

Publicato il 28/10/2022

N. 13991/2022 REG.PROV.COLL.
N. 03469/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3469 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Leonardo S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mariangela Di Giandomenico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Almaviva - The Italian Innovation Company S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Tommaso Di Nitto, Gianpaolo Ruggiero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Tommaso Di Nitto in Roma, via

Antonio Gramsci n. 24;

Fincantieri Nextech S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento adottato dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili – Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di porto (di seguito anche “Comando generale” o “Stazione Appaltante” o “Amministrazione”), recante l'approvazione della graduatoria finale e dell'aggiudicazione in favore del costituendo R.T.I. composto da Almaviva S.p.a., in qualità di mandataria, e Fincantieri Nextech S.p.a., in qualità di mandante (di seguito anche il “RTI”), di cui è stata data comunicazione a Leonardo a mezzo pec in data 15.2.2022 (doc. 1), in esito alla procedura aperta indetta dal Comando generale “per l'affidamento dei servizi di gestione del sistema VTS per 36 mesi ed un importo a base di gara di euro 23.984.960,59 i.v.a. esclusa, con l'opzione per l'erogazione di ulteriori servizi per un importo massimo pari a euro 16.045.926,21 i.v.a. esclusa.” CIG 8752782035;

- e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, compresi tutti i verbali di gara relativi alla valutazione delle offerte pervenute e i verbali di verifica della congruità dell'offerta del RTI controinteressato, ancorché non conosciuti;

- nonché per l'annullamento del disciplinare di gara (doc. 2) nella parte relativa alla “Valutazione offerta economica (PE)” e alla formula di attribuzione del punteggio di merito

economico, e per l'effetto dell'intera procedura di gara e dei relativi atti di indizione, con conseguente condanna dell'Amministrazione alla riedizione della stessa

NONCHE' PER LA DECLARATORIA DI INEFFICACIA

- del contratto, ove stipulato nelle more del giudizio, ex art. 122 c.p.a.

E PER LA CONDANNA

- dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno, da pronunciarsi nella forma:

i) della reintegrazione in forma specifica, con subentro e affidamento del contratto a Leonardo per l'intero periodo di durata previsto dalla lex specialis;
ii) o, in subordine, per equivalente ai sensi dell'art. 124 c.p.a., con conseguente declaratoria dei criteri in base ai quali la Stazione Appaltante dovrà formulare una proposta di pagamento che dovrà comunque comprendere:

– il danno emergente comprensivo dei costi sostenuti per la partecipazione alla gara, che ci si riserva di quantificare/produrre in seguito;

– il danno professionale (id est curriculare) conseguente all'impossibilità di indicare nel prosieguo dell'attività, fra i requisiti di (pre)qualificazione per la partecipazione a procedure identiche e/o analoghe quanto ad oggetto a quella di cui è gravame, danno da liquidarsi equitativamente, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 1226 e 2056 c.c., nella misura pari al 5% del danno patrimoniale;

– il lucro cessante che la ricorrente avrebbe conseguito con l'aggiudicazione dell'appalto.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Leonardo S.p.A. il 1/4/2022:

PER L'ANNULLAMENTO,PREVIA ADOZIONE DI MISURE CAUTELARI

dei medesimi atti già impugnati con il ricorso, come indicati nell'epigrafe del ricorso medesimo, da intendersi quivi integralmente riportati e trascritti, tra cui:

- il provvedimento adottato dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili – Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di porto (di seguito anche “Comando generale” o “Stazione Appaltante” o “Amministrazione”), recante l'approvazione della graduatoria finale e dell'aggiudicazione in favore del costituendo R.T.I. composto da Almagora S.p.a., in qualità di mandataria, e Fincantieri Nextech S.p.a., in qualità di

mandante (di seguito anche il “RTI”), di cui è stata data comunicazione a Leonardo a mezzo pec in data 15.2.2022 (doc. 1), in esito alla procedura aperta indetta dal Comando generale

“per l'affidamento dei servizi di gestione del sistema VTS per 36 mesi ed un importo a base di gara di euro 23.984.960,59 i.v.a. esclusa, con l'opzione per l'erogazione di ulteriori servizi per un importo massimo pari a euro 16.045.926,21 i.v.a. esclusa.” CIG 8752782035

- tutti i verbali di gara relativi alla valutazione della documentazione amministrativa, all'ammissione del RTI, nonché relativi alla valutazione dell'offerta tecnica (doc. 15, cui si è avuto accesso in data 16.3.2022); e i verbali di verifica della

congruità dell'offerta economica (doc. 16, cui si è avuto accesso con parti omissate in data 21.3.2022), tutti nella parte in cui hanno dichiarato ammissibile e ritenuto congrua l'offerta;

PER LA DECLARATORIA DI INEFFICACIA

del contratto, ove stipulato nelle more del giudizio, ex art. 122 c.p.a.

E PER LA CONDANNA

dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno, da pronunciarsi nella forma:

i) della reintegrazione in forma specifica, con subentro e affidamento del contratto a Leonardo per l'intero periodo di durata previsto dalla lex specialis;

ii) o, in subordine, per equivalente ai sensi dell'art. 124 c.p.a., con conseguente declaratoria dei criteri in base ai quali la Stazione Appaltante dovrà formulare una proposta di pagamento che dovrà comunque comprendere:

– il danno emergente comprensivo dei costi sostenuti per la partecipazione alla gara, che ci si riserva di quantificare/produrre in seguito;

– il danno professionale (id est curriculare) conseguente all'impossibilità di indicare nel prosieguo dell'attività, fra i requisiti di (pre)qualificazione per la partecipazione a procedure identiche e/o analoghe quanto ad oggetto a quella di cui è gravame, danno da liquidarsi equitativamente, ai sensi e per gli effetti

del combinato disposto degli artt. 1226 e 2056 c.c., nella misura pari al 5% del danno patrimoniale;

– il lucro cessante che la ricorrente avrebbe conseguito con l'aggiudicazione dell'appalto.

NONCHE' PER L'ACCESSO EX ART. 116, COMMA 2, C.P.A.

a tutti gli atti e documenti richiesti da Leonardo con l'istanza di accesso difensiva (doc. 12) non esibiti alla ricorrente, e segnatamente all'offerta tecnica e ai giustificativi dell'offerta del RTI nella versione non oscurata, con conseguente accertamento del diritto di accesso ai predetti documenti e condanna dell'Amministrazione all'ostensione degli stessi, ex artt. 53 del d.lgs. 50/2016 e 22 e ss. della l. n. 241/1990 e ss.mm.ii., previo annullamento del parziale diniego espresso con la nota di risposta della Stazione Appaltante prot. 39042 del 21.3.2022 (doc. 17) all'istanza di accesso difensiva di Leonardo del 7.3.2022 successivamente sollecitata con istanza del 9.3.2022 (doc. 14)

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Al maviva - The Italian Innovation Company S.p.A. il 21/4/2022:

per l'annullamento: a) del verbale 24 novembre 2021 n. 7 delle operazioni riferite alla gara indetta dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili – Comando generale del Corpo delle Capitanerie di Porto per l'affidamento dei servizi di gestione del sistema VTS per 36 mesi, nella parte in cui il Responsabile del procedimento della fase di affidamento ha attribuito i punteggi di merito economico alle offerte presentate dagli operatori economici concorrenti, assegnando all'offerta economica presentata dal RTI Al maviva il punteggio di 13,32 anziché il punteggio di 20 e all'offerta economica presentata da Leonardo S.p.A. il punteggio di 14 anziché il punteggio di 5; b) del provvedimento in data 14 febbraio 2022, a firma del Dirigente Responsabile degli Acquisti, comunicato al RTI Al maviva con nota del 15 febbraio 2022, nella parte in cui è stata approvata la graduatoria assegnando all'offerta presentata dal RTI Al maviva il punteggio totale di 88,10 anziché il punteggio di 94,78 e all'offerta presentata da Leonardo S.p.A.

il punteggio totale di 84,46 anziché il punteggio di 75,46, nonché di ogni altro atto o provvedimento presupposto, connesso o consequenziale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Almagora - The Italian Innovation Company S.p.A. e di Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2022 il Consigliere Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Va premesso, come emerge dalla ricostruzione dei fatti e degli atti di causa svolta sia dalla società ricorrente che dall'Amministrazione, che con bando di gara del 21.5.2021 (doc. 3 produz. ricorr.) il Comando Centrale delle Capitanerie di Porto ha indetto una procedura di gara aperta per l'affidamento dei servizi di gestione del sistema VTS (c.d. "Vessel Traffic System") – costituente un sistema informatico automatizzato di raccolta e scambio di informazioni sul traffico marittimo – per la durata di 36 mesi (con criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95 D.lgs. n. 50/2016), per un importo complessivo, compreso quello derivante dall'opzione di rinnovo contrattuale, di circa 40.000.000 di Euro.

