

Publicato il 08/02/2019

N. 00947/2019REG.PROV.COLL.
N. 07739/2018 REG.RIC.
N. 08073/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7739 del 2018, proposto da Car Segnaletica Stradale S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Trenitalia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Lattanzio 66;

nei confronti

Ferrosud S.p.A., Comp. Tech. Europe S.r.l., Soc. Coop. Porta Bagagli Padova O Cpb 1952 Soc. Coop. in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro-tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Ettore Lo Nigro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Maurizio Canfora in Roma, piazza

Cavour n. 17;

Vuolo Taddeo S.r.l., Metalmeccanica S.r.l. non costituite in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 8073 del 2018, proposto da Ferrosud S.p.A. in proprio ed in qualità di impresa mandataria di a.t.i. con Comp. Tech. Europe S.r.l., Soc. Coop. Portabagagli di Padova a responsabilità limitata, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ettore Lo Nigro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Maurizio Canfora in Roma, piazza Cavour n. 17;

contro

Vuolo Taddeo S.r.l. non costituita in giudizio;

Car Segnaletica Stradale S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Trenitalia S.p.A, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mario Esposito in Roma, via Lattanzio, 66;

per la riforma

quanto al ricorso n. 8073 del 2018:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sez. IV) n. 5292/2018, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 1023/2018:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sez. IV) n. 5292/2018, resa tra le parti;

ambedue concernenti 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;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Trenitalia S.p.A, di Ferrosud S.p.A. e di Car Segnaletica Stradale S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2019 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Roberto Prozzo, Mario Esposito, Ettore Lo Nigro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il bando del 23 maggio 2017 Trenitalia aveva indetto la procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa n. 6751231, per l'affidamento di 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.

L'aggiudicazione avveniva in capo all'a.t.i. con capogruppo Ferrosud che aveva conseguito 65 punti per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica, mentre al secondo posto si classificava l'a.t.i. con capogruppo

Vuolo Taddeo con 68 punti per l'offerta tecnica e 25,89 punti per l'offerta economica, al terzo la car Segnaletica Stradale s.r.l. con 65 punti per l'offerta tecnica e 28,59 punti per l'offerta economica. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo della Campania l'a.t.i. Vuolo Taddeo impugnava l'aggiudicazione alla Ferrosud con 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 rilasciata da Martos Fin Capital s.p.a., intermediario non iscritto nell'elenco speciale di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, così come invece previsto a pena di esclusione tra le "Condizioni di partecipazione" al punto "III.1.6) (Cauzioni e garanzie) per effetto del par. VI del Disciplinare di gara ed inoltre cessata dall'attività il 14 marzo 2017 prima del rilascio della polizza il successivo 4 settembre. Si costituiva in giudizio la Ferrosud, la quale eccepiva l'irricevibilità del ricorso per tardività e violazione dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a., perché proposto oltre il termine di 30 giorni dall'ammissione della Ferrosud alla gara, avvenuta alla seduta pubblica del 6 ottobre 2017, e nel merito l'infondatezza della censura.

Si costituiva Trenitalia, la quale sosteneva la medesima eccezione e nel merito l'inapplicabilità dell'art. 93 d.lgs. 50 del 2016 alla fattispecie, rientrando questa nei settori esclusi e quindi disciplinata dal Titolo IV (artt. 114 ss.) del citato decreto e 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* ed in ogni caso la regolarità della cauzione

A fronte della sospensione cautelare dell'aggiudicazione disposta con ordinanza cautelare n. 503 del 5 aprile 2018, Trenitalia avviava la procedura di soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del d. lgs. 50/2016 e X, comma 3, del disciplinare di gara, richiedendo all'a.t.i. Ferrosud di

presentare una nuova cauzione in sostituzione della precedente, anche in ragione della facoltà della stazione appaltante di cambiare il garante non gradito, 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.

