

APPALTI: Contratti della P.A. - Garanzia - Deposito “in numerario” - Condizione - Soccorso istruttorio - Processo amministrativo - Rito appalti - Aggiudicazione - Impugnazione - Concorrente legittimamente escluso dalla gara - Inammissibilità.

Tar Lazio - Roma, Sez. III, ord. 14 aprile 2022, n. 2524

1. “[...] nelle gare di appalto per l’affidamento di lavori, servizi e forniture pubbliche il deposito “in numerario” dell’importo oggetto di una garanzia fideiussoria, bancaria o assicurativa ovvero rilasciata da uno degli intermediari abilitati iscritti nell’elenco speciale di cui all’articolo 106 del T.U.L.B., d.lgs. legislativo 1 settembre 1993, n. 385, possiede idoneità surrogatoria della formale garanzia fideiussoria, solo qualora il deposito in numerario venga effettuato entro il termine ultimo fissato dalla lex specialis per la presentazione dell’offerta di gara, in omaggio al principio generale, positivizzato in norma, vigente nel diritto degli appalti pubblici, secondo cui la cauzione provvisoria (a garanzia dell’offerta) nonché quella a presidio della corretta esecuzione dell’opera o del servizio o della fornitura pubblica, deve essere prodotta alla stazione appaltante entro il termine di presentazione dell’offerta stessa [...]”.

2. “[...] il soccorso istruttorio ex art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016 deve essere azionato anche nei casi di invalidità o irregolarità della cauzione provvisoria trattandosi di ipotesi da ricondurre all’ambito delle « carenze di elementi formali della domanda » ovvero della « mancanza, incompletezza » o « irregolarità essenziale » della documentazione allegata alla domanda di partecipazione, si era già del resto affermato che, “Il soccorso istruttorio, però, va a buon fine – e l’operatore può restare in gara – solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria è stata emessa in data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione [...] sarebbe, infatti, violata la par condicio tra i concorrenti, qualora fosse consentita la presentazione di una cauzione provvisoria formata successivamente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, e, nel termine del soccorso istruttorio (...)” [...]”.

3. “[...] il concorrente legittimamente escluso da una gara pubblica non ha interesse processuale a ricorrere contro i provvedimenti adottati nelle ulteriori fasi della procedura ed, in particolare, contro quello di aggiudicazione ad altra impresa partecipante, posto che l’eventuale accoglimento del gravame nessun vantaggio recherebbe alla sua sfera giuridica, restando invulnerata la sua esclusione dalla gara [...]; vi è anche inammissibilità per difetto di legittimazione a ricorrere poiché “la definitiva esclusione o l’accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad

impugnare gli esiti della procedura selettiva, e tale esito rimane fermo in ogni caso in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è stata definitivamente accertata per inoppugnabilità dell'atto di esclusione ovvero per annullamento dell'atto di ammissione" [...]".

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Trenitalia S.p.A.;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella Camera di consiglio del giorno 6 aprile 2022 il Consigliere. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che nell'ambito della procedura di gara a procedura aperta (c.d. asta pubblica) con Codice Identificativo Gara 71497835B, indetta il 23 aprile 2022 da Trenitalia S.p.A., con Bando inviato alla G.U.U.E. il 19/04/2021 e intesa all'istituzione di un Accordo Quadro con singolo operatore economico per l'affidamento del servizio di supporto logistico per le attività di magazzino e di movimentazione di beni e materiali negli impianti di esercizio dei treni I.C. della DPLH di Trenitalia S.p.A. (IMCC Torino, IMC Milano, IMC Roma, IMC Lecce, IMC Bari e IMCC Reggio Calabria) per l'importo di €10.430.347,76 per la durata ordinaria del contratto oltre €7.822.760,82 per il rinnovo, la Commissione di gara in seduta riservata il 5 luglio 2021 rilevava che la ricorrente società Ferlog Consorzio Stabile con attività esterna aveva presentato domanda di partecipazione alla gara producendo una cauzione provvisoria non conforme allo schema posto a base di gara poiché carente della clausola di prevalenza rispetto allo schema di garanzia predisposto da Trenitalia per via dell'assenza della formula "a prima richiesta" e altresì priva dell'autentica notarile attestante poteri e qualità del firmatario come previsto dal disciplinare in dati (doc. 2 del ricorso);

