

Publicato il 09/05/2017

**N. 05545/2017 REG.PROV.COLL.**  
**N. 01632/2017 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 1632 del 2017, proposto da:

Rapiscan Systems Limited, in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Liparota, con domicilio eletto  
presso il suo studio in Roma, via Sardegna n. 69;

***contro***

Aeroporti di Roma S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dagli avvocati prof. Fabio Cintioli e Giuseppe Lo  
Pinto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Lo Pinto in  
Roma, via Vittoria Colonna 32;

***nei confronti di***

Smiths Detection Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Sciaudone, Flavio Iacovone

e Andrea Neri, con domicilio eletto presso lo studio Sciaudone in Roma, via Pinciana 25;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia*

- a) del provvedimento del 13.01.2017 prot. n. U0001577 (doc. 1) con il quale ADR nella persona del Direttore Appalti e Acquisti, relativamente alla Procedura aperta per l'affidamento della fornitura, installazione e associati servizi di manutenzione ordinaria, riparazione guasti e assistenza tecnica locale di n. 4 sistemi di controllo per la rilevazione automatica degli esplosivi (EDS) nei bagagli da stiva per gli aeroporti di Fiumicino e Ciampino (C.I.G. n. 68412244A3) in pari data ha comunicato a Rapiscan a mezzo pec l'aggiudicazione definitiva disposta in favore di Smiths Italia e, nel dettaglio, che l'offerta presentata dalla Smiths Detection Italia S.r.l., risultata quella economicamente più vantaggiosa con un punteggio complessivo pari a 93,00 e un ribasso percentuale offerto pari al 17,61 è stata ritenuta accettabile e, quindi, del relativo provvedimento di aggiudicazione definitiva;
- b) del provvedimento di proposta di aggiudicazione, ove esistente, di cui non si conoscono gli estremi, disposta in favore dell'aggiudicataria Smiths Italia;
- c) del provvedimento assunto in merito alla regolarità della Busta 1 (Documentazione Amministrativa) del concorrente Smiths Italia, nonché del relativo verbale di gara del 30.11.2016 (ivi inclusa la Tabella Allegato B) (doc. 2) e, segnatamente, nella parte in cui la Commissione ha ritenuto idonea la documentazione di Smiths Italia, ammettendola alla successiva fase di gara;

d) del verbale di gara del 2.12.2016 (doc. 3) di valutazione tecnica redatto e sottoscritto, in seduta riservata, dalla Commissione giudicatrice nella misura in cui la Commissione all'unanimità ha ritenuto la proposta tecnica di Smiths Italia conforme e rispondente alla specifica tecnica di gara, in particolare per non aver disposto l'esclusione dalla gara dell'offerta formulata da Smiths Italia;

e) del verbale di gara del 7.12.2016 (doc. 4) di valutazione tecnica - 2a fase - nella parte in cui la Commissione giudicatrice, riunita in seduta riservata, ha valutato l'offerta tecnica di Smiths Italia attribuendole i seguenti punteggi:

b1) Costi di manutenzione ordinaria, riparazione guasti e assistenza tecnica locale punti 29,00; b2) riduzione tempi di installazione (max 8 punti) punti 4, e nella parte in cui, pertanto, ha attribuito alla concorrente Smiths Italia un punteggio complessivo relativo al Pregio Tecnico di punti 33,00;

f) del verbale di gara del 13.12.2016 (doc. 5) di Comunicazione punteggi e apertura offerte economiche e, in particolare, nella parte in cui la Commissione giudicatrice, in seduta pubblica, ha individuato come offerta economicamente più vantaggiosa quella presentata da Smiths Italia con un punteggio complessivo pari a 93,00 (di cui 33,00 per il pregio tecnico; 60,00 per l'offerta economica) ed ha, altresì, dichiarato seconda classificata la concorrente Rapiscan;

g) della graduatoria stilata dove Smiths Italia e Rapiscan risultavano collocatesi rispettivamente al primo ed al secondo posto;

h) del provvedimento del 13.12.2016 prot. n. U0035979 (doc. 6) con il quale ADR ha invitato Smiths Italia a far pervenire le analisi di dettaglio e le giustificazioni nell'ambito del procedimento dell'anomalia dell'offerta e del relativo provvedimento Nota informativa del 4.01.2017 redatto e

sottoscritto dalla Commissione giudicatrice, specie nella parte in cui, in relazione alla verifica di congruità dell'offerta di Smiths Italia, ha valutato come non anomala nel suo complesso l'offerta prodotta e sottoposta a verifica di congruità (doc. 7), nonché di ogni ulteriore provvedimento ove esistente con cui è stata ritenuta non anomala l'offerta presentata dalla aggiudicataria;

i) del provvedimento, anche se implicito e di cui non si conoscono gli estremi, con il quale ADR e/o la Commissione ha ritenuto comprovati da parte di Smiths Detection (e dalla sua ausiliaria Smiths Heimann GmbH) i requisiti richiesti dal bando (specificatamente il punto III.1.3. lett. a) oggetto di autodichiarazioni sostitutive in fase di prequalifica e di gara;

j) del contratto di appalto ove nelle more stipulato;

k) di ogni altro atto/provvedimento preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso ancorchè non conosciuto;

nonché per la condanna di ADR al risarcimento dei danni subiti ex art. 30 c.p.a., tramite reintegrazione in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aeroporti di Roma S.p.a. e di Smiths Detection Italia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 maggio 2017 il dott. Claudio Vallorani e uditi per le parti: l'avv. M. Vazzana in sostituzione dell'avv. F. Liparota, per la ricorrente, l'avv. G. Lo Pinto e l'avv. F. Cintioli, per

Aeroporti di Roma e gli avvocati F. Iacovone e A. Neri per la società controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato in data 26.10.2016 sulla G.U.E.E. 2016/S 207- 374998 e sulla G.U.R.I. serie speciale n. 124 del 26.10.2016 veniva indetta da Aeroporti di Roma S.p.A. (di seguito “ADR”) la procedura aperta per *“l’affidamento della fornitura, installazione e associati servizi di manutenzione ordinaria, riparazione guasti e assistenza tecnica locale di n. 4 sistemi di controllo per la rilevazione automatica degli esplosivi (ESD) nei bagagli da stiva per gli aeroporti di Fiumicino e Ciampino – (CIG 68412244A3)”* (doc. 8 ric), da aggiudicare ai sensi dell’art. 95 D. Lgs. n. 50/2016 con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base dei seguenti elementi di valutazione: - a) prezzo 60 punti; - b) pregio tecnico 40 punti, a sua volta suddiviso in ulteriori subcriteri: b1) costi di manutenzione ordinaria, riparazione guasti e assistenza tecnica locale 32 punti; b2) riduzione tempi di installazione 8 punti. L’importo dell’appalto stimato per la fornitura e l’installazione è stato fissato in Euro 4.535.000,00 oltre IVA (doc. 9 ric.).

2. La durata del contratto d’appalto prevista era di 64 mesi con riserva d’opzione, esercitabile a discrezione della Committente entro 12 mesi dalla sottoscrizione del contratto d’appalto, di acquistare fino ad un massimo di ulteriori n. 4 macchinari della medesima tipologia di cui all’appalto de quo, nonché la facoltà di affidare, nel periodo di validità contrattuale, la manutenzione ordinaria, riparazione guasti ed assistenza tecnica locale dei sistemi fino ad un ulteriore periodo massimo di 5 anni. Infine, ADR si

riservava di affidare, fino ad un massimo di 10 anni, i servizi di manutenzione relativi ai macchinari acquisiti in opzione.

3. Entro la data di presentazione delle offerte fissata al 30.11.2016 inoltravano, sul Portale Acquisti ADR, domanda di partecipazione alla procedura n. 2 concorrenti e, segnatamente, Rapiscan Systems Limited, odierna ricorrente, e Smiths Detection Italia S.r.l. (docc. 10 e 11 ric.).

4. L'odierna controinteressata dichiarava di avvalersi, al fine di soddisfare il possesso del requisito di cui al punto III.1.3. lett. a) del bando di gara, della società ausiliaria Smiths Heimann GmbH con sede a Wiesbaden, Germania (docc. 12 e 13 ric.).

5. In data 30.11.2016 la Commissione, riunita in seduta pubblica, procedeva all'apertura della documentazione amministrativa nonché ad esaminare il relativo contenuto delle buste digitali ammettendo entrambe le partecipanti alla successiva fase di valutazione. Nel corso della medesima seduta pubblica si procedeva ad aprire le buste tecniche dando atto che entrambe le concorrenti avevano regolarmente prodotto la documentazione tecnica richiesta (cfr. doc. 2).

6. In data 2.12.2016 la Commissione di gara, in seduta riservata di valutazione tecnica, dichiarava la proposta tecnica di Smiths Detection Italia (nel prosieguo anche indicata con l'acronimo SDI) conforme alle Specifiche Tecniche di gara (cfr. doc. 3).

7. Nel corso della successiva seduta riservata del 7.12.2016, la Commissione procedeva all'attribuzione dei punteggi tecnici (cfr. doc. 4).

8. In data 13.12.2016 durante la seduta pubblica, il Presidente della Commissione comunicava a ciascun concorrente i punteggi complessivi ottenuti in relazione al "*Pregio tecnico*" e, quindi, procedeva all'apertura delle

offerte economiche. All'esito, l'offerta di Smiths Italia risultava quella economicamente più vantaggiosa con un punteggio complessivo pari a 93,00 ed un ribasso percentuale offerto del 17,61%. Conseguentemente, si dichiarava l'odierna ricorrente Rapiscan seconda classificata con un punteggio complessivo pari a 86,41 ed un ribasso percentuale offerto del 13,6212% (cfr. doc. 5).