Con riguardo alla stessa gara veniva proposto un secondo ricorso dalla terza graduata Car Segnaletica Stradale s.r.l., la quale impugnava non solo l'aggiudicazione in favore di Ferrosud, ma chiedeva anche l'annullamento del provvedimento di ammissione a gara e/o di mancata esclusione dell'a.t.i. tra Vuolo Taddeo s.r.l. e Metalmeccanica s.r.l., nonché della graduatoria finale per quanto di ragione.

Con tale ricorso veniva contestata 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 l'esclusione, quanto l'eliminazione dei punteggi attribuiti in violazione del bando, avrebbero determinato la collocazione della ricorrente al 1° posto.

Il ricorso sosteneva i seguenti motivi:

- 1) Violazione dell'art. 83 del codice dei contratti, e del punto III.1.3 del bando di gara.
- 2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 89 del codice dei contratti.
- 3) 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.
- 4) e 5) 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.

6) 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.

Si costituiva la Ferrosud, la quale anche in questo giudizio eccepiva preliminarmente l’irricevibilità del ricorso per tardività e violazione dell’art. 120 comma 2 *bis* c.p.a., per le stesse ragioni già prospettate avverso la Vuolo ed eccepiva inoltre la carenza di interesse della CAR all’annullamento dell’aggiudicazione disposta nei confronti dell’aggiudicataria, dal momento che, essendo essa terza in graduatoria, comunque non potrebbe conseguire l’aggiudicazione della gara quand’anche fosse stata annullata l’aggiudicazione nei confronti dell’a.t.i. 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. Nel merito la controinteressata sosteneva l’infondatezza delle prospettazioni avversarie.

Si costituiva Trenitalia la quale, al pari di Ferrosud, eccepiva la tardività della notifica del ricorso per le stesse ragioni già prospettate da quest’ultima, e nel merito sosteneva l’infondatezza delle censure rivolte ad ambedue le concorrenti.

Si costituiva in giudizio anche la Vuolo, eccependo preliminarmente l’inammissibilità dell’impugnazione per la mancata dimostrazione della prova di resistenza e sostenendo altresì l’infondatezza del ricorso.

Con la sentenza n. 5292 del 28 agosto 2018 il Tribunale amministrativo, vista l’identità della gara e la parziale identità di censure ed eccezioni,

riteneva l'opportunità della riunione dei due ricorsi, procedendo dapprima nell'esame di quello presentato dall'a.t.i. Vuolo.

In primo luogo il Tribunale amministrativo riteneva tempestivo il ricorso presentato della società Vuolo contrariamente a quanto eccepito da Trenitalia e Ferrosud, poiché l'onere di impugnare immediatamente l'altrui ammissione alla procedura di gara pubblica d'appalto, senza attendere l'aggiudicazione, è subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, ai sensi dell'art. 29 comma 1 del d. lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 5 *bis* del d. lgs. 7 marzo 2005 n. 82, incumbente riservato alla stazione appaltante, poiché a ciò non può surrogare la comunicazione "ufficiale" in seduta pubblica, pur se avvenuta alla presenza dei rappresentanti delle imprese.

Il ricorso dell'a.t.i. Vuolo era quindi tempestivo, ma era altresì fondato.

Con l'unico motivo di ricorso, l'a.t.i. in questione contestava all'aggiudicataria di aver presentato corredata da cauzione provvisoria, prestata dalla Martos Fin Capital s.p.a., non 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).

La pronuncia ribadiva quanto già affermato nella pronuncia cautelare, statuendo che una garanzia rilasciata da un soggetto non più abilitato a farlo è inutilizzabile se non inesistente, né poteva essere di aiuto la prestazione della nuova fideiussione rilasciata dall'intermediario abilitato Finworld S.p.A., documento regolarmente utilizzabile nel processo visti i tempi di formazione anche se avvenuto in seguito alle contestazioni di parte ricorrente, poiché avvenuta in seguito a soccorso istruttorio, la cui disciplina secondo l'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 non giustifica regolarizzazioni postume che non abbiano carattere meramente formale, sì che in caso di omessa presentazione 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: nel caso di specie 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 è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria" 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 poteva in alcun modo essere sanata alla stregua di una mera irregolarità documentale, per di più dopo l'esame definitivo delle offerte, trattandosi di una precisa carenza degli elementi a corredo dell'offerta, prevista a pena di esclusione dalla *lex specialis*.

