

## Soccorso istruttorio e garanzia provvisoria tra mancanza, invalidità e irregolarità della stessa

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 27-1-2020

L'operatività di tale principio – unitamente alla constatazione che l'art. 93, comma 1, non prevede la garanzia provvisoria a pena di esclusione, a differenza del comma 8 che invece prevede a pena di esclusione l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto – induce ad interpretare comunque restrittivamente la causa di esclusione prevista dal disciplinare.

A tale fine va tenuta distinta la fattispecie della mancata costituzione della garanzia provvisoria da quella della sua invalidità o irregolarità, atteso che la prima ipotesi è espressione ex sé della scarsa serietà dell'offerta, mentre tale non può reputarsi la costituzione della garanzia quando l'art. 93, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 risulti apparentemente rispettato.

Si tratta di invalidità sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa.

Con la pronuncia in commento la V Sezione del Supremo Consesso amministrativo si sofferma sull'**analisi della garanzia provvisoria e sulle conseguenze derivanti da un mancato rilascio ovvero da una invalidità o irregolarità della medesima.**

Al riguardo i Giudici rilevano come il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 83, comma 8 d.lgs. 50/2016, unitamente alla constatazione che l'art. 93, comma 1 del medesimo Codice non prevede la garanzia provvisoria a pena di esclusione, a differenza del successivo comma 8, che invece prevede a pena di esclusione l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, induce a interpretare comunque restrittivamente la causa di esclusione prevista dal disciplinare (non considerandosi, invero, la questione *a latere*, accennata negli scritti difensivi, afferente alla stessa nullità di un tale disciplinare ritenuto violativo del richiamato principio di tassatività delle cause di esclusione).

Nell'affermare l'anzidetto principio, la Sezione rileva come **vada tenuta distinta la fattispecie della mancata costituzione della garanzia provvisoria** (sulla cui analisi si vedano Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013; *Id.*, 22 ottobre 2018, n. 6005) **da quella della sua invalidità o irregolarità**, atteso che **la prima ipotesi è espressione ex sé della scarsa serietà dell'offerta** (così come la prestazione di garanzia con documenti materialmente falsi, cui è riferita la decisione del Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2018, n. 1846, che non ha ammesso il soccorso istruttorio), **tale invece non potendo considerarsi la costituzione della garanzia invalida o irregolare, apparentemente rispettosa della previsione ex art. 93, comma 3 Codice appalti.**

Le ipotesi di garanzia provvisoria invalida o irregolare, dunque, non danno luogo a una situazione di mancata prestazione da parte del concorrente, poi aggiudicatario, della garanzia stessa, con conseguente possibile esclusione del soggetto, per come statuito dal disciplinare di gara.

In tali casi, dunque, si è di fronte a **ipotesi di invalidità sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa** già nella vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2018, n. 591; Cons. di Stato, sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528; Cons. di Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1033; *Id.*, 15 ottobre 2015, n. 4764).

Orbene, anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice appalti, si ritiene corretto ribadire il principio giurisprudenziale per il quale la mancanza ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente, incompleto o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* non costituisce causa di esclusione – salva diversa esplicita previsione della legge di gara - ed è sanabile mediante soccorso istruttorio.

Come innanzi indicato, infatti, l'art. 93 d.lgs. n. 50 cit., analogamente all'art. 75 d.lgs. n. 163/2006, in tema di garanzie, non prevede l'esclusione, per la mancanza della cauzione provvisoria, a differenza di quanto stabilisce, al comma 8 (così come era per il comma 8 dell'art.75 cit.), per la carenza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva a garanzia dell'esecuzione del contratto nel caso di aggiudicazione e affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3198, di recente richiamata da Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5138).

Ne consegue che **il principio** espresso di recente dalla stessa V Sezione (con pronuncia del 4 dicembre 2019, n. 8296) - **secondo cui il soccorso istruttorio va a buon fine** (e 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: ipotesi specificamente oggetto di detto precedente, perciò diverso dal caso oggetto della presente decisione) **è di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione - va limitato alla sola ipotesi di mancanza di cauzione provvisoria, quando questa sia richiesta dalla legge di gara come elemento essenziale della domanda** (prevendendosi apposita ed esplicita causa di esclusione, non interpretabile estensivamente).

Trattasi, invero, di un termine, il cui inutile decorso effettivamente comporta l'esclusione del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 83, comma 9 d.lgs. n. 50 cit., qualora si tratti di soccorso istruttorio concesso prima dell'aggiudicazione, appunto in corso di gara, e in specie nella fase di ammissione dei concorrenti. A tale stato della procedura è riferita la giurisprudenza che ha più volte affermato la **natura perentoria del termine per l'integrazione della documentazione**, a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, ai fini di un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda (su tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2016, n. 3667; *Id.*, 22 ottobre 2015, n. 4849; *Id.*, 18 maggio 2015, n. 2504); posizione, questa, da ultimo ribadita dalla sentenza di della stessa V Sezione (29 maggio 2019, n. 3592), con la quale si è precisato che la detta interpretazione risulta *"coerente, oltreché con la ratio,*

*anche con la lettera dell'attuale art. 83, comma 9, il quale esprime prevede: "in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara"; né ciò determina alcuna aporia o irragionevolezza del sistema, stante la necessaria certezza e rapidità del sub-procedimento di soccorso istruttorio, nonché la specificità del perimetro che ne costituisce l'oggetto, prescindendosi – in tale fase – dall'effettiva e sostanziale integrazione dei requisiti, di cui semplicemente si richiede di fornire documentazione probatoria o adeguata dichiarazione".*

LEGGI LA SENTENZA

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 3918 del 2019, proposto da Trenitalia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Esposito, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

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

nei confronti

Comp Tech. Europe S.r.l. in proprio e quale capogruppo ATI con Ferrosud e Soc. Coop. Porta Bagagli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Armando Argano, Ettore Lo Nigro e Fabio Cirilli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia.

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4337 del 2019, proposto da Comp. Tech. Europe S.r.l. in proprio e quale mandataria RTI con Ferrosud S.p.A. e Soc Coop. Porta Bagagli Stazione Centrale di Padova a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Armando Argano, Ettore Lo Nigro e Fabio Cirilli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

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

nei confronti

Trenitalia S.p.A., non costituita in giudizio.