9. In ragione del punteggio ottenuto, l'offerta di Smiths Italia risultava *"automaticamente anomala"* e, pertanto, veniva sottoposta alla verifica di congruità.

10. Esaminate le relative giustificazioni offerte da Smiths Italia (doc. 14) con nota del 4.1.2017 la Commissione ha comunicato che, a seguito dell'esame dei giustificativi forniti da Smiths Italia, l'offerta è da *"valutare come non anomala nel suo complesso [...] in quanto i costi relativi sia alla fornitura e installazione degli apparati, sia alla successiva manutenzione quinquennale, così come le spese generali, sono apparsi correttamente valutati, e l'offerta garantisce nel suo complesso un sufficiente margine di utile"* (cfr. doc. 7 ric.).

11. In data 13.1.2017 ADR ha comunicato a Rapiscan a mezzo pec, il provvedimento di aggiudicazione definitiva disposta in favore di Smiths Italia (cfr. doc. 1).

12. Con ricorso spedito a notifica in data 10.2.2017 e successivamente depositato in data 23.2.2017 la società seconda classificata Rapiscan Systems Limited ha impugnato l'aggiudicazione in favore dell'altra concorrente e gli altri atti in epigrafe specificati, avverso i quali deduce i sei motivi di illegittimità di seguito riassunti, che la ricorrente raggruppa nelle due distinte categorie:

a) delle *"censure attinenti al mancato possesso del requisito di cui al punto III.1.3. lett.*

a) del bando di gara (Requisito Tecnico) ed in ordine al sub-procedimento di verifica dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa” (nel cui ambito sono ricondotti i motivi nn. 1, 2 e 3);

b) delle “censure in ordine alla mancata esclusione di Smiths Italia all’esito dell’esame e valutazione delle offerte tecniche” (articolate negli altri tre motivi di gravame).

I motivi di impugnazione possono essere riassunti come segue:

Censure sub a).

1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PUNTO III.1.3. LETT. A) DEL BANDO DI GARA - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 83 D. LGS. N. 50/2016 - ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI PRESUPPOSTO ED INGIUSTIZIA MANIFESTA, ILLOGICITÀ, IRRAGIONevolezza. Con il primo motivo di ricorso si censura la mancata esclusione di Smiths Italia dalla procedura di gara de qua per carenza del requisito (“di punta”) di cui al paragrafo III.1.3. lett. a) del bando di gara, espressamente richiesto ai fini della qualificazione; la clausola menzionata prescriveva alle imprese concorrenti l’attestazione dell’*“elenco delle principali forniture di macchine radiogene per bagagli da stiva regolarmente installate in ambito aeroportuale nel triennio antecedente la data di pubblicazione del presente Bando. [...] Nell’elenco di cui al punto a) l’impresa singola dovrà evidenziare espressamente l’avvenuta installazione di almeno 6 macchine radiogene per bagagli da stiva EDS conformi ai requisiti ECAC STD 3. Tale requisito ‘di punta’ non è frazionabile”* (cfr. doc. 8 pag.4 ric. ); per la dimostrazione di questo requisito l’aggiudicataria si è avvalsa dell’ausiliaria Smiths Heimann GmbH (società di diritto tedesco appartenente al medesimo Gruppo dell’aggiudicataria, in quanto entrambe possedute al 100% dalla controllante, anch’essa avente sede in Germania), la quale ha



dichiarato di avere installato macchine radiogene aventi le caratteristiche di quelle oggetto di gara, in numero superiore a quelle richieste dalla “lex specialis” (e, precisamente, n. 18 presso l’aeroporto di Abu Dhabi Midfield Terminal ed altre 7 fra Brema, Abu Dhabi Terminal 1 e Belgrado); per la ricorrente i documenti prodotti in gara dall’ausiliaria, in particolare i certificati di installazione relativi all’aeroporto di Abu Dhabi (Midfield Terminal), non proverebbero affatto il possesso del requisito in quanto la fornitura delle macchine radiogene non viene riferita alla Smiths Heimann bensì alla società “Smiths Detection”; sicché l’assenza e, in ogni caso, la mancata dimostrazione del requisito di esperienza tecnica specifica tanto in capo all’ausiliaria, quanto (circostanza pacifica) in capo alla concorrente, avrebbe dovuto senz’altro determinare l’esclusione di quest’ultima dalla gara;

2) *VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PUNTO III.1.3. LETT. A) DEL DEL BANDO DI GARA - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 85 COMMA 5, 86, 89 COMMA 3 E 133 DEL D.LGS. N. 50/2016 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 6 LETTERA DI INVITO E DEL CHIARIMENTO N. 5 DEL 15.11.2016 - DIFETTO DI ISTRUTTORIA - ECCESSO DI POTERE PER INGIUSTIZIA MANIFESTA - VIOLAZIONE DELL’ART. 97 COST.:* in connessione al punto che precede, ma con autonomo motivo di ricorso - perché attiene ad un diverso profili di doglianza – la ricorrente denuncia la mancata comprova del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara, con riguardo al già citato requisito di punta prescritto dal punto III.1.3 lett. a); in particolare, ad avviso della Rapiscan Systems, la documentazione prodotta a comprova del

requisito non può considerarsi adeguata alla puntuale individuazione del soggetto autore della fornitura delle n. 6 macchine radiogene installate ad Abu Dhabi Midfield Terminal, in quanto i certificati di installazione prodotti dalla ausiliaria Smiths Heimann non appaiono intellegibili mentre la controinteressata avrebbe dovuto produrre (almeno): per provare la fornitura, le fatture ad essa relative, la copia dei contratti e delle bolle di consegna; per provare l'installazione, i certificati di installazione con chiarezza riferibili alla Heimann, il che non si sarebbe nella specie verificato;

3) *VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 89 COMMA 1 D. LGS. 50/2016 E ART. 88 D.P.R. 207/2010; VIOLAZIONE DEL PUNTO III.1.3 DEL BANDO DI GARA - DIFETTO DI ISTRUTTORIA*: ad avviso della ricorrente non sarebbe immune da vizi il contratto di avvalimento stipulato tra Smiths Italia ed Heimann che sarebbe generico, non specifico e inidoneo ad individuare la concreta portata delle risorse e dei mezzi messi a disposizione per effetto dell'avvalimento (doc. 21 ric.); la concorrente, per tale ragione, avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara in quanto il bando di gara, al punto III.1.3., prevedeva espressamente che: *“Ciascuna impresa, singola o raggruppata, ai fini dell'attestazione dei requisiti sopra richiesti, può avvalersi, se necessario, delle capacità di un altro soggetto, indipendentemente dalla natura giuridica del legame con esso; in tal caso, dovrà produrre, a pena d'esclusione, contestualmente alla presentazione della domanda di partecipazione, le dichiarazioni ed i documenti, suoi e dell'impresa ausiliaria, indicati all'art. 89 del D. Lgs. n. 50/2016, specificando in modo chiaro ed esauriente la concreta portata delle risorse e mezzi messi a disposizione per effetto dell'avvalimento”*; inoltre l'ultimo periodo del comma 1 art. 89 D.

Lgs. 50/2016 (la procedura per cui è causa è infatti soggetta alla disciplina del nuovo Codice Appalti) prevede che: *“Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l’impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell’appalto”*; consolidata giurisprudenza ritiene indispensabile la specificazione delle risorse e dei mezzi aziendali messi a disposizione dell’impresa concorrente, al precipuo fine di rendere concreto e verificabile dalla stazione appaltante il “prestito” del requisito, al fine di consentire all’Amministrazione di verificare che la sinergia aziendale realizzata con l’avvalimento sia effettiva ed idonea a consentire la regolare esecuzione del contratto d’appalto, e non già limitata ad un mero impegno “cartolare”, che in alcuni casi potrebbe eludere le norme generali sui requisiti di partecipazione (la ricorrente cita Cons. Stato n. 5573/2014 e Tar Firenze n. 865/2014); applicando i suesposti principi al caso di specie, sarebbe evidente che il contratto stipulato tra ausiliata ed ausiliaria è carente dei requisiti minimi richiesti dalla giurisprudenza, in quanto, all’art. 2 del Contratto di avvalimento (cfr. doc. 21 ric., pag. 3) si prevede in modo generico che: *“La Smiths Heimann si impegna con il presente Contratto ad assumere nei confronti della Smiths Detection Italia il ruolo di Ausiliaria, e pertanto si impegna irrevocabilmente, anche nei confronti della Stazione Appaltante, a mettere a disposizione per tutta la durata della Gara e dell’eventuale esecuzione del contratto in caso di aggiudicazione, i propri requisiti tecnici di cui è carente l’Ausiliata e tutte le risorse a ciò necessarie”*; in tal modo risulterebbe impossibile individuare le risorse ed i mezzi che effettivamente vengono resi disponibili alla concorrente (non il minimo accenno sarebbe infatti compiuto al requisito di cui al punto III.1.3. lett. a) del bando di gara

e, quindi, alle forniture rese ed alle installazioni eseguite in ambito aeroportuale.