Riscontra sul punto il Collegio che il disciplinare stabiliva che i concorrenti dovessero produrre, ai fini della partecipazione alla gara, una "cauzione provvisoria a garanzia dell'offerta pari al 2 % dell'importo a base di gara e corrispondente all'importo di € 208.606,96 avente validità per almeno 180 giorni dalla data di scadenza del termine fissato per la presentazione dell'offerta, da costituirsi alternativamente:- mediante versamento in contanti (..)" presso il conto corrente

bancario ivi indicato; ovvero “ - mediante fideiussione a prima domanda – bancaria o assicurativa o rilasciata da un intermediario iscritto nell’elenco speciale di cui all’articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, abilitato a prestare garanzie nei confronti del pubblico, ai sensi del DM n. 53/2015 (.....) – redatta in conformità con l’allegato schema (Allegato B.1)” e che “tale fideiussione dovrà essere corredata da autentica notarile attestante poteri e qualità del firmatario”(paragrafo IV.2 del Disciplinare di gara - all. 2 del ricorso e 10 produz. Trenitalia del 4 aprile 2022);

Rilevato che l’organo procedente attivava la procedura di soccorso istruttorio ed inviava alla predetta società, in data 9/08/2021, a mezzo messaggistica del Portale Acquisti, la richiesta di integrazione della suindicata mancante garanzia, ovverossia, sostanzialmente, una polizza fideiussoria a garanzia dell’offerta per un importo pari al 2% di quello a base d’asta, della durata di 180 dalla scadenza del termine ultimo di presentazione dell’offerta (trattandosi si procedura aperta, la vetusta c.d. asta pubblica) e assegnava all’impresa onerata, in luogo dei 10 giorni previsti dall’art. 83 comma 9 del D.lgs. 50/2016, il più esteso termine 25 giorni spirante il 3/09/2021 per la produzione della illustra polizza fideiussoria, completa e conforme al sopra riportato paragrafo IV.2 del Disciplinare di gara;

Considerato inoltre che il medesimo disciplinare di gara, dopo aver contemplato l’effettuazione del soccorso istruttorio di cui all’art. 83, co. 9, del codice dei contratti pubblici per l’ipotesi di incompletezza o carenza di elementi e dichiarazioni rese in sede di gara dai concorrenti, stabiliva che “Nel caso in cui il concorrente non provveda ad integrare e/o regolarizzare la documentazione risultata carente entro il termine indicato in sede di soccorso istruttorio, Trenitalia provvederà ad escluderlo dalla gara e a segnalare il fatto all’ANAC”(paragrafo X, punto 3, del Disciplinare cit.);

Considerato che la Commissione di gara ha constatato che la Ferlog S.p.A non ha regolarizzato la già parzialmente prodotta ma non conforme al par.IV.2 del disciplinare, garanzia fideiussoria, non producendo infatti l’integrazione della stessa, consistente, sostanzialmente, nella fondamentale ed imprescindibile c.d. “*clausola a prima richiesta*”, che in conformità al modello civilistico delle garanzie fideiussorie abilita il beneficiario ad escutere in via diretta il garante senza la previa escussione del garantito (nella specie, la concorrente Ferlog S.p.a.), avendo invece la Ferlog in data 3 settembre 2021 – termine ultimo assegnato con la comunicazione di soccorso istruttorio del 9 agosto 2021 - anziché produrre la formale completa delineata fideiussione, comunicato a Trenitalia S.p.a. di aver effettuato un bonifico dell’importo pari a quello oggetto della non prodotta polizza; il che ha determinato l’esclusione dalla gara con l’impugnata delibera n. 233 del 12/10/2021, avendo la stazione appaltante giudicato non surrogabile la prescritta e sollecitata polizza fideiussoria

recante l'illustrata clausola "a prima richiesta", con l'equivalente monetario, siccome versato oltre il termine ultimo di presentazione dell'offerta;

Ritenuto in punto di diritto che nelle gare di appalto per l'affidamento di lavori, servizi e forniture pubbliche il deposito "*in numerario*" dell'importo oggetto di una garanzia fideiussoria, bancaria o assicurativa ovvero rilasciata da uno degli intermediari abilitati iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 106 del T.U.L.B., d.lgs. legislativo 1 settembre 1993, n. 385, possiede idoneità surrogatoria della formale garanzia fideiussoria, solo qualora il deposito in numerario venga effettuato entro il termine ultimo fissato dalla *lex specialis* per la presentazione dell'offerta di gara, in omaggio al principio generale, positivizzato in norma, vigente nel diritto degli appalti pubblici, secondo cui la cauzione provvisoria (a garanzia dell'offerta) nonché quella a presidio della corretta esecuzione dell'opera o del servizio o della fornitura pubblica, deve essere prodotta alla stazione appaltante entro il termine di presentazione dell'offerta stessa; precetto normativo del resto riprodotto nella *lex specialis* della gara per cui è controversia al paragrafo IV.2 del Disciplinare di gara;