In conseguenza di tali conclusioni doveva essere accolto il ricorso dell'a.t.i. Vuolo con le conseguente esclusione dell'a.t.i. Ferrosud dalla gara oggetto del giudizio e la conferma dell'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 ma, in esito all'accoglimento del ricorso di Vuolo contro Ferrosud, le censure di CAR riguardanti la ditta prima classificata non necessitavano di scrutinio specifico, mentre le eccezioni mosse alla CAR circa la presunta carenza di interesse al ricorso, stante la posizione di terza classificata, perdevano anch'esse di interesse per effetto dell'accertata esclusione di Ferrosud, dalla quale conseguiva per la CAR la posizione di seconda classificata, con interesse alla decisione del gravame.

Con il primo motivo di ricorso la CAR affermava che 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 a.t.i. (e di consorzio) i requisiti non attinenti alla capacità economica e finanziaria, ma ai “livelli minimi” di capacità professionale e tecnica dovevano essere posseduti da tutti i componenti del raggruppamento e non potevano essere frazionati in proporzione alle quote di partecipazione al raggruppamento delle imprese facenti parte dello stesso.

La questione derivava dalla 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) avrebbe dovuto 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”.

Il giudice di primo grado attribuiva diversa rilevanza al chiarimento fornito dalla stazione appaltante, la quale, in risposta ad apposito quesito aveva confermato, a termine per la presentazione delle offerte ancora aperto, 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).

Ma la 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; la risposta di Trenitalia non avrebbe potuto assumere le caratteristiche di integrazione esterna del bando, ma andava considerata per quella che effettivamente era, 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, senza funzione integrativa della *lex specialis* e senza essere vincolante per la commissione aggiudicatrice, dato che la stazione appaltante non può discostarsi dalle regole da essa stessa fissate e alle quali si è autovincolata; tuttavia, secondo il Tribunale amministrativo, può intervenire nei casi in cui il chiarimento rivesta caratteri di “neutralità” rispetto ai contenuti del bando senza alcuna illegittima modifica delle regole di gara, ed operando a beneficio di tutti i concorrenti.

Questo è quanto avvenuto nel caso concreto, posto che l’interpretazione letterale a contrario offerta dalla ricorrente, può essere disattesa 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 r.t.i./a.t.i., 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.

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 avuto quindi senso limitare la partecipazione alle sole a.t.i. i cui membri erano 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 del 2016, mentre per gli altri elementi previsti dall’art. III.1.3 del bando riguardanti il possesso di certificazioni di qualità,

ambientali e tecniche non frazionabili per natura e che, comunque, riguardano determinate abilitazioni e certificazioni di cui, ovviamente, devono essere in possesso tutti i partecipanti.

Con il secondo motivo la CAR contestava alla Vuolo/Taddeo la violazione dell'art. 89 d.lgs. 50 del 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", ma non nel caso di ausilio per i requisiti tecnici e professionali.

La censura era infondata in quanto muoveva dall'erroneo presupposto che il requisito in parola riguardasse la capacità tecnico-professionale e non quella economico-finanziaria, laddove il punto III.I.3 del bando metteva in correlazione capacità e fatturato, il tutto desumibile dai "livelli minimi di capacità richiesti", oltre a tutta una serie di certificazioni, 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.

Dunque doveva ritenersi legittimo e validamente prestato l'avvalimento interno e reciproco di cui in precedenza, poiché l'assunzione dell'obbligo di messa a disposizione del fatturato specifico mancante in relazione alle

singole attività rispettava la previsione di bando e non era necessaria nel caso di specie, l'elencazione, all'interno del contratto di avvalimento, di tutti i mezzi aziendali offerti dalla ditta ausiliaria a sostegno del prestito del requisito.