Censure sub b):

4) *VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 68 D. LGS. 50/2016; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 6 DELLA LETTERA DI INVITO, NONCHÉ DELL'ART. 5 "SPECIFICA TECNICA FORNITURA IN OPERA APPARATI"; VIOLAZIONE ART. 83 COMMA 9 D. LGS. 50/2016 – ECCESSO DI POTERE PER DISPARITÀ DI TRATTAMENTO E FALSO PRESUPPOSTO DI FATTO E DIRITTO:* parte ricorrente riferisce l'illegittimità allo specifico passaggio dell'offerta tecnica della SDI (Specifica Tecnica Fornitura, doc. 22 ric. pag. 11), ove si legge che *"La libreria TIP iniziale sarà composta da almeno 1.000 immagini TIP, il 50% delle quali rappresentano immagini di esplosivi pericolosi"*; viceversa la specifica tecnica di gara richiedeva una libreria TIP iniziale di almeno 6000 immagini; di qui l'invocata esclusione dell'aggiudicataria, la quale avrebbe peraltro tratto un indebito vantaggio economico (in termini di indebita maggiore competitività della propria offerta) da tale insufficienza tecnica;

5) *ULTERIORE VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 68 D. LGS. 50/2016; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 6 DELLA LETTERA DI INVITO, NONCHÉ DELL'ART. 7 "SPECIFICA TECNICA FORNITURA IN OPERA APPARATI" COSÌ COME MODIFICATO DAI CHIARIMENTI NN. 5 E 6 DEL 16.11.2016; VIOLAZIONE ART. 83 COMMA 9 D. LGS. 50/2016 – ECCESSO DI POTERE PER DISPARITÀ DI TRATTAMENTO E FALSO PRESUPPOSTO DI*

*FATTO E DIRITTO*: la SDI non avrebbe adeguato la propria offerta a quanto rettificato dalla stazione appaltante con il chiarimento n. 5 del 16.11.2016 in quanto, all'interno della propria offerta ed esattamente al punto 7.4., riporta testualmente il testo originale della specifica tecnica offrendo quindi un'unica *"remotizzazione"*, ubicata presso la Control Room Sicurezza Principale e non tre, come invece richiesto dal citato chiarimento; ulteriore conferma di quanto appena esposto si evincerebbe dall'esame del punto 5.24 dell'Offerta Tecnica di Smiths Italia dove - appunto - la concorrente dichiara di offrire *"un [solo] sistema centralizzato CIDA (Central Images Data Archive) per archiviare le immagini provenienti da tutti i sistemi installati"*, il che escluderebbe trattarsi di un mero *"refuso"*;

6) *ULTERIORE VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 68 D. LGS. 50/2016; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 6 DELLA LETTERA DI INVITO, NONCHÉ DELL'ART. 4 DELLA "SPECIFICA TECNICA FORNITURA IN OPERA APPARATI"; VIOLAZIONE ART. 2 CAPITOLO IV DELLA "SPECIFICA TECNICA MANUTENZIONE"; VIOLAZIONE ART. 83 COMMA 9 D. LGS. 50/2016 – ECCESSO DI POTERE PER DISPARITÀ DI TRATTAMENTO E FALSO PRESUPPOSTO DI FATTO E DIRITTO*: con il sesto e ultimo motivo la ricorrente contesta siccome incompleta, non conforme ed inidonea l'offerta tecnica di Smiths Italia, sotto il seguente ulteriore profilo: le Specifiche Tecniche all'interno del paragrafo 4 dedicato ai requisiti della macchina, a pag. 8 impongono che *"Il costruttore dovrà indicare anche la presenza di eventuali apparati accessori esterni e gli ingombri necessari per le attività di manutenzione: le macchine e gli eventuali accessori dovranno essere inseriti nei layout di*

*impianti HBS allegati evidenziando anche le aree necessarie per ogni tipologia di intervento*” (cfr. doc. 22 pag. 8); viceversa Smiths Italia, nella propria offerta tecnica (v. punto 4.15) precisa che *“La pianta dettagliata degli ingombri dell’apparato mod. HI SCAN 10080 XCT necessari per le attività di service è riportata in allegato (Disegno Z5590865Z-1)”*; il disegno allegato, tuttavia, riproduce la sola pianta della macchine con il correlato “ingombro” ovvero apparato di raffreddamento, omettendo di inserire tale sistema esterno nel layout degli impianti HBS e, cioè tralascia di riportarli nella piantina dell’area fornita dalla stazione appaltante, come invece richiedeva espressamente la Specifica Tecnica.

13. Si sono tempestivamente costituite in giudizio sia la Stazione Appaltante Aeroporti di Roma S.p.a. (di seguito “ADR”), sia l’aggiudicataria e controinteressata, SDI, le quali rispettivamente producono memorie e documenti allo scopo di dimostrare l’infondatezza dei motivi di gravame proposti.

Entrambe, preliminarmente, deducono complessivamente tre distinte eccezioni di inammissibilità così sintetizzabili:

- inammissibilità del ricorso per tardività in ragione del decorso del termine di impugnazione di cui all’art. 120, co. 2-bis c.p.a., dovendosi individuare il *“dies a quo”* del termine breve per l’impugnazione, in corrispondenza del verbale di gara del 30.11.2016, quando la Commissione di gara dichiarava di ammettere sia l’odierna ricorrente che la Smiths Italia alla successiva fase di gara; stante l’onere di immediata impugnazione degli atti di ammissione e di esclusione dalla gara oggi sancito dal comma 2-bis dell’art. 120 c.p.a., deve ritenersi decorso il relativo termine per la Rapiscan Systems che, avendo presenziato con un proprio delegato alla seduta pubblica del 30.11.2016,

avrebbe avuto immediata e piena cognizione dell'ammissione dell'altra partecipante alla gara e per questo aveva l'onere di assumere l'iniziativa impugnatoria nel termine di gg. 30 dalla seduta stessa (mentre il ricorso è stato notificato soltanto il 10.2.2017, dopo l'aggiudicazione): l'eccezione "de qua" è sollevata in termini analoghi sia da ADR che da SDI;

- nullità e inammissibilità del ricorso per violazione degli artt. 136, 40 e 44 c.p.a. e degli artt. 9, 8, comma 2, 14, comma 4 del d.P.C.M. 16.2.2016, n. 40 e 14, comma 3 dell'Allegato al medesimo d.P.C.M.: la difesa di ADR eccepisce in via preliminare la violazione delle disposizioni del PAT (*"Processo Amministrativo Telematico"*) sopra menzionate in quanto la ricorrente, dopo avere notificato il ricorso in formato cartaceo ai sensi della Legge n. 53/1994, avrebbe successivamente depositato in via telematica, ai fini della costituzione in giudizio: a) un esemplare del ricorso in formato digitale, privo della firma (digitale) e della procura a margine della prima pagina; b) una copia informatica della procura rilasciata a margine della prima pagina del ricorso cartaceo, con attestazione della sua conformità all'originale che sarebbe priva di sottoscrizione (doc. 8 res.); la Società resistente contesta pertanto che sarebbero state depositate copie (digitali) di documenti (analogici) privi delle attestazioni di conformità previste dal legislatore; in ogni caso l'esemplare cartaceo utilizzato per la notifica non corrisponde ad alcun originale informatico, risultando il documento digitale firmato e sottoscritto successivamente alla notifica *"in forma tradizionale"*, ai fini dell'iscrizione a ruolo del ricorso;

- ulteriore profilo di inammissibilità viene eccepito dalla sola SDI, con riguardo alla presunta carenza di interesse, in capo alla Rapisan Systems, all'accoglimento dei motivi primo e secondo; l'eccezione verrà

specificamente descritta ed esaminata nel trattare i due motivi citati.

14. Nella camera di consiglio tenutasi il 22 marzo 2017 il Collegio ha ritenuto di sospendere l'aggiudicazione con la seguente motivazione:

*“RILEVATO che l'impugnativa in esame solleva delicate problematiche formali e sostanziali per le quali, anche in considerazione dei rilevanti profili di interesse pubblico coinvolti, si impone la sollecita trattazione della causa nel merito;*

*RITENUTO che, in attesa di tale trattazione, l'istanza cautelare possa trovare accoglimento, in quanto il pur urgente potenziamento delle apparecchiature e dei servizi di cui trattasi non può comunque prescindere dalla specificità degli impegni, che debbono essere formalmente assunti dall'impresa ausiliaria, con puntuale indicazione delle risorse e dei mezzi aziendali, messi a disposizione dell'impresa ausiliata concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2014, n. 6256);*

*RITENUTO di fissare per la trattazione del merito la pubblica udienza del 3 maggio 2017, ore di rito...”.*

15. In vista della pubblica udienza vi sono state ulteriori produzioni documentali nonché, da parte di tutte le società costituite in giudizio, il deposito di dettagliate memorie conclusionali e memorie di replica.

16. Alla pubblica udienza del 3 maggio 2017, dopo ampia discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

17.1. Ragioni di priorità logico-giuridica impongono di trattare in primo luogo l'eccezione di ammissibilità articolata da ADR (potenzialmente idonea a determinare la nullità e la connessa inammissibilità dell'intero gravame proposto), riguardante la asserita violazione delle disposizioni sul PAT che di seguito si menzionano:

- l'art. 136 co. 2 bis c.p.a., che prevede che tutti gli atti di parte siano sottoscritti con firma digitale;



- l'art. 9 del Regolamento di cui al d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40, che prescrive altresì che il ricorso introduttivo, le memorie, il ricorso incidentale, i motivi aggiunti e qualsiasi altro atto del giudizio debbano essere redatti in formato digitale e sottoscritti con firma digitale;

- l'art. 136, co. 2 ter c.p.a., che prevede, peraltro, la possibilità che il difensore depositi "*copia informatica, anche per immagine*", per quanto ora interessa, "*di un atto processuale di parte... detenuto in originale o in copia conforme*" (dichiarandolo conforme alla versione cartacea ai sensi dell'articolo 22, comma 2, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82).

Dal combinato disposto dei suddetti articoli parte resistente deduce che, mancando nella specie la prescritta sottoscrizione digitale (sia nella copia notificata che in quella depositata), il ricorso sarebbe nullo ex art. 44 c.p.a.

17.2. L'eccezione, sotto questo specifico aspetto è infondata in fatto, giacché parte ricorrente ha ampiamente dimostrato (vedi memoria conclusionale, pag. 30 e ss. e documenti ivi richiamati) l'avvenuta sottoscrizione digitale del ricorso, depositato come file nativo digitale (effettuando il "*download*" dell'atto in esame e "*salvando*" il relativo file all'interno di qualsivoglia cartella si può verificare, nel relativo file "*pdf*" la seguente dicitura "*firmato, tutte le firme sono valide*"; cliccando inoltre sull'icona propedeutica all'acquisizione di maggiori "*dettagli*" compare il riferimento alla firma del difensore di parte ricorrente). Analogamente per la procura: premesso che il legale rappresentante della Rapiscan ha conferito la procura mediante sottoscrizione autografa, la stessa non si rinviene nel ricorso depositato (in formato digitale) ma è comunque stata depositata correttamente nella sezione "*Procura*" del "*modulo deposito del ricorso*". Dalla schermata estrapolata dalla ricorrente (vedi doc. 37 ric.) si evince la regolare

sottoscrizione anche di questo documento con firma digitale, avvenuta mediante la seguente sequenza: 1) scansione della copia per immagine; 2) asseverazione ex art. 22, comma 2, CAD con l'inserimento della relativa dichiarazione; 3) sottoscrizione con firma digitale (trattasi di firma "PADES" che consente la conservazione della medesima estensione del file che rimane "pdf").

17.3. Sotto l'ulteriore profilo, anch'esso sollevato da ADR, dell'essere il documento digitale relativo al ricorso formato e sottoscritto successivamente alla notificazione in forma tradizionale (e non a mezzo PEC) dell'altro esemplare, il che proverebbe che non vi esisteva ancora alcun originale informatico a cui riferire la conformità al momento della notificazione in formato cartaceo, l'eccezione non può essere accolta in quanto:

- è sostenibile la tesi secondo cui la redazione digitale e la sottoscrizione con firma digitale dell'atto di parte siano requisiti funzionali al solo deposito, restando pur sempre possibile, ai fini della notifica cartacea, la formazione di un distinto originale analogico; - ciò in base a quanto previsto dallo stesso articolo 136 c.p.a., che, nel prevedere, da un lato, la sottoscrizione digitale e non anche la redazione digitale (comma 2 bis), e, dall'altro, che si possa trarre copia informatica dell'originale analogico;
- la tematica in esame si atteggia in maniera peculiare rispetto alle notifiche cartacee, per le quali si offrono, in concreto, due soluzioni: a) formazione dell'originale informatico, con estrazione di copia analogica, autenticata dall'avvocato, ai fini della notifica cartacea; b) formazione di due distinti originali, uno analogico, ai fini della notifica cartacea, ed uno informatico, per le eventuali, parallele notifiche a mezzo pec, o, comunque, ai fini del

deposito telematico (ipotesi concretizzatasi nella specie);

- quest'ultima opzione si espone al rilievo critico per cui, in caso di procura sottoscritta dalla parte con firma digitale, la stessa non potrebbe essere esposta con l'originale analogico e viceversa;

- la ricorrente, nella specie si è attenuta al disposto dell'art. 8, comma 3, lettera a), del DPCM n. 40/2016, secondo cui *“La procura alle liti si considera apposta in calce all'atto cui si riferisce... quando è rilasciata su documento informatico separato depositato con modalità telematiche unitamente all'atto a cui si riferisce”*.

In ogni caso entrambe le modalità seguite nella pratica e dianzi illustrate possono essere considerate efficaci, nell'ottica del raggiungimento dello scopo di cui all'art. 156, comma 3, c.p.c., qui consistente nel portare l'atto difensivo, nella sua piena leggibilità, a conoscenza della controparte e del Collegio, a condizione che si realizzino la certezza in ordine: alla paternità dell'atto, alla data di sottoscrizione e alla trasmissione dell'atto stesso, senza che, dunque, possa essere invocata alcuna concreta violazione del diritto di difesa e nel pieno rispetto del contraddittorio. Secondo la più recente giurisprudenza sia civile che amministrativa (Cass., Sez. Un., sent. n. 7665 del 18 aprile 2016; Cons. Stato, sent. n. 1541 del 4 aprile 2017) il rilievo di vizi fondati sulla pretesa violazione di norme di rito non è volto a tutelare l'interesse all'astratta regolarità del processo ma a garantire l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in conseguenza della rilevata violazione, in tutti i casi in cui tale pregiudizio non esiste, debba ritenersi conseguentemente esclusa la possibilità di sollevare eccezioni d'ufficio o comunque, pure su istanza di parte, dare rilievo a qualsivoglia eccezione (afferente o meno alle regole PAT) laddove l'atto, come nella specie, abbia raggiunto comunque il suo scopo.

In conclusione e in termini conformi a quanto già rilevato in analogo caso dal TAR Calabria, Catanzaro (cfr. sez. I, ordinanza 20.4.2017, n. 679):

- *“l’odierno giudizio è sottoposto al regime del processo amministrativo telematico;*
- *“.. parte ricorrente ha correttamente depositato il ricorso redatto quale documento informatico munito di firma digitale;*
- *“.. nessuna norma vieta di redigere il ricorso in doppio originale, uno digitale e uno cartaceo, avviando alla notifica, con le tradizionali modalità materiali, quest’ultimo (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 1 marzo 2017, n. 2993);*
- *“... in ogni caso, la redazione di un secondo originale in formato cartaceo e la sua materiale notificazione ha comunque consentito alla Regione Calabria di venire a conoscenza dell’instaurazione della lite, raggiungendosi così lo scopo cui l’atto era preordinato, sicché, a norma dell’art. 156 c.p.c., le eccepite difformità rispetto al modello legale non possono dare luogo ad alcuna forma di nullità”.*

17.4. Per tutto quanto precede, non sussiste l’eccepita inammissibilità.

18. Deve essere respinto anche l’ulteriore profilo di inammissibilità (rectius, irricevibilità) sollevato sia da parte di ADR che di SDI, per asserita violazione del termine breve *“ad impugnationem”* di cui al comma 2-bis dell’art. 120 c.p.a., quanto meno con riguardo ai motivi di censura (nn. 1, 2 e 3) che investono la legittimazione stessa della SDI a partecipare alla gara sul piano dei requisiti di ammissione.

*“In primis”* depone in senso sfavorevole alla declaratoria di inammissibilità del ricorso lo stesso dato testuale di cui al comma 2-bis dell’art. 120 cit. secondo cui il termine di trenta giorni decorre *“dalla sua (riferita al provvedimento che determina le ammissioni, ndr) pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell’art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione, della legge 28 gennaio 2016, n. 11.”*. Lo

specifico riferimento ad un “*dies a quo*”, eccezionalmente riferito ad una pubblicazione sul profilo del committente e non ad una comunicazione individuale, pubblicazione peraltro doverosa, induce l’impresa interessata ad un legittimo affidamento circa la data a partire dalla quale, soltanto, potrà decorrere il termine per impugnare l’ammissione di altra concorrente. Di regola, pertanto, è alla predetta data di pubblicazione (nella specie non eseguita dalla S.A.) che si riferisce il “*dies a quo*”. La pubblicazione sembra poter trovare un momento cognitivo equivalente, ai fini della decorrenza del termine impugnatorio, soltanto in una comunicazione o notificazione individuale del provvedimento, purché completa di ogni elemento utile a farne apprezzare la lesività da parte di un operatore di normale diligenza. Ora, nel caso di specie, tale comunicazione individuale (nei confronti della ricorrente) del provvedimento di ammissione della SDI alla successiva fase della gara, non vi è stata. D’altro canto, la mera presenza del delegato della Rapiscan alla seduta pubblica del 30.11.2016, seppur ha consentito all’impresa oggi ricorrente di apprendere la notizia dell’avvenuta ammissione (propria e della concorrente) al proseguimento della procedura selettiva, non le ha certo permesso di rilevarne, neanche in via astratta o approssimativa, la possibile illegittimità, la quale, dipendendo dalla mancanza di un requisito di capacità tecnica (sotto i plurimi profili denunciati poi in sede ricorsuale), richiedeva una approfondita disamina della documentazione amministrativa proveniente dalla controinteressata, adempimento impossibile in sede di seduta pubblica e che, viceversa, richiede l’esauriente e completo esercizio del diritto di accesso agli atti di gara che, nella specie, soltanto successivamente è stato consentito alla Rapiscan.

Pertanto, a meno di non voler imporre alla predetta Società un ricorso “al buio” (“quod non”), non può ritenersi che il termine ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a. fosse nella specie già decorso al momento della proposizione del gravame per cui è causa (per un recentissimo precedente conforme sul punto cfr. TAR Molise, 28 aprile 2017, n. 150 ove si è affermato il principio secondo cui la nuova regola processuale del consolidamento dell’ammissione di un concorrente alla gara pubblica, conseguente alla mancata tempestiva impugnazione della stessa ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a., aggiunto dall’art. 204, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, presuppone che ci sia stata pubblicità degli atti di gara, occorrendo che ai candidati sia garantito il pieno e tempestivo accesso alla documentazione, non potendo altrimenti decorrere il termine per impugnare un atto, quale l’ammissione di un altro operatore, privo di diretta lesività e la cui piena conoscenza postula la verifica dei presupposti su cui si fonda).

La conclusione del Collegio appare coerente, peraltro, rispetto ad alcuni pertinenti principi affermati dalla Corte di Giustizia CE, che, con la decisione della V Sezione, 8 maggio 2014 (in causa C-161/13), ha affermato che «ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni» (punto 37) e che «una possibilità, come quella prevista dall’articolo 43 del decreto legislativo n. 104/2010, di sollevare “motivi aggiunti” nell’ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell’appalto non costituisce sempre

un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, gli offerenti sarebbero costretti a impugnare in abstracto la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso» (punto 40). La stessa Corte di Giustizia ha anche affermato che, «in applicazione del principio della certezza del diritto, in caso di irregolarità asseritamente commesse prima della decisione di aggiudicazione dell'appalto, un offerente è legittimato a proporre un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione soltanto entro il termine specifico previsto a tal fine dal diritto nazionale, salvo espressa disposizione del diritto nazionale a garanzia di tale diritto di ricorso, conformemente al diritto dell'Unione» (vedi TAR Lazio, sez. III, 13 dicembre 2016, n. 12390).

I principi surrichiamati, seppur affermati nella vigenza del “vecchio” Codice Appalti, meritano di essere riaffermati anche nel nuovo contesto codicistico, con riguardo alle esigenze di tutela che debbono comunque essere riconosciute al partecipante alla gara e che non possono essere completamente sacrificate a tutto favore delle contrapposte esigenze acceleratorie sottese al rito “super speciale” di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a..

Il ricorso, anche sotto il profilo qui esaminato, è da ritenere ammissibile.

19.1. Venendo all'esame del merito, il Collegio ritiene di dovere in primo luogo affrontare il terzo motivo, la cui problematicità è stata già saggiata in sede cautelare come si evince dalla motivazione dell'ordinanza n. 1468/2017 sopra richiamata.

19.2. Come si è visto, la difesa della Rapiscan Systems pone la questione

della genericità e non specificità del contratto di avvalimento tra l'ausiliata SDI e la ausiliaria Smiths Heimann (ai fini della prestazione del requisito di cui al punto III.1.3. lett. a) del bando di gara, doc. 8 ric.), questione non soltanto “formale” in quanto il documento contrattuale (insieme alle dichiarazioni di entrambe le società ex art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016) è chiamato a fornire, al seggio di gara, la prova principale dell'effettiva prestazione del requisito oggetto dell'avvalimento in favore della SDI, con la conseguenza che, laddove si accogliesse la tesi di parte ricorrente, si dovrebbe pervenire alla conclusione che il requisito in discussione, anche se posseduto dall'ausiliaria, non sarebbe stato effettivamente messo a disposizione della concorrente, la quale andrebbe perciò esclusa dalla gara, stante l'irrinunciabilità all'essenziale requisito di esperienza tecnico-professionale, prescritto dalla “lex specialis”.

Assume tuttavia ruolo prioritario la risposta al quesito che è logicamente presupposto a quello appena formulato e che corrisponde alla domanda se, trattandosi nella specie di un avvalimento infragruppo, fosse o meno necessaria la stipula di un contratto di avvalimento “ad hoc” tra SDI e Smiths Heimann GmbH, contratto che, peraltro, sebbene prodotto in gara (vedi doc. 3 SDI), lo sarebbe stato “ad abundantiam”, non essendo tale adempimento necessario, secondo le difese della resistente e della controinteressata.

19.3. Il Collegio ritiene che il comma 1, ultimo periodo dell'art. 89 del nuovo Codice Appalti - a mente del quale *“il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto”* – trovi



applicazione anche nel caso di specie senza che a ciò osti né il fatto che si tratti di un avvalimento infragruppo - in quanto la SDI e l'ausiliaria Smiths Heimann appartengono al medesimo gruppo societario, essendo le medesime partecipate totalitariamente al 100% da Smiths Detection GmbH - né il fatto che l'affidamento per cui è causa riguardi uno dei settori speciali di cui al Titolo VI, Capo I, Sezione I del nuovo Codice, avendo esso ad oggetto una fornitura in ambito aeroportuale (v. art. 119 d.lgs. n. 50 del 2016).

In proposito vanno in effetti valorizzati i seguenti profili normativi (anche con riferimento al passaggio dal vecchio al nuovo Codice) e sistematici:

a) ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. g) dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006, era in effetti previsto che *“nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5”*;

b) nessuna norma di analogo tenore trova oggi collocazione nel nuovo Codice degli Appalti Pubblici, il che deve indurre a ritenere che non abbia più spazio la deroga già prevista all'obbligo di produrre il contratto di avvalimento per il caso di sua conclusione tra soggetti societari appartenenti ad un medesimo gruppo (fattispecie nella quale il previgente art. 49 cit., considerava invece sufficiente *“una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo”*);

c) in particolare, non si rinviene alcuna deroga per l'ipotesi di avvalimento infragruppo nell'art. 89 d.lgs. n. 50/2016 che oggi detta la disciplina fondamentale dell'avvalimento, prevedendo il generale obbligo di allegare il

relativo contratto; né la deroga previgente può dirsi espressione di un particolare principio eurounitario di primaria rilevanza o cogente, trattandosi di disposizione (lett. g) del “vecchio” art. 49) che mirava semplicemente ad attenuare l’onere dimostrativo nelle situazioni in cui si poteva presumere una convergenza di interessi tra più soggetti, ai fini della messa a disposizione di un requisito dell’uno di cui l’altro fosse carente;

d) non può desumersi alcuna deroga neanche dal riferimento ai “settori speciali” di cui al comma 2 dell’art. 89 (vedi pag. 16 della prima memoria ADR) dove si legge *“2. Nei settori speciali, se le norme e i criteri oggettivi per l’esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati in un sistema di qualificazione comportano requisiti relativi alle capacità economiche e finanziarie dell’operatore economico o alle sue capacità tecniche e professionali, questi può avvalersi, se necessario, della capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi. Resta fermo quanto previsto dal comma 1, periodi secondo e terzo, da intendersi quest’ultimo riferito all’ambito temporale di validità del sistema di qualificazione”*; la frase contenuta in quest’ultimo periodo (*“Resta fermo...”*) non assume una chiara portata derogatoria o eccezionale rispetto a quanto in generale statuito dal comma 1, in quanto con siffatta espressione si conferma, con valore di precisazione, la sicura applicazione, anche nei settori *“de quibus”*, delle norme di cui ai periodi secondo e terzo ma da essa non è desumibile, in termini univoci, una deroga alle norme contenute nei restanti periodi del comma 1, non espressamente richiamati dal comma 2 (in particolare l’ultimo, relativo all’obbligo di stipulare e produrre in gara un contratto scritto di avvalimento);

e) siffatta deroga va invero negata se si pensa che, per coerenza ermeneutica, si dovrebbe anche escludere l’applicabilità del quarto periodo

del comma 1, che impone necessariamente di depositare la dichiarazione dell'ausiliaria, adempimento certamente non derogabile, non essendo altrimenti ipotizzabile altro documento idoneo a comprovare il rapporto di avvalimento e costituendo la suddetta dichiarazione "da sempre" la prova principale del rapporto di avvalimento, anche nel regime previgente.

Per le ragioni che precedono deve ritenersi che la S.D.I., depositando il contratto di avvalimento, ha assolto ad uno specifico onere impostole dall'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2006 e che, conseguentemente, il documento contrattuale (insieme alle dichiarazioni prescritte dal primo comma dell'art. 89) deve essere vagliato sul piano della sufficiente determinatezza e serietà degli impegni assunti dall'ausiliaria, secondo i profili critici evidenziati dalla società ricorrente.

19.4. Il requisito prescritto dal punto III.1.3) lett. a) del bando di gara ed oggetto dell'avvalimento in discorso attiene alla capacità professionale e tecnica ed è descritto in questi termini dalla clausola citata: *"Nell'elenco di cui al punto a) (il quale contiene l'elenco delle principali forniture di macchine radiogene per bagagli da stiva, installate in ambito aeroportuale nel triennio anteriore alla data di pubblicazione del bando), l'impresa singola ovvero in caso di ATI (...) la mandataria, dovrà evidenziare l'avvenuta installazione di almeno 6 macchine radiogene per bagagli da stiva EDS conformi ai requisiti ECAC STD 3. Tale requisito "di punta" non è frazionabile"*. Risulta evidente dal testo della disposizione che il predetto requisito rappresenta una specificazione tecnica, mirante a dimostrare il possesso di una esperienza professionale specifica, all'interno del più ampio requisito di cui alla lettera a) cit., concernente una significativa esperienza (e capacità tecnica) maturata nell'installazione di macchine radiogene per bagagli da stiva, della tipologia dedotta in appalto, in ambito aeroportuale.

La SDI, pur avendo una propria organizzazione professionale/tecnica ed economica e pur avendo documentato un numero rilevante di servizi svolti nella installazione e manutenzione di macchine radiogene per il rilevamento di esplosivi, presso diversi aeroporti italiani, è tuttavia priva dello specifico requisito sopracitato (installazione di almeno 6 macchine radiogene per bagagli da stiva EDS conformi ai requisiti ECAC STD 3) e, pertanto, ha ritenuto di avvalersi ai sensi dell'art. 89 d.lgs, n. 50/2016 di altra società del Gruppo Smiths Detection (a cui anch'essa appartiene) e, precisamente, della Smiths Heimann GmbH, in possesso del requisito costituito dall'aver installato almeno sei macchine radiogene con le caratteristiche richieste dal citato punto III.1.3 lett. a) del bando. L'avvalimento è stato provato in gara (vedi documenti sub 3 della SDI) mediante il contratto di avvalimento SDI/Smiths Heimann (ausiliaria, di seguito indicata anche semplicemente come "Heimann") sottoscritto in data 28.11.2016 ove si legge che: l'ausiliaria dispone dei requisiti richiesti ed è in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 80, comma 1, d.lgs. 50/2016; l'ausiliaria e la SDI appartengono allo stesso "Gruppo Smiths" essendo entrambe partecipate totalitariamente al 100% da Smiths Detection GmbH; la Smiths Heimann *"si impegna con il presente Contratto ad assumere nei confronti della SDI, il ruolo di Ausiliaria e, pertanto, si impegna irrevocabilmente, anche nei confronti della Stazione Appaltante, a mettere a disposizione per tutta la durata della Gara e dell'eventuale esecuzione del contratto in caso di aggiudicazione, i propri requisiti tecnici di cui è carente l'Ausiliaria e tutte le risorse a ciò necessarie. In particolare, l'Ausiliaria darà supporto all'Ausiliata per tutta la durata del contratto oggetto di gara in caso di necessità e potrà affiancare le risorse dell'impresa ausiliata coinvolte e offrire eventualmente il proprio parere sull'esecuzione della fornitura"* (art. 2 del contratto);

inoltre l'Ausiliaria e l'Ausiliata si costituiscono nei confronti della S.A. responsabili in solido, con riguardo al puntuale adempimento delle obbligazioni conseguenti al contratto di appalto oggetto della procedura (art. 6 del contratto); anche in ragione della partecipazione al medesimo Gruppo societario, *“le Parti convengono che i requisiti oggetto del presente contratto saranno messi a disposizione dell'Ausiliata a titolo gratuito e che, nell'ipotesi di aggiudicazione dell'appalto, verranno concordati separatamente, ove necessari, idonei compensi e modalità di erogazione dei corrispettivi”*.

Di analogo tenore è la dichiarazione di avalimento della Heimann datata 28.11.2016 (documentazione sub 3 SDI) ove si legge che la stessa - dichiaratasi in possesso del requisito di cui al punto III.1.3 sub a) del bando (come da allegati elenco autocertificato e certificati di installazione di n. 6 macchine per bagagli da stiva EDS conformi ai parametri ECAC STD 3) – si obbliga, nei confronti della S.A. e di SDI, a fornire i predetti requisiti dei quali è carente la SDI e a *“mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, nei modi e nei limiti stabiliti dall'art. 89 d.lgs. n. 50/2016, rendendosi inoltre responsabile con Smiths Detection Italia s.r.l. nei confronti di Aeroporti di Roma S.p.a. in relazione alle prestazioni oggetto del contratto...”*.

19.5. Com'è noto, senza sostanziali differenze tra nuovo e vecchio Codice, l'istituto in questione (avalimento), di derivazione comunitaria, consente che un imprenditore possa comprovare alla stazione appaltante il possesso dei necessari requisiti economici, finanziari, tecnici e organizzativi – nonché di attestazione della certificazione SOA – a fini di partecipazione ad una gara, facendo riferimento alle capacità di altro soggetto (ausiliario), che assume contrattualmente con lo stesso – impegnandosi nei confronti della stazione appaltante – una responsabilità solidale.

I caratteri e le finalità di fondo dell'istituto (per come delineati dall'articolo 47 della direttiva 2004/18/CE) sono stati da ultimo sostanzialmente confermati dall'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE (cui corrispondono le analoghe previsioni dell'articolo 38, paragrafo 2 della direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni e dell'articolo 79 della direttiva 2014/25/UE in tema di cc.dd. 'settori speciali'), recepito nel nostro ordinamento dall'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016.

L'avvalimento, pertanto, può riguardare anche, come accaduto nella specie, un requisito di capacità tecnica, relativo ad una determinata esperienza tecnico-professionale maturata nella installazione di una specifica tipologia di macchine radiogene e, in casi di questo genere, deve ritenersi che *“l'impresa ausiliaria deve assumere l'impegno di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in termini di mezzi, personale e di ogni altro elemento aziendale qualificante (cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. Stato, VI, 31 luglio 2014, n. 04056; V, 22 gennaio 2015, n. 257, 27 gennaio 2014, n. 412, 4 novembre 2014, n. 5446, 23 maggio 2011, n. 3066 e 12 giugno 2009, n. 3762; III, 7 aprile 2014, n. 1636 e 11 luglio 2014, n. 3599; IV, 9 febbraio 2015, n. 662). (...)* Nella situazione in esame, la società appellata richiama i requisiti di capacità tecnica ed economica, riferiti al fatturato ed ai contratti pregressi della ditta ausiliaria, ma non richiama in alcun modo la messa a disposizione – da parte di quest'ultima – della propria struttura organizzativa..” (è quanto si legge in Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2486). Il Collegio ritiene che, anche nel caso in esame, il requisito esperienziale di cui al punto III.1.3. lett. a) del bando non sia un mero requisito immateriale o “cartolare” ma che, al contrario, comporti l'effettiva prestazione di risorse, personale e mezzi, da parte della Heimann. In effetti la specifica esperienza tecnico-

professionale delineata dalla clausola serve a garantire alla stazione appaltante la effettiva e concreta capacità della concorrente di svolgere adeguatamente le prestazioni contrattuali assunte, con particolare riguardo alla installazione delle macchine radiogene del tipo voluto dal bando e, più nel dettaglio dal Capitolato Speciale d'Appalto. Seguendo, in altri termini, la differenziazione tipologica invalsa in tema di avvalimento, quello che viene in considerazione nella specie appare avvicinarsi, quanto meno per il profilo attinente alla installazione dei macchinari dedotti in appalto, ad un avvalimento di tipo "operativo" piuttosto che di mera "garanzia" (figura che, viceversa, ricorre in caso di messa a disposizione di un requisito patrimoniale o del solo fatturato, ad integrazione di una solidità finanziaria altrimenti non adeguata in capo alla concorrente ausiliata).

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

19.6. Ciò chiarito in ordine alla natura del requisito richiesto dal bando, la citata pronuncia della Plenaria (n. 23/2016) consente anche di meglio

definire gli strumenti ermeneutici utilizzabili per fornire la giusta soluzione al problema della sufficienza e adeguatezza degli impegni contrattuali assunti dall'ausiliaria in rapporto al requisito da garantire, laddove il Supremo Consesso afferma che:

- *“...l'applicazione dei richiamati canoni di parità di trattamento e di non discriminazione osta alla proposta interpretazione secondo cui l'individuazione dell'oggetto del contratto di avalimento dovrebbe sottostare a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli ordinariamente previsti per la generalità dei contratti ai sensi degli articoli 1325 e 1346 e del codice civile...”;*

- *“...non può certamente essere condivisa la tesi interpretativa volta ad introdurre (e in deroga alle generali previsioni di cui all'articolo 1346 cod. civ.) in via necessaria il canone della determinatezza dell'oggetto in assenza – non solo di una valida ragione giustificatrice, ma anche – di una espressa disposizione che chiaramente deponga in tal senso”;*

- *“le disposizioni primarie che disciplina(va)no l'istituto dell'avalimento nella vigenza del decreto legislativo 163 del 2006 (si tratta, in particolare, degli articoli 49 e 50) non legittima(va)no in alcun modo l'introduzione in sede regolamentare di disposizioni volte a derogare all'ordinaria disciplina civilistica in tema di oggetto del contratto (e segnatamente, all'articolo 1346 cod. civ.);*

- *“ai limitati fini che qui rilevano (e che sono invece di particolare rilievo nella specie, ndr), si osserva che neppure le sopravvenute disposizioni di cui al decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50 (di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e comunque non rilevanti ai fini della presente decisione) recano, in tema di avalimento, disposizioni derogatorie e di maggior rigore in tema di determinabilità dell'oggetto del contratto”;*

- *“...l'articolo 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (il quale probabilmente non ha*



*in parte qua utilizzato in modo integrale gli ambiti della delega conferita e non ha introdotto le più rigorose prescrizioni che verosimilmente la l. 50 del 2016 avrebbe consentito) non ha introdotto disposizioni puntuali volte a vincolare le forme di rappresentazione dell'oggetto del contratto, limitandosi a stabilire che esso debba esplicitare l'obbligo nei confronti del concorrente "a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto". Anche in questo caso non ne risulta suffragata la più rigida lettura proposta in sede di ordinanza di rimessione, secondo cui la mera determinabilità (e non già la diretta determinatezza) dell'oggetto del contratto di avvalimento ne determinerebbe per ciò stesso la radicale invalidità";*

*- "Si osserva in terzo luogo che le considerazioni dinanzi svolte sub 5.1. e 5.2. neppure consentono di prestare adesione alla teorica della nozione di 'forma-contenuto' richiamata in sede di ordinanza di rimessione."*

19.7. Per tutto quanto precede e venendo ai contenuti degli impegni assunti dalla Heimann in base agli atti negoziali e alle dichiarazioni sopra riportate, il Collegio non ritiene che il terzo motivo possa trovare accoglimento, in quanto è sufficiente che il rapporto di avvalimento instaurato abbia un contenuto determinabile sulla base degli ordinari canoni ermeneutici e di integrazione contrattuale (al riguardo vedi TAR Lazio, sez. II ter n. 4071/2017).

Non sembra dubbia, in primo luogo, l'effettività e la serietà dell'impegno assunto dalla Heimann ove si tenga conto delle espressioni impiegate sia nel contratto di avvalimento che nella dichiarazione dell'ausiliaria Heimann che, in conformità al dato testuale di cui all'art. 89, comma 1, d.lgs. 50/2016, si impegna in modo "irrevocabile" a mettere a disposizione per tutta la durata della gara e dell'eventuale esecuzione del contratto i propri

requisiti tecnici di cui è carente l'ausiliaria e *"tutte le risorse a ciò necessarie"*.

Quanto alla determinatezza dell'oggetto contrattuale, inteso come prestazione a cui la stessa ausiliaria è obbligata, premesso quanto appena affermato sulla base della pronuncia dell'A.P. n. 23 del 2016 - in ordine alla determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento in base agli ordinari canoni di interpretazione contrattuale, con possibilità che detto contenuto possa concretizzarsi e definirsi anche in relazione ad elementi esterni al contenuto formalmente dichiarato - il Collegio ritiene di valorizzare positivamente una serie di elementi che consentono di ritenere adeguatamente determinati tanto la prestazione, quanto l'impegno assunti dall'ausiliaria sufficientemente:

- a) in primo luogo l'espressa menzione del requisito di cui al punto III.1.3. lett. a) (sia nel contratto che nella dichiarazione dell'ausiliaria), che Heimann dichiara di conoscere e che espressamente si riferisce all'installazione *"di almeno 6 macchine radiogene per bagagli da stiva EDS conformi ai requisiti ECAC STD 3"*, vale a definire oggettivamente l'attività di installazione a cui la stessa ausiliaria è obbligata in solido con la concorrente;
- b) in questa ottica appare significativa la clausola di cui all'art. 6) del contratto di avvalimento nella quale l'ausiliaria e l'ausiliata dichiarano di costituirsi responsabili in solido, *"con riguardo al puntuale adempimento delle obbligazioni conseguenti al contratto di appalto oggetto della procedura"*: l'impegno della Heimann, in base a tale dichiarazione contrattuale, emerge come obbligazione di prestazione (e non di mera garanzia) il cui contenuto è determinato *"per relationem"* con riguardo al contenuto obbligatorio che scaturisce dal contratto principale (di appalto) a cui l'avvalimento accede;

- c) ne consegue che la responsabilità dell'ausiliaria non è una mera responsabilità "ex post", che insorge ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., in via solo eventuale al verificarsi di un inadempimento o di un ritardo nell'esecuzione del contratto da parte della SDI; trattasi invece di responsabilità che attiene direttamente al momento fisiologico dell'esecuzione dell'appalto a cui la stessa Heimann è obbligata, insieme alla SDI, seppur entro i limiti oggettivi del requisito di cui la seconda è carente;
- d) alla luce degli elementi che precedono appare condivisibile quanto evidenziato dalla difesa della SDI (vedi memoria conclusionale pag. 11) secondo cui l'impresa ausiliaria *"metterà a disposizione di SDI il proprio "know how, i protocolli e le procedure aziendali relative all'apparato HI SCAN 10080 XCT, impegnandosi irrevocabilmente, sia nei confronti di SDI, sia nei confronti di ADR, a mettere a disposizione per tutta l'esecuzione del contratto le risorse a ciò necessarie"*;
- e) quanto precede ha trovato concreta conferma in sede di verifica della congruità dell'offerta (nota SDI/ADR del 29.12.2016 doc. 24 SDI) laddove l'aggiudicataria ha affermato impegnativamente che: *"i quattro apparati radiogeni EDS Srandard 3 modello HS10080 XCT...sono materialmente realizzati presso gli stabilimenti di Smiths Heimann"*; quest'ultima *"trasferisce a Smiths Detection Italia tutti i sistemi e i relativi accessi per la fornitura completa"* e, successivamente metterà a disposizione di SDI *"il supporto tecnico del Project Management e del reparto ricerca e sviluppo da casa madre tedesca che assicurano il corretto svolgimento della fornitura"*;
- f) non si deve poi dimenticare di leggere il "prestito" del requisito in questione tenendo conto di due essenziali e provate circostanze: l'avvalimento coinvolge due società del medesimo Gruppo imprenditoriale che non possono che avere interessi convergenti in funzione di una

proficua collaborazione ai fini del buon esito della fornitura e della corretta esecuzione dei connessi servizi accessori; in secondo luogo SDI ha dimostrato di essere tecnicamente e economicamente attrezzata per l'esecuzione del contratto oggetto di gara, avendo provato sia in corso di gara che, con documentazione aggiunta, anche nella presente sede processuale (vedi docc. da 25 a 37 SDI) di avere maturato un'articolata esperienza sia nella manutenzione che nella installazione di macchine radiogene analoghe a quelle oggetto del presente affidamento; il suo personale tecnico inoltre deve svolgere corsi di formazione periodici al fine di ottenere apposite certificazioni da parte della casa madre al fine di consentire ai dipendenti della SDI di operare sui propri sistemi in totale sicurezza e affidabilità (doc. 38 SDI).

19.8. Concludendo sul punto deve ritenersi che non possa configurarsi alcuna nullità del contratto di avvalimento in quanto, per quanto la prestazione della dell'ausiliaria non sia puntualmente dettagliata, l'impegno contrattuale da essa assunto appare determinabile *"per relationem"* in base agli elementi sopra esposti e non è revocabile in dubbio la serietà di esso stante l'assunzione di una responsabilità solidale nella prestazione (e in particolare nella installazione delle macchine radiogene oggetto di gara) da ricostruire nei termini dianzi descritti.

Alla luce della complessa argomentazione e con le superiori precisazioni, il terzo motivo proposto dalla Rapiscan Systems va respinto.

20.1. A questo punto possono essere esaminati congiuntamente il primo e il secondo motivo, stante la loro stretta inerenza. Secondo le censure della ricorrente, non solo l'aggiudicataria ma anche l'ausiliaria sarebbe priva del requisito *"di punta"* su cui si è sopra ampiamente discusso in quanto

l'installazione di macchine radiogene presso il Midfield Terminal di Abu Dhabi, da parte della Heimann, non sarebbe stata comprovata dai certificati di installazione prodotti che risulterebbero intestati non all'ausiliaria Smiths Heimann GmbH ma ad una non meglio identificata "Smiths Detection".

20.2. Va preliminarmente chiarito che, poiché le censure della ricorrente si appuntano soltanto su n. 6 delle complessive n. 25 installazioni di macchine radiogene, dichiarate dall'ausiliaria ai sensi dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, l'ipotetico accoglimento delle censure non potrebbe, invero, condurre all'immediato accoglimento dei "petitio" ricorsuali i quali mirano all'annullamento dei provvedimenti impugnati (dell'aggiudicazione "in primis") e al risarcimento in forma specifica mediante la collocazione della ricorrente nella posizione di prima classificata nella procedura di affidamento "de qua" (in subordine la Rapiscan chiede la condanna di ADR al risarcimento del danno per equivalente in suo favore). Al riguardo giova rammentare che la Heimann, nella propria dichiarazione ex art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/16, fornisce un elenco relativo alle principali forniture di macchine radiogene per bagagli da stiva, installate in ambito aeroportuale, nel triennio anteriore alla data di pubblicazione del bando (doc. 3 controit.). L'elenco comprende specificamente:

- n. 1 macchina presso l'aeroporto di Brema;
- n. 18 macchine presso l'Abu Dhabi Midfield Terminal;
- n. 3 macchine presso Abu Dhabi Terminal 1;
- n. 3 macchine presso l'aeroporto di Belgrado.

All'elenco sono stati allegati i certificati di installazione di n. 6 macchine radiogene per bagagli da stiva conformi ai requisiti ECAC STD 3, installate

presso il citato Midfield Terminal di Abu Dhabi. Evidentemente, stante la sufficienza di n. 6 macchine per la comprova del requisito, la Heimann ha inizialmente prodotto, ritenendoli sufficienti allo scopo, i documenti relativi ai soli 6 sistemi sopra menzionati, estratti nell'ambito del ben più nutrito numero (pari a 25) di sistemi complessivamente installati in vari aeroporti nel triennio pre-gara.

Le censure della ricorrente si appuntano soltanto sul gruppo di sei.

Sulla base di tutto quanto precede, ritiene il Collegio che, anche in ipotesi di ipotetica fondatezza nel merito della censura in esame, ciò non potrebbe però condurre alla pronuncia (demolitoria e di ri-aggiudicazione della gara in proprio favore) a cui in via principale la ricorrente aspira, atteso che risulterebbe invece doverosa, in tal caso, la verifica da parte della S.A. dell'ulteriore documentazione, prodotta a comprova delle numerose installazioni eseguite dalla Heimann presso altri aeroporti e dichiarate dalla medesima ausiliaria ai sensi dell'art. 89 d.lgs. n. 50/16 in numero sovrabbondante e più che sufficiente rispetto a quanto prescritto dal bando di gara.

La conclusione appare obbligata anche perché nessun atto di gara imponeva alla concorrente una specifica documentazione a comprova del requisito in discorso, sicché valeva (e vale) un principio di libera documentazione del requisito, ferma restando la necessaria conferenza e sufficienza dei documenti da esibire a tale scopo.

Si rammenta altresì che, ai sensi dell'art. 89, co. 3, del d.lgs. n. 50/2016, ADR dovrebbe verificare “... se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione” e, laddove riscontrasse l'insussistenza dei requisiti, dovrebbe “imporre all'operatore economico” la

sostituzione dell'Impresa Ausiliaria.

Pertanto, l'eventuale accertamento della mancanza del requisito di cui al punto III.1.3 sub a) del bando di gara non potrebbe comportare l'esclusione di SDI dalla gara, dovendo la Stazione Appaltante consentire all'aggiudicataria di sostituire l'Impresa Ausiliaria.

20.3. L'argomento che precede implica la non adesione alla tesi della ricorrente in ordine alla "non frazionabilità" del requisito relativo alle n. 6 apparecchiature radiogene, restrittivamente riferito dalla difesa della Rapiscan alla presunta necessità della loro installazione nell'ambito di una sola fornitura.

La tesi non trova un preciso appiglio né normativo né nel bando di gara dove la "non frazionabilità del requisito" (punto III.1.3 del bando), come di prassi, va riferita all'ipotesi del raggruppamento temporaneo di imprese nell'ambito del quale la S.A. può pretendere che l'intero requisito sia posseduto da una sola impresa del RTI e non suddiviso tra le diverse imprese riunite.

Il senso della locuzione era stato, peraltro, ben esplicito da ADR con il chiarimento n. 2) del 14 novembre 2016 (doc. 11 SDI), pubblicato sul Portale Acquisti e sul sito internet della Stazione Appaltante, nel quale si rappresentava che il *"requisito di cui all'art. III.1.3 citato ... è riferito al numero minimo di macchine radiogene per bagagli da stiva EDS conformi ai requisiti ECAC STD 3 installate, nel periodo di riferimento, complessivamente e non necessariamente in un'unica fornitura. Nel citato articolo non sono previste ulteriori limitazioni"*.

20.4. Quanto precede appare di per sé sufficiente ai fini della reiezione dei motivi in esame. In ogni caso, in base alla documentazione prodotta da SDI in sede di gara, il requisito dell'avvenuta installazione (da parte della

ausiliaria Heimann) di n. 6 macchine radiogene aventi i medesimi requisiti richiesti dal bando per cui è causa, può ritenersi posseduto e adeguatamente comprovato. In particolare, insieme alla relazione tecnica, SDI ha prodotto la scheda tecnica della macchina HI-SCAN 10080 XCT, che costituisce l'oggetto della fornitura offerta per la gara in esame, nonché di quella effettuata ad Abu Dhabi. La scheda tecnica indica espressamente 'Smiths Heimann GmbH' quale produttore della macchina e società di riferimento per la fornitura ("sales") e tutti i connessi servizi pre e post vendita ("services") (Doc. 12 controint.).

Alla relazione tecnica si aggiunge la dichiarazione CE (EC Declaration of Conformity) di conformità della macchina HI-SCAN 10080 XCT con la Direttiva 2006/42/CE, nel quale si attesta espressamente che Smiths Heimann GmbH è l'unico produttore ("*manufacturer*") della macchina ed è altresì responsabile per gli aspetti tecnici connessi all'utilizzo della macchina ("*authorized representative for the technical documentation*").

SDI ha altresì trasmesso ad ADR gli estratti del sistema gestionale (SAP) dell'Impresa Ausiliaria, relativi ai 18 ordini intercompany trasmessi all'Impresa Ausiliaria e da questa evasi per la fornitura delle 18 macchine HI-SCAN 10080 XCT per l'aeroporto di Abu Dhabi (Doc. 13 controint.).

In ciascuno dei 18 estratti relativi agli ordini delle 18 macchine si evince, tra l'altro:

- l'oggetto della fornitura (i.e. la macchina HS 10080 XCT) riportato nella descrizione dell'ordine;
- il committente, i.e. TAV CCC ARABTEC JV;
- il destinatario della fornitura, i.e. Abu Dhabi Airports Company.

Ed ancora, come si evince dall'organigramma del progetto relativo all'aeroporto di Abu Dhabi (Midfield Terminal) (doc. 14 controint.)



l'impresa ausiliaria, mediante il proprio personale non solo ha fornito le predette macchine (che essa soltanto produce all'interno del "Gruppo Smiths"), ma ne ha curato l'installazione, occupandosi delle fasi di progettazione ed attuazione della commessa, con particolare riguardo agli aspetti inerenti il *product management*, il *project management* ed il *quality control*. Di ciò si trae conferma dalla circostanza che i responsabili di questi essenziali compiti all'interno della commessa erano dipendenti ben individuati, proprio in servizio presso la Smiths Heiman GmbH (Doc. 15 contoint.).

20.5. Per tutto quanto precede debbono senz'altro respingersi i motivi 1) e 2) del ricorso.

21.1. Venendo all'esame dei tre restanti motivi di gravame, relativi all'asserita carenza di alcuni requisiti dell'offerta tecnica della SDI, che Rapiscan afferma essere essenziali, il Collegio esamina in primo luogo il quarto motivo con il quale la ricorrente si duole di una pretesa difformità dell'offerta tecnica presentata dalla controinteressata, rispetto a quanto richiesto dalle specifiche di gara, poiché SDI avrebbe offerto "*una libreria TIP iniziale composta da almeno 1.000 immagini ...e dunque, ben 5.000 immagini in meno rispetto a quanto richiesto dalle specifiche tecniche...*".

22.2. Il motivo è infondato in quanto la conformità della macchina allo specifico requisito in questione è stata comprovata da SDI e riscontrata da ADR in sede di collaudo, avvenuto nelle giornate dell'8,9, 10 e 14 febbraio 2017 in occasione del quale la Stazione Appaltante ha potuto rilevare la conformità del modello HI-SCAN 10080 XCT alle suddette specifiche tecniche, anche sotto il profilo in contestazione. La Società resistente infatti dichiara e documenta che tutti i test compiuti sulle macchine offerte

dall'aggiudicataria hanno dato esito positivo (doc. 18 ADR), il che non sarebbe potuto avvenire ove il sistema offerto fosse stato privo di 5.000 immagini. Da ciò deve desumersi che l'indicazione del diverso numero sia stato il frutto di un errore materiale agevolmente riconoscibile e non un difetto intrinseco dell'oggetto dell'offerta.

Si osserva, infine, che con dichiarazione in data 14.1.2017, SDI ha ribadito che il sistema offerto è munito di *“sistema Threat Image Projection (TIP) da 6.000 immagini TIP”*.

23. Con il quinto motivo di ricorso, la ricorrente lamenta *“ulteriori difformità”* nell'offerta tecnica di SDI, in particolare perché l'aggiudicataria non avrebbe *“adeguato la propria offerta a quanto rettificato dalla stazione appaltante”*, riportando al punto 7.4 della Relazione Tecnica *“il testo originale della specifica tecnica ed offrendo quindi una unica remotizzazione soltanto presso la Control Room Sicurezza Principale e non tre, come invece richiesto”* (pagg. 23 e 24 del ricorso). Il motivo è palesemente infondato atteso che solo con il Chiarimento n. 5 del 16 novembre 2016, ADR – rilevando un proprio errore materiale – precisava che *“la visualizzazione delle immagini provenienti dalle macchine EDS, installate in entrambi i siti (HBS del Terminal 5 e HBS di Ciampino), dovrà essere remotizzata: - a Fiumicino, nella Control Room Sicurezza Principale ubicata nell'infrastruttura Area di Imbarco D e nella Control Room di Backup ubicata presso il Terminal 3; - a Ciampino, nella Control Room esistente»”* (doc. 18 SDI).

Al punto 7.5. della propria relazione tecnica (doc. 23 ric.) l'aggiudicataria dichiarava, in piena conformità a quanto prescritto con il menzionato chiarimento, che *“A servizio di ciascuna delle sale di controllo dovranno essere installati dei server in grado di supportare almeno 15 apparati EDS; le sale controllo saranno le seguenti:*

- *Sala Controllo principale di FCO*
- *Sala controllo di Backup di FCO*
- *Sala controllo principale di CLA”.*

Consegue da ciò che la dichiarazione fornita da SDI in relazione al punto 7.4 delle specifiche tecniche configura un mero errore materiale dovuto al mancato adeguamento del testo alla rettifica apportata da ADR in sede di chiarimento, irrilevante ai fini della valutazione dell’offerta tecnica, la quale nella specifica descrizione delle sale di controllo è del tutto conforme a quanto prescritto in tema di *“remotizzazione delle workstations”*.

24. Del pari infondato è il sesto ed ultimo motivo con il quale, come detto, Rapiscan lamenta la mancata indicazione, nel layout degli impianti HBS, dell’impianto di raffreddamento e alcune ulteriori presunte difformità tecniche.

Come dedotto nei rispettivi scritti difensivi dalla resistente e dalla controinteressata, i disegni planimetrici prodotti dall’aggiudicataria evidenziano le diverse “aree di servizio” della macchina con l’indicazione “service area” in alto e “main service area” in basso ed espongono per ciascuna di esse la misura dell’area stessa, sicché gli ingombri richiesti per le operazioni di manutenzione e controllo sono agevolmente desumibili dalle planimetrie prodotte in gara dalla SDI. La difesa dell’aggiudicataria ha inoltre precisato che l’unità di raffreddamento risulta integrata all’interno dell’alloggiamento dello scanner per cui l’unità in questione non determina alcun ingombro esterno mentre, per quanto sopra rilevato, le rappresentazioni grafiche prodotte in gara consentono di verificare il raggio di apertura dello sportello di accesso al vano interno.

Vanno infine respinte le censure relative al tempo medio tra una rottura ed

un'altra di una parte meccanica, tempo che si indica con l'acronimo MTBF e che SDI, errando, avrebbe valorizzato solo con riferimento al rotore e non all'intero apparato. La censura non appare determinante ai fini della valutazione della completezza tecnica dell'offerta, giacché il rotore è l'elemento principale dell'intero sistema e dalla MTBF di esso dipende in sostanza la MTBF dell'intero sistema. Inoltre l'offerta tecnica dell'aggiudicataria è stata valutata dalla Commissione come rispondente ai parametri di gara sulla base del piano di manutenzione preventiva programmata, che assicura la disponibilità della macchina nella misura richiesta dalla "*lex specialis*".

25. In conclusine, per tutte le ragioni sopra ampiamente esposte, il ricorso della Rapiscan Systems Limited è infondato e deve essere respinto.

La novità e la problematicità di molte delle questioni trattate (sia di rito che di merito) giustifica pienamente la compensazione integrale delle spese di causa tra tutte le parti del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Gabriella De Michele, Presidente

Silvio Lomazzi, Consigliere

Claudio Vallorani, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Claudio Vallorani**

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

IL SEGRETARIO