

APPALTI: 1. Contratti della P.A. - Gara - Avvalimento - Accordo negoziale - Interpretazione - Criteri. 2. Contratti della P.A. - Bando e lettera d'invito - Dimostrazione del progresso svolgimento di servizi analoghi - Nozione di servizi analoghi e di settore oggetto dell'appalto - Elementi distintivi rispetto alla nozione di servizi identici.

Cons. Stato, Sez. V, 12 luglio 2023, n. 6826

1. “[...] Il contratto di avvalimento va interpretato secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e buona fede delle clausole contrattuali, poiché il risultato ultimo dell’indagine è verificare se la specificazione delle risorse prestate soddisfa l’obbligo imposto dal codice dei contratti pubblici di porre la stazione appaltante in condizione di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall’ausiliaria nei confronti della concorrente e di verificare che la messa a disposizione in sede di gara non sia meramente cartolare corrispondendo, invece, ad una prestazione effettiva di attività ed i mezzi da un’impresa all’altra [...]”.

2. “[...] in tema di gare pubbliche, per servizi “analoghi” non deve intendersi servizi “identici”, essendo necessario ricercare elementi di similitudine fra i diversi servizi considerati, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell’appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Almaviva – The Italian Innovation Company S.p.A. e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti già Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell’udienza pubblica del giorno 13 aprile 2023 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Di Giandomenico, Di Nitto, Ruggiero e dello Stato Lubrano Lobianco;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando del 21 maggio 2021 il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili – Comando generale del Corpo delle Capitanerie di Porto ha indetto una procedura di gara aperta per l’affidamento dei servizi di gestione del sistema VTS (Vessel Traffic Services) della durata di 36 mesi, inclusa l’opzione fino a ulteriori 36 mesi per l’erogazione di ulteriori servizi, per un importo stimato complessivo di circa 40 milioni di euro. Alla procedura hanno partecipato due operatori, Leonardo S.p.A. e il RTI Almaviva/Nextech.

2. Terminato l'esame delle offerte, la Stazione Appaltante con provvedimento del 6 dicembre 2021 ha disposto l'approvazione della graduatoria recante 88,10 punti complessivi al RTI Almaviva/Nextech (74,78 punti per l'offerta tecnica e 13,32 punti per l'offerta economica) e 84,46 punti complessivi a Leonardo S.p.A. (70,46 punti per l'offerta tecnica e 14 punti per l'offerta economica).
3. Con il medesimo provvedimento è stato disposto il rinvio dell'aggiudicazione in favore del RTI Almaviva/Nextech *“all'esito delle giustificazioni chieste al medesimo, di cui all'art. 97 comma 6 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. sul ribasso del 40,046% proposto, al fine di valutare la congruità dell'offerta”*. Successivamente, con pec del 15.2.2022, la Stazione Appaltante ha comunicato l'aggiudicazione in favore del citato RTI ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. a) del Codice dei contratti pubblici e dell'art. 32, comma 5 e 33 del medesimo Codice.
4. Ricevuta l'aggiudicazione della gara, Leonardo S.p.A. ha formulato istanza di accesso al fine di visionare la documentazione amministrativa, l'offerta economica dell'aggiudicataria, l'offerta tecnica e la verifica di anomalia.
5. Leonardo, con ricorso notificato il 17.3.2022, ha impugnato l'aggiudicazione in favore del RTI controinteressato, denunciando l'illegittimità della disciplina di gara nella parte relativa alla formula matematica individuata per la determinazione del punteggio correlato all'offerta economica, con riserva di proporre motivi aggiunti all'esito dell'acquisizione della documentazione richiesta con l'accesso.
6. Ricevuti i documenti richiesti con l'accesso, tra il 16 e il 21 marzo, in parte oscurati, Leonardo ha proposto ricorso motivi per aggiunti, notificato il 1° aprile 2022, unitamente all'istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a., avendo l'Amministrazione consegnato i giustificativi e l'offerta tecnica parzialmente oscurati. L'istanza per l'accesso è stata accolta con ordinanza del TAR Lazio, sez. III, n. 11343 del 30.8.2022, con riferimento ai giustificativi di offerta.
7. Il giudizio di primo grado si è concluso con la sentenza n. 13991 del 2022 pubblicata in data 28 ottobre 2022.
8. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta e illegittima, Leonardo S.p.A., ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua dei seguenti motivi così rubricati: *“I. Error in iudicando e in procedendo, difetto di motivazione, illogicità e travisamento dei fatti e dei motivi di diritto – Sulla fondatezza del I motivo aggiunto: “Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. 50/2016 – Carenza dei requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 5.5. lett. a) del bando – Violazione e falsa applicazione della lex specialis e segnatamente dell'art. 5.5. del Bando – Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto, contraddittorietà e difetto di istruttoria. In subordine: illegittimità dell'art. 5.5. lett. a) del bando per contraddittorietà e illogicità manifesta”*; *II. Error in iudicando e in procedendo, difetto di motivazione, illogicità e travisamento dei fatti, contraddittorietà, eccesso di potere giurisdizionale – Sulla fondatezza del II motivo aggiunto:*

“Violazione e falsa applicazione dell’art. 89 co. 1 e art. 83 d.lgs.50/2016 – violazione artt. 5.5. e 5.8 del bando di gara – nullità dell’avvalimento e carenza dei requisiti di partecipazione alla gara – eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifesta – difetto di motivazione e istruttoria, travisamento dei fatti”; III. Error in iudicando e in procedendo, difetto di motivazione, illogicità e travisamento dei fatti – ingiustizia manifesta – contraddittorietà – eccesso di potere giurisdizionale – Sulla fondatezza del III motivo aggiunto: “Violazione e falsa applicazione art. 95 co. 10 e 97 comma 5 lett. c) del d.lgs. 50/2016 – incongruità dell’offerta e anomalia della stessa per irrisorietà degli oneri di sicurezza aziendali e sottostima dei costi generali – eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifesta, travisamento dei fatti ed errore nei presupposti, carenza assoluta d’istruttoria e di motivazione”; IV. Error in iudicando e in procedendo, difetto di motivazione, illogicità e travisamento dei fatti – Sull’ammissibilità e fondatezza del I motivo di ricorso: “Violazione e falsa applicazione dell’art. 95 del d.lgs. 50/2016 – erroneità del metodo di calcolo dell’offerta economica previsto nella disciplina di gara e contrarietà ai principi e norme relativi all’offerta economicamente più vantaggiosa – violazione dell’autovincolo procedimentale – alterazione della par condicio competitorum – violazione del principio di concorrenza e del principio di affidamento – illogicità e contraddittorietà manifeste – sviamento”.

9. Hanno resistito al gravame, chiedendone il rigetto, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti già Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili e Almagora – The Italian Innovation Company S.p.A. che ha anche proposto appello incidentale.

10. Alla udienza pubblica del 13 aprile 2023 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

11. Le argomentazioni dell’appellante necessitano di una sintesi al fine di inquadrare con ordine le questioni sottoposte al Collegio e le critiche mosse alla sentenza impugnata.

12. Con il primo motivo l’appellante argomenta come segue.

12.1. La sentenza del TAR avrebbe respinto erroneamente il primo motivo proposto con ricorso per motivi aggiunti, con il quale Leonardo ha eccepito l’illegittimità dell’aggiudicazione disposta in favore del RTI Almagora, che doveva essere escluso dalla gara, stante l’assenza in capo allo stesso dei requisiti tecnico-professionali richiesti dal bando (all’art. 5.5). Tale circostanza emergerebbe sia dalle dichiarazioni di Almagora e Nextech, rese con riferimento ai servizi analoghi, sia dalla documentazione allegata alle medesime dichiarazioni, ad asserita comprova del requisito medesimo (certificazioni e fatture).