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto (Sezione Seconda) n. 00456/2019, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Car Segnaletica Stradale S.r.l. e di Comp Tech. Europe S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2019 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Esposito, Prozzo e Argano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto ha accolto il ricorso proposto dalla società Car Segnaletica Stradale S.r.l., seconda classificata, contro Trenitalia S.p.A., stazione appaltante, e nei confronti della Comp Tech. Europe S.r.l. per l'annullamento degli atti della procedura di gara, indetta con bando pubblicato il 16 giugno 2017 e aggiudicata al raggruppamento temporaneo di imprese di cui è capogruppo quest'ultima società, concernente l'affidamento dei servizi di smontaggio, rimontaggio di sedili e tavolini, di ripristino degli arredi, cassa e pavimenti, di revisione delle tendine, pellicolatura acciai, fornitura/revisione e posa in opera di particolari di arredo (mancorrenti, specchi inox e acciai vari) su n. 5 ETR 460/463, n.1 ETR 470, n. 8 ETR 485 e n. 30 ETR 500, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. La sentenza – dopo aver respinto l'eccezione, sollevata dalla stazione appaltante e dalla controinteressata, di irricevibilità di alcuni motivi di ricorso per mancato rispetto del termine dell'art. 120, comma 2 *bis*, Cod. proc. amm., nonché altre eccezioni di inammissibilità sollevate dalla controinteressata - ha accolto il primo motivo di censura.

1.2. Constatato il carattere assorbente di quest'ultimo, il primo giudice ha annullato gli atti

impugnati, senza esaminare gli altri motivi del ricorso e i motivi aggiunti, compensando le spese processuali.

2. Trenitalia S.p.a. ha proposto appello con due motivi e il ricorso è stato iscritto al R.G. con il n. 3918/2019.

2.1. Comp Tech. Europe S.r.l., in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo d'impresе con le mandanti Ferrosud S.p.a. e Soc. Coop. Portabagagli Bagagli Stazione Centrale di Padova a r.l., ha proposto altro appello con quattro motivi di gravame (e riproposizione delle eccezioni e delle difese relative ai motivi di ricorso e ai motivi aggiunti non esaminati in primo grado) e il ricorso è stato iscritto al R.G. con il n. 4337/2019.

2.2. In entrambi i giudizi la società Car Segnaletica Stradale s.r.l. si è costituita per resistere al gravame e con la memoria di costituzione del 27 maggio 2019 ha riproposto i motivi del ricorso originario e i motivi aggiunti non esaminati in primo grado perché dichiarati assorbiti.

2.3. Nel primo giudizio - nel quale si è costituita anche Comp Tech. Europe S.r.l. (in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo d'impresе con le mandanti Ferrosud S.p.a. e Soc. Coop. Portabagagli Bagagli Stazione Centrale di Padova a r.l.) prestando adesione all'appello di Trenitalia S.p.a. - tutte le parti hanno depositato memoria in vista della camera di consiglio del 4 luglio 2019, all'esito della quale, con ordinanza cautelare n. 3414 del 5 luglio 2019, è stata sospesa l'esecutività della sentenza impugnata.

2.4. Alla pubblica udienza del 5 dicembre 2019 entrambe le cause sono state discusse e poste in decisione, previo deposito di memorie difensive delle parti appellanti e di memoria di replica dell'appellata. Nel corso della discussione il procuratore di Comp Tech. Europe ha eccepito l'inammissibilità di tale ultima memoria; il procuratore di parte appellata si è riportato al contenuto della memoria depositata nel giudizio n. 3918/19 in data 1° luglio 2019.

3. I ricorsi vanno riuniti poiché proposti avverso la stessa sentenza.

4. Col primo motivo di entrambi si censura il capo di sentenza col quale è stata respinta l'eccezione di irricevibilità dei motivi con i quali la ricorrente ha contestato l'ammissione alla procedura di gara dell'ATI Comp Tech.. L'eccezione è sollevata perché l'atto introduttivo del giudizio è stato notificato il 16 luglio 2018, a mezzo p.e.c., dopo oltre nove mesi da quando, nella seduta pubblica di gara del 6 ottobre 2017, il provvedimento di ammissione sarebbe stato comunicato alla presenza di tutti i concorrenti; quindi il giudizio sarebbe stato introdotto ben oltre il termine decadenziale di trenta giorni dell'art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm., secondo le appellanti applicabile alla procedura *de qua* (oltre che al presente giudizio *ratione temporis*).

4.1. Il Tribunale amministrativo regionale ha respinto l'eccezione affermando che il rito c.d. super accelerato non può trovare applicazione "*in mancanza dell'adempimento delle formalità*" di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, nel testo modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017, come da giurisprudenza richiamata in sentenza (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 febbraio 2019, n. 985, di riforma della sentenza Tar Veneto, Sez. I, 20 giugno 2018, n. 683; id. 8

gennaio 2019, n. 173; id. 27 dicembre 2018, n. 7256; id. 21 novembre 2018, n. 6574; id. 7 novembre 2018, n. 6292), nonché da ordinanza della Corte di Giustizia Europea Sez. IV, 25 febbraio 2019, resa sulla causa C-54/18. Nel caso in esame, il primo giudice ha ritenuto assorbente il fatto che *“la stazione appaltante non ha formalmente adottato alcun atto di ammissione e conseguentemente non lo ha neppure reso noto nelle forme tipiche previste dal legislatore”*.

4.2. Le appellanti obiettano che:

- alla seduta di gara del 6 ottobre 2017 ha presenziato, in rappresentanza della società, apposito delegato e, come attestato dal relativo verbale (e anche da quello delle sedute successive), la commissione di gara ha comunicato che tutti gli operatori concorrenti partecipanti, nominativamente indicati, erano risultati in possesso dei prescritti requisiti di ammissione;
- in fattispecie identica (di cui a Cons. Stato, V, 8 febbraio 2019, n. 947) si è ritenuta sufficiente, per la decorrenza del termine dell'art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm., la conoscenza comunque avvenuta dell'atto lesivo;
- il Tribunale amministrativo regionale non ha tenuto conto che nella generica locuzione di “provvedimento” rientra ogni determinazione di ammissione adottata dalla commissione di gara, quale atto che sancisce l'esito della fase di controllo delle buste c.d. amministrative, e tale natura provvedimento si rinverrebbe nel verbale della seduta del 6 ottobre 2017;
- letteralmente andrebbe valorizzato il 4° periodo del primo comma dell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove prevede la decorrenza del termine per impugnare dal momento in cui *“gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione”*, con previsione che avrebbe senso solo se le si riconosce lo scopo di coprire tutte le ipotesi in cui il provvedimento, a prescindere dalla forma, sia altrimenti reso noto agli interessati;
- la gara si è effettivamente svolta attraverso due fasi distinte (ammissione, completata il 6 ottobre 2017, e valutazione dell'offerta tecnico-economica, iniziata il 19 dicembre 2017), come da disciplina che stabiliva che non si sarebbe proceduto all'apertura della busta B – offerta tecnica dei concorrenti per i quali la verifica di ammissibilità avesse avuto esito negativo.

4.3. Il motivo è infondato.

Giova precisare che la gara si è svolta dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 56 del 2017, che ha modificato il precedente testo dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, nei seguenti termini:

*“[...] Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è*

*dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione [...]*".

Incontestato essendo che, nel caso in esame, non vi è stato un formale provvedimento di ammissione pubblicato e comunicato ai concorrenti in conformità alla disposizione appena riportata, deve ribadirsi l'interpretazione più rigorosa dell'art. 120, comma 2 *bis*, Cod. proc. amm.

Essa, soprattutto dopo la detta modifica dell'art. 29 citato, si è venuta a consolidare nel senso che il termine di impugnazione non decorre se non vi è stata pubblicazione, con conseguente rispetto degli oneri di comunicazione, ai sensi del ridetto art. 29, dovendosi escludere la rilevanza della conoscenza del provvedimento acquisita *aliunde*, ed in particolare la rilevanza della presenza alla seduta di ammissione delle concorrenti ed alle sedute successive del legale rappresentante dell'appellata o di suo delegato (Cons. Stato, V, 7 novembre 2018, n. 6292, e le numerose altre citate nella sentenza di primo grado).

L'interpretazione indicata è quella prevalente e viepiù condivisibile dopo la pronuncia della Corte di Giustizia Sez. IV, 25 febbraio 2019, resa sulla causa C-54/18 (per quanto affermato, tra le altre anche da Cons. Stato, III, 7 marzo 2019, n. 1574 e id., III, 26 settembre 2019, n. 6459, in riferimento ai principi enunciati in tale ordinanza), sicché va ritenuta minoritaria e in via di superamento la posizione espressa dal precedente di cui alla sentenza Cons. Stato, V, 9 febbraio 2019, n. 947, menzionata da entrambe le appellanti.

4.4. Il primo motivo (dell'uno e dell'altro dei ricorsi riuniti) va respinto.

5. Col secondo motivo del ricorso di Trenitalia e col terzo del ricorso di Comp Tech. Europe è censurata la decisione di merito di primo grado, che ha accolto il primo motivo del ricorso, col quale, era denunciata violazione dell'art. 83 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e della *lex specialis* perché il raggruppamento di imprese controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura per mancanza del requisito minimo di capacità professionale e tecnica, in quanto il bando precisava che in caso di raggruppamento di imprese e di consorzio i requisiti avrebbero dovuto essere posseduti da ciascun componente. Invece, la stazione appaltante ha ammesso il raggruppamento controinteressato, ritenendo soddisfatto il requisito, col frazionamento dell'importo richiesto in proporzione alle quote di partecipazione al raggruppamento (in conformità peraltro ad una risposta ad un quesito data nel corso della procedura).

5.1. Il percorso logico-giuridico seguito dal primo giudice è il seguente:

- solo per i requisiti di capacità economica finanziaria il bando, al punto III.1.2, ammette che il fatturato medio annuo possa essere posseduto da ciascuna impresa componente il raggruppamento ovvero dai consorziati "*in misura proporzionale alla quota di partecipazione*";

- per i requisiti di capacità professionale e tecnica il punto III.1.3 richiede il possesso di un fatturato specifico precisando che si tratta di livelli minimi di capacità richiesti e che in caso di raggruppamenti temporanei tali livelli minimi dovranno essere posseduti da *“tutti i membri di detti operatori economici”* e, in caso di consorzi, *“dovranno essere posseduti dal consorzio e da ciascuno dei consorziati per conto dei quali il consorzio partecipa alla gara”*;
- ne consegue che il bando ammette la frazionabilità solo per i requisiti di capacità economico finanziaria, mentre la esclude espressamente ed in modo univoco per i requisiti di capacità professionale e tecnica che sono richiesti in misura ridotta rispetto ai primi (per un importo di € 5.459.188,00 per i requisiti di capacità economico finanziaria; per un importo di € 2.729.534,00 per i requisiti di capacità professionale e tecnica);
- considerata la preminenza del criterio interpretativo letterale, come da giurisprudenza richiamata (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 settembre 2017, n. 4307; Consiglio di Stato Sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497), *“non vi è spazio nel caso di specie per la diversa interpretazione, di carattere sistematico e che contrasta con il significato proprio delle espressioni utilizzate, propugnata dalla stazione appaltante, secondo la quale, dato che sia per i requisiti di capacità economica finanziaria, sia per i requisiti di capacità professionale e tecnica, si fa riferimento al fatturato, le regole per la valutazione di tali elementi dovrebbero essere le stesse”*;
- la prevalenza da attribuire alle espressioni letterali, se chiare, contenute nel bando, esclude ogni ulteriore procedimento ermeneutico per rintracciare pretesi significati ulteriori e preclude ogni estensione analogica intesa ad evidenziare significati inespressi e impliciti, che rischierebbe altrimenti di vulnerare l'affidamento dei partecipanti e la *par condicio* dei concorrenti;
- poiché le controinteressate hanno dichiarato di essere in possesso di un fatturato specifico di € 2.616.666,67 per quanto riguarda Comp Tech Europe, di € 1.456.363,35 per quanto riguarda Coop. Portabagagli, e di € 2.387.274,04 per quanto riguarda Ferrosud, nessuna delle tre imprese del raggruppamento era in possesso dei requisiti “minimi” di capacità professionale e tecnica richiesti dal bando di gara, con la conseguenza che il raggruppamento doveva essere escluso dalla gara.

5.2. La decisione è criticata dalle appellanti con le seguenti argomentazioni:

- la lettura sistematica della *lex specialis* e delle norme di settore, nonché basilari principi di logica, consentono di comprendere che il requisito in parola non apparterebbe a quelli di capacità professionale e tecnica ma a quelli di capacità economica e finanziaria; sarebbe perciò irrilevante che la stazione appaltante abbia collocato (topograficamente o tipograficamente) il sub criterio del fatturato specifico tra i parametri relativi alla capacità professionale e tecnica, tutti diversi dal primo per configurazione e riferimento categoriale; dal punto di vista logico-giuridico, quindi, il sub requisito del fatturato specifico non potrebbe avere che la stessa disciplina di quello “inscindibile” del fatturato globale; anche il criterio analogico condurrebbe alla stessa conclusione, considerando l’omologa clausola del punto III.1.2, che riconosce la “frazionabilità” dei requisiti di capacità economico-finanziaria; l’interpretazione della sentenza condurrebbe a conseguenze paradossali e renderebbe la clausola del bando

contraria alla *ratio* pro-concorrenziale della partecipazione in raggruppamento e al principio di tassatività delle clausole di esclusione (punto B.2 dell'appello di Trenitalia);

- la sentenza è viziata per omessa pronuncia sui chiarimenti forniti dalla stazione appaltante con apposita risposta al quesito n. 7 del 28 luglio 2017, con la quale, disponendosi la proroga dei termini di presentazione delle offerte per un termine superiore a quello dell'art. 60, comma 1 e 2 bis del d.lgs. n. 50 del 2016, è stato chiarito che il fatturato medio annuo di cui all'art. III.1.3 lettera a) avrebbe dovuto essere posseduto da tutti i membri del raggruppamento in misura proporzionale alla quota di partecipazione, analogamente a quanto prescritto per il requisito di capacità economica e finanziaria (punto B.3 dell'appello di Trenitalia);

- i precedenti citati in sentenza sulla preminenza dell'interpretazione letterale non sono pertinenti, in quanto riferiti a clausole di bandi e disciplinari aventi diversa portata e, poiché nel caso di specie l'interpretazione letterale condurrebbe a risultati incongrui, il criterio interpretativo letterale va integrato con gli altri criteri ermeneutici degli artt. 1362 e seg. cod. civ. , tenuto conto dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, della natura del requisito, della clausola di buona fede, dell'intenzione e con esame complessivo delle clausole (quanto a quest'ultimo, tenendo conto del par. VI.3, punto 10, del bando sulla facoltà della stazione appaltante di escludere il r.t.i. c.d. sovrabbondante e della pag. 14 del disciplinare sul possesso dei requisiti "in misura maggioritaria" in capo all'impresa mandataria/capogruppo); da cui: già il bando non esclude la frazionabilità in discorso e il chiarimento del 28 luglio 2017 è coerente con il dato testuale della *lex specialis* e si limita a rimuovere possibili incertezze interpretative senza innovarla (pagg. 20-24 dell'appello di Comp Tech. Europe).

- su identica questione si è espresso il Consiglio di Stato, con sentenza della Sezione V, febbraio 2019, n. 947, condividendo le ragioni di Trenitalia (punto B.4 dell'appello di Trenitalia e pagg. 23-25 dell'appello di Comp Tech. Europe).

5.3. I motivi di merito dei due appelli, come appena esposti, sono fondati per le ragioni ritenute nella sentenza di questa Sezione n. 947/2019, richiamata da entrambe le appellanti.

5.3.1. La motivazione di tale sentenza, in primo luogo, dichiara di condividere le ragioni della decisione di primo grado. In quel giudizio, la sentenza del T.a.r. era andata di contrario avviso rispetto alla sentenza appellata nel presente, in quanto si legge nella sentenza d'appello n. 947/2019 che: "[...] *Il giudice di primo grado attribuiva diversa rilevanza al chiarimento fornito dalla stazione appaltante, la quale, in risposta ad apposito quesito aveva confermato, a termine per la presentazione delle offerte ancora aperto, la possibilità di frazionare tra le partecipanti al raggruppamento in misura proporzionale alla quota di partecipazione, anche il requisito della capacità tecnica (fatturato medio annuo). [...] la corretta interpretazione da dare al bando laddove dispone che in caso di partecipazione in RTI, i requisiti di capacità tecnico-professionale "dovranno essere posseduti da tutti i membri di detti operatori economici", intendendosi con ciò che tutti i componenti di un RTI debbano essere in possesso del requisito, ma non – come sostiene la ricorrente – che tutti debbano possedere il requisito per intero, potendo lo stesso essere frazionato e, quindi, posseduto anche pro quota; la risposta di Trenitalia non avrebbe potuto assumere le caratteristiche di integrazione esterna del bando, ma andava considerata per quella che effettivamente era, una "interpretazione*

*autentica” del testo, sempre possibile nelle ipotesi in cui non è ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dalla stazione appaltante e il tenore delle clausole chiarite, senza funzione integrativa della lex specialis e senza essere vincolante per la commissione aggiudicatrice, dato che la stazione appaltante non può discostarsi dalle regole da essa stessa fissate e alle quali si è autovincolata; tuttavia, secondo il Tribunale amministrativo, può intervenire nei casi in cui il chiarimento rivesta caratteri di “neutralità” rispetto ai contenuti del bando senza alcuna illegittima modifica delle regole di gara, ed operando a beneficio di tutti i concorrenti.*

*Questo è quanto avvenuto nel caso concreto, posto che l’interpretazione letterale a contrario offerta dalla ricorrente, può essere disattesa laddove si dia al testo il senso che tutti i candidati debbano possedere il requisito in questione, ma non necessariamente per l’intero; il che, sotto un profilo logico, non contrasta affatto né con la ratio della costituzione di r.t.i./a.t.i., né con una possibile differenza tra requisiti di partecipazione tecnici ed economici in termini di frazionabilità delle quote possedute da ciascun associato, così come ritenuto da Trenitalia.*

*D’altro canto, la ratio del raggruppamento di imprese è quella di ampliare la platea dei possibili concorrenti, consentendo ai soggetti privi dei requisiti necessari di partecipare singolarmente alla procedura competitiva oppure di accedervi in associazione con altri operatori economici, anche al fine di acquisire esperienze e elementi curriculari da poter spendere in successivi affidamenti.*

*Non avrebbe avuto quindi senso limitare la partecipazione alle sole a.t.i. i cui membri erano già in possesso singolarmente dei requisiti di capacità economica di accesso; una clausola di tal guisa, inoltre, sarebbe in contrasto col principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all’art. 83, co. 8, d. lgs. 50 del 2016, mentre per gli altri elementi previsti dall’art. III.1.3 del bando riguardanti il possesso di certificazioni di qualità, ambientali e tecniche non frazionabili per natura e che, comunque, riguardano determinate abilitazioni e certificazioni di cui, ovviamente, devono essere in possesso tutti i partecipanti.”*

5.3.2. La sentenza di appello n. 947/2019, nel richiamare quest’ultima motivazione, aggiunge che : *“La censura di CAR si fonda su una lettura in apparenza piana della legge di gara, laddove questa al punto III.1.3 del bando relativo alla capacità professionale e tecnica richiede che i livelli minimi di fatturato medio annuo per il triennio 2014 – 2016 debbano essere posseduti da tutti i componenti dei raggruppamenti e da ciascuno dei consorziati; la lettera del bando è stata oggetto di quesito alla stazione appaltante, la quale ha dato l’interpretazione della clausola in modo conforme a quella individuata dal giudice di primo grado, ossia che in caso di partecipazione alla gara di raggruppamenti temporanei, il requisito tecnico del fatturato medio annuo dovrà essere posseduto da tutti i membri del raggruppamento (o consorzio) in misura proporzionale alla quota di partecipazione in analogia con quanto prescritto per i requisiti di capacità economica e finanziaria.*

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

*Quella di carattere speciale si rinviene nel seguente punto VI.3 lett. 10) dello stesso bando, in*

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

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

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

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

*Ma, come dapprima evidenziato, vi è un ulteriore elemento che depone per una lettura consimile, elemento comunque contenuto di già nel punto VI.3, ossia che alla luce di principi generali dell’ordinamento interno ed eurounitario, il principio di concorrenza assurge a “custode” dell’intero sistema di tutte le procedure delle pubbliche gare, tanto da esserne un cardine fondamentale: ora una lettura come quella di CAR avrebbe la portata di schiacciare la concorrenza, se davvero si ponesse come indefettibile il possesso dei requisiti da parte di ciascun componente i raggruppamenti o i consorzi, tanto da rendere inutile questa figura giuridica nella partecipazione alla gara, vista l’entità dei requisiti professionali e tecnici che si dovrebbero possedere.”.*

5.3.3. Queste ragioni della decisione forniscono adeguata smentita alla diversa lettura del bando e dei chiarimenti che è stata data nella sentenza qui gravata. Esse consentono di riformare tale sentenza, senza necessità di altro precisare o aggiungere, perché sono relative: ad una legge di gara, predisposta dalla stessa stazione appaltante Trenitalia S.p.A., coincidente con la legge di gara della procedura oggetto del presente giudizio; alla portata dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante, di identico tenore rispetto a quelli resi nella procedura di gara *de qua*; alla situazione del medesimo raggruppamento temporaneo di imprese (che in quella gara aveva come impresa mandataria la Ferrosud S.p.A. e mandanti Comp. Tech. Europe S.r.l. e Soc. Coop. Portabagagli di Padova a responsabilità limitata); a motivi di contestazione dell’ammissione di questo raggruppamento mossi, anche in quel giudizio, da Car Segnaletica Stradale con gli stessi argomenti posti a fondamento del primo motivo del ricorso di primo grado nel presente giudizio.

5.4. Dato quanto fin qui detto, il secondo motivo del ricorso in appello di Trenitalia ed il terzo del ricorso in appello di Comp. Tech. Europe vanno accolti ed, in riforma della sentenza di primo grado, va respinto il primo motivo del ricorso originario di Car Segnaletica Stradale.

6. L'accoglimento del terzo motivo dell'appello di Comp Tech. Europe comporta l'assorbimento del secondo, col quale è stata riproposta l'eccezione di tardività del motivo del ricorso di Car Segnaletica Stradale S.r.l. -sopra rigettato nel merito- per tardiva impugnazione dei chiarimenti del 28 luglio 2017 e per omessa impugnazione del bando nel significato fatto proprio dai chiarimenti.

7. Nel costituirsi in entrambi i giudizi Car Segnaletica Stradale ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., i motivi di cui appresso, esposti ai paragrafi 8, 9 e 10 delle memorie depositate in ciascun giudizio, perfettamente coincidenti.

7.1. Col secondo motivo del ricorso principale e col primo motivo aggiunto (*Violazione del disciplinare di gara. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83 e 93 del codice dei contratti*), si è sostenuto che:

- l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver prodotto una polizza rilasciata da soggetto non abilitato;
- il soccorso istruttorio non avrebbe potuto essere disposto perché la garanzia provvisoria costituisce parte integrante dell'offerta;
- per di più, a seguito del soccorso istruttorio l'ATI ha presentato una polizza rilasciata da altra società, egualmente cancellata dall'elenco ex art. 106.

7.2. Col secondo motivo aggiunto (*Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del codice dei contratti*) Car Segnaletica ha dedotto che, anche a voler ritenere ammissibile il soccorso istruttorio, nel caso di specie esso è stato accordato una seconda volta dopo la presentazione della seconda polizza invalida e, in riferimento a tale secondo soccorso istruttorio, è stata accordata dalla stazione appaltante, su richiesta dell'aggiudicataria, una proroga da ritenersi illegittima. Secondo la ricorrente, la proroga, che ha fatto sì che il termine complessivo concesso per costituire una nuova garanzia fosse complessivamente pari a 30 giorni, sarebbe illegittima perché il termine per il soccorso istruttorio deve essere "non superiore a dieci giorni" (art. 83, comma 9) e va ritenuto perentorio, come da giurisprudenza richiamata in ricorso, nonché da delibera ANAC del 5 settembre 2018, n. 751. Evidenzia la ricorrente che il termine venne espressamente qualificato come *perentorio* dalla stessa Trenitalia nella nota del 1° agosto 2018 (di ammissione al soccorso istruttorio) e sostiene che perciò non avrebbe potuto essere prorogato, salvo impedimento assoluto ed oggettivo non imputabile al concorrente, insussistente nel caso di specie (in cui la proroga è stata giustificata soltanto con la coincidenza con il periodo feriale del mese di agosto).

7.3. Con il terzo motivo del ricorso principale (*Violazione dell'art. 53, comma 6, del codice dei contratti*) Car Segnaletica ha impugnato il diniego di accesso alla documentazione dell'offerta tecnica ed a quella relativa al subprocedimento di verifica di anomalia. Il diniego è stato

giustificato dalla stazione appaltante per la mancata autorizzazione all'accesso opposta dall'aggiudicataria, in quanto documentazione contenente informazioni tecnico commerciali e segreti industriali. La ricorrente ne sostiene l'illegittimità perché l'accesso è stato richiesto per la propria difesa in giudizio in relazione alla procedura di affidamento del contratto, sicché ricorrerebbe la fattispecie dell'accesso c.d. difensivo o difensionale.

8. Preliminare alla trattazione dei motivi riproposti è l'esame delle eccezioni in rito, volte a sostenerne l'inammissibilità, pure riproposte dalla controinteressata Comp Tech. come motivi di gravame o ai sensi dell'art. 101 Cod. proc. civ., dopo che in primo grado sono state respinte o ritenute assorbite.

8.1. Con apposito motivo di appello (sub 4 del ricorso) Comp Tech. Europe critica il rigetto dell'eccezione di parziale nullità del ricorso, sollevata per violazione dell'art. 44, comma 1, Cod. proc. amm., lett. b), per omessa individuazione dei provvedimenti impugnati, e lett. d), per omessa indicazione dei motivi d'impugnazione relativamente ad alcuni atti.

8.1.1. La prima eccezione è stata respinta in primo grado perché *“non vi è alcuna incertezza su quali siano gli atti impugnati che sono allegati al ricorso”*.

La seconda è stata ritenuta *“infondata rispetto ad alcuni degli atti citati in quanto, come emerge dalla narrativa in fatto, sono chiare le censure proposte avverso l'aggiudicazione e l'ammissione, mentre la mancanza di censure avverso il subprocedimento di verifica è addebitabile alla stessa stazione appaltante che, avendo negato l'accesso agli atti, sul punto ha costretto la parte ricorrente ad un ricorso al buio”*, soggiungendosi che *“la mancanza di specifiche censure rispetto agli ulteriori atti menzionati, è priva di rilievo perché, come specificato in seguito, sono fondate le censure, di carattere assorbente, volte a contestare la mancanza dei requisiti di ammissione in capo alla parte controinteressata”*.

8.1.2. Col motivo di appello in esame si sostiene che la mancanza in ricorso dell'indicazione specifica degli atti impugnati non può essere sanata dalla loro allegazione, come ritenuto dal T.a.r., e che il ricorso contiene la menzione generica degli atti impugnati, senza l'indicazione delle determinazioni emesse dalla stazione appaltante nel corso della gara, che siano oggetto di impugnativa.

8.1.3. Il motivo di appello è in parte infondato, in parte improcedibile per carenza di interesse.

Manca infatti interesse alla riproposizione dell'eccezione di inammissibilità con riferimento agli atti oggetto del primo motivo di ricorso, rigettato come sopra, in accoglimento del secondo motivo dell'appello di Trenitalia e del terzo di Comp Tech.

Il motivo è invece infondato con riferimento ai motivi riproposti da Car Segnaletica S.r.l., come riassunti al paragrafo precedente (sub 7.1, 7.2 e 7.3) poiché sono chiaramente individuabili gli atti impugnati, non tanto (e non solo) perché allegati al ricorso originario e ai motivi aggiunti, quanto perché desumibili dal tenore delle censure mosse dalla ricorrente; ciò, che consente di respingere anche l'eccezione di violazione dell'art. 40, comma 1, lett. d), Cod. proc. amm.

8.2. La controinteressata ripropone l'eccezione di difetto di procura *ad litem*, ritenuta assorbita dal T.a.r. perché riferita ai (primi e secondi) motivi aggiunti, che il primo giudice non ha esaminato.

8.2.1. Con tale eccezione Comp Tech. deduce che i primi motivi aggiunti erano privi di procura speciale, basandosi su quella rilasciata con il ricorso originario, che invece non li avrebbe consentiti. I motivi aggiunti riguardano la nota in data 1 agosto 2018, con cui Trenitalia ha attivato per la seconda volta il soccorso istruttorio, ed il "messaggio" in data 6 agosto 2018, con cui Trenitalia ha concesso una proroga del termine per sostituire la cauzione, impugnati con ricorso del 10 settembre 2018.

8.2.2. L'eccezione è priva di pregio. La stessa controinteressata riconosce che in data 29 settembre 2018 è stato notificato e depositato un secondo (identico e ripetitivo) ricorso per motivi aggiunti, munito di procura *ad hoc*, nuova e posteriore. Con la proposizione di tale secondo ricorso, assistito da valida procura, risulta rispettato il termine di legge previsto per i motivi aggiunti dall'art. 43, comma 1, Cod. proc. amm., mediante rinvio alla disciplina del ricorso principale.

8.2.3. Non è utile a sostenere l'eccezione il richiamo fatto dalla controinteressata all'art. 120, comma 2 *bis*, primo e/o secondo periodo, Cod. proc. amm., atteso che, come detto trattando del primo motivo dei due appelli, la disposizione non si applica alla procedura di gara *de qua*.

8.3. I motivi riproposti da Car Segnaletica sono pertanto ammissibili.

9. Vanno congiuntamente esaminate, perché connesse, le censure (sub §§ 8 e 9) concernenti la prestazione della garanzia provvisoria da parte di RTI-CTE ed il soccorso istruttorio.

In punto di fatto risulta dagli atti e non è contestato che:

- Comp Tech. Europe ha partecipato alla gara prestando garanzia provvisoria con polizza rilasciata in data 31 luglio 2017 dalla Martos FinCapital s.p.a., che era stata cancellata dall'elenco di cui all'art. 106 del d.lgs. n. 385 del 1993;

- la stazione appaltante ha attivato il soccorso istruttorio con nota del 12/13 aprile 2018 e, dal verbale di gara dell'8 maggio 2018, risulta che Comp Tech. Europe, nel termine assegnato, in data 20 aprile 2018, ha presentato una nuova polizza, rilasciata dalla FinWorld S.p.A.;

- le vicende di quest'ultima società sono le seguenti: il 30 giugno 2015 Banca d'Italia ha disposto la cancellazione della FinWorld dall'elenco ai sensi dell'art. 107 del d.lgs. n. 385 del 1993, al quale era iscritta al n. 197; il 29 novembre 2016 Banca d'Italia ha respinto la richiesta di iscrizione ai sensi dell'art. 106; i due provvedimenti sono stati impugnati dinanzi al T.a.r. Lazio, che, con sentenza del 31 ottobre 2017, n. 10918, ha respinto i ricorsi della FinWorld; quest'ultima ha impugnato la sentenza e ne ha chiesto la sospensione dell'esecutività e il Consiglio di Stato, con ordinanza in data 31 gennaio 2018, n. 426, ha accolto l'istanza cautelare, subordinatamente alla presentazione di una polizza per fideiussoria bancaria fino all'importo di € 20.000.000,00; FinWorld ha depositato telematicamente copia di una

fideiussione, che, a seguito di accertamenti della Banca d'Italia, è risultata materialmente falsa; con decreto monocratico in data 11 luglio 2018, n. 3190, seguito da ordinanza collegiale in data 20 luglio 2018, n. 3424, il Consiglio di Stato ha revocato le precedenti ordinanze cautelari e rigettato l'istanza cautelare della FinWorld;

- con nota in data 1 agosto 2018 Trenitalia ha invitato la controinteressata a costituire una nuova garanzia entro il termine perentorio del 9 agosto 2018;

- con nota in data 3 agosto 2018 Comp Tech ha fatto presente di non poter costituire la fideiussione con data retroattiva e ha chiesto di poter prestare cauzione con decorrenza dalla data dell'ammissione a soccorso istruttorio e comunque di ottenere un ulteriore termine di sette giorni per l'adempimento;

- con nota in data 6 agosto 2018 Trenitalia ha risposto che la decorrenza della garanzia provvisoria avrebbe dovuto essere retroattiva, dalla data di presentazione dell'offerta, e che, in considerazione del periodo di ferie contingente, era accolta la richiesta di proroga fino al 31 agosto 2018;

- con bonifico bancario in data 30 agosto 2018 Comp Tech ha prestato per intero la cauzione dell'importo di € 226.218,00.

9.1. Questi essendo i fatti, rileva inoltre che, ai sensi del punto VI (*motivi di esclusione delle offerte*), lett. i), del disciplinare di gara, fosse previsto che si sarebbe proceduto all'esclusione dell'offerta in caso di "*mancata costituzione della cauzione provvisoria*".

9.2. In disparte la questione - accennata negli scritti di parte - della nullità o meno di tale clausola per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dell'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, proprio l'operatività di tale principio - unitamente alla constatazione che l'art. 93, comma 1, non prevede la garanzia provvisoria a pena di esclusione, a differenza del comma 8 che invece prevede a pena di esclusione l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto - induce ad interpretare comunque restrittivamente la causa di esclusione prevista dal disciplinare.

A tale fine va tenuta distinta la fattispecie della *mancata* costituzione della garanzia provvisoria (cui è riferito il precedente di questa Sezione V, 2 settembre 2019, n. 6013, citato dalla ricorrente, nonché il precedente di questa stessa sezione, 22 ottobre 2018, n. 6005) da quella della sua *invalidità* o *irregolarità*, atteso che la prima ipotesi è espressione *ex sé* della scarsa serietà dell'offerta (così come la prestazione di garanzia con documenti materialmente falsi, cui è riferito il precedente di questa Sezione, V, 23 marzo 2018, n. 1846, che non ha ammesso il soccorso istruttorio), mentre tale non può reputarsi la costituzione della garanzia quando l'art. 93, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 risulti apparentemente rispettato.

9.2.1. L'esigenza di operare siffatta distinzione si manifesta emblematicamente nel caso di specie, sia con riferimento alla polizza fideiussoria rilasciata dalla Martos Fin Capital sia, a maggior ragione, con riferimento a quella rilasciata dalla FinWorld, atteso che:

a) quanto alla prima, l'atto di fideiussione era stato redatto in conformità al modello predisposto dalla stazione appaltante; era intestato a tutte le imprese del costituendo raggruppamento; recava la firma dell'A.U. [omissis] corredata da apposita autentica per atto del Notaio Dr. Sergio Marcone che certificava l'identità personale, la qualifica ed i poteri del sottoscrittore, espressamente certificando che la sottoscrizione era apposta "in qualità di Amministratore Unico della Martos Fin Capital S.p.a iscritta al n. 40672 nell'apposita sezione dell'elenco degli intermediari finanziari ex art. 106, tenuto dalla Banca d'Italia per delega del Ministero del Tesoro in applicazione del com. 37 dell'art. 13 LG 326/2003 riforma del Confidi di cui all'ex art. 155 autorizzata ai sensi della normativa vigente al rilascio delle garanzie accessorie"; il documento recava il timbro della società con indicazione di tale iscrizione. Inoltre, contrariamente a quanto sembra far intendere Car Segnaletica Stradale, la Martos Fin Capital è stata iscritta all'Albo sin dal 2008 e mantenuta anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 141 del 2010, fino al marzo del 2017, tanto è vero che - per come dichiarato dalla stazione appaltante, senza smentita - in altre procedure alcuni concorrenti hanno prodotto cauzioni rilasciate dalla medesima società Martos e la stessa ricorrente, nella precedente gara, si era rivolta proprio a tale società per la polizza definitiva a garanzia della esatta esecuzione del contratto di affidamento avente il medesimo oggetto della gara che ne occupa; a ciò si aggiunga che, come pure opposto dalla stazione appaltante, la Martos non risultava iscritta nell'elenco tenuto dalla Banca d'Italia dei soggetti segnalati per garanzie rilasciate in assenza di abilitazione;

b) quanto alla seconda, nel momento in cui la fideiussione venne prestata, vale a dire in data 20 aprile 2018, la FinWorld era abilitata al rilascio, poiché - attese le vicende amministrative e giudiziali sopra riassunte - i provvedimenti di cancellazione e di diniego di iscrizione dall'Albo degli intermediari emessi della Banca d'Italia risultavano sospesi in forza dell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato, VI, 31 gennaio 2018, n. 426 (che, sospendendo l'efficacia della sentenza del T.a.r. del 31 ottobre 2017, n. 10918, si rifaceva alla precedente ordinanza di sospensione dei provvedimenti di Banca d'Italia di cui a Cons. Stato, VI, 26 giugno 2017, n. 2642); ciò è tanto vero che dal verbale della seduta dell'8 maggio 2018 risulta che la polizza fideiussoria rilasciata dal FinWorld venne ritenuta regolare alla data del 24 aprile 2018; pertanto, si tratta di invalidità sopravvenuta, e precisamente sopravvenuta a seguito della caducazione dei provvedimenti di sospensione di cui al decreto cautelare dell'11 luglio 2018 ed alla successiva ordinanza cautelare del 20 luglio 2018; solo a seguito di questi ultimi provvedimenti giudiziari, prendendone atto, la stazione appaltante intervenne a richiedere, con la nota del 1° agosto 2018, la prestazione di nuova garanzia.

Pertanto, non si è in concreto verificata, né nella prima ipotesi né nella seconda, una situazione di mancata prestazione da parte della concorrente, poi aggiudicataria, della garanzia provvisoria, tale da dare luogo alla causa di esclusione prevista dal disciplinare.

Piuttosto, si è avuta un'invalidità della garanzia provvisoria, manifestatasi nei tempi e con le modalità sopra indicate.

9.2.2. Si tratta di invalidità sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa già nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 (cfr. *ex multis* Cons. di Stato, V, 15 ottobre 2015, n. 4764; Cons. di Stato, III, 27

ottobre 2016, n. 4528; Cons. di Stato, V, 15 marzo 2016, n. 1033; Cons. Stato, V, 29 gennaio 2018, n.591).

Si ritiene che anche dopo l'entrata in vigore dell'attuale *Codice dei contratti pubblici* vada ribadito il principio giurisprudenziale per il quale la mancanza ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente, incompleto o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* non costituisce causa di esclusione -salva diversa esplicita previsione della legge di gara- ed è sanabile mediante soccorso istruttorio. Infatti, come già evidenziato, anche l'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016, analogamente all'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, in tema di garanzie, non prevede l'esclusione, per la mancanza della cauzione provvisoria, a differenza di quanto stabilisce, al comma 8 (così come era per il comma 8 dell'art.75 del d.lgs. n. 163 del 2006), per la carenza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva a garanzia dell'esecuzione del contratto nel caso di aggiudicazione e affidamento dell'appalto (Cons. di Stato, VI, 18 luglio 2016, n. 3198, richiamata di recente da Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5138).

Ne consegue che il principio espresso di recente da questa Sezione, V, 4 dicembre 2019, n. 8296, secondo cui il soccorso istruttorio va a buon fine – e 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: ipotesi specificamente oggetto di detto precedente, perciò diverso dal caso oggetto della presente decisione) sono di *data anteriore* al termine per la presentazione delle domande di partecipazione va limitato alla sola ipotesi di *mancanza* di cauzione provvisoria, quando questa sia richiesta dalla legge di gara come elemento essenziale della domanda (prevedendosi apposita ed esplicita causa di esclusione, non interpretabile estensivamente).

9.3. Resta da dire della censura concernente la concessione di un termine superiore a dieci giorni in occasione del soccorso istruttorio che sarebbe seguito alla nota del 1° agosto 2018.

Essa è infondata, per due ordini di considerazioni.

9.3.1. Si tratta di termine, il cui inutile decorso effettivamente comporta l'esclusione del concorrente dalla *gara* ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, qualora si tratti di soccorso istruttorio concesso prima dell'aggiudicazione, appunto *in corso di gara*, ed in specie nella fase di ammissione dei concorrenti. A tale stato della procedura è riferita la giurisprudenza che ha più volte affermato la natura perentoria del termine per l'integrazione della documentazione, a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, ai fini di un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda (su tutte, cfr. Cons. Stato, V, 22 agosto 2016, n. 3667; 22 ottobre 2015, n. 4849; 18 maggio 2015, n. 2504; III, 21 gennaio 2015, n. 189; incidentalmente anche Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16), ribadita da ultimo dalla sentenza di questa sezione V, 29 maggio 2019, n. 3592 (con la quale si è precisato che la detta interpretazione risulta *"coerente, oltreché con la ratio, anche con la lettera dell'attuale art. 83, comma 9, il quale espresse prevede: "in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara"; né ciò determina alcuna aporia o irragionevolezza del sistema, stante la necessaria certezza e rapidità del sub-procedimento di soccorso istruttorio, nonché la*

*specificità del perimetro che ne costituisce l'oggetto, prescindendosi - in tale fase - dall'effettiva e sostanziale integrazione dei requisiti, di cui semplicemente si richiede di fornire documentazione probatoria o adeguata dichiarazione*"). Nel caso del soccorso istruttorio attivato da Trenitalia per consentire all'aggiudicataria di sostituire la garanzia provvisoria, divenuta invalida per le su riferite vicende della FinWorld S.p.a., la fase di ammissione ed anche quella di valutazione delle offerte erano definitivamente superate.

9.3.2. D'altronde, proprio tali ultime vicende rendono evidente la sussistenza di un'obiettiva difficoltà di costituire la garanzia, tale da legittimare la proroga. Mentre non si può attribuire alcuna rilevanza al dato di fatto che l'aggiudicataria non addusse alcuna specifica ragione di impossibilità oggettiva -perché, in realtà, aveva richiesto la concessione di un ulteriore termine di sette giorni soltanto- rileva, invece, che la stazione appaltante non abbia consentito la posticipazione della decorrenza della garanzia. Tenuto conto di ciò, e quindi della necessità di prestare la cauzione in denaro, nonché dell'importo elevato di tale cauzione, il periodo feriale in corso nel mese di agosto diviene di per sé una ragione di seria difficoltà, idonea a legittimare la concessione della proroga, senza che l'operato della stazione appaltante si possa ritenere inficiato da volontà di "illecito favoritismo" per l'aggiudicataria.

9.4. I motivi di ricorso fin qui esaminati vanno pertanto respinti.

10. Con la censura riproposta al § 10 della comparsa di costituzione in appello Car Service impugna il diniego di accesso agli atti.

Premesso che Trenitalia ha fornito alla Car Service tutti gli atti ostensibili, cioè la documentazione contenuta nella busta amministrativa e quella riguardante l'offerta economica, va rilevato che –a seguito dell'opposizione formulata dalla Comp Tech ai sensi dell'art. 53, comma 5, lett. a)- non è stata esibita l'offerta tecnica, avente ad oggetto un *know how* tecnico-commerciale relativo anche al processo organizzativo del servizio.

10.1. Tenuto conto delle caratteristiche tecniche del servizio e della tipologia di prestazioni dell'appalto ed, ancora, delle ragioni dell'opposizione dell'aggiudicataria, nonché del notevole divario tra il punteggio attribuito all'aggiudicataria (70) e quella attribuito alla Car Service (54) per l'offerta tecnica, sarebbe stato onere della ricorrente dedurre le possibili ragioni di difesa in giudizio, ipoteticamente tali da consentirle di superare un tale divario, malgrado la nota discrezionalità del giudizio tecnico della commissione di gara e l'ampia facoltà che la legge di gara –sul punto non impugnata- riservava alla stazione appaltante di *"valutare le offerte con assoluta libertà e di pervenire o meno all'accettazione della migliore, senza che gli offerenti possano vantare alcunché al riguardo"*.

10.2. Riguardo ai criteri interpretativi dei presupposti per l'accesso c.d. difensivo in deroga a quanto previsto dall'art. 53, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, va primariamente considerato che esso è strettamente legato, dall'art. 53, comma 6, alla sola esigenza di «difesa in giudizio»: previsione più restrittiva di quella dell'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, che contempla un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso, ove necessario, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale (Cons. Stato, V, 9 dicembre 2008, n. 6121).

Pertanto, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in sede giudiziale, specificamente –quando si tratta di istanza avanzata ai sensi dell’art. 116, comma 2, Cod. proc. amm.- di utilizzazione nel giudizio nell’ambito del quale necessita produrre i documenti a cui è chiesto l’accesso.

10.3. Pertanto, in disparte l’eccezione di inammissibilità in rito sollevata dalla difesa della controinteressata, va constatato che, nel caso di specie, nessuno dei motivi di impugnazione della Car Service attiene ai punteggi dell’offerta tecnica, sicché l’istanza di accesso si atteggia come meramente *esplorativa*, volta a verificare la sussistenza di cause di pregiudizio della seconda classificata del tutto *eventuali*.

In tale situazione, difettando la dimostrazione della specifica e concreta *indispensabilità* dell’accesso a fini della difesa in giudizio, il motivo va respinto.

11. In conclusione, respinti i motivi riproposti dalla ricorrente in primo grado ed accolto l’appello nei termini sopra specificati, in riforma della sentenza appellata, vanno respinti il ricorso ed i motivi aggiunti proposti da Car Segnaletica Stradale avverso gli atti della procedura di gara oggetto di giudizio.

11.1. Sussistono giusti motivi di compensazione delle spese di entrambi i gradi in ragione delle oscillazioni giurisprudenziali sulle questioni dirimenti, di rito e di merito, su esposte.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie secondo quanto specificato in motivazione e, per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso e i motivi aggiunti proposti da Car Segnaletica Stradale S.r.l.

Compensa le spese processuali di entrambi i gradi.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2019.