSI n. 0940/FPM/MATa/13 (all. 14 prod. Vuolo) sia redatto in relazione alla ST Trenitalia 371497 rev. 07, circostanza chiaramente nota alla stessa Vuolo: esso dimostra, infatti, che la famiglia della pellicola Esa Bodyguard FILM Cast 7850 ha superato anche i test richiesti con il Poliestere Antigraffiti 7110 di più basso spessore rispetto a quello della pellicola richiesto da Trenitalia nella gara oggetto del presente giudizio, che, come detto, è di spessore più elevato.

8.3.3. Quanto alla contestazione circa l'erroneità/incongruenza delle prove di laboratorio presentate dal RTI Vuolo con i prodotti oggetto delle schede tecniche, che, a detta della ricorrente, conterrebbero dati palesemente falsati e/o incongruenti e determinerebbero l'assegnazione di punteggio "zero", si dimostra coerente e fondata la difesa dell'impresa controinteressata laddove afferma che la CAR ha fornito una lettura errata del rapporto di prova della Pontlab n. 3741P17 (all. 13 prod. Vuolo).

La CAR sostiene che “la somma degli spessori dei due componenti non corrisponde mai alla misura indicata come spessore totale e che le suddette misurazioni indicate da Vuolo non sono compatibili con quelle risultanti dalle schede tecniche, in cui è indicato per il Film “7850” uno spessore di 50  $\mu\text{m}$ , e per l’antigraffiti uno spessore di 36  $\mu\text{m}$ , per un totale di 86  $\mu\text{m}$ , misura che non trova riscontro tanto nello “spessore totale” indicato al rigo 1 dell’offerta di Vuolo (in cui sono indicati spessori di 194, 146, 138 e 145  $\mu\text{m}$ ), quanto nello spessore risultante dalla somma dello spessore dei due componenti (169, 116, 112, 117  $\mu\text{m}$ ). In realtà, come prospettato da Vuolo e come risulta dall’offerta presentata, la somma indicata dalla CAR non ha tenuto conto, come avrebbe dovuto (vedi ST Trenitalia) del collante del poliestere (25  $\mu\text{m}$ ) nonché di quello della pellicola (30), per un totale complessivo di 141  $\mu\text{m}$ .

Ne discende che, sotto un profilo tecnico, l’offerta di Vuolo non presenta le illegittimità prospettate da CAR e, seguendo l’ordine di graduatoria già elaborato dalla stazione appaltante, determina l’aggiudicazione della gara in favore della seconda classificata.

9. In conclusione, il ricorso RG 1023/2018 presentato dall’RTI Vuolo avverso il provvedimento di aggiudicazione del 12 febbraio 2018 in favore di Ferrosud S.p.A, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI come in epigrafe indicato, va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Il ricorso RG 1078/2018 presentato da Car Segnaletica Stradale s.r.l. avverso il medesimo provvedimento, va in parte dichiarato improcedibile, in parte respinto.

Per l’effetto, deve disporsi l’annullamento della ammissione dell’RTI Ferrosud dalla gara oggetto del giudizio e, quindi, dell’aggiudicazione disposta in suo favore, con ogni conseguente statuizione della stazione appaltante in ordine al prosieguo della stessa.

9.1. Le spese seguono la soccombenza in entrambi i giudizi e si liquidano come da dispositivo, compensandosi con la sola Ferrosud S.p.a. nel giudizio RG 1078/2018, per giusti motivi alla luce dell'esito della decisione relativa al giudizio RG 1023/2018, fatta eccezione per il contributo unificato che resta comunque integralmente a carico della parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, previa riunione dei ricorsi RG 1023/2018 e 1078/2018, come in epigrafe proposti:

- ) accoglie il ricorso (RG 1023/2018) proposto da Vuolo Taddeo S.r.l., in proprio e nella qualità indicata in epigrafe, e per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione del 12 febbraio 2018, in favore di Ferrosud s.p.a., della gara a procedura aperta n. 6751231 bandita da Trenitalia s.p.a.;
- ) dichiara in parte improcedibile, in parte respinge, il ricorso (RG 1078/2018) proposto da Car Segnaletica Stradale s.r.l. avverso il medesimo provvedimento di aggiudicazione;
- ) condanna in solido Ferrosud s.p.a. e Trenitalia s.p.a. al pagamento delle spese del giudizio RG 1023/2018 in favore di Vuolo Taddeo s.r.l., che liquida in complessivi euro 3500,00 (tremilacinquecento/00) oltre accessori di legge e contributo unificato;
- ) condanna Car Segnaletica Stradale s.r.l. al pagamento delle spese del giudizio RG 1078/2018 in favore di Vuolo Taddeo s.r.l. e Trenitalia s.p.a., che liquida in euro 2000,00 (duemila/00) cadauna;
- ) compensa le spese tra Car Segnaletica Stradale s.r.l. e Ferrosud s.p.a. nel giudizio RG 1078/2018, fatta eccezione per il contributo unificato che resta integralmente a carico della parte ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Michele Buonauro, Consigliere

Maria Barbara Cavallo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Maria Barbara Cavallo**

**IL PRESIDENTE**  
**Anna Pappalardo**

IL SEGRETARIO

LAVORIPUBBLICI