Precisa l'impresa Leonardo S.p.A. (di seguito, "Leonardo"), trattarsi di un insieme di sistemi e servizi che, contribuendo alla salvaguardia della vita umana in mare ed alla tutela dell'ambiente marino e della costa, devono operare senza soluzione di continuità. Il sistema VTS, rilasciato da Leonardo (*rectius*, da società poi confluite in Leonardo) a partire dal 1999 e implementato negli anni, rappresenta un'opera complessa, diffusa su tutto il territorio, che prevede sia forniture e servizi informatici ed elettronici, che opere civili e impiantistiche. La sua progettazione è avvenuta in 2 fasi e il

sistema VTS (Vessel Traffic System) è un sistema informatico automatizzato di raccolta e di scambio di informazioni sul traffico marittimo, ‘mission critical’, che si prefigge l’obiettivo di incrementare la sicurezza e l’efficienza del traffico, migliorare la capacità di risposta nelle attività di ricerca e soccorso alla vita umana in mare in caso di eventi, incidenti o situazioni potenzialmente pericolose e a contribuire ad una più efficace prevenzione e localizzazione degli inquinamenti, integrando anche strumenti di governo della portualità quali il PMIS-Port Management Information System e il Safe Sea Net.

Precisa ancora che Il sistema VTS oggi si compone di:

- 1 Centro di controllo Nazionale (VTSC) Roma – Ministero dei Trasporti
- 10 Centri di controllo Area (VTSA)
- 27 Centri di controllo Locali (VTSL)
- 45 Siti Radar Remoti (RRS) e Locali (LRS), Ripetitori (RIP), telecamere (RTV)
- 1 Istituto di Formazione VTS (IFM) Messina
- 3 Postazioni Mobili Carrate (PMC) Roma Tiburtina, Messina, Lampedusa.

Il descritto sistema è stato gestito da Leonardo in virtù di proroga concessa fino al 30 giugno 2022, con Atto Aggiuntivo n. 445 del 22.12.2021 (doc. 5 del ricorso - estratto). Lo stesso Atto Aggiuntivo, al fine di “minimizzare eventuali rischi” e assicurare la continuità del servizio, ha previsto tra le attività relative alla cessazione del contratto, un Piano di Trasferimento di tutti i sistemi e servizi in essere, della durata di 4 mesi.

1.1. Con determina a contrarre n. 80 del 18 maggio 2021, l’Amministrazione resistente esperire apposita procedura aperta, ai sensi dell’art. 60 del D.lgs. 50/2016 finalizzata all’affidamento dei servizi di gestione del sistema VTS per 36 mesi. L’importo a base di gara era previsto in euro 23.984.960,59 i.v.a. esclusa con l’opzione per l’erogazione di ulteriori servizi per un importo massimo pari a euro 16.045.926,21 i.v.a. esclusa, con la facoltà di esercitare un’ulteriore opzione fino ad ulteriori 36 mesi ed un importo massimo stimato

fino ad euro 40.030.886,80 i.v.a. esclusa (Allegato 1 memoria Amministrazione del 16.5.2022).

Il bando di gara veniva pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (G.U.U.E.) n. S 98 in data 21 maggio 2021, sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (G.U.R.I.) n. 61 in data 28 maggio 2021, sul sito istituzionale, nonché su quattro quotidiani, di cui due a tiratura nazionale e due a tiratura locale (Allegato 2 produz. Ministero, cit.). In data 21 maggio venivano pubblicati sulla Piattaforma ministeriale, con accesso dall'apposito link <https://portaleappalti.mit.gov.it>, il bando predetto, il disciplinare di gara, il capitolato tecnico e gli allegati della presente procedura, identificata con il n. G00437 (Allegato 3 produz. cit.).

1.2. Alla gara hanno partecipato solo due operatori, Leonardo e il RTI nn ancora costituito, con mandataria la Società Almaviva – The Italian Innovation Compani S..P.A. (di seguito, Almaviva) e mandante la società Fincantieri Nextech S.p.a. (infra, Fincantieri)

La Stazione appaltante, al fine di verificare l'ammissibilità delle offerte pervenute, ha svolto le seguenti operazioni:

- in data 14.7.2021, verifica a sistema sulla ricezione e corretta presentazione dei plichi telematici e apertura della documentazione amministrativa (cfr. doc. 6 ricorr.);
- in data 5.8.2021, approvazione dell'ammissione alla fase successiva di gara di Leonardo nelle more delle risultanze della richiesta di chiarimenti e del soccorso istruttorio nei confronti del RTI, non pubblicati (. doc. 7 ricorr.);
- in data 10.9.2021, ammissione del RTI controinteressato (cfr. doc. 8 ricorr.);
- in data 15.11.2021, approvazione dell'elenco degli operatori economici ammessi (cfr. doc. 9 ricorr).

Successivamente, all'esito dell'esame delle offerte, la Stazione Appaltante con provvedimento del 6 dicembre 2021 (cfr. doc. 10 ricorr.) ha disposto l'approvazione della graduatoria recante 88,10 punti complessivi al RTI controinteressato e 84,46 punti complessivi a Leonardo. Con il medesimo

provvedimento è stato tuttavia disposto il rinvio dell'aggiudicazione in favore del RTI "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".

I punteggi tecnici, come risultanti dal portale del Comando Generale (cfr. doc. 11 – schermata del portale) sono pari a 74,78 punti per il RTI e 70,46 punti per Leonardo. Il dettaglio del punteggio tecnico è stato indicato sul portale senza alcun riferimento o pubblicazione del relativo verbale.

Con pec del 15.2.2022 è stato comunicato alla Leonardo, ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. a) del Codice e dell'art. 32, comma 5 e 33 del Codice, il provvedimento di aggiudicazione in favore del RTI (doc. 1 del ricorso), recante l'approvazione della graduatoria con indicazione dei seguenti punteggi: R.T.I. Almaviva S.p.A - Fincantieri Nextech S.p.A., p. 88,10; Leonardo S.p.a., p. 84,46. Al che, la Leonardo ha proposto istanza di accesso agli atti del 7.3.2022 (doc. 12, ricorr.) chiedendo la documentazione prodotta in gara dal RTI (documentazione amministrativa, offerta tecnica, offerta economica e giustificativi), oltre che la relativa corrispondenza e allegati. Con nota del 9.3.2022 (doc. 13) la Stazione Appaltante, ai sensi dell'art. 3 del D.P.R. 184/2006, ha comunicato al RTI la richiesta di accesso di Leonardo, assegnando al RTI un termine di dieci giorni per eventuali motivate ed analitiche opposizioni alla citata istanza. Essendo rimasta inevasa tale istanza, nonché il successivo sollecito, la stessa è stata proposta in seno al presente giudizio ex art. 116, co. 2, c.p.a..

1.3. Ebbene, la Leonardo in qualità di seconda concorrente in graduatoria, in sintesi, ha impugnato l'aggiudicazione disposta in favore del raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) odierno controinteressato, unitamente ai relativi atti presupposti e connessi, all'esito della procedura di gara indetta dalla resistente Amministrazione per l'affidamento dei servizi di gestione del sistema VTS (c.d. "Vessel Traffic System") articolando, in sintesi, un unico motivo di doglianza con il quale ha denunciato l'illegittimità della disciplina di

gara nella parte relativa alla formula matematica individuata per la determinazione del punteggio correlato all'offerta economica, sostenendo l'idoneità del vizio dedotto al travolgimento dell'intera procedura.