L'avvalimento consistente nella messa a disposizione di mezzi finanziari 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 ausiliaria munendola, così, di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando.

Detti principi dovevano valere anche con riferimento a quanto richiesto dal punto III.1.3. del bando, in quanto i livelli minimi di capacità risultavano 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 ed andava ribadito che l'Adunanza plenaria 23 del 2016 aveva ritenuto che l'invalidità di un contratto di avvalimento era da individuarsi, 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 terzo, il quarto e il sesto motivo di ricorso riguardavano la posizione dell'a.t.i. Ferrosud e quindi andavano dichiarati improcedibili.

In conclusione il Tribunale amministrativo esaminava la quinta censura, diretta contro l'a.t.i. Vuolo/Taddeo, con la quale CAR si doleva 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, in breve.

La censura, caratterizzata da un'analisi dei prodotti offerti dalla Vuolo/Taddeo, veniva ritenuta infondata in fatto in base alle risultanze in atti e si osservava che le illegittimità prospettate non sussistevano, con il risultato che, tenendo conto dell'accoglimento del ricorso dell'a.t.i. Vuolo/Taddeo avverso l'a.t.i. Ferrosud e del parziale rigetto del ricorso CAR, per il resto improcedibile, l'aggiudicazione doveva essere determinata in capo all'a.t.i. Vuolo/Taddeo.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 1° ottobre 2018 la Ferrosud s.p.a. impugnava la sentenza in questione e sosteneva da un lato l'erronea dichiarazione di tempestività del ricorso ritenuta dal giudice di primo grado richiamando le fasi di gara che avrebbero permesso all'a.t.i. Vuolo la conoscenza del vizio denunciato poi nelle vie ordinarie sull'irregolarità della cauzione provvisoria, l'ultrapetizione sul soccorso istruttorio operato dalla stazione appaltante successivamente alla proposizione del ricorso, la mancata valutazione dell'errore scusabile da parte di Ferrosud che aveva agito in buona fede sulla base dei documenti della Martos Fin Capital al pari di Trenitalia, sulle caratteristiche tipiche della cauzione provvisoria e sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio postumo, sull'assenza di sanzione espulsiva in corretta applicazione dell'art. 83 del d. lgs. 50 del 2016.

La Ferrosud concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese.

Con appello notificato in pari data, la CAR s.r.l. impugnava anch'essa la sentenza del Tribunale amministrativo della Campania e sosteneva dapprima la violazione dell'art. 83 del d. lgs 50 del 2016 e del punto III.I.3 del bando di gara sostenendone l'erroneità laddove questa aveva ammesso la frazionabilità dei requisiti di capacità professionale e tecnica, in realtà

non divisibili tra le componenti delle due a.t.i. controinteressate che invece non erano in possesso nei singoli componenti, la violazione dell'art. 89 del d. lgs. 50 del 2016 sull'inefficacia degli avvalimenti cd. interni sugli stessi requisiti, inefficacia dipendente dall'assenza di risorse prestate alla stregua degli avvalimenti sui requisiti di capacità economica e finanziaria – cd. di garanzia, allorché l'avvalimento non riguardava tale ultima capacità come inteso dal giudice di primo grado, ma quella professionale e tecnica, quindi riproponeva il terzo motivo del ricorso introduttivo non esaminato in primo grado sull'irregolarità dell'avvalimento tra Ferrosud e Comp. Tech. Europe, incompleto per assenza di corrispettivo demandato a futuri accordi ed il quarto sull'inidoneità delle pellicole offerte da Ferrosud prive delle caratteristiche richieste, ancora sub 5) la violazione del disciplinare di gara e del capitolato tecnico relativamente alle pellicole offerte dall'a.t.i. Vuolo/Taddeo e da ultimo, sub 6), ulteriore inidoneità sotto altra specie delle pellicole offerte dalla Ferrosud.

Anche la CAR concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese.

In ambedue gli appelli si è costituita in giudizio Trenitalia, difendendo il proprio operato come stazione appaltante ed inoltre Ferrosud in qualità di controinteressata, sostenendo l'infondatezza di entrambe le impugnative, mentre non si è costituita la Vuolo s.r.l.

All'udienza del 24 gennaio 2019 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

I due appelli vanno riuniti per essere decisi con un'unica sentenza ai sensi dell'art. 96 del codice del processo amministrativo.

In primo luogo va rilevata la fondatezza dell'appello della Ferrosud con cui la prima collocata in graduatoria ha contestato la sentenza di prime cure, laddove questa non ha ritenuto l'irricevibilità del ricorso per tardività conseguente alla violazione dell'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a., perché

proposto oltre il termine di 30 giorni dall'ammissione della Ferrosud alla gara, avvenuta alla seduta pubblica del 6 ottobre 2017.

L'art. 120, comma 2 *bis*, del c.p.a. prevede 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 adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11”*.

Risponde a quanto documentato negli atti di causa la versione dei fatti fornita dall'appellante, ovverosia che vi è stata prima la fase di ammissione che si è conclusa il 25 settembre 2017 e quindi quella della valutazione delle offerte chiusasi l'11 dicembre 2017; il 22 settembre, in presenza di rappresentanti di alcune delle concorrenti, tra questi segnatamente Antonio Vuolo e Pasquale Maisto per l'a.t.i. Vuolo Taddeo, sono state aperte le buste A relative alla documentazione amministrativa relativa ai requisiti soggettivi e pubblicato il relativo contenuto, passaggio necessario per l'ammissione all'esame delle buste B e C, offerta tecnica ed offerta economica e quindi la seduta è stata aggiornata al 25 settembre successivo nella quale la documentazione presentata è stata riconosciuta completa e conforme con la conseguente ammissione alla fase di esame dell'offerta per quattro concorrenti, tra cui l'a.t.i. Ferrosud.

Tali determinazioni sono state suggellate con la decisione di procedere all'esame delle offerte delle concorrenti ammesse e ciò sempre in presenza di Antonio Vuolo e Antonio Vicedomini, rappresentanti ufficiali dell'a.t.i. Vuolo Taddeo.

Ora, l'unico motivo del ricorso introduttivo dell'a.t.i. Vuolo Taddeo consisteva nella contestazione nei confronti dell'aggiudicataria di aver presentato corredata da cauzione provvisoria, prestata dalla Martos Fin

Capital s.p.a., non 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).

Tale situazione è necessariamente emersa nelle sedute di commissione del 22 e del 25 settembre 2017 ai rappresentanti della Vuolo Taddeo al momento della pubblicazione dei contenuti delle buste A delle concorrenti e costoro erano pienamente al corrente della situazione della Martos Fin Capital s.p.a. secondo quanto emerge dalla nota del 19 marzo 2018 della stessa Martos, nota depositata agli atti del ricorso di primo grado, in cui la Martos lamentava oltre al mancato pagamento da parte della Vuolo Taddeo di una serie di polizze ad essa rilasciate, anche delle doglianze della Vuolo nel ricorso al Tribunale amministrativo napoletano avverso l'aggiudicazione ad a.t.i. capeggiato da Ferrosud nella gara de quo, fondato unicamente sulla mancanza di autorizzazione della Martos ad emettere cauzioni, a fronte di un rapporto di prestazioni di garanzie tra Vuolo e Martos che procedeva da almeno due anni, ivi compresa cauzione provvisoria per l'appalto identico a quello in causa per il periodo immediatamente precedente.

Dunque, se non fossero state sufficienti le presenze dei rappresentanti della Vuolo alle predette sedute, da quest'ultima nota emerge che quanto rappresentato dalla Vuolo era in piena conoscenza di questa ed andava contestato, ammessa e non concessa la fondatezza delle tesi, nei termini di cui all'art. 120 comma 2 bis del codice del processo amministrativo e non successivamente all'aggiudicazione.

Come già argomentato dalla giurisprudenza (cfr. Cons. St. n. 1843 del 2018; Cons. St. 5870 del 2017), la disposizione in parola non implica l'assoluta inapplicabilità del generale principio sancito dagli artt. 41, comma 2 e 120, comma 5, ultima parte, del c.p.a., per cui, in difetto della

formale comunicazione dell'atto - o, per quanto qui interessa, in mancanza di pubblicazione di un autonomo atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante - il termine decorre, comunque, dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare, ma ciò a patto che l'interessato sia in grado di percepire i profili che ne rendano evidente la lesività per la propria sfera giuridica in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale.

In altri termini, *“la piena conoscenza dell’atto di ammissione della controinteressata, acquisita prima o in assenza della sua pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante, può dunque provenire da qualsiasi fonte e determina la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso”* (Cons. St. 5870 del 2017).

Ciò sulla scorta generale di quanto precisato dall'Adunanza plenaria con la pronuncia n. 4 del 26 aprile 2018, secondo cui la previsione di cui all'art. 120 comma 2 bis è *finalizzata a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione. Il legislatore ha quindi inteso evitare che con l'impugnazione dell'aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione, con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre al pericolo di perdita di eventuali finanziamenti, il tutto nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara.*

Tale norma pone evidentemente un onere di immediata impugnativa dei provvedimenti in questione, a pena di decadenza, non consentendo di far valere successivamente i vizi inerenti agli atti non impugnati; l'omessa attivazione del rimedio processuale entro il termine preclude al concorrente

la possibilità di dedurre le relative censure in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, ovvero di paralizzare, mediante lo strumento del ricorso incidentale, il gravame principale proposto da altro partecipante avverso la sua ammissione alla procedura

Perciò non può che concludersi che le circostanze ventilate che a parere dell'appellata avrebbero dovuto determinare l'esclusione dell'a.t.i. Ferrosud dovevano ritenersi note non oltre la seduta del 25 settembre 2017 quale termine ultimo, in cui si è chiuso l'esame della busta A concernente la documentazione amministrativa, formalmente riconosciuta l'ammissione dei concorrenti asseritamente in regola e deciso di procedere all'apertura delle buste tecniche e successivamente economiche.

Il Collegio conosce i precedenti in senso contrario, ripresi nella sentenza impugnata, secondo cui la pubblicazione degli atti della procedura, ai sensi dell'art. 29 comma 1 del d. lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 5 bis del d. lgs. 7 marzo 2005 n. 82, è incombente necessario riservato alla stazione appaltante, che non può surrogare la comunicazione "ufficiale" in seduta pubblica, pur se avvenuta alla presenza dei rappresentanti delle imprese, ma non ritiene che il principio generale della piena conoscenza dell'ammissione di ditte concorrenti venga in realtà derogato, soprattutto alla luce degli elementi che hanno caratterizzato la vicenda in esame ora passati in rassegna.

E la specificazione contenuta già nel bando di gara secondo cui la cauzione provvisoria era da costituirsi all'atto della presentazione dell'offerta, non lascia spazio a differenti interpretazioni sulla sua natura di requisito essenziale di partecipazione, visto che il disciplinare stabiliva l'esclusione dalla gara in caso di mancata costituzione (per tutte, Cons. Stato, VI, 9 luglio 2018 n. 4180).

Per le considerazioni finora esposte l'appello di Ferrosud deve essere accolto con la conseguente riforma di tale parte di sentenza.

Ai fini del decidere resta ora l'esame del secondo appello, proposto da CAR Segnaletica Stradale avverso la posizione di ambedue le concorrenti poste al primo posto – a.t.i. Ferrosud – e secondo della graduatoria – a.t.i. Vuolo Taddeo – ma quanto a quest'ultima si deve rilevare la fondatezza dell'appello della Ferrosud priva di rilevanza le censure avverso l'a.t.i. Vuolo Taddeo, rendendole improcedibili, in quanto l'interesse della CAR resta delimitato alla demolizione della posizione della Ferrosud.

In primo luogo, quanto alla prima censura con cui la CAR ribadisce la violazione della legge di gara, laddove questa imponeva la non frazionabilità all'interno delle a.t.i. e dei consorzi in gara dei requisiti di capacità professionale e tecnica richiesti, che essi dovessero essere livelli minimi che dovevano essere posseduti dalle singole componenti delle a.t.i. o dei consorzi, il Collegio non rinviene ragioni per discostarsi dalle conclusioni raggiunte dal Tribunale amministrativo.

E' evidente che se si dovesse aderire alla censura proposta, l'offerta della Ferrosud non avrebbe i requisiti in questione e ciò a seguito della verifica dei livelli rappresentati dai singoli membri.

La censura di CAR si fonda su una lettura in apparenza piana della legge di gara, laddove questa al punto III.1.3 del bando relativo alla capacità professionale e tecnica richiede che i livelli minimi di fatturato medio annuo per il triennio 2014 – 2016 debbano essere posseduti da tutti i componenti dei raggruppamenti e da ciascuno dei consorziati; la lettera del bando è stata oggetto di quesito alla stazione appaltante, la quale ha dato l'interpretazione della clausola in modo conforme a quella individuata dal giudice di primo grado, ossia che in caso di partecipazione alla gara di raggruppamenti temporanei, il requisito tecnico del fatturato medio annuo dovrà essere posseduto da tutti i membri del raggruppamento (o consorzio) in misura proporzionale alla quota di partecipazione in analogia con quanto prescritto per i requisiti di capacità economica e finanziaria.

Il Collegio condivide le ragioni esposte nel quesito anche sulla base delle difese in giudizio di Trenitalia e ciò sulla base di due argomentazioni, l'una di carattere speciale, l'altra di carattere generale.

Quella di carattere speciale si rinviene nel seguente punto VI.3 lett. 10) dello stesso bando, in cui si stabilisce che *“Alla luce delle indicazioni fornite dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in data 23/12/2014 con la “Comunicazione avente ad oggetto l’esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese “sovrabbondanti” dalle gare pubbliche”, Trenitalia si riserva la facoltà di escludere le offerte presentate da raggruppamenti temporanei di imprese (RTI) costituiti da due o più operatori economici che già singolarmente possiedono i requisiti finanziari e tecnici per la partecipazione alla gara (c.d. RTI “sovrabbondanti”), nel caso in cui da un’analisi della struttura e delle dinamiche caratterizzanti il mercato interessato, nonché da qualsiasi altro elemento, rilevi una precisa volontà anticoncorrenziale delle imprese coinvolte.”*

Da tale norma si desume senza ombra di dubbio che la stessa stazione appaltante si riservi la facoltà di escludere concorrenti formati da operatori economici che possiedono autonomamente per intero i requisiti tecnici, ai fini di non “schiacciare” il mercato.

E' evidente che tale disposizione debba avvalorare la risposta fornita da Trenitalia sul quesito prima richiamato e questo sulla base fondamentale di un principio ermeneutico di cui all'art. 1363 cod. civ. secondo cui *“Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto”*.

Ora, la disposizione speciale di cui al punto VI.3 lett. 10) non avrebbe alcun senso se si seguisse l'interpretazione che la censura di CAR sostiene e dunque si deve considerare risolta nel senso della frazionabilità dei requisiti, la pur problematica clausola generale di cui al punto III.1.3.

Ma, come dapprima evidenziato, vi è un ulteriore elemento che depone per una lettura consimile, elemento comunque contenuto di già nel punto VI.3,

ossia che alla luce di principi generali dell'ordinamento interno ed eurounitario, il principio di concorrenza assurge a "custode" dell'intero sistema di tutte le procedure delle pubbliche gare, tanto da esserne un cardine fondamentale: ora una lettura come quella di CAR avrebbe la portata di schiacciare la concorrenza, se davvero si ponesse come indefettibile il possesso dei requisiti da parte di ciascun componente i raggruppamenti o i consorzi, tanto da rendere inutile questa figura giuridica nella partecipazione alla gara, vista l'entità dei requisiti professionali e tecnici che si dovrebbero possedere.

Le conclusioni finora tratte rendono necessariamente irrilevanti il secondo ed il terzo motivo inerenti l'irregolarità dell'avvalimento interno tra Ferrosud e la raggruppata mandante Comp. Tech. Europe s.r.l.

Vanno da ultimo esaminato i motivi quarto e sesto inerenti caratteristiche tecniche delle pellicole da apporre sulle carrozze offerte dall'a.t.i. Ferrosud, non rassegnati nel giudizio di primo grado in dipendenza delle conclusioni raggiunte sulla dovuta esclusione di Ferrosud e che ora, nella sostanza capovolte nell'attuale grado di giudizio, consentono come già riferito, di ritenere l'improcedibilità del quinto motivo concernente questioni analoghe attinenti l'offerta della Vuolo Taddeo.

Con il quarto motivo CAR assume che l'a.t.i. Ferrosud doveva essere esclusa per aver offerto la posa in opera di pellicole adesive di protezione della superficie delle carrozze prive dei requisiti minimi indicati nelle specifiche tecniche richiamate nel capitolato, ossia sulle caratteristiche che esse dovevano avere, oppure non doveva esserle attribuito in materia alcun punteggio, al contrario dei cinque punti assegnati per le proposte pellicole polimeriche calandrate, nonostante le difformità rispetto a quanto richiesto dal capitolato.

Il motivo è complessivamente infondato.

La lettura delle carte processuali permette di comprendere come la sigla ST374903 sia una linea guida di identificazione generale delle condizioni

delle pellicole, mentre la sigla ST371497 sia una specificazione interna dei parametri di tale materiale, parametri che sono stati adeguati nel tempo: tanto è che le linee guida della stazione appaltante precisano in uno dei capitolati tecnici tanto la ST374903 come caratteristica generale e la sigla ST371497 come caratteristica dei parametri delle pellicole. Quanto alla mancata corrispondenza del prodotto fornito alle caratteristiche richieste essa non appare provata ed al contrario dalla certificazione in data 25 ottobre 2017 si può desumere la rispondenza alle caratteristiche della sigla ST371497.

Quanto poi alla durata del prodotto, è del tutto corretto che questa sia stata portata a 6 anni dagli originari 5 in data successiva al 23 maggio 2017 data di emissione del bando e precisamente con la rev. 9 del 13 giugno successivo, per cui la produzione non era certamente in grado di fornire altro prodotto con la nuova durata certa.

Quindi è convincente l'assunto delle difese di Ferrosud secondo il quale la questione investiva più che altro un aspetto commerciale concretizzabile e concretizzato con un allungamento della garanzia a 72 mesi.

L'infondatezza del quarto motivo comporta altresì l'infondatezza del sesto motivo, anch'esso concernente le pellicole offerte dall'a.t.i. Ferrosud, poiché basato sull'assenza della conformità alle specifiche tecniche: quanto espresso a proposito di queste supera in ogni caso le doglianze nel campo, questa volta riguardanti l'aspetto dell'adesività delle pellicole in questione.

Il quinto motivo, sempre attinente le pellicole, è appunto improcedibile secondo quanto già riportato, in quanto diretto avverso l'offerta della Vuolo Taddeo.

Per le considerazioni suesposte va perciò accolto l'appello dell'a.t.i. Ferrosud, alla quale conseguentemente va ripristinato il ruolo di aggiudicataria, mentre deve essere in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile l'appello della CAR Segnaletica.

Le spese di giudizio possono essere compensate, vista la complessità della questione e la giurisprudenza non ancora pacifica sulla decorrenza delle impugnazione ex art. 120 comma 2 *bis* del codice del processo amministrativo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti e previamente riuniti, accoglie il n. 8073 del 2018 ed in parte respinge ed in parte dichiara improcedibile il n. 7739 del 2018.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaele Prosperi

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO