

Impugnazione “contestuale” della clausola del bando direttamente lesiva e del provvedimento di esclusione vincolato

di Gianluigi Delle Cave

Data di pubblicazione: 22-6-2023

*Deve ritenersi inammissibile il ricorso avverso il provvedimento di esclusione dalla gara che si configuri come atto vincolato rispetto a una clausola del bando di gara, non impugnata tempestivamente, e dalla quale replichi il contenuto, senza che la stazione appaltante abbia espresso alcuna valutazione ulteriore al riguardo. Ed infatti, il termine per l'impugnazione di una clausola del bando, direttamente lesiva confermata da un provvedimento di esclusione meramente riproduttivo della stessa, decorre dalla conoscenza della *lex specialis* da parte del concorrente e non dalla comunicazione del provvedimento di esclusione.*

Guida alla lettura

Muovendo dalla fattispecie specifica (ove, in sintesi, l'O.E. ricorrente ha impugnato il disciplinare quale presupposto del provvedimento di esclusione, rivolgendo mende verso la clausola della *lex specialis* che vietava ai concorrenti di ridurre il *quantum* della cauzione provvisoria, lesiva dell'interesse del concorrente a presentare un'offerta corredata da una cauzione provvisoria autoridotta), il TAR Napoli, nella sentenza in commento, ha evidenziato che la **lesività della clausola** «non è da collegarsi al carattere *cd. escludente* della clausola medesima, in quanto, per giurisprudenza costante e consolidata, è tale quella **'impeditiva della partecipazione alla gara'** o comunque talmente gravosa, sproporzionata e irragionevole da rendere incongruamente difficoltosi o addirittura impossibili o la partecipazione medesima, o il calcolo di convenienza tecnica ed economica, o la convenienza oggettiva del contratto» (cfr. pure Cons. Stato, n. 6934/2022 e n. 972/2022).

Ed infatti, secondo i giudici campani, in tutti gli altri casi, la lesione assume i caratteri della concretezza e dell'attualità soltanto **“a conclusione della gara”** (*ex plurimis*, Cons. Stato, n. 1491/2019), con ciò comportando la **tempestività** di una impugnazione della *lex specialis* unitamente al provvedimento lesivo, scongiurandosi così la declaratoria di inammissibilità del ricorso.

Tuttavia, specifica il giudice di *prime cure*, la regola della impugnazione congiunta dell'atto presupposto e dell'atto applicativo subisce eccezioni laddove «l'atto presupposto arrechi alla parte una **lesione immediata**, e questo in base al basilare principio del processo

*amministrativo dell'interesse a ricorrere concreto ed attuale». Circostanza, questa, più volte confermata in via pretoria, ove si è chiarito come a fronte di tali previsioni della *lex specialis*, «non può ritenersi che non sussistesse alcun interesse in capo alla ricorrente ad impugnare in tale fase gli atti di gara, sorgendo piuttosto detto interesse solo in via eventuale e successiva, per effetto della disposta aggiudicazione a suo favore e dell'adozione, in ipotesi, di un provvedimento di esclusione»; in sostanza l'esclusione «non costituiva, infatti, ipotesi meramente eventuale e astratta (al cui verificarsi sarebbe, dunque, sorto l'interesse e la legittimazione al ricorso da parte dell'impresa, che non vedeva comunque realmente preclusa la sua partecipazione al confronto competitivo), ma conseguenza negativa necessitata e ineludibile, stante la conclamata, assoluta e oggettiva impossibilità di conseguire il requisito richiesto, senza che fosse perciò necessario partecipare alla gara per contestarne poi gli atti indittivi unitamente agli esiti» (Cons. Stato, n. 4758/2020).*

Il Collegio ha, poi, evidenziato che è il contenuto del ricorso in sé a determinare, nel caso concreto e nei fatti, la **certezza della lesività** della clausola della *lex specialis*, ancorandola all'onere di parte di tempestiva impugnazione. Ed infatti, secondo il TAR, a ragionare diversamente, e applicando in astratto l'insegnamento della giurisprudenza amministrativa che tende a considerare l'impugnazione immediata del bando come una eccezione (in quanto al momento dell'avvio della procedura, di regola, la lesione per il soggetto concorrente è potenziale, assumendo la stessa i caratteri della concretezza e dell'attualità, di norma, soltanto a conclusione della gara), si lascerebbe alla parte privata «il controllo dei termini per la proposizione del ricorso anche nei casi in cui è dimostrabile, nei fatti, che la lesione era con certezza riconducibile al contenuto della *lex specialis*», e ciò in quanto il provvedimento di esclusione non ha natura innovativa o concretamente lesiva, né tantomeno discrezionale, trattandosi di decisione vincolata.

Pertanto, la scelta di non agire tempestivamente sarebbe «certamente stata fatta dall'operatore economico in totale consapevolezza, accettando il rischio di essere destinatario di un provvedimento di esclusione meramente confermativo, nella sostanza oltre che nella forma, dei contenuti della *lex specialis*».

Ciò detto, il giudice di primo grado ha chiarito altresì che la richiesta di **chiarimenti** da parte del concorrente costituisce indice di **consapevolezza** della portata lesiva della *lex specialis* laddove il chiarimento sia privo di reale portata esplicativa e sia **meramente riproduttivo** del contenuto della clausola che in astratto si intende far interpretare dalla stazione appaltante. Ed infatti, «la risposta al chiarimento, da parte della stazione appaltante, che riproduca in modo pedissequo la clausola della *lex specialis* che si voleva far esplicitare, costituisce atto meramente confermativo».

Peraltro, secondo il TAR Campania e per giurisprudenza costante, deve escludersi che l'Amministrazione, a mezzo di chiarimenti, possa modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della *lex specialis*; i chiarimenti sono invero ammissibili se contribuiscono, con una operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la *ratio*, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando «un significato e una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il

rigoroso principio formale della lex specialis, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost.» (TAR Napoli, n. 6022/2022).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm. sul ricorso numero di registro generale 1812 del 2023, proposto da Titagarh Firema S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ente Autonomo Volturno S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Flavio Iacovone, Bernardo Giorgio Mattarella e Enrico Soprano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz 11 e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad opponendum: Stadler Rail Valencia S.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Labianca e Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

A) *quanto al ricorso principale di Titagarh Firema S.p.A.*:

- del provvedimento di esclusione di Titagarh Firema S.p.A. dalla gara indetta dall'Ente Autonomo Volturno S.r.l. "per la conclusione di accordo quadro con un unico operatore economico per la fornitura e manutenzione di veicoli ferroviari per le linee vesuviane. Importo complessivo € 483.084.782,61 - CIG 9622786e34 - CUP F30F21000000009", comunicato a mezzo pec in data 11.4.2023;
- di tutti gli atti e i verbali di gara, nella parte in cui la Stazione appaltante ha disposto l'esclusione della Titagarh Firema S.p.A. dalla procedura di gara;
- ove occorra, del paragrafo 3) del disciplinare di gara, ove inteso nel senso, fatto proprio dalla Stazione appaltante, di escludere un operatore economico che, avendone titolo, dichiara di usufruire delle riduzioni previste dall'art. 93, comma 7, D.Lgs. n. 50/2016 ai fini della presentazione della garanzia provvisoria;
- ove occorra, della risposta al quesito 1, pubblicata sul sito istituzionale dell'Ente Autonomo Volturno, nella parte in cui prospetta una interpretazione del bando di gara in contrasto con l'art. 93, comma 7, D.Lgs. n. 50/2016;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti.

nonché per la condanna dell'Ente intimato

al risarcimento del danno ingiusto arrecato alla ricorrente in forma specifica mediante annullamento degli atti impugnati e riammissione alla procedura selettiva controversa ed eventuale aggiudicazione dell'appalto con subentro ex art. 122 c.p.a., nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato con l'illegittimo aggiudicatario.

e per la declaratoria di inefficacia

del contratto eventualmente nelle more stipulato con l'illegittimo aggiudicatario.

B) quanto al ricorso incidentale di Stadler Rail Valencia S.A.:

dei provvedimenti di gara, come in atti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ente Autonomo Volturno S.r.l. e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visto l'intervento *ad opponendum*, con annesso ricorso incidentale, di Stadler Rail Valencia S.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2023 la dott.ssa Maria Barbara Cavallo

e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato ad EAV e al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti il 14.4.2023 Titagarh Firema S.P.A. ha impugnato il provvedimento, comunicato a mezzo pec, in data 11.4.2023, di esclusione dalla gara indetta dall'Ente Autonomo Volturno S.r.l. "per la conclusione di accordo quadro con un unico operatore economico per la fornitura e manutenzione di veicoli ferroviari per le linee vesuviane", dell'importo complessivo euro 483.084.782,61.

Ha altresì impugnato il paragrafo 3) del disciplinare di gara, ove inteso nel senso, fatto proprio dalla Stazione appaltante, di escludere un operatore economico che, avendone titolo, dichiara di usufruire delle riduzioni previste dall'art. 93, comma 7, D.Lgs. n. 50/2016 ai fini della presentazione della garanzia provvisoria, e la risposta al *quesito 1*, pubblicata sul sito istituzionale dell'Ente Autonomo Volturno, nella parte in cui prospetta una interpretazione del bando di gara in contrasto con l'art. 93, comma 7, D.Lgs. n. 50/2016.

Unitamente alla richiesta di annullamento è stato chiesto il risarcimento del danno in forma specifica (riammissione alla procedura selettiva controversa ed eventuale aggiudicazione dell'appalto con subentro ex art. 122 c.p.a., nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato con l'illegittimo aggiudicatario) e con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente.

2. In fatto, la Titagarh Firema S.p.A. (in seguito anche "Titagarh") espone:

- di aver partecipato alla procedura di gara indetta dall'Ente Autonomo Volturno S.r.l. (in seguito anche "EAV") per la conclusione di un accordo quadro con un unico operatore economico per la fornitura e manutenzione di veicoli ferroviari per le linee vesuviane;

- di aver dichiarato, in relazione alla presentazione della garanzia provvisoria richiesta dal punto 3) del paragrafo "Documentazione Amministrativa" del disciplinare di gara (2% dell'importo posto a base di gara), di averla presentata in misura ridotta, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 93, comma 7 del D.Lgs. n. 50/2016, e quindi (i) nella misura percentuale del 50% (in quanto la Società si è dichiarata in possesso della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000 rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000; (ii) nella misura percentuale del 20% sull'importo che risulta dalla riduzione precedente (art. 93, comma 7, terzo periodo, seconda parte del D.Lgs. n. 50/2016) in quanto la Società è autodichiarata in possesso di certificazione ambientale ai sensi della norma UNI EN ISO 14001;

- di essere stata esclusa dalla gara in data 11.4.2023, all'esito dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa avvenuta nella seduta pubblica del 30.3.2023, con la seguente motivazione " *la cauzione provvisoria come da dichiarazione è stata versata in misura ridotta rispetto a quanto previsto nel Disciplinare di Gara nonché ribadito nel chiarimento del 13/03/2023 pervenuto dallo stesso OE*".

3. Il ricorso è stato affidato ad un'unica censura di *violazione e/o falsa applicazione degli artt. 93, comma 7, e 83, commi 8 e 9, d.lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione di legge e della lex specialis (punto 3 del paragrafo "documentazione amministrativa" del disciplinare di gara); eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà*.

In sintesi, secondo la ricorrente, autovincolandosi nel disciplinare di gara all'applicazione dell'art. 93 del Codice, EAV non avrebbe potuto escludere l'applicazione del comma 7, in quanto il beneficio della riduzione della garanzia provvisoria ivi contemplato avrebbe dovuto operare *ex lege* indipendentemente da un'espressa previsione della *lex specialis*.

In sostanza, la società avrebbe fatto legittimo esercizio della facoltà di riduzione, in quanto in possesso dei requisiti richiesti dalla legge per poterne usufruire.

In ogni caso, la clausola di gara che esclude l'applicazione dell'art. 93, co. 7, sarebbe nulla poiché si configurerebbe come una clausola escludente atipica in violazione dell'art. 83, co. 8, del Codice.

In subordine, a fronte della presentazione di una garanzia provvisoria di importo ridotto (del 70%) rispetto a quanto richiesto dal Disciplinare, EAV non avrebbe potuto disporre l'esclusione di Titagarh ma avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio al fine di richiedere al concorrente un'integrazione della garanzia prestata per un importo inferiore a quello richiesto.

4. Con atto di intervento *ad opponendum* notificato il 3.5.2023, la controinteressata non intimata Stadler Rail Valencia S.A. ("Stadler Rail"), dopo aver effettuato accesso al fascicolo telematico della ricorrente, ha proposto ricorso incidentale avverso gli atti di gara nella parte in cui la stazione appaltante avrebbe omesso di rilevare la carenza dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 104, per il caso in cui l'offerente risultasse affidatario (art. 93, co. 8, D. Lgs. n.50/2016).

In fatto espone di aver partecipato alla gara di cui al presente giudizio e di essere l'unico operatore rimasto in gara dopo l'esclusione di Titagarh, che ha proposto ricorso senza notificarlo alla società superstite.

5. Il ricorso incidentale è affidato a due censure.

5.1. Con la prima di queste, la controinteressata ha eccepito l'inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse e/o carenza di legittimazione della ricorrente, che avrebbe dovuto essere immediatamente esclusa dalla gara, non avendo allegato tra i documenti

“l'impegno” di un fideiussore qualificato, ex art. 93 comma 8 d.lgs. 50/2016, al rilascio della cauzione definitiva.

La Stadler Rail lamenta la violazione del comma 8 dell'art. 93, che prevede l'esclusione delle offerte non corredate *“dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 104, qualora l'offerente risultasse affidatario”*, fatte salve le microimprese, piccole e medie imprese (e i raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da queste ultime), in combinato disposto con l'art. 3 comma 1, lett. aa) d.lgs. 50/2016, secondo cui sono “microimprese, piccole e medie imprese” le imprese come definite nella Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003, tra le quali non può rientrare la Titagarh in quanto essa stessa, nel DGUE, pag. 2, in riscontro alla domanda sulla natura di microimpresa, oppure di impresa piccola o media, ha risposto testualmente di NON esserlo.

Pertanto, la ricorrente avrebbe dovuto allegare la dichiarazione di impegno di un fideiussore, da parte di un soggetto autorizzato ai sensi dell'art. 93, co. 2 e 3 D.Lgs. n.50/2016.

Trattandosi di esclusione obbligatorio, e a contenuto vincolato, non sarebbe stato possibile il soccorso istruttorio.

5.2. La controinteressata ha eccepito l'inammissibilità del ricorso anche sotto altro profilo, in quanto non sarebbe stata possibile la rideterminazione del contenuto della *lex specialis*, come operata dalla Titagarh, in ordine al *quantum* della cauzione provvisoria, nemmeno facendo applicazione delle previsioni di cui all'art.93, co. 7, D.Lgs. n.50/2016.

Oltre all'esplicito contenuto del Disciplinare di gara, che alle pagg. 9 e 10, disponeva testualmente che non sono applicabili le riduzioni previste all'art. 93 comma 7, la ricorrente principale era a conoscenza del *chiarimento* della stazione appaltante sul punto, in risposta a quesito avanzato dalla ricorrente medesima (Quesito N. 1, avente il seguente tenore letterale: *“Il Disciplinare di Gara al punto 3) del paragrafo intitolato “Documentazione amministrativa” così dispone inter alia: “CAUZIONE PROVVISORIA pari al 2% dell'importo complessivo posto a base di gara, rilasciata ai sensi dell'art. 93 del D.lgs. 50/2016. Non sono applicabili le riduzioni previste all'art. 97 comma 7”. Si chiede di voler chiarire se la non applicabilità alla CAUZIONE PROVVISORIA delle riduzioni di cui al comma 7 dell'art. 97 del D.lg. 50/2016 costituisca un mero errore materiale atteso che tale norma, nel prevedere una serie di fattispecie che danno diritto alla riduzione della cauzione non appare in quanto tale derogabile; e ciò, senza peraltro considerare che una sua deroga non potrebbe trovare adeguata giustificazione trattandosi di prescrizione limitativa dei principi generali di proporzionalità e di più ampia partecipazione alle gare pubbliche), al quale la SA aveva fornito la seguente risposta “ Si conferma la non applicabilità delle riduzioni previste all'art.97 comma 7 del D.Lgs. 50/2016”.*

Con la conseguenza che, a fronte dell'inequivoco tenore letterale del Disciplinare di gara, la ricorrente principale non avrebbe avuto altra possibilità che prestare cauzione provvisoria nelle modalità previste dalla *lex specialis*, ovvero darsi carico di impugnarla tempestivamente, senza

attendere il provvedimento di esclusione, avente contenuto vincolato.

Quand'anche la clausola fosse stata nulla, essa avrebbe dovuto essere immediatamente impugnata; né la tardività dell'impugnativa della *lex specialis* potrebbe essere aggirata invocando il soccorso istruttorio (avendo l'operatore economico volutamente costituito una cauzione di importo difforme da quello previsto dal disciplinare di gara) né facendo richiamo alla normativa in tema di tassatività delle clausole di esclusione, a fronte di una procedura selettiva assoggettata alla disciplina dei settori speciali ex art. 114 D.Lgs. n. 50/2016, ove la stazione appaltante ha inteso espressamente escludere -nella propria discrezionalità- l'applicazione dei benefici di cui all'art.93, comma 7, del D.Lgs. 50/2016.

6. Si è costituito EAV, ribadendo i fatti alla base del ricorso e chiedendone il rigetto.

Con la clausola in esame, nell'esercizio dell'ampia discrezionalità che la legge gli riconosce quale ente aggiudicatore operante nei settori speciali, EAV ha inteso richiedere la prestazione di una garanzia provvisoria adeguata al valore e all'entità della procedura (circa mezzo miliardo di euro), al fine di garantire la serietà dell'offerta e di coprire il rischio della mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario, tenuto anche conto dell'obiettivo di interesse pubblico di sottoscrivere il contratto entro il 30 giugno 2023, pena la revoca dei finanziamenti PNRR.

6.1. Preliminarmente, dopo essersi opposto alla concessione della misura cautelare, EAV ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per tardività in quanto, nella prospettazione di Titagarh, avrebbe assunto carattere immediatamente escludente la clausola del disciplinare che non consentiva a Titagarh di applicare alla garanzia provvisoria le riduzioni previste dall'art. 93, co. 7, del Codice.

6.2. Nel merito, ha contestato le prospettazioni della ricorrente.

7. Si è costituito il MIT, con memoria formale.

8. Con memoria depositata in vista della c.c., la ricorrente ha eccepito l'inammissibilità del ricorso incidentale in quanto l'interventore *ad opponendum* non sarebbe legittimato a proporlo.

Ha poi prospettato che il riferimento del Disciplinare fosse esclusivamente ai commi da 1 a 7 dell'art. 93 e non al comma 8, sicché il ricorso incidentale sarebbe inammissibile.

9. Anche l'interventore/ricorrente incidentale ha depositato memoria, replicando alla dedotta eccezione di inammissibilità del ricorso incidentale, in quanto la circostanza di fatto dell'essere la Stadler l'unico concorrente rimasto in gara, le attribuisce la qualità di controinteressato, sul piano sostanziale prima ancora che formale, sussistendo un interesse qualificato al mantenimento dell'utilità riconosciuta dal provvedimento, di natura eguale e contraria a quello azionato dalla ricorrente.

La Stadler, proprio per esigenze di celerità e concentrazione, tipici del c.d. "rito appalti", e considerando che la commessa è assistita da finanziamenti del Piano Nazionale di ripresa e

resilienza (PNRR), ha inteso doverosamente far valere una questione di diritto che sarebbe comunque venuta in rilievo, o attraverso ricorso incidentale (a seguito di impugnativa, da parte di Titagarh del provvedimento di aggiudicazione dell'accordo quadro in favore di Stadler Rail) ovvero attraverso ricorso principale (in ipotesi di riammissione alla gara della Titagarh e di aggiudicazione in favore di quest'ultima dell'accordo quadro).

10. Alla camera di consiglio del 9 maggio 2023, fatto avviso a verbale alle parti della possibile decisione della controversia con sentenza in forma semplificata, e ribadita la possibile declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, già eccepita dalle resistenti nelle rispettive memorie, la causa è stata trattenuta in decisione.

11. Si rende doverosa la decisione in forma semplificata ex art. 120 comma 6 c.p.a., in ragione della tipologia di procedura, che risulta interamente finanziata con fondi a valere sul Fondo complementare al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ("PNRR"), stanziati con il DM n. 363 del 23 settembre 2021 e con il DM n. 319 del 9 agosto 2021.

Entrambe le fonti di finanziamento, in coerenza con la disciplina legislativa presupposta, impongono ad EAV di assumere l'obbligazione giuridicamente vincolante (i.e. di sottoscrivere il contratto con l'aggiudicataria) entro il 30 giugno 2023, pena la revoca del finanziamento (cfr. art. 6, co.1 e All. 1, p. 7 DM 363/2021; art. 3, co. 4 DM 319/2021).

La rapidità della decisione è, dunque, essenziale.

12. Il ricorso principale è inammissibile, in quanto la Titagarh Firema non ha tempestivamente impugnato la clausola del Disciplinare di gara (doc. 5 prod. EAV), immediatamente lesiva, che a p. 9-10, al punto 3) della "Documentazione amministrativa", ha previsto la prestazione di una "*CAUZIONE PROVVISORIA, pari al 2% dell'importo complessivo posta a base di gara, rilasciata ai sensi dell'art. 93 del D.Lgs 50/2016. Non sono applicabili le riduzioni previste all'art. 93 comma 7 [...]*".

Nonostante il provvedimento di esclusione sia stato impugnato più che tempestivamente (il ricorso è stato presentato dopo soli tre giorni dalla decisione della stazione appaltante) - con una tempistica che, sia pur irrilevante sul piano giuridico, corrobora l'eccezione sollevata da entrambe le parti resistenti in ordine alla consapevolezza di Titagarh che sarebbe stata esclusa laddove avesse presentato, *come ha fatto*, una cauzione provvisoria auto-ridotta del 70% - il Collegio rileva come il contenuto del ricorso, pur aggredendo " formalmente" la decisione di esclusione dell'11.4.2023, "sostanzialmente" mira a censurare la disposizione del Disciplinare relativa alla cauzione provvisoria, che ne vietava la riduzione nei casi previsti dall'art. 93 comma 7 del Codice dei contratti.

12.1. In relazione a tale (unica) doglianza, il ricorso va considerato, *ab origine*, tardivo.

Il bando di gara (doc. 2 prod. EAV) è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. 2023/S 027-079257 in data 7.2.2023, e, come si evince dal verbale di gara n. 1 del 30.3.2023 (doc. 9 prod. EAV) *sulla G.U.R.I. n.18 del 13.2.2023* nonché per estratto su n. 2 quotidiani nazionali e n. 2 quotidiani locali, sul sito Internet

https://app.albofornitori.it/alboeproc/albo_eav e sul sito del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti.

Nel bando, al punto I.3), era testualmente previsto che “*Comunicazione. I documenti di gara sono disponibili per un accesso gratuito, illimitato e diretto presso: https://app.albofornitori.it/alboeproc/albo_ea”.*

alboeproc/albo_ea”.

Da ciò consegue che dal 7.2.2023, gli operatori economici hanno avuto accesso ai documenti, tra cui il Disciplinare di gara, avendo a disposizione un congruo termine per presentare le offerte (28.3.2023) e, naturalmente, per impugnare le clausole asseritamente lesive.

Poiché il contenuto del provvedimento di esclusione è meramente riproduttivo di quello del Disciplinare (che vietava espressamente il versamento della cauzione provvisoria in misura ridotta) e considerando che il ricorso principale è incentrato su un'unica doglianza, rivolta esclusivamente a censurare la violazione – da parte di EAV – dell'art. 93 comma 7 del Codice dei contratti, violazione riconducibile nel contenuto al Disciplinare di gara, è di palmare evidenza che la clausola contestata era da considerare immediatamente lesiva, e avrebbe dovuto essere impugnata tempestivamente nel termine di trenta giorni dalla sua pubblicazione, ai sensi dell'art. 120, co. 5 c.p.a. (che fa riferimento alla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, del d.lgs. 50 del 2016): nel caso di specie, quindi, dal 13.2.2023, data di pubblicazione del bando in G.U.R.I.

Il ricorso, invece, è stato notificato solamente il 14.4.2023, con una tempestività formalmente valida rispetto al provvedimento di esclusione, ma non tale rispetto alla conoscenza legale del Disciplinare (unico atto veramente lesivo).

12.2. Il Collegio precisa che la lesività della clausola *non* è da collegarsi al carattere cd. escludente della clausola medesima, in quanto, per giurisprudenza costante e consolidata, è tale quella “impeditiva della partecipazione alla gara” o comunque talmente gravosa, sproporzionata e irragionevole da rendere incongruamente difficoltosi o addirittura impossibili o la partecipazione medesima, o il calcolo di convenienza tecnica ed economica, o la convenienza oggettiva del contratto (sul punto basti leggere, tra le più recenti, Cons.St., V, 5 agosto 2022, n. 6934, che richiama il proprio precedente del 3.2.2021, n. 972; nonché T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 4.10.2022, n.2178). In tutti gli altri casi, la lesione assume i caratteri della concretezza e dell'attualità soltanto a conclusione della gara (*ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 4.3.2019, n. 1491), con ciò comportando la tempestività di una impugnazione della *lex specialis* unitamente al provvedimento lesivo, scongiurandosi così la declaratoria di inammissibilità del ricorso.

Tuttavia, la regola della impugnazione congiunta dell'atto presupposto e dell'atto applicativo subisce eccezioni laddove l'atto presupposto arrechi alla parte una lesione immediata, e questo in base al basilare principio del processo amministrativo dell'interesse a ricorrere concreto ed attuale.

In casi simili, il Consiglio di Stato ha chiarito come “a fronte di tali previsioni della *lex specialis*,

non può ritenersi che non sussistesse alcun interesse in capo alla ricorrente ad impugnare in tale fase gli atti di gara, sorgendo piuttosto detto interesse solo in via eventuale e successiva, per effetto della disposta aggiudicazione a suo favore e dell'adozione, in ipotesi, di un provvedimento di esclusione [...] L'esclusione non costituiva, infatti, ipotesi meramente eventuale e astratta (al cui verificarsi sarebbe, dunque, sorto l'interesse e la legittimazione al ricorso da parte dell'impresa, che non vedeva comunque realmente preclusa la sua partecipazione al confronto competitivo), ma conseguenza negativa necessitata e ineludibile, stante la conclamata, assoluta e oggettiva impossibilità di conseguire il requisito richiesto, senza che fosse perciò necessario partecipare alla gara per contestarne poi gli atti indittivi unitamente agli esiti" (Cons. St., sez. V, 27.7.2020, n. 4758) (vedi anche (TAR Lombardia-Milano, Sez. IV, 10.11.2017, n. 2126).

12.2.1. Nel caso oggetto del presente giudizio, la ricorrente ha impugnato il Disciplinare quale presupposto del provvedimento di esclusione ma, come emerge chiaramente dal contenuto del ricorso (considerato unitamente al contenuto del provvedimento impugnato e dei Chiarimenti forniti dall'EAV ai quesiti degli operatori economici, come si illustrerà *infra*), ha rivolto l'unica doglianza verso la clausola del Disciplinare (obbligatoriamente applicata dalla stazione appaltante) che vietava ai concorrenti di ridurre il *quantum* della cauzione provvisoria.

Pertanto, la lesività della clausola della *lex specialis* va collegata direttamente all'interesse facente capo alla società Titagarh, che era – e si è dimostrato anche dopo – unicamente quello di presentare un'offerta non garantita da una cauzione provvisoria di ammontare eccessivo (proporzionata al grande valore dell'appalto), comunque non conforme alle prescrizioni che l'EAV aveva, nella sua discrezionalità, ritenuto di adottare sin dalla pubblicazione degli atti di gara.

È quindi irrilevante che i contenuti del Disciplinare redatto dall'EAV fossero giusti o sbagliati, che l'EAV potesse decidere di applicare o meno l'art. 93 comma 7 d.lgs. 50 del 2016, che la clausola in questione fosse da considerare nulla o meno: queste censure, variamente articolate nel ricorso introduttivo e ribadite nella memoria difensiva, avrebbero dovuto essere prospettate – nei termini di legge – contro il Disciplinare di gara, in quanto già direttamente lesive della posizione giuridica soggettiva della concorrente interessata a partecipare alla gara.

Esse sono state rivolte contro il provvedimento di esclusione quando già la lesione si era concretizzata.

Il Collegio evidenzia che è il contenuto del ricorso in sé a determinare, nel caso concreto e nei fatti, la certezza della lesività della clausola della *lex specialis*, ancorandola all'onere di parte di tempestiva impugnazione.

A ragionare diversamente, e applicando in astratto l'insegnamento della giurisprudenza amministrativa che tende a considerare l'impugnazione immediata del bando come una eccezione (in quanto al momento dell'avvio della procedura, di regola, la lesione per il soggetto concorrente è potenziale, assumendo la stessa i caratteri della concretezza e dell'attualità, di norma, soltanto a conclusione della gara), si lascerebbe alla parte privata il controllo dei termini per la proposizione del ricorso anche nei casi in cui – come nel caso di specie – è

dimostrabile, nei fatti, che la lesione era con certezza riconducibile al contenuto della *lex specialis*, in quanto il provvedimento di esclusione non ha natura innovativa o concretamente lesiva, né tantomeno discrezionale, trattandosi di decisione vincolata.

La scelta di non agire tempestivamente è certamente stata fatta dall'operatore economico in totale consapevolezza, accettando il rischio di essere destinatario di un provvedimento di esclusione meramente confermativo, nella sostanza oltre che nella forma, dei contenuti della *lex specialis*.

Ciò è evidente dalla lettura combinata di ricorso e atti di gara (Disciplinare, Chiarimenti, provvedimento di esclusione).

12.3. Peraltro, la consapevolezza del carattere lesivo della clausola sulla cauzione provvisoria, è confermato dalla circostanza – evidenziata da entrambe le resistenti – che la Titagarh abbia richiesto un apposito “chiarimento” alla stazione appaltante, in base alla procedura prevista nel Disciplinare a pag. 8 (RICHIESTA DI CHIARIMENTI E COMUNICAZIONI), che consentiva di *“ottenere chiarimenti sulla presente procedura esclusivamente mediante la proposizione di quesiti scritti da inoltrare sulla piattaforma telematica Net4Market in cui si svolge la procedura di gara, entro le ore 13:00 del 13/03/2023”*.

Come può evincersi dal contenuto del Quesito n. 1, all'EAV è pervenuta una richiesta di chiarimenti così formulata: *“ Il Disciplinare di Gara al punto 3) del paragrafo intitolato “Documentazione amministrativa” così dispone inter alia: “CAUZIONE PROVVISORIA pari al 2% dell'importo complessivo posto a base di gara, rilasciata ai sensi dell'art. 93 del D.l.g.s 50/2016. Non sono applicabili le riduzioni previste all'art. 97 comma 7”. Si chiede di voler chiarire se la non applicabilità alla CAUZIONE PROVVISORIA delle riduzioni di cui al comma 7 dell'art. 97 del D.lg. 50/2016 costituisca un mero errore materiale atteso che tale norma, nel prevedere una serie di fattispecie che danno diritto alla riduzione della cauzione non appare in quanto tale derogabile; e ciò, senza peraltro considerare che una sua deroga non potrebbe trovare adeguata giustificazione trattandosi di prescrizione limitativa dei principi generali di proporzionalità e di più ampia partecipazione alle gare pubbliche.”* (doc. 6 prod. EAV).

Nella memoria difensiva a pag. 2, l'EAV ha affermato di aver ribadito il divieto di riduzione della cauzione provvisoria *“anche in risposta ad apposita richiesta di chiarimenti presentata proprio da Titagarh”*.

La circostanza che il Quesito (astrattamente anonimo) provenisse proprio dalla odierna ricorrente è, pertanto, incontestata.

Questo conferma che la Titagarh era pienamente consapevole della lesività della clausola al più già alla data del 13.3.2023, quindi, in ritardo rispetto alla proposizione di un ricorso contro la *lex specialis* che avrebbe dovuto essere proposto entro il 12.3.2023, in quanto i 30 giorni ex art. 120 comma 5 c.p.a. per impugnare gli atti di gara considerati lesivi, decorrevano dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, del d.lgs. 50 del 2016 (quindi, come detto, dal 13.2.2023, data di pubblicazione del bando in G.U.R.I.).

12.4. A diversa conclusione non può, del resto, condurre neppure la qualificazione in termini di nullità del vizio dedotto dalla ricorrente.

Nel ricorso – evidentemente al fine di scongiurare la declaratoria di inammissibilità – Titagarh tenta di ricondurre la clausola contestata ad una “clausola escludente atipica”, come tale nulla ex art. 83, co. 8, del Codice.

Si è però chiarito che la ragione della declaratoria di inammissibilità risiede nella mancata impugnazione di un atto lesivo *ab origine*, non nella natura della clausola.

Peraltro, come ha ricordato l'EAV nella propria memoria difensiva, il Consiglio di Stato ha chiarito che “quanto poi alla ritenuta violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara: [...] a) la garanzia provvisoria è parte essenziale e integrante dell'offerta e dunque insuscettibile di soccorso istruttorio (meccanismo questo pure invocato dalla difesa di parte appellante); b) la carenza di un simile requisito dell'offerta, essenziale secondo la legge di gara, giustifica l'esclusione senza violazione del suddetto principio di tassatività delle relative cause. Di qui la legittima previsione, nell'ambito della *lex specialis*, dell'esclusione dalla procedura in caso di invalidità della suddetta documentazione a corredo essenziale dell'offerta” (Cons. St., Sez. V, 28.6.n. 5347).

12.5. Per le ragioni suesposte, neppure è ammissibile che la riapertura dei termini di impugnazione sia effetto della invocazione (peraltro, in via subordinata e neppure troppo convinta) dell'assenza di soccorso istruttorio nell'ambito della procedura di gara.

Oltre a ribadire quanto già illustrato *supra*, il Collegio ricorda che la garanzia provvisoria non attiene ai requisiti di partecipazione ma è parte essenziale dell'offerta, con la conseguenza che l'evidente difformità della garanzia rispetto allo schema legale delineato nella *lex specialis* determina l'invalidità dell'offerta e ne giustifica l'esclusione, senza possibilità di attivare il soccorso istruttorio, al di fuori delle ipotesi delle carenze formali (es. mancata allegazione del documento costituito comunque in data antecedente il termine di scadenza dell'offerta; incertezza obiettiva sull'importo della garanzia, ecc); condizioni che, nel caso di specie, chiaramente non ricorrono.

13. Non può ritenersi che la ricorrente principale sia in termini per presentare il ricorso rispetto al citato “chiarimento” fornito dall'EAV il 16.3.2023.

Il Quesito presentato – come detto – dalla stessa ricorrente, è meramente riproduttivo (peraltro, con un errore di scrittura, si fa riferimento all'art. 97 anziché all'art. 93, errore ripetuto in buona fede dall'EAV nella risposta) del contenuto del Disciplinare e volutamente capzioso, non costituendo un vero “quesito”: infatti, paventando quello che la disposizione, chiaramente, non poteva essere (ossia, un “errore materiale”), la Titagarh si è fornita da sola la risposta e ha confermato, in questo modo, la consapevolezza della lesività della clausola.

La risposta di EAV è stata aderente al contenuto “formale” del Quesito: “*Risposta 1 - Si conferma la non applicabilità delle riduzioni previste all'art.97 comma 7 del d. Lgs. 50/2016*”.

Trattasi di atto meramente confermativo, in quanto la stazione appaltante ha ribadito – senza aggiungere nuovi elementi e senza indugiare sul tenore della domanda – il mero contenuto della clausola sulla cauzione provvisoria.

Peraltro, per giurisprudenza costante anche di questa Sezione, deve escludersi che l'Amministrazione, a mezzo di chiarimenti, possa modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della *lex specialis*; i chiarimenti sono invero ammissibili se contribuiscono, con una operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la *ratio*, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato e una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 30.9.2022, n.6022).

14. In conclusione, il ricorso principale va dichiarato inammissibile.

15. Ai soli fini della liquidazione delle spese (e, in particolare, del rimborso del contributo unificato), si ritiene ammissibile il ricorso incidentale proposto dall'interventore *ad opponendum*.

Al soggetto che abbia legittimamente spiegato intervento nel processo devono certamente essere riconosciute le spese legali in caso di vittoria, in quanto la presenza di tale soggetto nel giudizio è chiaramente del tutto legittima e rituale.

Il ricorso incidentale proposto dall'interventore è comunque possibile laddove, come nel caso di specie, esso assuma la veste di controinteressato sostanziale, posto che – anche se il ricorso principale va a gravare un provvedimento di esclusione – in una gara a due concorrenti, con un unico operatore rimasto, è legittima la presenza nel giudizio del concorrente superstite, anche se non intimato, e di conseguenza è pienamente legittima la liquidazione – oltre che delle spese di lite per l'intervento – anche del rimborso del contributo unificato versato per la proposizione del ricorso incidentale.

La circostanza di fatto dell'essere la Stadler l'unico concorrente rimasto in gara, le attribuisce la qualità di controinteressato, sul piano sostanziale prima ancora che formale, sussistendo un interesse qualificato al mantenimento dell'utilità riconosciuta dal provvedimento, di natura eguale e contraria a quello azionato dalla ricorrente.

16. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo, salvo compensazione con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che si è costituito solo formalmente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna Titagarh Firema S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento delle spese processuali in favore di Ente Autonomo Volturno S.r.l., e di Stadler Rail Valencia S.A., che liquida in euro 2000,00 cadauno, oltre accessori di legge e contributo unificato come da motivazione.

Compensa le spese con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2023.