2. Con successivo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 1 aprile 2022 ha altresì impugnato la documentazione di gara conosciuta all'esito dell'istanza di accesso avanzata, nella parte in cui è stata ritenuta ammissibile e congrua l'offerta presentata dall'aggiudicatario.

2.1. Al riguardo la ricorrente Leonardo S.p.a. ha formulato tre motivi di doglianza sostenendo il carattere prioritario della relativa trattazione rispetto alla censura articolata con il ricorso introduttivo – volti a denunciare la sussistenza di profili che avrebbero dovuto condurre all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicataria, quali, in estrema sintesi, la carenza dei requisiti tecnico-professionali sub specie di mancato possesso e relativa comprova del requisito del fatturato specifico per servizi analoghi svolti nel triennio antecedente la pubblicazione del bando; nullità dell'avvalimento prodotto in sede di gara, contratto con l'impresa ausiliaria Fincantieri stante l'omessa specificazione delle risorse e dei mezzi messi a disposizione dell'impresa avvalsa, quindi per indeterminatezza dell'oggetto dell'avvalimento ; anomalia dell'offerta presentata dall'aggiudicataria in ragione della non congruità degli oneri della sicurezza nonché delle spese generali e dei costi di struttura esposti nell'offerta economica, rispetto alle prestazioni oggetto di gara.

2.2. Con il medesimo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha altresì proposto, come si avvertiva, istanza ex art. 116, comma 2 c.p.a., contestando il diniego parziale di accesso opposto dalla Stazione appaltante – con nota prot. n. 39042/2022 – in relazione all'offerta tecnica e alla documentazione afferente al procedimento di verifica della congruità dell'offerta proposta dall'aggiudicatario, trasmesse dalla Stazione appaltante in versione parzialmente “omissata” alla luce delle considerazioni espresse dall'aggiudicatario stesso.

Deduceva in tale istanza l'assenza di ragioni di riservatezza in quanto il controinteressato non avrebbe dato effettivamente conto di alcun motivo ostativo all'accesso relativamente all'offerta proposta e ai giustificativi prodotti, essendosi limitato a richiamare una generica esigenza di tutela del "patrimonio delle aziende del RTI", "della privacy" e "dell'organizzazione e del modello di gestione dei costi interni", mentre la Stazione appaltante non avrebbe condotto alcuna verifica circa l'effettiva riservatezza e l'esistenza di un know how tutelabile. Sosteneva altresì che in ogni caso le asserite ragioni di riservatezza risulterebbero recessive rispetto all'esercizio del diritto di accesso in funzione difensiva da parte della ricorrente stessa, deducendo l'evidente strumentalità dei documenti richiesti per comprendere l'iter logico e la correttezza della verifica compiuta in merito alla congruità dell'offerta dell'aggiudicatario nella sua integralità – e in particolare per quanto concerne il costo del lavoro – nonché per valutare l'adeguatezza del servizio proposto e della sua struttura organizzativa rispetto ai requisiti della disciplina di gara.

3. Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso il Ministero intimato e l'evocata società Almviva S.p.A. (in proprio e in qualità di mandataria del RTI aggiudicatario).

3.1. La società controinteressata ha altresì proposto ricorso incidentale, contestando la documentazione di gara limitatamente alla parte relativa alla determinazione in concreto del punteggio di merito economico per l'offerta presentata dal medesimo RTI, sostenendo al riguardo che una corretta applicazione della formula matematica indicata nel Disciplinare avrebbe dovuto condurre all'attribuzione di un punteggio ampiamente superiore a quello effettivamente assegnato all'aggiudicatario stesso.

4. In vista della camera di consiglio del 18 maggio 2022 fissata rispettivamente per la trattazione della domanda cautelare e dell'istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a., le parti in causa hanno depositato memoria; la società ricorrente ha altresì depositato memoria di replica.

5. All'esito della discussione orale la causa è stata rinviata al merito con fissazione della relativa udienza pubblica, mentre limitatamente alla domanda di accesso la causa è stata trattenuta per la decisione ed è stata accolta in parte con Ordinanza collegiale n. 11343 del 2022.

In vista della trattazione del merito tutte le parti hanno prodotto memorie e repliche, attentamente esaminate dal Collegio.

6. Alla Pubblica Udienza del 12 ottobre 2022 udita l'ampia discussione svolta dai patroni delle parti costituite, la causa veniva trattenuta a sentenza.

I motivi di ricorso vengono di seguito partitamente illustrati in ossequio al canone di sinteticità scolpito all'art. 3 del codice del processo amministrativo in uno con il loro distinto scrutinio.

7. Il ricorso principale a parere del Collegio si prospetta inammissibile per carenza di interesse.

Invero, Il Disciplinare di gara è stato impugnato nella parte in cui prevede la formula matematica per l'attribuzione del punteggio previsto per l'offerta economica. Ma siffatta prescrizione della *lex specialis*, non integra un provvedimento lesivo per la ricorrente considerato che la cennata formula ha generato l'attribuzione all'offerta economica presentata da Leonardo, di un maggior punteggio (14 punti) rispetto a quello, inferiore a pari a 13,32 punti, generato all'offerta economica presentata dalla controinteressata. Pertanto, quantunque la ricorrente abbia formulato un ribasso meno consistente sulla base d'asta rispetto al R.T.I. Almaviva/Fincantieri, la ricorrente ha conseguito, per effetto della formula in contestazione, un punteggio di merito economico maggiore rispetto all'altro concorrente.

Del resto, dai verbali di gara versati in atti (doc. 15 del motivi aggiunti del 1.4.2022 e docc. 5 – 8 produzione Ministero del 16.5.2022) risulta che l'aggiudicazione disposta in favore del RTI Almaviva è stata determinata dal maggior punteggio assegnato all'offerta tecnica presentata dallo stesso RTI.

La Leonardo non ha conseguentemente interesse a gravare una prescrizione della *lex specialis* concernente l'attribuzione del punteggio per la componente

economica dell'offerta, la quale nella sua concreta applicazione ha determinato il riconoscimento alla ricorrente stessa di un punteggio superiore rispetto a quello conseguito dalla controinteressate.

Il ricorso principale è pertanto all'evidenza inammissibile per difetto di interesse, potendo prescindersi dunque dalla disamina dell'ulteriore eccezione di inammissibilità e di quella per tardività pure svolte dall'amministrazione.

8. Approdando allo scrutinio dei motivi aggiunti del 1 aprile 2022, con il primo di essi Leonardo lamenta che il RTI Almaviva avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per non aver dimostrato il possesso del requisito indicato al punto 5.5., lettera a) del bando di gara, che richiedeva agli offerenti di dichiarare e quindi comprovare "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... 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" (cfr. doc. 1).

In particolare, secondo la ricorrente l'appalto avrebbe ad oggetto "prestazioni ... che garantiscono la sicurezza in mare e la tutela dell'ambiente marino" e, dunque, tra tutti i servizi dichiarati e comprovati dal RTI Almaviva (cfr. doc. 13) sarebbe "analogo unicamente il servizio dichiarato da Almaviva, reso in favore della Guardia di Finanza nell'ambito di contratti relativi alla Rete Radar Costiera e al sistema C41, il cui importo è di soli 6.322.378,63€".

Gli altri servizi invocati dalla controinteressata a comprova del possesso del cennato requisito del fatturato specifico per servizi analoghi, sarebbero privi del carattere della "analogia" con quelli oggetto della gara, consistendo in attività di mera gestione e manutenzione di vari apparati, sprovvista della imprescindibile caratteristica consistente nella natura informatica. Il sistema VTS oggetto dell'appalto si connoterebbe – come già si è visto nell'esposizione in fatto sopra svolta - per particolare complessità e

delicatezza essendo funzionale a garantire il monitoraggio della navigazione marittima di istituzionale competenza delle Capitanerie di porto onde perseguire la sicurezza del traffico marittimo, scongiurare eventi interferenziali e sinistri, non ordinata gestione della movimentazione di navi, imbarcazioni, intervento di mezzi di soccorso in mare e quant'altro possa essere coinvolto nella armonica gestione dell'uso del mare. Ragion per cui, nella tesi della ricorrente, propugnata anche nel corso della discussione di pubblica udienza, indefettibile tratto caratteristico dei servizi invocabili come analoghi a quelli oggetto dell'appalto e ai quali riferire il fatturato specifico realizzato nel triennio e per l'importo richiesto dalla legge di gara in € 47.969.921,18, sarebbe la natura informatica degli stessi.

Secondo la Leonardo, quindi, l'Amministrazione avrebbe dovuto considerare come servizi analoghi, soltanto quelli svolti dall'aggiudicataria in favore della Guardia di Finanza, con la conseguenza che il requisito non sarebbe dimostrato per l'intero importo di euro 47.969.921,18, in quanto l'importo dimostrato da Almviva si restringerebbe a soli euro 6.322.378,63 stando alle fatture/certificazioni allegate dall'operatore economico aggiudicatario.

9. Ad avviso del Collegio la sintetizzata censura si prospetta infondata anzitutto in di fatto, *rectius* con riguardo al contenuto e alla concreta natura (che si appalesa come informatica) dei servizi adottati dalla controinteressata. 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.

Come risulta esplicitamente dal Capitolato tecnico posto a corredo del bando di gara (doc. 14 produz. Ministero resistente e doc. 4 del ricorso principale) infatti, se le finalità del sistema VTS sono quelle di "incrementare la sicurezza e l'efficienza del traffico, migliorare la capacità di risposta nelle attività di ricerca e soccorso alla vita umana in mare in caso di eventi, incidenti o

situazioni potenzialmente pericolose ed a contribuire ad una più efficace prevenzione e localizzazione degli inquinamenti” nell’ambito del sistema di monitoraggio e informazione – VTMIS (così il paragrafo 1.2 del Capitolato), le prestazioni richieste all’aggiudicatario appaiono di natura squisitamente informatica.

Invero, a termini del paragrafo 2.1 del Capitolato le prestazioni oggetto dell’appalto consistono nella “fornitura (del): 1. Servizio di Sviluppo e Manutenzione Evolutiva del Software ;

2. Servizio di Manutenzione Migliorativa, Adeguativa e Correttiva;

3. Servizio di Formazione e Training On The Job;

4. Servizio Manutenzione Apparat;

5. Servizio Gestione Infrastruttura;

6. Servizio Gestione Trasferimento” (cfr. doc. 14, pag. 11 ss.).

Ne consegue che tutti i servizi dichiarati e comprovati dal RTI Al maviva al fine di soddisfare il requisito previsto dal punto 5.5., lettera a) del bando di gara, ivi compresi quelli indicati nella tabella riportata a pag. 14 del ricorso per motivi aggiunti, sono analoghi a quelli oggetto dell’appalto e, quindi, idonei a dimostrare il possesso del requisito.

9.1. Non può quindi essere seguita la prospettazione della ricorrente, riproposta anche in sede di discussione di pubblica udienza, a stare alla quale, in particolare, i servizi dichiarati da Al maviva come analoghi, e svolti nel triennio ante entente il termine di presentazione dell’offerta, consisterebbero in manutenzione e gestione di apparati, ma non si caratterizzerebbero per la natura informatica, essendo servizi di mera manutenzione di apparati ma non informatici.

9.2. Al riguardo, oppone in primo luogo il Collegio come la natura informatica sia intrinseca ed implicita in tutte le attività declinate dalla legge di gara quali oggetto del contratto, atteso che la stessa manutenzione e gestione di apparati oggi giorno non può non essere espletata attraverso metodologie, sistemi e tecniche prettamente informatiche. Altrimenti detto, appare intuitivo

e 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.

Riprova della cennata intuizione si rinviene del resto nella disamina del contenuto delle attività dichiarate da Almaviva quali servizi analoghi a quelli specificamente fatti oggetto dell'appalto di cui trattasi ed emergente dalle certificazioni rilasciate dagli enti pubblici per i quali essa ha svolto nel triennio di riferimento siffatti servizi.

Si avverte che non è possibile elencare in sentenza tutte le certificazioni concernenti i servizi analoghi prodotte in gara dalla aggiudicataria a comprova dei predetti servizi, trattandosi di un documento che consta di ben 373 pagine. Ci si limiterà, pertanto alla menzione di un campione di siffatta documentazione, il più significativo, portato a titolo esemplificativo.

9.3. Si vedano in proposito le certificazioni che seguono estratte dalla produzione Almaviva del 16.5.2022, all. 13, tralasciandosi gli importi, qui non di interesse:

Servizi Analoghi:

- Certificazione Poste Italiane S.p.a. del 23.9.2019: Almaviva ha realizzato novi sviluppi software e/o manutenzione evolutiva in ambito di Piattaforma di pagamento bollettini dematerializzati;

Referenza rilasciata dalla Sogei, - Società generale di informatica: dichiara di aver affidato in ambito di RTI ad Almaviva in qualità di mandataria, “le attività relative ai servizi informatici di sviluppo, manutenzione evolutiva, correttiva ed adeguativa, supporto specialistico e supporto al ridisegno dei processi nell'ambito dei sistemi informativi del Dipartimento del Tesoro”;

- Certificazione del SIN (sistema informativo nazionale per lo sviluppo dell'Agricoltura): “certifica che la società Almaviva – the Italian Innovation Company S.p.A. ha erogato servizi di sviluppo software, manutenzione evolutiva, assistenza tecnica e consulenza nell'ambito del Contratto per le

attività operative inerenti la conduzione ed evoluzione del SIAN a favore di AGEA del 30 giugno 2014 stipulato tra SIN e il RTI-Almaviva e successive proroghe. L'importo complessivo dei servizi per il periodo 1.4.2018 – 30.09.2020 è pari a 19.723.777,73 euro esclusa IVA”;

- Certificazione del Comando Generale della GDF del 7.7.201: dichiara che Almaviva ha svolto sviluppo e manutenzione evolutiva del software, manutenzione adeguativa, correttiva e migliorativa di apparati e gestione infrastrutture; Ebbene, la manutenzione addirittura evolutiva, del software nonché quella adeguativa, correttiva e migliorativa di apparati non può non connotarsi per la natura informatica del servizio stesso;

- Fattura Numero 1421910310 Del 19.11.2019 emessa al Ministero degli Interni per “"Sistema Informativo ERA (Electronic Reporting Automation)" del 29/10/2018 - Realizzazione della Piattaforma ERA # Progettazione, sviluppo, MEV e rifacimento di portali, siti e applicazioni web, Ciclo completo”;

Ebbene, la Realizzazione della Piattaforma ERA, il rifacimento di portali, siti es applicazioni web sono *eo ipso* servizi informatici;

- Fattura Numero 1422009115 del 30.09.2020 emessa al Ministero degli Interni per “ Sistema Informativo ERA (Electronic Reporting Automation)" del PON Legalità 2014-2020 cofinanziato dalle risorse dell'UE”;

Anche il cennato Sistema Informativo ERA del Pon Legalità, Anni 2014 – 2021 cofinanziato dall'UE non può non essere, in quanto sistema informativo, un servizio connotato da natura informatica intrinseca;

- Fattura Numero 1421904387 Del 31.05.2019 emessa alla Regione Campania per “ -Progettazione sviluppo MEV rifacimento portali siti e applic. Web Ciclo Completo - (FP) - 2 SAL - Verbale del 28.5.2019 307,800 113,13 SP 34.821,41 V01101017 22W-B80403.0001 L4.S1.1bis - Progettazione sviluppo MEV rifacimento portali siti e applic. Web# Ciclo Completo - (gg/pp) - 2 SAL - Verbale del 28.5.2019 510,000 192,32 SP 98.083,20 V01101017 22W-B80403.0001 L4.S5.2-Manutenzione adeguativa siti web, portali e applicazioni web MAD - (gg/pp) - 2 SAL - Verbale del 28.5.2019”;

il rifacimento portali

siti e applicazioni Web Ciclo Completo, al pari della Manutenzione adeguativa di siti web, portali e applicazioni web MAD sono all'evidenza servizi informatici.

9.4. Orbene, si sono illustrati solo degli esempi di servizi allegati dalla controinteressata a comprova dei servizi analoghi adottati dalla medesima a dimostrazione del dichiarato avvenuto svolgimento di essi nel triennio antecedente la gara, estrapolati dalla congerie di servizi svolti dalla controinteressata e dichiarati come analoghi a quelli oggetto dell'appalto, quali descritti nella declaratoria del par. 2.1. del capitolato più sopra riportato (in sintesi, manutenzione e gestione di apparati, infrastrutture e trasferimento).

Oltretutto, rimarca il Collegio, la stessa descrizione dell'oggetto dell'appalto operata nel bando rimanda a contenuti e caratteri tipicamente informatici, caratterizzanti l'in sé della prestazione che l'Amministrazione intende affidare all'appaltatore. Con ciò senza, peraltro, imporre l'identità, tra tale prestazione e le attività svolte dagli offerenti nell'antecedente triennio e spendibili sub specie di esperienza maturata nel settore cui afferisce il servizio fatto oggetto dell'appalto de quo.

10. Del pari non ha pregio l'altra censura articolata dalla ricorrente, secondo cui il *core business* della società Almaviva S.p.A. divergerebbe da quello concernente la gara.

Per contro basti opporre che dalla stessa dichiarazione, resa dalla stessa società Almaviva S.p.A ed inserita nella busta Amministrativa A prodotta in sede di gara e versata in atti, ricalcando la visura camerale, risulta che l'aggiudicataria ha nell'oggetto sociale, lo svolgimento quanto meno delle attività di seguito elencate:

“ogni attività industriale nel settore delle tecnologie dell'informazione, anche mediante:

- progettazione, realizzazione, messa in opera e conduzione di sistemi informativi e correlate strutture logistiche (in esse comprese le opere civili necessarie all'installazione e/o alla gestione dei prodotti, sistemi e servizi di cui in appresso), impianti, apparecchiature (realizzate utilizzando ogni tecnologia utile tra cui quelle provenienti dall'applicazione

dell'elettronica, dell'elettroottica e della meccanica) – ivi compresi sistemi informativi complessi finalizzati al conseguimento di preminenti interessi della pubblica amministrazione anche con riferimento alla sicurezza e segretezza - e quant'altro necessario sia per soddisfare le esigenze di automazione interna di imprese, amministrazioni, enti, persone o organizzazioni in genere sia per rispondere alle necessità di questi in termini di acquisizione dall'esterno di informazione e dati;

- realizzazione, sperimentazione, vendita o commercializzazione di sistemi complessi, prodotti software, tecnologie, strumenti ed ogni altra componente di informatica di interesse del mercato (...);

- la prestazione di servizi di assistenza tecnica e funzionale, l'addestramento e la formazione, la consulenza organizzativa, gestionale e di processo nonché ogni altra attività o servizio comunque finalizzato all'efficiente impiego delle applicazioni dell'ICT (anche attraverso la gestione di call center) in favore di imprese, amministrazioni, enti, persone o organizzazioni in genere.”

10.1. Emerge con evidenza quindi che le attività di “progettazione, realizzazione, messa in opera e conduzione di sistemi informativi e correlate strutture logistiche”, “ivi compresi sistemi informativi complessi finalizzati al conseguimento di preminenti interessi della pubblica amministrazione anche con riferimento alla sicurezza e segretezza”, unitamente a “realizzazione, sperimentazione, vendita o commercializzazione di sistemi complessi, prodotti software, tecnologie, strumenti ed ogni altra componente di informatica di interesse del mercato”, si prospettano configurare servizi analoghi a quelli di gestione e manutenzione di apparati e sistemi, che secondo la stessa ricorrente non possono che caratterizzarsi per la natura informatica, coinvolti nella provvista del sistema VTS (avuto di mira dall'Amministrazione appaltante).

10.2. La censura si profila infondata, peraltro, anche in diritto con specifico riguardo alla ricognizione della nozione di servizi analoghi, oggetto del requisito di fatturato specifico nel triennio, richiesto dal bando e coerentemente dal disciplinare di gara.

10.3.L'elaborazione giurisprudenziale stratificatasi sul punto si è dipanata nella costante ricerca di un equilibrio e nell'individuazione di un baricentro tra le confliggenti istanze di perseguimento dell'interesse dell'amministrazione alla scelta di un prestatore di servizi specificamente versato e qualificato nello svolgimento delle attività di cui l'amministrazione intende approvvigionarsi e quella dell'interesse, parimenti pubblico, alla massima partecipazione e al più ampio confronto concorrenziale, preordinato e funzionale, del resto, allo stesso conseguimento del primo indicato interesse pubblico all'individuazione dell'offerente più qualificato all'esecuzione dell'attività messa a gara.

Si è in tale attica attinto il principio secondo cui "per servizi analoghi non debba intendersi" servizi "uguali o "identici" a quelli da appaltare, analogia e identità evocando concetti affatto differenti e non sovrapponibili.

Si è condivisibilmente affermato in proposito che *"Nelle gare pubbliche, con il termine "servizi analoghi", non si intendono i "servizi identici", bensì una nozione più ampia che rende necessario per l'appaltante non accertare l'identità delle attività svolte, bensì ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti con l'intento di dimostrare il possesso dei requisiti richiesti dalla lex specialis (1); il confronto deve essere condotto con criteri di logica e di proporzionalità, allo scopo di evitare eccessive restrizioni della concorrenza fra le imprese partecipanti (cfr. sul punto l'art. 30 comma 2 del codice, che vieta alle stazioni appaltanti ogni limitazione artificiosa della concorrenza, oltre all'art. 83 comma 2 del codice, che impone che i requisiti di partecipazione siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, sussistendo un pubblico interesse « ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti »).* (T.A.R. Lombardia – Milano, sez. IV, 5/2/2021, n. 349).

10.3.1.Segnala il Collegio che all'insegna del *favor participationis* il Tribunale ha puntualizzato che *"Nell'ambito delle gare pubbliche, sulla scorta del principio della massima partecipazione, la nozione di servizi analoghi non deve essere assimilata a quella di servizi identici, bensì deve ritenersi soddisfatta la prescrizione della legge di gara tutte le volte in cui il concorrente abbia dimostrato lo svolgimento di servizi che rientrano nello*

stesso settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto.”, dovendo l'interpretazione della legge di gara “*essere condotta secondo criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, in modo da escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive e con un effetto sostanzialmente anticoncorrenziale e ciò in omaggio al principio per cui, in caso di dubbi esegetici, deve essere preferita la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara; in tale ottica, la giurisprudenza ha distinto la nozione di "servizi identici" da quella di "servizi analoghi" (o similari), allo scopo di garantire l'osservanza del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, pur nel rispetto della necessità di scelta degli operatori qualificati da parte delle Amministrazioni.*”(T.A.R. Lazio – Roma, sez. II, 13/05/2020, n. 5010).

10.3.2. Sulla stessa linea esegetica si è puntualizzato che “*Deve reputarsi analogo a quello posto a gara il servizio rientrante nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto, cosicché possa ritenersi che il concorrente abbia maturato la capacità di svolgerlo. Ciò significa che la nozione di « servizi analoghi » non deve essere assimilata a quella di « servizi identici », occorrendo fare riferimento non tanto ad una identità ma ad una mera similitudine tra le prestazioni richieste, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore di imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità.*”(T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 1 luglio 2020, n. 2726).

10.3.3. Nei medesimi sensi si è espresso anche il Giudice d'appello, secondo cui “*per “servizi analoghi” non si intende “servizi identici”, essendo necessario ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti ...*” (Consiglio di Stato, sez. IV, 11 maggio 2020, n. 2953).

10.4. Soggiunge al riguardo il Collegio che anche sul piano lessicale emerge la differenza tra “servizi analoghi” e “stessi servizi” o “identici servizi”, poiché

l'attributo *analogo* non significa uguale, bensì *assimilabile* o *simile* e quindi non sovrapponibile.

L'indagine va quindi condotta su terreno del concreto atteggiarsi dei servizi che formano oggetto dell'appalto, quale affiorante non solo dalla descrizione di esso fornita dal bando, ma dalle specificazioni evincibili dalle declaratorie e definizioni dei servizi per cui si concorre, recate dai capitolati tecnici che sono la sede più appropriata ove albergano le chiarificazioni concrete della natura e della sostanza delle attività che vanno a costituire in concreto le prestazioni che l'Amministrazione intende realizzare o di cui mira ad approvvigionarsi.

10.5. Rileva pertanto nel caso al vaglio della Sezione, la declaratoria definitiva dell'oggetto della gara esplicitata al paragrafo 2.1 del Capitolato, a tenore del quale le prestazioni oggetto dell'appalto consistono nella, *“fornitura (del):*

- 1. Servizio di Sviluppo e Manutenzione Evolutiva del Software ;*
- 2. Servizio di Manutenzione Migliorativa, Adeguativa e Correttiva;*
- 3. Servizio di Formazione e Training On The Job;*
- 4. Servizio Manutenzione Apparati;*
- 5. Servizio Gestione Infrastruttura;*
- 6. Servizio Gestione Trasferimento”.*

Si rinvia a quanto in proposito argomentato in punto di congruenza tra i servizi adottati dalla aggiudicataria, svolti nel triennio antecedente la gara ed invocati quali “servizi analoghi” e le sopra riprodotte attività sostanzianti i servizi oggetto dell'appalto di cui si controverte, anche con riguardo alla implicita caratterizzazione informatica delle tratteggiate attività, che va annessa ai servizi presentati dalla aggiudicataria, che per il lamentato profilo non doveva affatto essere esclusa dalla gara.

Orbene, da quanto ulteriormente osservato emerge ancora, sotto il divisato profilo giuridico, l'infondatezza del primo motivo del ricorso per motivi aggiunti, che va conseguentemente respinto.

11. Con il secondo motivo aggiunto, in sintesi, la ricorrente si duole della asserita nullità del contratto di avvalimento prodotto dalla aggiudicataria,

stante la mancata specificazione in esso delle risorse messe a disposizione dell'ausiliata da parte della ausiliaria Fincantieri. Deduce in particolare la ricorrente che il rapporto di avvalimento sarebbe pertanto generico e risolvendosi in un contratto standard o di stile, nullo ai sensi dell'art. 49, co. 7, d.lgs. n. 50/2016 non che dello stesso paragrafo del bando che sancisce appunto la nullità dell'avvalimento ove il contratto non indichi le risorse e i mezzi che l'impresa ausiliaria o avvalente mette a disposizione dell'impresa ausiliaria per tutta la durata del contratto d'appalto.

12. A parere del Collegio la doglianza non coglie e nel segno e va disattesa sia – conviene anticipare - perché oblitera che nel caso all'esame si è al cospetto di un avvalimento c.d. di garanzia e non tecnico operativo, sia poiché 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 si presenta affatto vuoto, ovvero generico, recando invece l'espressa indicazione delle risorse messe a disposizione dell'aggiudicataria.

12.1. Sotto il primo profilo conviene principiare dalla qualificazione della tipologia di avvalimento in questione, che va ricostruita alla luce della disposizione del bando che lo contempla.

Trattasi del par. 5.5., lett. a del bando di gara (Doc. 3 produz. del ricorso introduttivo) che definisce testualmente il requisito di partecipazione reso poi oggetto di avvalimento dalla concorrente aggiudicataria: *“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 (...) indicando: gli importi, le date (la durata dell'appalto), i destinatari, pubblici o privati”*.

La disposizione è già di per sé inequivoca nel far riferimento ad un requisito di c.d. fatturato specifico, poiché richiede i servizi analoghi svolti negli ultimi tre anni antecedenti, per un valore pari o superiore a 47.969.921 euro con menzione di importo, date e i destinatari.

Inoltre, la tratteggiata chiarezza di riferimento ad un requisito di fatturato, ossia un requisito economico – finanziario, riceve conferma dalle contemplate modalità di comprova del requisito stesso, indicate dalla parte successiva della disposizione nei termini che seguono: *“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;”*.

12.2. Orbene, il fatto che il requisito di fatturato specifico in servizi analoghi possa essere dimostrato, alternativamente, mediante la produzione dei certificati di regolare esecuzione o delle fatture emesse, conferma che si è al cospetto di un requisito di fatturato, posto, inoltre, che esso può essere provato anche mediante le fatture emesse.

Se di un requisito di fatturato si tratta, quindi, l’avvalimento del requisito stesso non può che essere di garanzia.

12.3. La giurisprudenza al riguardo è concorde nell’affermare, in linea peraltro con la notazione poc’anzi svolta in punto di dimostrazione del requisito *de quo* mediante la produzione delle fatture (il che comprova trattarsi di elementi di natura economico – finanziaria), che il requisito relativo al fatturato specifico è oggetto, ove il concorrente ne sia in parte privo e intenda tragarlo ricorrendo al prestito del requisito da parte di altre imprese ausiliarie, di un avvalimento di garanzia.

Si è infatti affermato anche di recente che *“il c.d. fatturato specifico va qualificato infatti come requisito di carattere economico-finanziario e non come risorsa tecnica, atteso che l’art. 83 comma 4 lett. a) del d. lgs. n. 50 del 2016, stabilisce che, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere “che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell’appalto” e, correlativamente, l’allegato XVII (“Mezzi di prova dei criteri di*

selezione”) prescrive, nella parte I, dedicata alla capacità economica e finanziaria, che questa possa essere provata mediante una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 2018, n. 4396)” (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. I, 19 luglio 2021, n. 722).

Fine dell'avvalimento di garanzia è infatti assicurare la stazione appaltante che la capacità economica dell'impresa avvalsa è impinguata da quella dell'impresa avvalente, che “presta” la sua solidità finanziaria a beneficio della corretta esecuzione dell'opera e a garanzia della stessa, costituendosi garante della corretta realizzazione dell'opera o dello svolgimento del servizio nei confronti dall'amministrazione.

12.4. Rammenta al riguardo il Collegio che la tematica dell'avvalimento c.d. finanziario o di garanzia è stata *funditus* sviscerata dal giudice amministrativo che è pervenuto agli ormai consolidati approdi della giurisprudenza d'appello, secondo cui nell'avvalimento c.d. di garanzia, quali quello all'esame, è oggetto di avvalimento non la messa a disposizione di strutture e mezzi materiali bensì l'impegno dell'impresa avvalente o ausiliaria a garantire l'ausiliata sul piano finanziario, mettendole a disposizione le proprie complessive risorse economiche, in guisa da munirla di un requisito di capacità economica specifica da essa non posseduto, senza che occorra che la dichiarazione negoziale di avvalimento sia riferita a specifici beni materiali o ad indici di consistenza patrimoniale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032; Consiglio di Stato, Sez. III, 4 novembre 2015 n. 5038 ; ID, 2.10.2015, n. 4671; T.A.R. Puglia - Bari, sez. I, n. 13/2015).

Più in particolare, il Consiglio di Stato con la citata decisione del 2016 ha puntualizzato che “*Nelle gare pubbliche, allorquando un'impresa intenda avvalersi, mediante stipula di un c.d. contratto di avvalimento, dei requisiti finanziari di un'altra (c.d. avvalimento di garanzia), la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive*

risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliata munendola, così, di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando; in sostanza, ciò che l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata è il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore, dei quali il fatturato costituisce indice significativo”.

Da siffatte caratteristiche e finalità dell'impegno di garanzia sotteso alla dichiarazione di avvalimento dei requisiti di capacità economico – finanziaria il Giudice d'appello ha tratto il corollario secondo cui *“ne consegue che non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da essa dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione della c.d. società ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità”.* (Consiglio di Stato, Sez. V, 15 marzo 2016 n. 1032).

12.5. Soggiunge al riguardo il Collegio che la rassegnata esegesi appare inoltre coerente con la funzione stessa dei requisiti di fatturato specifico, che in quanto tali prescindono dalla disponibilità di attrezzature e beni strumentali, concorrenti, invece, a formare i requisiti di capacità tecnica e di qualità aziendale.

Il che è consonante con la stessa natura neutra del bene danaro, il quale, purché sia di provenienza lecita, rappresenta di per sé un valore e rispetto al quale è per l'ordinamento indifferente l'attività nell'esercizio della quale è stato conseguito.

Il fatturato, tanto più se specifico come nel caso all'esame, è cioè in grado di garantire la stazione appaltante *ex se*, costituendo un fattore di garanzia per la corretta esecuzione delle obbligazioni dedotte *ex contracto*, che l'ausiliaria si impegna a garantire in luogo dell'ausiliata partecipante alla gara per l'ipotesi di inadeguatezza di quest'ultima.

In siffatta tipologia di avvalimento l'oggetto della prestazione di avvalimento è dunque rappresentato unicamente dal fatturato specifico per servizi analoghi a quelli declinati in capitolato, esulando da tale impegno di garanzia la materiale esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, la quale invece avrebbe richiesto, in ossequio al principio della necessaria determinatezza e specificità del contratto di avvalimento, anche l'effettiva messa a disposizione delle risorse materiali ed organizzative all'uopo necessarie.

12.6. Né in senso contrario potrebbe contrapporsi il rilievo che il requisito in parola è annoverato dal par. 5.5. del bando tra i requisiti di capacità tecnico – professionale.

Siffatta generica definizione è rimasta orba del correlato meccanismo probatorio della capacità tecnica limitatamente al fatturato per servizi analoghi svolti nel triennio, requisito astrattamente definito “di capacità tecnico professionale”, ma rispetto al quale il bando non prescrive la dimostrazione delle caratteristiche tecniche ed operative, né tanto meno l'allegazione delle risorse umane e aziendali. Deve invero ritenersi che qualificare un requisito in termini di requisito di capacità tecnica senza contestualmente disciplinarne coerentemente la sua comprova, equivale a privare di contenuto il requisito stesso: la qualificazione come tecnico deve, cioè, connotare sia il requisito che gli elementi richiesti a comprova di esso; altrimenti la disposizione di gara risulta monca e distonica e come tale priva di efficacia e dirimente portata interpretativa.

13. Con ulteriore sub-censura, sotto altro profilo, la ricorrente sostiene la nullità del contratto di avvalimento per irrisorietà del pattuito corrispettivo, pattuito in soli € 500,00.

Anche tale doglianza non coglie nel segno poiché la giurisprudenza opina che dal contratto di avvalimento *"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" (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23; Consiglio di Stato, Sez. V, 21.12.2021 n. 8486).

Sottolinea su punto il Collegio che l'interesse che l'ausiliaria Fincantieri può aver avuto ad avvalere del requisito di fatturato specifico richiesto dal bando l'ausiliata Almaviva, va apprezzato anche nell'ottica del particolare rapporto sociale che lega le due imprese, il quale si inquadra nell'istituto commercialistico dei gruppi di imprese. Ergo, la comunanza di interessi ed obiettivi imprenditoriali che contrassegna un gruppo di società determina anche la rarefazione della onerosità del prestito di requisiti ove si consideri che un interscambio di esperienze, risorse, ma anche solo, come nel caso all'esame, di solidità economica connessa alla particolare tipologia di pregressi servizi svolti nel settore tecnologico che forma oggetto dell'appalto, è evenienza ordinaria e non impone di necessità un sinallagma contrattuale contrassegnato dalla corrispettività di un prezzo a fronte del prestito del requisito. Sinallagma che invece si profila e merita di essere assodato (sia pur entro il limite delineato dalla giurisprudenza, dell'interesse anche solo indiretto) nelle ipotesi di assenza di un legame di gruppo tra le parti del contratto di avvalimento.

13.1. Notazione che dà la stura alla ulteriore considerazione che l'appartenenza ad un medesimo gruppo societario rafforza la solidarietà nell'assolvimento delle obbligazioni contrattuali e maggiormente, quindi garantisce la stazione committente, contribuendo a rendere meno pregnante l'indagine sulla effettività o meno della messa a disposizione da parte dell'ausiliaria, di risorse, maestranze, beni aziendali, (richiesta in ipotesi di avvalimento operativo) facendo pertanto dequotare il grado di dettaglio e di analiticità del contenuto dell'avvalimento.

Giova anche porre in luce che come del resto rappresenta anche la ricorrente, la stessa Stazione appaltante ha rivolto alla Almaviva una richiesta di chiarimenti, incentrando il soccorso istruttorio in punto alle attività svolte dalla mandante Fincantieri Nextech S.p.A. nell'ambito del RTI, poiché in

prima battuta mancava evidenza del fatturato specifico, oggetto di avvalimento con l'impresa ausiliaria, nonché in merito ai ruoli svolti da entrambe le società all'interno dello stesso RTI.

Circostanze ed elementi che sono stati chiariti mediante l'analisi della documentazione trasmessa dall'aggiudicataria, consistente in apposita dichiarazione di costituzione del RTI, dichiarazione di avvalimento, deposito del contratto di avvalimento stesso, dal quale sono affiorati il dettaglio della copertura del requisito di capacità tecnico-professionale da parte delle aziende del costituendo RTI, nonché i ruoli svolti da esse nello svolgimento del servizio appaltando.

13.2. *Ad colorandum* va poi rimarcato che quand'anche dovesse, in antitesi ermeneutica con la sopra delineata natura di garanzia che va annessa al rapporto di avvalimento in analisi relativo al fatturato specifico per servizi analoghi svolti nel triennio antecedente, sostenersi che nel caso in esame si sia al cospetto di un avvalimento tecnico operativo, il contratto prodotto dalla controinteressata (intercorso con l'ausiliaria Fincantieri) come sostengono le parti resistenti e controinteressate, è tutt'altro che privo della specificazione di mezzi e risorse messi a disposizione dell'ausiliata aggiudicataria.

Basti invero leggere la scheda negoziale in cui è trasfuso l'accordo di avvalimento per evincere la "pienezza" ovvero la sostanziale concretezza e determinatezza delle risorse concesse dalla seconda alla prima ai fini e per la durata dell'esecuzione della commessa.

Invero, dopo la dichiarazione "programmatica" e di principio secondo cui l'impresa avvalente si obbliga a fornire 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", la scheda negoziale entra nello specifico, facendo emergere la concretezza e la

determinatezza con consistente tasso di precisione, del prestito del requisito in questione, il quale esorbita, a ben vedere, dallo stesso mero prestito di requisito di fatturato, indicando infatti anche i fattori aziendali significativi di capacità tecnica.

Ebbene, nel contratto si chiarisce che ai cennati fini (di far disporre incondizionatamente l'ausiliata Almagiva di mezzi, strutture e risorse professionali occorrenti all'esecuzione della commessa,) *“ 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.”* (art. 2).

La specificazione prosegue poi puntualizzandosi anche in ordine alle risorse umane prestate, che:

“(....) La Impresa Ausiliaria si impegna a rendere disponibile il proprio personale dipendente regolarmente assunto e retribuito, ovvero liberi professionisti o lavoratori para subordinati rispettando le norme vigenti le eventuali delibere emesse al riguardo dalla Stazione Appaltante.” (art. 3).

Dalle riprodotte specificazioni del contenuto concreto del prestito del requisito per cui è causa traspare quindi una più che adeguata concretezza e analiticità dell'oggetto del contratto di avvalimento, il quale, nel caso concreto, pur essendo giuridicamente qualificabile come di garanzia, possiede i tratti e i contenuti specifici che contraddistinguono un avvalimento tecnico operativo.

Il motivo finora scrutinato si rivela pertanto complessivamente infondato e va per l'effetto disatteso.

14. Con il terzo motivo aggiunto la ricorrente rubrica Violazione e falsa applicazione art. 95 comma 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.

Lamenta in particolare la natura irrisoria degli oneri di sicurezza, ammontanti ad euro 50.000,00 nonché delle spese generali dell'importo di euro 240.000,00, rispetto alle prestazioni oggetto della gara.

I rilievi critici della ricorrente si appuntano sull'ipotetica diseconomicità dell'offerta presentata dal RTI costituendo nella parte riguardante gli oneri di sicurezza, ammontanti ad euro 50.000,00 e le spese generali, dell'importo di euro 240.000,00, rispetto alle prestazioni oggetto della gara.

14.1. Rammenta al riguardo il Collegio che costituisce indirizzo giurisprudenziale costante l'assunto secondo cui *"la valutazione di congruenza dei costi dichiarati dall'impresa concorrente per gli oneri aziendali di sicurezza, non può assumere a parametro di riferimento il valore economico dell'offerta"* (Consiglio di Stato, sez. II, 10 luglio 2019, n. 4871) in quanto detti oneri devono essere rapportati *"all'entità e alle caratteristiche della fornitura"* (art. 97, comma 5, lett. c) del D. lgs. n.50 del 2016). Ed inoltre, come chiarito nella citata decisione d'appello, gli oneri di sicurezza aziendali sono rimessi alla esclusiva sfera di valutazione dell'impresa partecipante e, di conseguenza, non possono essere determinati rigidamente ed unitariamente dalla Stazione appaltante, variando da un'impresa ad un'altra ed essendo strettamente correlati all'organizzazione produttiva della singola impresa, oltre ad essere influenzati dal tipo di offerta formulata da ciascuna concorrente (Cons. di Stato, sez. V, 15 gennaio 2018, n. 177).

Giova altresì ricordare l'indirizzo giurisprudenziale a stare al quale, *"la verifica di congruità di un'offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolge altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo*

agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa - tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, dalla comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne - di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto tra offerte offerenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse"(Cons. di Stato , sez. V, 28 gennaio 2019, n.690; in tal senso anche Cons. di Stato , sez. V, 26 aprile 2018, n. 2540).

14.1.1. Merita inoltre segnalare che la Sezione si è espressa anche di recente in ordine ai caratteri del giudizio di anomalia delle offerte e alla finalità del medesimo, che non deve puntare a ricercare singole ed isolate inesattezze o specifici errori ma ad acclarare la complessiva sostenibilità ed attendibilità della offerta formulata dall'impresa, avendo il giudizio di congruità natura globale e sintetica, poiché nella strutturazione finale e organica dell'offerta eventuali sottostime di taluni valori possono formare oggetto di compensazione mercé voci di costo che invece presentino caratteri di maggiore remuneratività risultando in tal modo atte a coprire eventuali diseconomie.

Si è di recente ribadito infatti che il giudizio di anomalia *"in quanto tipica espressione di valutazione tecnica, solo sotto il profilo della logicità, ragionevolezza, adeguatezza dell'istruttoria o erroneità fattuale ma senza alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci) e più di recente ribadita riproponendo l'avviso per cui "il procedimento di verifica dell'anomalia ha per oggetto non già la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma il riscontro se in concreto l'offerta nel suo complesso sia attendibile e affidabile per la corretta esecuzione del contratto, onde la valutazione sulla congruità dev'esser globale e sintetica, senza concentrarsi, cioè, in modo esclusivo o parcellizzato sulle singole voci di prezzo, sicché eventuali inesattezze su queste ultime devono ritenersi irrilevanti, se alla fine si accerta l'attendibilità dell'offerta stessa"* (Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 maggio 2020, n. 2885);" (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 11 gennaio 2021 n. 330).

14.2. Ma la riflessione che il Collegio ritiene segnatamente di svolgere attiene alla pretesa anomalia degli oneri per garantire la sicurezza aziendale ovvero i cosiddetti oneri di sicurezza interni.

Orbene, in linea di ulteriore precisazione rispetto agli assunti di cui a Cons. di Stato , sez. V, 15 gennaio 2018 n. 177 soffermatosi sulla valenza soggettiva e variabile caso per caso, caratterizzante la quantificazione di tali oneri, va rimarcato che gli oneri della sicurezza interni o aziendali mettono capo ad una valutazione discrezionale dell'offerente che rimonta alla sua libertà ed autonomia di organizzazione dei fattori produttivi ed è insindacabile dall'amministrazione e dallo stesso giudice amministrativo, essendo declinazione della libertà di iniziativa economica di cui all'art 41 della Costituzione sul versante del profilo interno e soggettivo dell'organizzazione aziendale.

14.2.1. Va anche osservato che costituendo un valore assoluto, gli oneri per la sicurezza interni vanno inoltre riguardati anziché in rapporto all'importo a base di gara, alla prequantificazione degli stessi effettuata dalla stazione appaltante nel bando di gara o nel disciplinare ovvero anche nel capitolato tecnico.

Nel caso di specie il bando li indicava in circa 100.000 euro; Al maviva li ha offerti in 50 mila, importo che è pari alla metà di quello individuato dall'amministrazione ma non per questo può dirsi anomalo o incongruo rispetto all'importo dell'appalto pari a circa 36 milioni di euro; che altrimenti sarebbe da considerare incongruo anche l'importo prequantificato dall'amministrazione in 100.000. Altrimenti detto, se la P.A. a fronte dell'importo dell'appalto ha ritenuto di stimare gli oneri della sicurezza interni in 100000 euro, non può ragionevolmente valutarsi anomalo l'importo di 50.000.

14.3. Quanto alle spese generali, espese dalla Al maviva in 240.000,00 e ritenute incongrue dalla ricorrente, valgano le medesime svolte considerazioni in ordine all'afferenza di siffatta voce di costo alla sfera di autonomia e

discrezionalità dell'impresa offerente e all'inesistenza di una soglia minima normativamente fissata, nonché alla possibilità che, nel quadro complessivo e nell'economia globale dell'appalto, eventuali lievi diseconomie di singole voci, da un canto non possono *eo ipso* tradursi in insostenibilità né essere prova di inaffidabilità dell'offerta; dall'altro non può escludersi che possano formare oggetto di compensazione mediante altre voci più remunerative.

In definitiva, al lume delle svolte argomentazioni il ricorso per motivi aggiunti si prospetta infondato e va conseguentemente respinto.

15. La domanda risarcitoria va respinta per effetto della reiezione del ricorso per motivi aggiunti e della declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, seguendone le sorti.

16. Il ricorso incidentale, non essendo della tipologia di ricorso escludente ovvero paralizzante poiché non punta alla esclusione della ricorrente principale né censura in radice la legge di gara nelle sue portanti disposizioni disciplinati lo svolgimento della gara non mirando quindi al travolgimento di essa – come del resto precisato dai procuratori della controinteressata su sollecitazione del Collegio nel corso della discussione della odierna pubblica Udienza - da un lato per ciò stesso non necessita di scrutinio, siccome non innervato dall'interesse strumentale alla riedizione della gara.

Dall'altro lato, essendo proposto in dichiarato condizionamento rispetto al ricorso principale (ricorso incidentale condizionato) non appare atto a recare alla controinteressata ricorrente incidentale, alcun vantaggio a seguito della finora argomentata infondatezza del ricorso per motivi aggiunti e della più sopra spiegata inammissibilità del ricorso principale.

Il ricorso incidentale diviene pertanto e come tale va dichiarato, improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

17. Le spese seguono la soccombenza secondo il riparto e la quantificazione di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, sui relativi motivi aggiunti del 1 aprile 2022 nonché sul ricorso incidentale del 21 aprile 2022 così provvede:

- Dichiarare inammissibile il ricorso principale;
- Respinge il ricorso per motivi aggiunti;
- Respinge la domanda risarcitoria;
- Dichiarare improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la ricorrente Leonardo S.P.A. a corrispondere e spese di causa all'Amministrazione, liquidandole in € 3.000,00 (tremila) oltre accessori di legge, e alla controinteressata Almaviva – The Italian Innovation Company S.p.a., liquidandole in € 3.000,00 (tremila) oltre accessori di legge.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2022 con l'intervento dei Magistrati:

Silvestro Maria Russo, Presidente

Alfonso Graziano, Consigliere, Estensore

Chiara Cavallari, Referendario

L'ESTENSORE
Alfonso Graziano

IL PRESIDENTE
Silvestro Maria Russo

IL SEGRETARIO