Considerato che nel caso di specie il termine ultimo stabilito per la presentazione dell'offerta era abbondantemente decorso alla data del 3 settembre 2021 individuata dalla Stazione appaltante Trenitalia S.p.a., solo ai fini dell'integrazione per via del soccorso istruttorio contemplato dall'art. 83, co. 9 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e prima ancora dall'art. 6 della L. 7 agosto 1990, n. 241;

Rilevato inoltre che risulta in atti che solo in data 2/11/2021, due mesi oltre il 3 settembre 2021 la Ferlog S.p.A. ricorrente inviava a Trenitalia S.p.A. l'appendice di polizza richiesta in occasione del soccorso istruttorio corredata di autentica notarile datata 21/09/2021 e traduzione giurata di detto documento datata 23/09/2021 allegando anche istanza di revoca e/o annullamento del 14 ottobre 2021 del provvedimento di esclusione (Docc. 15,16,17 produzione Trenitalia del 4 aprile 2022);

Segnalato al riguardo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, prevalentemente d'appello, cui la Sezione aderisce anche in ragione delle brevi considerazioni che *infra* ci si accinge a svolgere, a stare al quale "*la regolarizzazione della cauzione provvisoria è consentita solo in caso di mancata produzione del documento rappresentativo per svista o dimenticanza e sempre che essa si riferisca ad un atto comunque perfezionato prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (Cons. Stato, V, 23 marzo 2021, n. 2483).*" (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 settembre 2021, n. 6324); in termini, *adde*, Consiglio di Stato, Sez. V, 27 gennaio 2021, n.804;

Rammentato che si è in proposito già puntualizzato che "*In caso di irregolarità concernenti la cauzione provvisoria è ammesso l'istituto del soccorso istruttorio, ma l'operatore può restare in*

gara solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria, come pure la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva, sono di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione” (T.A.R. Campania - Napoli, Sez. II, 11 gennaio 2021, n. 183);

Precisandosi che il soccorso istruttorio ex art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016 deve essere azionato anche nei casi di invalidità o irregolarità della cauzione provvisoria trattandosi di ipotesi da ricondurre all'ambito delle «carenze di elementi formali della domanda» ovvero della «mancanza, incompletezza» o «irregolarità essenziale» della documentazione allegata alla domanda di partecipazione, si era già del resto affermato che, *“Il soccorso istruttorio, però, va a buon fine – e l’operatore può restare in gara – solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria è stata emessa in data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013; 22 ottobre 2018, n. 6005; 26 luglio 2016, n. 3372) sarebbe, infatti, violata la par condicio tra i concorrenti, qualora fosse consentita la presentazione di una cauzione provvisoria formata successivamente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, e, nel termine del soccorso istruttorio (...)”* (T.A.R. Sardegna, Sez. I, 10 gennaio 2020, n. 17); in tal senso, *adde*, già Consiglio di Stato, Sez. V, 4 dicembre 2019, n. 8296);

Considerato invece che nel caso di specie la ricorrente ha prodotto, ma solo entro il termine stabilito mediante il soccorso istruttorio, la cauzione fideiussoria (ancorché in numerario ma ciò era consentito dal 1 par. IV.2 del disciplinare) conforme ai dettami della *lex specialis* ma rilasciata e versata in gara il 3 settembre 2021 allorché, ormai - ripetesi – il termine ultimo per la presentazione dell’offerta di gara era abbondantemente elasso;

Ritenuto che la produzione della cauzione provvisoria, richiesta ai fini dell’ammissione alla gara, successivamente al termine ultimo stabilito per la presentazione dell’offerta vulnererebbe la *par condicio competitorum* non fosse altro perché, quanto meno, il differimento, a beneficio del concorrente che non abbia prodotto la cauzione entro il preteso termine massimo, del cennato termine ultimo, concederebbe al concorrente “in ritardo” un maggior lasso di tempo per scandagliare il mercato assicurativo consentendogli, eventualmente, di “procacciarsi” condizioni contrattuali migliori;

Opinato sulla scorta di quanto finora argomentato, che il ricorso principale non appare assistito da *fumus* di fondatezza;

Premesso, *quanto ai motivi aggiunti depositati dalla Ferlog S.p.A. in data 24 marzo 2022*, che con essi, in sintesi, la ricorrente contesta la legittimità della gara e ne chiede l’annullamento in ragione

del fatto che l'avvenuta soppressione dell'IMC di Bari nelle more della gara, a suo dire, avrebbe comportato una *“modifica essenziale alle attività poste a bando operata dalla stazione appaltante nel corso della procedura di selezione”*, incidendo sulla determinazione dei requisiti per la partecipazione alla gara, nonché sull'ammontare delle garanzie (provvisoria e definitiva) richieste dalla legge di gara e alterando l'equilibrio economico contrattuale; di talché Trenitalia avrebbe dovuto revocare la gara in corso e procedere con l'indizione di un nuovo appalto;

Considerato che la ricorrente, essendo stata esclusa dalla gara non per impossidenza di requisiti tecnici di partecipazione, come correttamente eccepito da Trenitalia con memoria del 4 aprile 2022, non può dolersi di pregiudizi derivati dagli asseriti presunti effetti della decisione di Trenitalia chiudere l'IMC di Bari, sulla determinazione dei requisiti tecnici di partecipazione alla gara, poiché detti effetti, ove davvero pregiudizievoli potrebbero danneggiare i concorrenti che hanno partecipato alla gara stessa ma non certo la ricorrente, che ne è stata esclusa ed inoltre non essendo risultata aggiudicataria della gara, non può lamentare eventuali variazioni *in peius* dei volumi dei servizi oggetto dell'appalto, come pure esattamente dedotto da Trenitalia; argomentazioni che declinano verso l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti per gli eccepiti divisati profili, per carenza di legittimazione a ricorrere;

Rilevato, inoltre, che con i motivi aggiunti la ricorrente ha altresì impugnato della delibera di aggiudicazione n. 28 del 10.02.2022;

Ricordato al riguardo che per giurisprudenza costante, il concorrente legittimamente escluso da una gara pubblica non ha interesse processuale a ricorrere contro i provvedimenti adottati nelle ulteriori fasi della procedura ed, in particolare, contro quello di aggiudicazione ad altra impresa partecipante, posto che l'eventuale accoglimento del gravame nessun vantaggio recherebbe alla sua sfera giuridica, restando invulnerata la sua esclusione dalla gara (Consiglio di Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5067; Consiglio di Stato, Sez. V, 16.9.2004, n. 6031; T.A.R. Campania – Napoli, Sez. I, 2.8.2007, n. 727; T.A.R. Abruzzo L'Aquila, sez. I, 12 giugno 2008, n. 691; T.A.R. Puglia – Bari, Sez. I, 7 febbraio 2005 n. 385; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 6 luglio 2011, n. 739; vi è anche inammissibilità per difetto di legittimazione a ricorrere poiché *“la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva, e tale esito rimane fermo in ogni caso in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è stata definitivamente accertata per inoppugnabilità dell'atto di esclusione ovvero per annullamento dell'atto di ammissione”*(Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 aprile 2011, n. 4)

Ritenuto conseguentemente che il ricorso per motivi aggiunti interposto dalla ricorrente il 24 marzo 2022, in disparte la pur non peregrina eccezione di tardività svolta dalla resistente, a parere del Collegio appare inammissibile anche per difetto di legittimazione e di interesse stante la sua esclusione che, *prima facie*, alla luce delle considerazioni svolte più sopra appare legittima; profilo del quale la presente Ordinanza costituisce già avviso ex art. 73, co.3, c.p.a. ai fini della trattazione del merito della causa (cfr. T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 2 novembre 2020, n.11174).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) Respinge la domanda cautelare formulata con il ricorso principale e con i motivi aggiunti.

b) Fissa per la trattazione del merito del ricorso e dei motivi aggiunti l'Udienza pubblica del 20 luglio 2022, ore di rito.

Condanna la ricorrente Fer -Log Consorzio stabile con attività esterna A.R.L. a corrispondere a Trenitalia S.p.A. le spese di fase, che liquida in € 700,00 (settecento) oltre accessori di legge.

La presente Ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 6 aprile 2022 con l'intervento dei Magistrati:

Alfonso Graziano, Presidente FF, Estensore

Roberto Montixi, Referendario

Luca Biffaro, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Alfonso Graziano

IL SEGRETARIO