12.2. Il RTI ha dichiarato in gara di aver erogato, nei tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, servizi analoghi a quelli oggetto della gara per un importo complessivo di 50.504.251,4 € di cui

45.982.049,10 € dichiarati da Almviva, cui si aggiungono 4.522.202,30 € dichiarati da Nextech e prestati mediante avvalimento da Almviva.

12.3. Almviva ha elencato, con la dichiarazione resa in gara, una serie di amministrazioni e soggetti privati nei confronti dei quali ha reso i servizi analoghi a quelli in gara e ha prodotto alcuni certificati di esecuzione (sei), e fatture emesse ai suddetti enti, ricavando da queste fatture alcuni singoli importi che sono confluiti negli importi complessivi oggetto della dichiarazione sul possesso del requisito. I servizi indicati da Almviva, tuttavia, non sarebbero considerabili come analoghi a quelli indicati in gara.

12.4. Nel giudizio dinanzi al TAR, Leonardo ha illustrato, anche mediante relazione tecnica, le caratteristiche “*mission e safety critical*” del sistema VTS, diretto a garantire la sicurezza in mare e la tutela dell’ambiente marino, come riconosciuto anche dalla disciplina di gara.

12.5. Da questa analisi sarebbe emerso che nessuno dei servizi indicati da Almviva è analogo a quelli oggetto di gara, fatta eccezione, date alcune caratteristiche comuni al sistema VTS, per il servizio dichiarato da Almviva reso in favore della Guardia di Finanza nell’ambito di contratti relativi alla Rete Radar Costiera e al sistema C4I (trattandosi di sistemi per operazioni terrestri, navali ed aeree comprensivi di sistemi di comando e controllo, sistemi di comunicazione e tecnologie radar), il cui importo è tuttavia insufficiente a soddisfare il requisito, in quanto di soli 6.322.378,63 €. Perché i servizi possano essere considerati analoghi devono comunque intervenire sulla gestione di sistemi con simili caratteristiche, dovendosi salvaguardare, oltre che il principio di massima concorrenza, anche il principio della necessaria qualificazione dell’operatore economico, a garanzia della corretta selezione dei partecipanti alla gara e della corretta esecuzione dell’appalto. Non qualsivoglia servizio di gestione di sistemi ICT o di manutenzione *software* può essere considerato analogo a quello di gara.

12.6. La sentenza sarebbe immotivata e apodittica e frutto di una travisata ricostruzione:

- della censura di Leonardo;
- della *lex specialis*;
- della natura e delle caratteristiche dei servizi oggetto di affidamento;
- della qualificazione come analoghi dei servizi dichiarati da Almviva.

12.7. La ricorrente ha sostenuto il difetto di analogia sulla base della circostanza, che non sarebbe mai stata smentita, che i servizi di Almviva attengono alla gestione e manutenzione di sistemi informativi/informatici aventi caratteristiche del tutto differenti dal Sistema VTS e quindi non idonei a dimostrare la capacità professionale dell’operatore economico nel servizio oggetto di appalto e che non contemplano interventi, previsti da Capitolato, su apparati come quelli del VTS, con attività che non sono di carattere informatico. Leonardo ha dunque ritenuto non analoghi i servizi dichiarati dal RTI, proprio perché si configurano come meri servizi di gestione di sistemi informatici, da una parte, e,

dall'altra, evidenziando anche un nucleo di servizi (quelli della Tabella riportata a pagina 10 dell'atto di appello) che nulla c'entrerebbero nemmeno con i servizi di gestione e sviluppo *software*, trattandosi di servizi di consulenza, gestione portali, investimento e sviluppo, e servizi *on-line* che non sarebbero assimilabili alla gestione del sistema VTS.

12.8. Ugualmente errata sarebbe l'affermazione della sentenza per la quale le prestazioni avrebbero natura squisitamente informatica. Il TAR include tra le prestazioni di natura informatica anche quelle di manutenzione degli apparati del VTS, con un'affermazione immotivata, assumendo che anche detta manutenzione si svolga con sistemi informatici. Il che sarebbe errato.

12.9. Gli elementi che impegnano la gestione di un VTS attengono anzitutto, ai radar e in generale ai vari sensori e alle parti di elaborazione dei segnali, di tracciamento e di supporto alle decisioni. Il che attesterebbe la fondatezza del motivo e l'erroneità della sentenza, derivandone che:

- il VTS, alla luce delle sue caratteristiche *Safety Critical, Mission Critical e Real Time*, si differenzia in maniera sostanziale da un sistema informativo/informatico, e pertanto, come si afferma nella relazione tecnica, si può concludere che le prestazioni oggetto dell'appalto non possono essere qualificate come “*squisitamente informatiche*”, essendo la componente informatica di natura ausiliaria;
- pertanto, i servizi indicati per il RTI al punto 9.4 della sentenza non avrebbero caratteristiche analoghe ai servizi oggetto di appalto, che invece risultano presenti solo nei servizi relativi alla fornitura del sistema di sorveglianza marittima C4I per la Guardia di Finanza, il cui importo è di soli 6.322.378,63;
- le tipiche installazioni dei sensori VTS richiedono interventi di manutenzione *in loco*, anche in zone di difficile accesso, e in quota, in nessun modo espletabili mediante metodologie e tecniche “prettamente informatiche” e dunque non assimilabili ai convenzionali interventi di gestione e manutenzione su un mero sistema informatico.

12.10. L'affermazione contenuta nella sentenza secondo cui “*la stessa manutenzione e gestione di apparati oggi giorno non può non essere espletata attraverso metodologie, sistemi e tecniche prettamente informatiche*” (paragrafo 9.2. della Sentenza), e che sarebbe addirittura “*consustanziale al concetto stesso di gestione e manutenzione di un apparato consistente in un sistema di controllo quale quello VTS di cui si controverte, la caratterizzazione informatica della metodica di effettuazione di siffatta gestione*” non sarebbe sostenibile, stante la configurazione del VTS, che si compone di apparati e sottosistemi che richiedono interventi di manutenzione non informatici. Con riferimento agli apparati di natura essenzialmente non informatica (NON ICT), elencati nello stesso Capitolato, quali sono i radar, le radiocomunicazioni mobili, i ponti radio, etc, e alle relative parti quali le antenne, le connessioni a radiofrequenza, gli alimentatori etc., la manutenzione impone interventi da eseguirsi *in loco* a cura di personale altamente specializzato e, ovviamente, non eseguibili in via informatica e/o da remoto. E ciò a conferma di quanto dispone la *lex specialis* (cfr. Capitolato pagg. 6 – 7).

12.11. Errata sarebbe anche la conclusione del TAR secondo cui la censura sarebbe infondata anche in diritto con specifico riguardo alla ricognizione della nozione di servizi analoghi.

12.12. In subordine, ove si intendesse che la clausola del bando di cui all'art. 5.5. lett. a) sia da interpretare nel senso di considerare come analoghi, e quindi utili alla comprova del requisito tutti i servizi indicati da Almaviva, intesi come servizi meramente informatici e riferiti a sistemi di natura non critica, il bando medesimo risulterebbe essere illegittimo *in parte qua* per irragionevolezza e illogicità manifesta e intrinseca contraddittorietà rispetto alle caratteristiche del sistema oggetto di gara e rispetto alle esigenze che il servizio deve garantire a tutela dell'interesse pubblico perseguito dalla Capitaneria con l'istituzione del VTS (tutela della sicurezza in mare e dell'ambiente marino).

13. Con il secondo motivo l'appellante argomenta come segue.

13.1. Con il II° motivo aggiunto la ricorrente, nell'ipotesi non fosse stato accolto il motivo precedente, ha chiesto di escludere il RTI dalla gara a fronte della nullità del contratto di avvalimento stipulato dalla mandataria Almaviva (società dichiaratasi ausiliaria) in favore della mandante Nextech (dichiaratasi ausiliata) e con il quale la prima ha affermato di conferire alla mandante i necessari requisiti di capacità tecnico professionale, di cui quest'ultima è totalmente carente.

13.2. Nextech, difatti, non ha dichiarato alcun servizio analogo in relazione al requisito di capacità tecnico-professionale di cui all'art. 5.5. lett. a) del Bando, ma ha presentato in gara una dichiarazione per la quale lo stesso "*viene soddisfatto con avvalimento della Società Almaviva*" e ha riportato una tabella in cui sono menzionati i contratti di Almaviva.

13.3. Leonardo, esaminato il contratto di avvalimento tra Almaviva e Nextech rilasciato dalla Stazione appaltante in sede di accesso agli atti, ne ha evidenziato dinanzi al TAR la nullità in quanto privo degli elementi necessari per considerarlo idoneo al trasferimento dei requisiti all'ausiliata, stante l'assoluta genericità e indeterminatezza del suo oggetto, in violazione delle norme sul necessario contenuto del contratto di avvalimento tecnico-operativo. E la nullità del contratto di avvalimento comporta la carenza del requisito di capacità tecnico-professionale in capo alla mandante, che doveva provarlo ai fini dell'ammissione in gara del RTI, comunque non essendo sufficiente il requisito dichiarato dalla mandataria Almaviva per un importo di 45.982.049,10 €, inferiore ai 47.969.921,18 € richiesti dalla *lex specialis*.

13.4. Il TAR ha ritenuto infondata la doglianza asserendo, con una ricostruzione che esorbiterebbe i limiti del sindacato giurisdizionale, sostituendosi all'Amministrazione che non ha definito in gara la natura dell'avvalimento come di garanzia, che:

a) nel caso all'esame si sarebbe al cospetto di un avvalimento c.d. di garanzia e non tecnico operativo;

b) quand'anche dovesse opinarsi per la natura tecnica ed operativa del rapporto di avvalimento dichiarato dall'aggiudicataria, il contratto con cui tale rapporto è stato formalizzato non sarebbe *“affatto privo della specificazione dei mezzi e risorse messi a disposizione dell'ausiliata”*.

13.5. La sentenza sarebbe:

a) contraddittoria rispetto alla stessa impostazione del contratto, che il RTI ha costruito come avvalimento tecnico-operativo;

b) in contrasto con la clausola del Bando che richiede espressamente all'art. 5.5. lett. a) un requisito tecnico e non economico;

c) anche contraria alla giurisprudenza che qualifica un siffatto avvalimento come tecnico operativo e non di garanzia, anche laddove la comprova avvenga mediante presentazione di fatture.

13.6. La sentenza si fonda su una ricostruzione parziale delle previsioni del bando di gara. Essa, infatti, riporta solo parte della disciplina di gara, *“tagliando”* un passaggio fondamentale dell'art. 5.5., lett. a) del Bando che dimostrerebbe il contrario di quanto il TAR sostiene, precisando che *“Dovrà trattarsi di servizi erogati con buon esito e senza incorrere in alcuna risoluzione anticipata”*.

13.7. Ne consegue che, pur potendosi produrre a comprova del requisito anche le fatture emesse, dette fatture, in base alle previsioni di gara, non potevano che essere riferite a servizi erogati con buon esito, il che evidenzerebbe come in questo caso ciò che si chiede di dimostrare è la capacità tecnica dell'impresa nel settore di riferimento. A ciò si aggiunga che non sarebbe sufficiente l'indicazione di un importo superiore a 47.969.921,18 €, ma viene richiesto altresì di specificare *“gli importi, le date (la durata dell'appalto), i destinatari, pubblici o privati”*.

13.8. Diversamente da quanto ha affermato il TAR, la comprova mediante fatture del requisito di capacità tecnico professionale non sarebbe di per sé indicativa del fatto che nel caso all'esame si sarebbe al cospetto di un avvalimento c.d. di garanzia, dovendosi considerare anche gli altri elementi indicati nel bando e la qualificazione che ha dato la stessa stazione appaltante del requisito.

13.9. La sentenza sarebbe anche contraddittoria posto che, da un lato, ribadisce più volte come l'avvalimento di garanzia si contraddistingua per l'assenza di qualsivoglia indicazione di mezzi e risorse in quanto inutile rispetto alle sue finalità, dall'altro, invece, arriva ad affermare che, quand'anche dovesse sostenersi che nel caso in esame si sia al cospetto di un avvalimento tecnico operativo, il contratto prodotto da Almagora sarebbe *“tutt'altro che privo della specificazione di mezzi e risorse messi a disposizione dell'ausiliata aggiudicataria”*.

13.10. Sarebbe assolutamente erroneo e da riformare in ogni caso il giudizio espresso dal TAR sull'asserita *“concretezza e analiticità dell'oggetto del contratto di avvalimento”*, stante l'assoluta indeterminatezza dell'impegno di Almagora, come declinato nel contratto di avvalimento in quanto generico e non circostanziato, nei termini che la legge e la giurisprudenza richiedono per la validità

dell'avvalimento medesimo. Concretezza e analiticità che il TAR desume da un estratto dell'art. 2 del contratto di avvalimento, riportato in sentenza, in cui Almagora ha affermato di obbligarsi nei confronti di Nextech a mettere a disposizione risorse e mezzi per la realizzazione dei servizi oggetto di appalto, senza tuttavia in alcun modo indicare specificatamente quali siano queste risorse e mezzi, non potendo considerarsi in alcun modo sufficiente, ai fini della sussistenza di un effettivo avvalimento, l'affermazione meramente tautologica e comunque generica secondo cui Almagora metterebbe a disposizione: *“Risorse umane con competenze necessarie per la gestione di applicazioni nell'ambito della fornitura; Strumenti operativi, quali (a mero titolo esemplificativo e non esaustivo) le piattaforme tecnologiche necessarie all'esecuzione dei servizi offerti; Ogni ulteriore capacità e bene, materiale o immateriale, nessuno esclusi, necessari per l'esecuzione delle prestazioni facenti capo all'Impresa Ausiliata, ivi incluso il know-how sviluppato dall'Impresa Ausiliaria”*. Una tale affermazione, priva di ogni specificità, dettaglio delle risorse e dei mezzi prestati, nonché meramente ripetitiva della dichiarazione generale di avvalimento, non sarebbe in alcun modo idonea a sostanziare il contratto di avvalimento prodotto, quale avvalimento tecnico operativo, che, invece, richiede l'indicazione specifica dei mezzi e risorse prestate per l'esecuzione del contratto.

13.11. Errato sarebbe anche l'assunto del TAR secondo cui la circostanza che si tratti di un avvalimento interno farebbe *“dequotare il grado di dettaglio e di analiticità del contenuto dell'avvalimento”*. Il Giudice di primo grado affermando che *“la comunanza di interessi ed obiettivi imprenditoriali che contrassegna un gruppo di società determina anche la rarefazione della onerosità del prestito di requisiti”*, supera anche la sub-censura con cui Leonardo ha eccepito che la dedotta genericità del contratto fosse ulteriormente aggravata dall' irrisorietà del corrispettivo pattuito, di soli € 500,00. Tuttavia, il giudice nella sua valutazione avrebbe ommesso di considerare che la comunanza di interessi tra l'ausiliaria e ausiliata per essere idonea a far venire meno l'onerosità del contratto di avvalimento dovrebbe chiaramente emergere dal testo dello stesso.

14. Con il terzo motivo l'appellante argomenta come segue.

14.1. Con il III° e ultimo motivo aggiunto, Leonardo ha eccepito che il RTI doveva essere escluso dalla gara in ragione dell'evidente anomalia dell'offerta presentata risultando la stessa, dalla lettura delle giustificazioni rese in gara, palesemente incongrua e presentando oneri della sicurezza del tutto irrisori rispetto alle prestazioni oggetto di gara. In particolare, gli oneri della sicurezza aziendali sono stati quantificati nell'offerta economica del RTI, in soli 50.000 € per l'intera durata dell'appalto di tre anni, pari dunque a circa 16.500 € l'anno e 1.300 € al mese.

14.2. Nonostante la palese esiguità di una voce di costo così importante, quale quella degli oneri per la sicurezza, l'Amministrazione, anche in questo caso, si sarebbe appiattita sulle dichiarazioni rese dal RTI, limitandosi ad affermare nel verbale di valutazione delle giustificazioni dell'offerta anomala, senza

alcun tipo di verifica, al contrario necessaria e dovuta considerato il valore assolutamente irrisorio della somma indicata, che *“l’incidenza dei costi della sicurezza aziendale, delle spese generali sulla gestione dell’appalto e dell’utile d’impresa è considerata ammissibile”*.

14.3. Leonardo ha evidenziato l’irrisorietà di questi oneri rispetto all’entità e alle caratteristiche dell’appalto, della tipologia del servizio oggetto di gara, nonché del numero di lavoratori considerati dal RTI per l’appalto. Sulla base delle previsioni minime della normativa sulla sicurezza sul lavoro, che richiedono adempimenti specifici per ogni lavoratore, indipendentemente dalla funzione svolta, si è calcolato che, se rispettate, imponevano un costo per la sicurezza aziendale di oltre 4 volte superiore. Tale importo è stato calcolato, non sui valori dei costi di Leonardo, ma sulle voci previste dal d.lgs. 81/2008 e sul prezziario elaborato dalla Regione Umbria, utilizzato dalla stessa Amministrazione ai fini della predisposizione del DUVRI. A questi oneri si sono aggiunti quelli necessari connessi alla specifica attività di manutenzione correttiva e preventiva sugli asset VTS non ICT, richiesta dal Capitolato e da svolgere fisicamente sui siti. Infatti, come illustrato nei motivi aggiunti e nella relazione tecnica in atti di primo grado, il sistema VTS ricomprende sensori e sistemi di comunicazione, dislocati lungo tutta la costa nazionale, particolarmente soggetti a rotture e che richiedono frequenti interventi di manutenzione di particolare complessità per cui sono richieste apposite misure di sicurezza.

14.4. L’esiguità dell’importo emergerebbe anche dal raffronto con i costi per la sicurezza da interferenza, non soggetti a ribasso e pari a 135.975,46 €, come calcolati dalla stessa Stazione Appaltante nella disciplina di gara che, essendo riferiti ai soli oneri derivanti da interferenze nello svolgimento dell’appalto, sono di regola inferiori agli oneri della sicurezza aziendali da rischio specifico. A ciò, infine, si è poi aggiunto il raffronto con gli oneri della sicurezza indicati da Leonardo, per un importo di 780.526,97€, il che attesterebbe, essendo Leonardo gestore uscente, l’inadeguatezza di quanto indicato da Almagora.

14.5. Il TAR ha rigettato la censura omettendo, a dire di Leonardo, di valutare la documentazione posta a comprova della relativa fondatezza, che non sarebbe mai, peraltro, stata contestata dalle parti.

14.6. Il RTI aggiudicatario avrebbe dovuto indicare almeno un costo per la sicurezza aziendale di base non inferiore a 190.575 €. Occorrerebbe poi considerare, in aggiunta, gli ulteriori necessari costi della sicurezza pari, come minimo, a 55.862 €, connessi alla specifica attività di manutenzione correttiva e preventiva NON ICT, prevista da Capitolato, per cui sono richiesti interventi su ciascuno dei 45 siti VTS dislocati su tutto il territorio nazionale, sia pianificati e da eseguire periodicamente (di solito semestralmente) sia non pianificabili e straordinari. Si tratta di interventi non eseguibili da remoto, che richiedono l’adozione di specifiche misure di sicurezza, dovendo le figure addette a tali servizi operare spesso ad altezze elevate ed essendo esposte a rischi particolari dovuti appunto alla tipologia del servizio e alla ubicazione delle infrastrutture.

14.7. L'Amministrazione non avrebbe effettuato alcuna effettiva istruttoria sulla congruità di detti oneri, limitandosi, secondo l'appellante a recepire le indicazioni del RTI, senza alcun vaglio sulla loro ragionevolezza.

14.8. Sarebbe di per sé irragionevole valutare la congruità degli oneri di sicurezza aziendale esclusivamente sulla base dei costi per la sicurezza da interferenza aziendale, ma ancora più irragionevole sarebbe ritenere congrui i primi seppure pari ad appena un terzo dei secondi.

14.9. Quanto, infine ai costi generali, individuati dal RTI aggiudicatario in 240.000 € (circa 6.500 € al mese), il TAR si sarebbe limitato, nuovamente, a richiamare la sfera di autonomia e discrezionalità dell'impresa offerente, ma, come detto, ciò non significa che l'Amministrazione non ne debba valutare la congruità e il Giudice amministrativo non debba verificare la ragionevolezza della valutazione dell'Amministrazione. Leonardo, in particolare, sostiene di aver dimostrato come il RTI aggiudicatario abbia sottostimato i costi generali di almeno 443.824 €, in quanto i costi generali e di struttura avrebbero dovuto essere come minimo pari a € 683.824, che, sommati all'importo minimo aggiuntivo di 196.437 €, che il RTI avrebbe dovuto considerare per gli oneri della sicurezza, porterebbero l'offerta dell'aggiudicatario in perdita, a fronte di un utile dichiarato di 603.552,99 €.

14.10. In via subordinata, Leonardo sostiene che l'offerta dell'aggiudicatario dovrebbe comunque essere oggetto di una nuova verifica da parte dell'Amministrazione, stante l'evidente carenza di istruttoria sulle giustificazioni.

15. Con il quarto motivo l'appellante argomenta come segue.

15.1. Con il I° motivo del ricorso introduttivo, che viene riproposto in via gradata rispetto ai tre precedenti motivi, Leonardo ha contestato la *lex specialis* di gara, nella parte in cui ha previsto una formula di attribuzione del punteggio economico che, per come in concreto applicata in sede di gara, non avrebbe consentito l'attribuzione del massimo punteggio previsto, pari a 20 punti, in favore di nessuno dei concorrenti, in violazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 95 del Codice, della *lex specialis* e degli ulteriori principi indicati nella rubrica del motivo, dovendo in base a detti principi e alle prescrizioni vincolanti di gara, attribuirsi all'offerta ritenuta migliore sul piano economico, i punti massimi previsti per il parametro indicato.

15.2. Il TAR ha ritenuto inammissibile la censura sostenendo che Leonardo non avrebbe avuto interesse a gravare la prescrizione del disciplinare concernente l'attribuzione del punteggio per la componente economica dell'offerta, avendo comunque ottenuto dalla sua concreta applicazione un punteggio superiore a quello della controinteressata.

15.3. La sentenza sarebbe errata in quanto l'offerta economica di Leonardo, ritenuta dalla Stazione Appaltante migliore di quella del RTI, avrebbe dovuto ottenere, invece di soli 14 punti, il punteggio massimo previsto dalla medesima disciplina pari a 20 punti da attribuire alla migliore offerta economica.

Ciò, stante la differenza di punteggio complessivo tra le uniche due concorrenti di soli 3,64 punti, avrebbe appunto consentito all'appellante di aggiudicarsi la gara.

16. Le censure dell'appellante, così sintetizzate, possono a questo punto essere esaminate.

17. L'articolato atto di appello e gli argomenti, esposti con ampi svolgimenti, contenuti nei quattro motivi di ricorso (e ribaditi con argomentazioni in sostanza ripetitive nelle 32 pagine della memoria depositata il 1° aprile 2023), vertono, sulle seguenti questioni di fondo:

- a) l'asserito difetto di analogia dei servizi erogati da Almaviva nei tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, rispetto a quelli oggetto della gara;
- b) l'asserita nullità del contratto di avvalimento stipulato dalla mandataria Almaviva (società dichiaratasi ausiliaria) in favore della mandante Nextech (dichiaratasi ausiliata);
- c) l'asserita esiguità dei costi per la sicurezza aziendale dichiarati dal Rti aggiudicatario, così come quella relativa ai costi generali;
- d) l'asserita non corretta attribuzione dei punteggi per la erronea applicazione della *lex specialis*, in subordine, l'illegittimità della stessa *lex specialis*.

18. Si tratta di questioni che, come anticipato, sono state argomentate con ampi svolgimenti ma che non superano in alcun modo le condivisibili statuizioni del primo Giudice; la sentenza, difatti, costruisce ragionamenti che, a parte alcune puntualizzazioni, non meritano alcuna delle critiche che le sono state rivolte dall'appellante anche tenuto conto della giurisprudenza consolidata di questa Sezione su tutti i nodi nevralgici della vicenda controversa.

19. I motivi saranno esaminati alla luce dei fatti per come si sono svolti e dei documenti di gara.

20. Il primo motivo di appello è infondato. E' sufficiente una piana lettura della *lex specialis* e il richiamo della copiosa giurisprudenza in ordine alla distinzione tra servizi analoghi e servizi identici per concludere in tal senso.

20.1. L'art. 5.5. lettera a) del bando di gara (pagina 7) così recita: “5.5) *Requisiti di capacità tecnica e professionale* Gli operatori economici concorrenti devono possedere (e dimostrare) i seguenti requisiti di capacità tecniche e professionali, ai sensi d.lgs. n. 50/2016, articolo 83, comma 6 e All. XVII, parte II, lettera a): a) *Apposita dichiarazione attestante l'espletamento di servizi analoghi, negli ultimi tre anni precedenti la gara per un valore pari o superiore a euro 47.969.921,18 (per tre anni antecedenti la gara si intende il triennio antecedente a partire dalla data di pubblicazione del presente bando sulla Gazzetta Ufficiale, come da Determinazione A.N.A.C. n. 5 del 21.05.2009) indicando: gli importi, le date (la durata dell'appalto), i destinatari, pubblici o privati. Dovrà trattarsi di servizi erogati con buon esito e senza incorrere in alcuna risoluzione anticipata. La comprova del requisito è fornita, ai sensi dell'art. 86 e all. XVII parte II, del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., – in caso di servizi a favore di pubbliche amministrazioni o enti pubblici, mediante una delle seguenti modalità: – originale o copia conforme*

dei certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione; – copia conforme delle fatture emesse; – in caso di servizi a favore di committenti privati, mediante una delle seguenti modalità: – originale o copia autentica dei certificati rilasciati dal committente privato, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione; – copia conforme delle fatture emesse”.

20.2. Per quanto Leonardo si sforzi di descrivere con precisione il sistema VTS, con l'ausilio della Relazione tecnico-scientifica del professor Galati, l'amministrazione non ha chiesto servizi identici, bensì analoghi. E che i servizi offerti da Almagora siano analoghi non è dato dubitare in alcun modo.

20.3. Questa Sezione ha, anche recentemente, ricordato che in tema di gare pubbliche, per servizi “analoghi” non deve intendersi servizi “identici”, essendo necessario ricercare elementi di similitudine fra i diversi servizi considerati, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti (Consiglio di Stato sez. V, 17 gennaio 2023, n. 564).

20.4. Tutto l'incedere argomentativo di Leonardo S.p.A. sarebbe condivisibile se l'amministrazione, come avrebbe anche potuto fare, avesse chiesto servizi uguali piuttosto che analoghi. In questo senso, la Sezione ha già avuto modo di chiarire che è legittima una clausola di un bando di gara relativo ad un appalto di servizi che richieda alle imprese servizi uguali, piuttosto che analoghi; in materia è ampia la discrezionalità della quale godono le stazioni appaltanti nell'individuazione dei requisiti speciali di partecipazione purché (art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016) “*attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi*” (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1540).

20.5. Senonché, si ribadisce, la piana lettura della *lex specialis*, sopra riportata, dimostra che l'Amministrazione ha legittimamente optato per un'altra strada che è quella di richiedere servizi analoghi. E, la nozione di servizi analoghi, come noto, è quella di servizi afferenti il medesimo settore imprenditoriale o professionale (Consiglio di Stato, sez. V, 3 novembre 2021, n. 7341). In casi come quello qui esaminato, è stata la stessa stazione appaltante che, a monte, ha optato per un bilanciamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato con il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche. E si tratta di scelta non sindacabile se non in casi di manifesta illogicità che qui non è in alcun modo ravvisabile. Non è difatti ragionevolmente sostenibile ritenere che Almagora abbia offerto servizi non afferenti il medesimo settore imprenditoriale o professionale.

20.6. Tutta la descrizione del sistema VTS è scientificamente rilevante ma non lo è giuridicamente dato che, lo si ribadisce, la scelta dell'amministrazione è stata quella di un'apertura al mercato, s'intende, sempre nell'ambito del medesimo settore professionale. In questo senso, è del tutto condivisibile il passaggio della motivazione della sentenza impugnata, non a caso richiamato dalla difesa di Almagora

a pagina 7 della memoria depositata il 28 marzo 2023, laddove si legge: “*La ricorrente, come evidenziato dal Ministero in memoria, nell’eccessiva valorizzazione delle peculiarità del sistema VTS si sofferma e inesorabilmente si arresta, all’esaltazione delle finalità del sistema VTS cui si riferiscono i servizi oggetto della gara, perdendo di vista l’oggetto delle prestazioni richieste all’impresa che dovrà aggiudicarsi la gara e quindi svolgere le stesse*”.

20.7. A voler seguire il ragionamento di Leonardo S.p.A., gestore uscente, il servizio oggetto della gara avrebbe potuto essere svolto, appunto solo dalla stessa Leonardo. Conclusione a cui ostano:

- a) la stessa formulazione della *lex specialis*;
- b) il contemperamento tra l’esigenza di selezionare un imprenditore qualificato e il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche;
- c) l’esigenza, che talvolta si dimentica, di evitare i c.d. “bandi fotografia” e cioè quei bandi in cui sono contenute clausole che, anche per un cattivo, seppur involontario uso del potere discrezionale, si risolvano nel ritagliare i requisiti sul modello organizzativo di una determinata impresa in modo tale da snaturare i principi di concorrenzialità.

20.8. In definitiva, il caso qui all’esame rientra in modo quasi scolastico nel filone giurisprudenziale, del tutto consolidato, secondo cui laddove la *lex specialis* chieda ai concorrenti di documentare il pregresso svolgimento di “servizi analoghi”, la stazione appaltante non è legittimata ad escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività oggetto dell’appalto né ad assimilare impropriamente il concetto di “servizi analoghi” con quello di “servizi identici”, atteso che la *ratio* sottesa alla succitata clausola del bando è il contemperamento tra l’esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, dal momento che la locuzione “servizi analoghi” non s’identifica con “servizi identici” (Consiglio di Stato, sez. IV, 11 maggio 2020, n. 2953).

20.9. L’amministrazione ha, del tutto correttamente, ricercato elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, elementi che sono scaturiti dal confronto tra le prestazioni oggetto dell’appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dal Rti aggiudicatario al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità richiesti dal bando, mediante un confronto in concreto che ha tenuto conto del contenuto intrinseco delle prestazioni nonché della tipologia e dell’entità delle attività eventualmente coincidenti.

20.10. Le conclusioni cui è giunta l’Amministrazione non sono né illogiche né irragionevoli e la sentenza, che sul punto è diffusamente motivata, resiste saldamente alle critiche che le sono state rivolte.

20.11. Leonardo S.p.A., ben consapevole della giurisprudenza consolidata di questa Sezione in ordine alla nota distinzione tra servizi identici e analoghi, in subordine ha contestato la legittimità della clausola del punto 5.5., lettera a) del bando di gara.

20.12. La censura è infondata per le medesime ragioni fin qui ampiamente esposte. Nella sostanza, la pretesa di Leonardo S.p.A. è che i bandi siano formulati in modo tale da limitare se non azzerare il confronto competitivo. E' noto che all'Amministrazione è garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici, purché la loro previsione risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito. In ragione di ciò, il sindacato del G.A. deve limitarsi alla verifica del rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all'oggetto di gara.

20.13. In verità, il ragionamento di Leonardo S.p.A dovrebbe essere capovolto. L'Amministrazione sarebbe anche legittimata a introdurre regole atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, ma questo è ammissibile tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito. Nella fattispecie, i requisiti previsti sono stati così stringenti da risolversi in una procedura, peraltro di rilevante importo economico, alla quale hanno partecipato due soli operatori, di cui uno, secondo l'infondata ricostruzione dell'appellante, non avrebbe dovuto partecipare.

L'infondatezza dell'assunto si apprezza anche applicando minimi canoni di ragionevolezza.

21. Anche il secondo motivo è infondato, alla luce della giurisprudenza pacifica.

21.1. Anche in questo caso sono sufficienti una piana lettura della *lex specialis* (peraltro sempre l'art. 5.5. lettera a) del bando di gara alla sua pagina 7) e il richiamo della copiosa giurisprudenza, anche di questa Sezione, sull'avvalimento.

21.2. Il requisito in esame doveva essere comprovato mediante certificati di esecuzione o mediante fatture emesse. La lettera della legge di gara è inequivocabile.

21.3. La stessa lunga dissertazione in ordine alla distinzione tra avvalimento tecnico operativo e avvalimento di garanzia è del tutto inutile in questo caso. Tale distinzione deve avere un rilievo pratico e non può rappresentare un esercizio descrittivo di posizioni dogmatiche che, pur interessante, in casi come questo non ha alcun rilievo (pratico, si ribadisce).

21.4. Occorre andare al nodo della questione: il contratto di avvalimento tra Almaviva S.p.A. e Fincantieri Nextech S.p.A. (documento 16 produzioni in primo grado di Almaviva).

21.4.1. Nel contratto si legge, tra l'altro:

a) “ *che la collaborazione tra ALMAVIVA e FINCANTIERI NEXTECH realizza efficienze gestionali, industriali ed economiche, di cui potrebbe giovare la Stazione Appaltante, alla quale sarebbero trasferiti gran parte dei benefici, sia in termini di qualità dell'opera, sia in termini di costo della medesima; h. L'Impresa Ausiliaria, ai sensi dell'art. 89 del D.lgs. n. 50 del 2016, si impegna a mettere a disposizione dell'Impresa Ausiliata per l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, il requisito*

richiesto nel Bando di Gara all'articolo 5.5: [l'espletamento di servizi analoghi, negli ultimi tre anni precedenti la gara per un valore pari o superiore a euro 47.969.921,18]. A tal fine l'impresa Ausiliaria fornisce all'Impresa Ausiliata le proprie referenze, le competenze tecniche, i propri mezzi, strutture e risorse professionali, tecnologiche e finanziarie, e tutti i fattori produttivi, necessari alla regolare esecuzione dei servizi descritti al successivo art. 2 punto 2, dei quali l'Impresa Ausiliata è in grado di disporre pienamente e incondizionatamente per tutta la durata dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali verso la Stazione Appaltante, in virtù del presente Contratto stipulato tra le Parti, qualora risultasse aggiudicataria della gara di cui alla lettera a) delle premesse; i. L'Impresa Ausiliata intende far ricorso all'Avvalimento, in quanto la sinergia delle strutture organizzative e la complementarità di prodotti, esperienze e servizi possono consentire di ottimizzare efficacia e tempestività delle prestazioni richieste dalla Stazione Appaltante; j. Le parti si danno reciprocamente atto che il ricorso all'istituto dell'avvalimento potrà essere effettuato solo nel rispetto delle condizioni e dei termini previsti dalle norme vigenti al momento dell'affidamento degli incarichi operativi da parte della Stazione Appaltante”;

b) “La collaborazione tra ALMAVIVA/Ausiliaria – che sarà responsabile in solido con l'Impresa Ausiliata nei confronti della Stazione Appaltante – e FINCANTIERI NEXTECH/Ausiliata ha la finalità di mettere a disposizione di quest'ultima le referenze, le capacità tecnico-finanziarie, i mezzi, le strutture e le risorse professionali, tecnologiche e finanziarie della Impresa Ausiliaria dei quali l'Impresa Ausiliata è in grado di disporre pienamente e incondizionatamente, per tutta la durata del progetto, in virtù del presente Contratto stipulato tra le Parti, qualora risultasse aggiudicataria della Gara di cui alla lettera a) delle premesse”;

c) “ In particolare, l'Impresa Ausiliata, ai fini della partecipazione alla Gara d'Appalto di cui in premessa, si avvarrà della seguente capacità tecnico professionale dell'Impresa Ausiliaria, così come specificata alla lettera h di cui in premessa: Cliente Descrizione 2019 2020 Tot. Ministero della Giustizia Servizi di Gestione Operativa 863.029,42 993.756,23 1.856.785,65 AIFA Servizi di Gestione Operativa 1.349.999,95 1.349.999,95 AIFA Servizi di Gestione Operativa 1.315.416,70 1.315.416,70 Totale 2.178.446,12 2.343.756,18 4.522.202,30 A tal fine, l'Impresa Ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione dell'Impresa Ausiliata, per tutta la durata del contratto e analogamente a quanto impiegato per le forniture sopra indicate, le seguenti risorse e i seguenti mezzi necessari alla realizzazione dei suindicati servizi: – Risorse umane con competenze necessarie per la gestione di applicazioni nell'ambito della fornitura; – Strumenti operativi, quali (a mero titolo esemplificativo e non esaustivo) le piattaforme tecnologiche necessarie all'esecuzione dei servizi offerti; – Ogni ulteriore capacità e bene, materiale o immateriale, nessuno esclusi, necessari per l'esecuzione delle prestazioni facenti capo all'Impresa Ausiliata, ivi incluso il know-how sviluppato dall'Impresa Ausiliaria. 3. In

occasione della eventuale implementazione della collaborazione dal punto di vista esecutivo, si procederà alla stipula di specifici Atti contenenti a titolo indicativo e non esaustivo: • le Premesse; • le Norme legislative applicabili; • il rinvio alla disciplina del contratto d'appalto con la Stazione Appaltante; • lo specifico Oggetto di affidamento; • gli standard tecnico/documentali e le ulteriori specificazioni di erogazione dei Servizi; • gli standard di Qualità e Sicurezza; • le Prestazioni in Garanzia e le modalità e termini di Manutenzione dei prodotti; • le Modalità per la verifica dei prodotti/servizi; • la Gestione dell'esito negativo della verifica; • i Corrispettivi; • le Modalità di Fatturazione; • i termini e le modalità di pagamento; • la disciplina relativa ai brevetti ed ai diritti di autore della Stazione Appaltante e dell'Impresa Ausiliata; • le Modalità di accesso alle sedi dell'Impresa Ausiliata; o della Stazione Appaltante; • la documentazione comprovante la diretta dipendenza e la regolarità delle retribuzioni per il personale che opera presso le sedi dell'Impresa Ausiliata o della Stazione Appaltante; • la predisposizione della Cauzione o Fideiussione; • il trattamento dei dati personali ed altra normativa rilevante; • le Penali e le Responsabilità; • le disposizioni antimafia e quelle relative al divieto di subappalto; • gli obblighi da rispettare ai sensi del Dlgs 231/01 e s.m. ed i., del Dlgs 196/03 e s.m. ed i. e del Reg. 2016/679/UE; • il Foro competente; • gli Oneri fiscali e le spese contrattuali”.

21.4.2. Tutto l'argomentare del primo Giudice in ordine alla distinzione tra avvalimento tecnico operativo e avvalimento di garanzia è persino ridondante, in quanto, e più semplicemente, le risorse sono state concretamente messe a disposizione e null'altro doveva precisare il contratto per comprovare un prestito di fatturato specifico.

21.4.3. La censura di Leonardo S.p.A., come già anticipato, è infondata alla luce della costante giurisprudenza di questa Sezione ed era sufficiente la lettura del contratto per avvedersi che il prestito non è astratto o cartolare. Il contratto di avvalimento va interpretato secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e buona fede delle clausole contrattuali, poiché il risultato ultimo dell'indagine è verificare se la specificazione delle risorse prestate soddisfa l'obbligo imposto dal codice dei contratti pubblici di porre la stazione appaltante in condizione di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'ausiliaria nei confronti della concorrente e di verificare che la messa a disposizione in sede di gara non sia meramente cartolare corrispondendo, invece, ad una prestazione effettiva di attività ed i mezzi da un'impresa all'altra (tra le tante, Consiglio di Stato sez. V, 21 dicembre 2021, n. 8486).

21.5. In ordine alla asserita irrisorietà del corrispettivo pattuito non è necessario indugiare particolarmente, stante la manifesta infondatezza della censura.

21.5.1. La Sezione ha più volte affermato che la ravvisabilità nel contratto di avvalimento di un interesse economico riferibile all'ausiliaria è garanzia dell'effettività dell'impegno da questa assunto e,

conseguentemente, della concreta titolarità dei requisiti di partecipazione alla gara in capo all'ausiliata. Il contratto di avvalimento è un contratto tipicamente oneroso e, qualora in sede contrattuale non sia stabilito un corrispettivo in favore dell'ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale un interesse – di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che abbia indotto l'ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità (Consiglio di Stato, sez. V, 27 maggio 2018, n. 2953).

La giurisprudenza ha escluso l'automatica invalidità del contratto di avvalimento privo dell'espressa indicazione di un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria o mancante dei criteri per la sua predeterminazione, ogni qualvolta dal tenore dell'accordo possa comunque individuarsi l'interesse patrimoniale dell'ausiliaria (che l'ha indotta ad assumere le relative obbligazioni e le connesse responsabilità), interesse che può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo (in tal senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018 n. 2953). In definitiva la nullità del contratto di avvalimento non può farsi discendere dalla carenza di un corrispettivo predeterminato o dalla mancanza di criteri per la sua predeterminazione, non potendo estendersi alle pattuizioni relative al compenso l'onere di specificazione di cui all'art. 89, comma 1, ultima parte, Codice dei contratti pubblici, che riguarda esclusivamente i requisiti e le risorse messe a disposizione. L'indicazione del preciso ammontare del corrispettivo *“esula dalle prescrizioni imposte al contratto di avvalimento (...), essendo piuttosto frutto di una impropria estensione analogica al caso di specie delle speciali prescrizioni dettate per il c.d. 'avvalimento operativo' (relativo cioè a personale, mezzi ed attrezzature che devono essere puntualmente individuati – ed indicati nell'offerta – proprio al fine di dimostrare l'affidabilità dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria)”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 27 gennaio 2021, n. 806).

Quello che è invece essenziale è verificare l'effettiva sussistenza della causa concreta del contratto di avvalimento al fine di accertare se l'operazione negoziale arrechi effettivamente il possesso di quei requisiti di cui la concorrente è priva sì da garantire la stazione appaltante sull'affidabilità dell'aggiudicatario in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto: pertanto la nullità del contratto di avvalimento per mancanza del requisito dell'onerosità potrà dichiararsi solo allorquando non sia ravvisabile una ragione pratica giustificativa del contratto o un interesse meritevole di tutela ad esso sotteso. In tale contesto, la prova dell'onerosità del contratto non richiede dunque che sia dimostrata l'esistenza di un corrispettivo predeterminato, ma che sussista il rapporto di sinallagmaticità tra le diverse prestazioni previste a carico delle parti.

Non può qui dubitarsi dell'onerosità del contratto di avvalimento: sotto il profilo sinallagmatico, le sole premesse del contratto, che per espressa indicazione dell'art. 1 dello stesso regolamento contrattuale

sono “*parte integrante e sostanziale*” del contratto stesso, evidenziano l’utilità economica immediata che le parti hanno inteso perseguire.

Il tutto, *ad colorandum*, in perfetta aderenza all’art. 104 comma 1, 2° cpv. del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023) che così recita: “*Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell’impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti*”.

Il richiamo al nuovo codice dei contratti pubblici, già in vigore, seppure non ancora efficace, è stato già effettuato da questa Sezione nella sentenza 9 giugno 2023, n. 5665 e, anche in questo caso, è operazione utile tenuto conto che la stessa Relazione di accompagnamento al Codice (art. 104) chiarisce che “*Nel comma 1 è indicato il tipo contrattuale dell’avvalimento: contratto rientrante nella categoria dei contratti di prestito con il quale un concorrente ad una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto. È specificata la necessità della forma scritta e la determinazione dell’oggetto. Prendendo posizione su di una questione più volte affacciata in giurisprudenza, si afferma che il contratto è normalmente oneroso (non potendosi escludere la gratuità nel caso in cui corrisponda anche ad un interesse proprio dell’impresa ausiliaria)*”.

21.5.2. D’altronde, che si possa utilizzare un testo normativo in vigore quale supporto o “canone” interpretativo rispetto ad altro testo normativo è, per la più autorevole dottrina, acquisizione ormai ultradecennale se si tiene conto del fatto che:

- a) un conto è l’interpretazione “in astratto” (“orientata ai testi”), che consiste nell’identificare il contenuto di senso — cioè il contenuto normativo (la norma o, più spesso, le norme) — espresso da, e/o logicamente implicito in, un testo normativo (una fonte del diritto) senza riferimento ad alcuna fattispecie concreta;
- b) l’interpretazione “in concreto” (“orientata ai fatti”), che consiste nel sussumere una fattispecie concreta nel campo di applicazione di una norma previamente identificata “in astratto”.

L’interpretazione “in concreto” è la “semplice” decisione intorno alla estensione di un concetto (del concetto mediante il quale l’autorità normativa ha configurato una classe di fattispecie). L’interpretazione “in astratto” consiste invece nell’attribuire significato a enunciati normativi completi. L’interpretazione “in concreto” consiste nel determinare il significato di predicati in senso logico, ossia di termini che denotano classi. Nell’un caso, si identificano le norme in vigore (interpretazione in astratto); nell’altro (interpretazione in concreto), si identificano i casi concreti che sono disciplinati da ciascuna norma.

21.5.3. Il particolare regime transitorio del d.lgs. 36/2023 è un esempio plastico di insieme di disposizioni in vigore che hanno come possibile funzione (tra le altre) quella di costituire supporto alle

operazioni di interpretazione in concreto. Come è in questo caso, in cui, l'appellante pretende che il Giudice provveda a sindacare l'adeguatezza dell'equilibrio contrattuale fissato dalle parti, quando le stesse parti hanno dettagliatamente descritto i motivi del ricorso all'avvalimento e, di conseguenza, anche i motivi di quella che poteva essere addirittura, dato il tipo di operazione economica congegnata, un caso di contratto privo di corrispettivo finanziario e tuttavia corrispondente a un interesse economico dell'operatore che ha messo a disposizione i requisiti.

22. Anche il terzo motivo di appello è infondato.

22.1. Le contestazioni circa l'esiguità dei costi della sicurezza sono state ampiamente esaminate dal primo Giudice che, anche in questo caso, ha diffusamente motivato in ordine alla loro infondatezza citando giurisprudenza conferente, anche di questa Sezione.

22.2. Come noto, in sede di gara pubblica, riguardo agli oneri per la sicurezza interna, va innanzitutto precisato che la relativa congruità, riferita alla singola realtà aziendale, non può essere desunta dagli importi offerti dagli altri partecipanti alla procedura di gara e che nemmeno le tabelle ministeriali costituiscono un parametro uniforme per ciascun operatore economico del settore e dunque vincolante per la verifica di anomalia (Consiglio di Stato, sez. V, 6 luglio 2020, n. 4308).

22.3. Gli oneri per la sicurezza sono stati debitamente indicati dall'operatore economico aggiudicatario, così come le spese generali.

22.4. Non emerge alcun elemento dalle argomentazioni, seppure anche in questo caso esposte con ampi svolgimenti, che possa orientare questo Giudice a effettuare un sindacato di tipo sostitutivo sulle valutazioni né illogiche, né affette da un qualche travisamento dei fatti, effettuate dall'Amministrazione. Anche qui, senza riportare interi passi delle relative motivazioni, è sufficiente citare giurisprudenza pacifica della Sezione secondo cui il sindacato del giudice nel valutare la legittimità di valutazioni frutto di discrezionalità tecnica, è pieno, penetrante, effettivo, ma non sostitutivo; dinanzi a una valutazione tecnica complessa il giudice può pertanto ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'*iter* logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato (tra le tante, Consiglio di stato, Sez. V, 13 febbraio 2023, n. 1522 e Consiglio di stato, Sez. V, 29 luglio 2022, n. 6696).

22.5. Il tutto, si badi, in presenza di due soli concorrenti e, in sostanza, di una verifica facoltativa di anomalia dell'offerta cui, peraltro, la stazione appaltante ha provveduto con istruttoria più che sufficiente (verbale n. 1 del 27 gennaio 2022, documento n. 16 produzioni in primo grado di Leonardo S.p.A. e documento 9 produzioni in primo grado di Almaviva).

22.6. Anche in questo caso la sentenza di primo grado resiste alle critiche che le sono state mosse non essendosi limitata a richiamare i consolidati approdi della giurisprudenza sopra citati il che, di per sé, sarebbe stato sufficiente, ma ha esaminato in concreto le due voci contestate:

- a) gli oneri per la sicurezza al punto 14.2.1. della sentenza;
- b) le spese generali al punto 14.3 della sentenza.

22.6.1. La tabella prodotta da Leonardo S.p.A. (documento 33 produzioni in primo grado di Leonardo S.p.A.), lungi dal fornire prova dell'incongruità dell'offerta di Almaviva, semmai dà conto di un calcolo del tutto personale dell'appellante.

22.7. Anche in questo caso, i ragionamenti esposti dal primo Giudice, oltre a essere in diritto del tutto condivisibili, corrispondono all'applicazione di minimi canoni di ragionevolezza intrinseca e non vi è alcuna necessità di ripetere le operazioni di verifica dell'anomalia dell'offerta.

23. Il quarto e ultimo motivo è manifestamente infondato, anche se per ragioni differenti rispetto a quelle evidenziate dal primo Giudice. Sulla presente censura occorre pertanto formulare una differente motivazione rispetto agli argomenti spesi dal TAR che, anche in questo caso, come nell'esame della censura relativa all'avvalimento, ha inutilmente complicato una vicenda semplicissima.

23.1. La piana lettura del disciplinare di gara consente di apprezzare l'infondatezza (manifesta) della censura e non la sua inammissibilità.

23.2. L'articolo 8 del disciplinare di gara "*ANNESSO 2 – VALUTAZIONE OFFERTA ECONOMICA (PE)*" dispone che per il calcolo del punteggio di merito economico sarà utilizzato il metodo dell'interpolazione bilineare. Il che, come è ovvio, non significa che tutti i punti a disposizione debbano essere assegnati. Nella formula riportata, C_i è il coefficiente attribuito al concorrente i -esimo, A_i è il valore dell'offerta (al ribasso) del concorrente i -esimo, k è la costante pari a 0,85, A_{max} è il valore dell'offerta (al ribasso) più conveniente, A_{soglia} è la media aritmetica dei valori delle offerte.

23.3. L'appellante si duole proprio del meccanismo, o meglio della ragione stessa dell'opzione della stazione appaltante, non sindacabile in sede di legittimità se non in presenza di scelte abnormi, per la interpolazione bilineare che costituisce proprio un'alternativa al metodo dell'interpolazione lineare, specie per l'elemento prezzo. Con l'interpolazione bilineare il punteggio cresce linearmente fino a un valore soglia, calcolato ad esempio come la media del ribasso dei concorrenti, per poi flettere e crescere molto limitatamente. Il vantaggio della formula bilineare è quello di scoraggiare offerte con ribassi eccessivi (poiché esse ricevono un punteggio incrementale ridotto). Si tratta proprio del motivo per cui si opta per l'interpolazione bilineare che è quello di disinnescare il limite intrinseco dell'interpolazione lineare, e cioè quello di valorizzare in modo eccessivo differenze di prezzo in concreto anche molto contenute. Il criterio dell'interpolazione lineare mira a premiare in maniera decisa e significativa il ribasso; l'adozione di un tale criterio costituisce una legittima facoltà per le Amministrazioni che,

nell'ambito della propria attività contrattuale, sin dall'indizione del bando, intendano privilegiare *in primis* il contenimento dei costi (Consiglio di Stato, sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4413). Ma non si tratta del metodo scelto dalla stazione appaltante.

23.4. L'appellante, in definitiva, si duole di una formula matematica che era chiara fin dall'inizio della sequenza procedimentale e che faceva parte delle regole della gara. Regole che in nessuna parte imponevano l'attribuzione del punteggio massimo.

23.5. Si tratta solo di "fare i conti" e i conti della stazione appaltante sono quelli indicati nella formula. Nulla più.

24. Per le ragioni sopra esposte l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata seppure con diversa motivazione in ordine al quarto motivo di appello (corrispondente all'unico motivo di doglianza contenuto nel ricorso introduttivo di primo grado). L'infondatezza alla stregua delle osservazioni svolte, cui consegue la conferma della sentenza impugnata e la legittimità degli atti impugnati, esclude la stessa ammissibilità della domanda risarcitoria riproposta in sede di appello.

24. Il rigetto dell'appello principale rende improcedibile l'appello incidentale.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così decide:

- a) rigetta l'appello principale;
- b) dichiara improcedibile l'appello incidentale;
- c) per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 13991/2022.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida come di seguito:

- a) € 3.000/00 (tremila) oltre accessori e spese di legge in favore del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;
- b) € 3.000/00 (tremila) oltre accessori e spese di legge in favore di Almagora – The Italian Innovation Company S.p.A.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO