Pubblicato il 09/05/2025

N. 04036/2025REG.PROV.COLL.
N. 08629/2024 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8629 del 2024, proposto in relazione alla procedura CIG 9970653B23, 9970654BF6 da

Ldp Strade S.r.l. in proprio e nella qualità di mandataria capogruppo del Rti, Proto Giuseppe S.a.s. in qualità di mandante del Rti, Cn Servizi S.r.l. in qualità di mandante del Rti, Sir S.p.A. in qualità di mandante del Rti, Sicurstrade 2000 S.r.l. in qualità di mandante del Rti, La Magia S.r.l. in qualità di mandante del Rti, Edilstrade Minturno S.r.l. in qualità di mandante del Rti, Hydro Adc S.r.l. in qualità di mandante del Rti, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Annalisa Di Giovanni, Eugenio Picozza, con domicilio eletto presso lo studio della prima di essi in Roma, via Antonio Salandra n. 34;

contro

Autostrade per l'Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Guccione, Adriano Cavina, con domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Roma, via Sardegna n. 50;

nei confronti

Avr S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Roma, piazza San Bernardo n. 101;
Ambiente Lavori S.r.l. in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del Rti, Selva Candida S.r.l. in proprio e nella qualità di mandante del Rti, Ecoservizi S.r.l. in proprio e nella qualità di mandante del Rti, Società Appalti Lavori e Costruzioni S.p.A. "S.A.L.C." in proprio e nella qualità di mandante del Rti, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta) n. 18237/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrade per l'Italia S.p.A. e di Avr S.p.A.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2025 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Di Giovanni, Picozza, Guccione e Vagnucci;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte su una gara per la conclusione di un accordo quadro per la manutenzione delle tratte autostradali di competenza ASPI (contratto misto di lavori e servizi a prevalenza di questi ultimi). Più in particolare: la durata dell'appalto è prevista in 24 mesi, con opzione di proroga di ulteriori 24 mesi; la gara, suddivisa in 22 lotti territoriali, era finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per ogni singolo lotto con un numero massimo di 2 operatori economici (multi-operatore); in termini procedurali si applicava il meccanismo della c.d. "inversione procedimentale" (prima la valutazione delle offerte e poi la verifica della documentazione amministrativa per i primi due classificati).

L'odierna appellante veniva esclusa dalla gara (in particolare dai lotti 13 e 14), pur dopo essere risultata idonea e seconda classificata in seguito alla apertura delle offerte (prima classificata AVR per entrambi i lotti), e ciò in quanto non aveva prodotto la garanzia provvisoria (la stazione appaltante non aveva ritenuto sufficiente la presentazione della sola cauzione definitiva). Più in particolare: a) dopo la valutazione delle offerte (cui non seguiva in ogni caso alcuna proposta di aggiudicazione) si apriva la fase della verifica amministrativa e la stazione appaltante si avvedeva della mancata allegazione della "garanzia provvisoria" da parte della odierna appellante (si anticipa sin da subito che, in occasione della apertura della suddetta fase della verifica amministrativa la stazione appaltante, in un'ottica meramente acceleratoria, aveva chiesto agli operatori di inviare altresì i documenti propedeutici alla stipulazione del contratto e, tra questi, anche la garanzia definitiva); a) a seguito di soccorso istruttorio, con cui la stessa stazione appaltante chiedeva alla odierna appellante di produrre entro 10 giorni la suddetta garanzia provvisoria, LDP dava riscontro allegando la sola garanzia definitiva e ritenendo superflua (ossia "inutile e sproporzionata", alla luce dell'ordinamento eurounitario) la garanzia provvisoria; c) di qui la decisione di esclusione di LDP sia per la mancata costituzione della garanzia provvisoria, sia per la mancata consegna della stessa garanzia (con data certa anteriore a quello del termine di scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara) a seguito di soccorso istruttorio.

2. Il provvedimento di esclusione veniva impugnato dinanzi al TAR il quale rigettava il ricorso per le seguenti ragioni:

2.1. La garanzia provvisoria costituisce elemento essenziale dell'offerta la cui mancanza produce esclusione automatica dalla gara senza per questo contravvenire al principio di tassatività delle cause di esclusione;

2.2. Il soccorso istruttorio, onde sopperire alla mancata produzione di tale documento, è possibile soltanto allorché la garanzia provvisoria rechi data certa anteriore al termine di scadenza delle domande di partecipazione alla

gara [possibilità, questa, adesso espressamente prevista dall'art. 101, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 36 del 2023];

2.3. La adozione di una simile decisione di esclusione in una fase procedimentale successiva (apertura offerte economiche) a quella virtualmente deputata (verifiche preliminari) costituisce vizio formale ininfluente, ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, trattandosi peraltro di attività vincolata;

2.4. La presentazione della garanzia definitiva, in luogo di quella provvisoria, non potrebbe sortire effetti sostitutivi data la ontologica differenza e infungibilità tra i due meccanismi: la garanzia definitiva assicura l'esecuzione della commessa; la garanzia provvisoria la eventuale mancata stipula del contratto.

3. La sentenza di primo grado formava oggetto di appello per erroneità nella parte in cui non avrebbe rilevato:

3.1. La violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Ciò anche alla luce dell'art. 10 del decreto legislativo n. 36 del 2023 e degli artt. 94 e 95 dello stesso codice, espressamente e rispettivamente riservati alle cause automatiche ed a quelle non automatiche di esclusione dalla gara. Il giudice di primo grado si sarebbe dunque "appiattito" su un orientamento risalente alle disposizioni del vecchio codice dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 50 del 2016);

3.2. La illegittima applicazione del meccanismo della "inversione procedimentale" laddove l'esclusione per mancata presentazione della garanzia provvisoria è stata disposta soltanto in esito alla apertura ed al relativo esame delle buste dell'offerta tecnica e di quella economica, ossia in un momento in cui la appellante – essendo risultata seconda ossia tra i soggetti utilmente collocati in graduatoria – avrebbe ormai acquisito un diritto soggettivo alla sottoscrizione del relativo contratto (o di più contratti, trattandosi di appalto quadro);

3.3. Il superamento della garanzia provvisoria mediante produzione di quella definitiva, e ciò anche in ossequio al principio del risultato di cui all'art. 1 del nuovo codice dei contratti in applicazione del quale la funzione della prima garanzia ben potrebbe essere svolta, altresì, dalla seconda garanzia: in siffatta direzione, anche la garanzia definitiva costituirebbe altresì "impegno formale … ad addivenire alla stipula del contratto". Dunque "il suo deposito "assorbe" in tutto e per tutto la garanzia provvisoria" (pag. 18 atto di appello introduttivo). Detto altrimenti, si assisterebbe alla violazione del principio di risultato di cui all'art. 1 del codice dei contratti;

3.4. Violazione delle norme sul soccorso istruttorio anche in funzione di quanto già espresso nei precedenti motivi: la garanzia provvisoria costituisce elemento accessorio dell'offerta e la sua funzione, nel caso di specie, sarebbe stata sostanzialmente svolta dalla prestazione della garanzia definitiva (pag. 24 atto di appello introduttivo);

3.5. Violazione dei principi sul legittimo affidamento nella parte in cui l'offerta di LDP era stata ritenuta idonea anche mediante presentazione della sola garanzia definitiva;

3.6. Violazione dei principi di buona fede e trasparenza. E ciò nella parte in cui la stazione appaltante avrebbe prima chiesto a LDP sia la cauzione definitiva, sia il rinnovo dell'offerta per poi estrometterla dalla gara. Conseguente responsabilità precontrattuale della PA;

3.7. Veniva riproposta istanza risarcitoria;

3.8. Inoltre veniva chiesta la rimessione della questione alla Adunanza plenaria;

3.9. Infine veniva chiesta la disapplicazione della normativa interna, per contrasto con le direttive eurounitarie le quali non richiedono la prestazione di una garanzia provvisoria a pena di esclusione, e comunque la rimessione alla Corte di giustizia UE per la violazione dei principi eurounitari in materia di proporzionalità e di libera concorrenza nella parte in cui la normativa interna

prevede un simile meccanismo espulsivo in caso di mancata costituzione della garanzia provvisoria.

4. Si costituivano in giudizio l'appellata società autostradale nonché l'intimata società aggiudicataria della commessa, entrambe per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione. Entrambe riproponevano *ex* art. 101, comma 2, c.p.a., le eccezioni di rito sollevate in primo grado e non altrimenti vagliate dal TAR Lazio. Più in particolare:

4.1. ASPI riproponeva eccezione di inammissibilità in quanto non era stato impugnato anche il bando-tipo n. 1 di ANAC il quale prevede proprio la costituzione della garanzia provvisoria "a pena di esclusione";

4.2. AVR riproponeva eccezione di irricevibilità per omessa tempestiva impugnazione della clausola del disciplinare il quale prevedeva l'esclusione dalla gara per omessa allegazione della suddetta garanzia provvisoria.

5. Alla pubblica udienza del 6 marzo 2025 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

6. Tutto ciò premesso, si prescinde anche in questa sede dalle riproposte eccezioni di rito poiché l'appello è comunque infondato, nel merito, e deve dunque essere rigettato per le ragioni di seguito indicate.

7. Con il primo motivo si lamenta la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Ciò anche alla luce dell'art. 10 del decreto legislativo n. 36 del 2023 e degli artt. 94 e 95 dello stesso codice, espressamente e rispettivamente riservati alle cause automatiche ed a quelle non automatiche di esclusione dalla gara, le quali non prevedono tra le cause espulsive anche la mancata costituzione della "garanzia provvisoria". Il giudice di primo grado si sarebbe dunque "appiattito" su un orientamento risalente alle disposizioni del vecchio codice dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 50 del 2016). Il motivo non può essere condiviso per le seguenti ragioni:

7.1. Questa la giurisprudenza che si era formata sotto il previgente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016:

7.1.1. *"La garanzia provvisoria - destinata a coprire la "mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione" per fatto non imputabile alla stazione appaltante (cfr. art. 93, comma 6, D.Lgs. n. 50 del 2016) - non costituisce un elemento formale ma, in quanto posta a "corredo" dell'offerta (cfr. art. 93, comma 1), deve ritenersi "afferente" alla stessa e non alla documentazione relativa alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione"*. Pertanto: *"la carenza di uno degli elementi dell'offerta ritenuti essenziali dalla lex specialis ben legittima l'esclusione dell'offerta difettosa, senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di tassatività delle cause d'esclusione di cui all'art. 83, comma 8, D.Lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2020, n.960; Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2019, n. 1247; 30 aprile 2018, n. 2587; 14 aprile 2016, n. 1494)"*.Ed ancora: *"Alla stregua di tale indirizzo giurisprudenziale pertanto in estrema sintesi: a) la garanzia provvisoria è parte essenziale e integrante dell'offerta; 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"*. In siffatta direzione: *"Funzione essenziale della garanzia provvisoria è infatti quella di assicurare la serietà e l'affidabilità dell'offerta "a garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche" (cfr. ex multis Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2014 n. 4733), di tal che va acquisita come "parte essenziale ed integrante dell'offerta" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2021, n. 804), con il corollario che sua mancata presentazione (o la omessa od inadeguata integrazione) rappresenta di per sé legittima causa di esclusione dalla gara, anche in assenza di una specifica comminatoria in tal senso (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2021, n. 2483)"* [Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2024, n. 4984)];

7.1.2. *"Sebbene l'art. 93 cit. non contenga una esplicita comminatoria di esclusione, tuttavia non può sostenersi che la clausola sia nulla per effetto del contrasto con il principio della tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici citato. La specifica norma di rango legislativo in tema di garanzia provvisoria, sopra richiamata, detta una prescrizione la quale, sebbene il suo inadempimento non sia*

testualmente presidiato dalla sanzione espulsiva, rientra tra le norme che contemplano una causa di esclusione; e ciò alla luce dell'orientamento espresso sul punto dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato con riguardo alla originaria introduzione nell'ordinamento del principio di tassatività delle cause di esclusione, dovuto all'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, disposizione attualmente contenuta all'art. 83, comma 8 cit. , secondo cui fra le cause di esclusione previste dalla disciplina sui procedimenti di affidamento di contratti pubblici rientrano non solo le ipotesi di violazione di prescrizioni imposte dal Codice dei contratti pubblici o da altre leggi, le quali prevedono espressamente, quale conseguenza della violazione, l'esclusione dalla gara, ma anche quelle norme che impongano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto, pur senza prevedere espressamente l'esclusione (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 7 giugno 2012, n. 21; id. 16 ottobre 2013, n. 23; id. 25 febbraio 2014, n. 9)". In particolare: *"con la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014, è stato sottolineato come 'l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale (...) la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano 'adempimenti doverosi' o introducano, comunque, 'norme di divieto' pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del numerus clausus (...) la tassatività può ritenersi rispettata anche (...) allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti a una gara"*. Pertanto: *"L'art. 93 comma 1 cit., data la sua struttura e funzione, impone a pena di esclusione la presentazione della garanzia provvisoria"*.

7.2. Un simile indirizzo deve trovare conferma anche alla luce del nuovo codice dei contratti di cui al decreto legislativo n. 36 del 2023 dal momento che:

a) L'art. 106, comma 1 (secondo cui: *"L'offerta è corredata da una garanzia provvisoria pari al 2 per cento del valore complessivo della procedura indicato nel bando o nell'invito"*) contiene una formulazione del tutto simile a quella di cui all'art. 93, comma 1, del vecchio codice dei contratti (secondo cui: *"L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria" pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente"*). Ne consegue che: in entrambe le ipotesi normative la

garanzia provvisoria è obbligatoriamente prevista a corredo (ossia a completamento) dell'offerta; in entrambi i casi viene utilizzato il verbo indicativo presente ("è corredata") il quale costituisce come noto sintomo di obbligatorietà anche alla luce delle regole del *drafting* normativo (cfr. Circolare PCM 2 maggio 2001, e in particolare il paragrafo 1.8. secondo cui: *"Il modo verbale proprio della norma giuridica è l'indicativo presente, modo idoneo ad esprimere il comando"*). In questa direzione la disposizione di cui all'art. 106, comma 1, del nuovo codice dei contratti continua pertanto a configurare la costituzione della "garanzia provvisoria" alla stregua di *adempimento doveroso* (Plenaria n. 9 del 2014) la cui mancanza dà luogo a legittima esclusione dalla gara in ossequio al principio di tassatività delle cause di esclusione;

b) il principio di tassatività delle cause di esclusione era del resto vigente anche in costanza del vecchio codice dei contratti (art. 83, comma 8, il quale reca una formulazione non dissimile rispetto a quella di cui all'art. 10 del nuovo codice dei contratti);

c) analogamente agli artt. 94 e 95 del codice attuale, neppure l'art. 80 del vecchio codice dei contratti (dedicato per l'appunto ai "Motivi di esclusione") prevedeva tra le cause espulsive la omessa costituzione della garanzia provvisoria;

7.3. Come questa sezione ha già avuto modo di osservare (si veda sul punto Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 2024, n. 7113), gli artt. 94 e 95 del codice non esauriscono pertanto il quadro delle fattispecie escludenti, dovendosi ad esse aggiungere tutte quelle disposizioni codicistiche le quali prevedono, in qualche misura, "adempimenti doverosi" a carico dei concorrenti;

7.4. Alla luce delle predette considerazioni, l'esclusione per assenza di garanzia provvisoria non si pone dunque in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione. Trova allora conferma il precedente indirizzo secondo il quale la costituzione della garanzia provvisoria va considerato alla stregua di elemento essenziale dell'offerta la cui eventuale assenza determina

una legittima causa di esclusione dalla gara, anche in assenza di una specifica comminatoria in tal senso;

7.5. Lo specifico motivo di appello deve per tali ragioni essere respinto.

8. Con il secondo motivo di appello (sub 3.2. della parte in fatto) si lamenta la illegittima applicazione del meccanismo della "inversione procedimentale" laddove l'esclusione per mancata presentazione della garanzia provvisoria è stata disposta soltanto in esito alla apertura ed al relativo esame delle buste dell'offerta tecnica e di quella economica, ossia in un momento in cui la appellante – essendo risultata seconda ossia tra i soggetti utilmente collocati in graduatoria – avrebbe ormai acquisito un diritto soggettivo alla sottoscrizione del relativo contratto (o di più contratti, trattandosi di appalto quadro). In questa stessa direzione la richiesta di presentazione della garanzia definitiva, con nota in data 19 marzo 2024, avrebbe costituito "espressione della volontà della SA di addivenire ad una esecuzione anticipata dell'appalto" (pag. 11 memoria in data 14 febbraio 2025).

Il motivo non può essere accolto in quanto il meccanismo della "inversione procedimentale" (prima la valutazione delle offerte e poi la verifica di idoneità mediante esame della documentazione amministrativa) costituisce strumento di mera semplificazione procedimentale (la verifica postuma della documentazione amministrativa viene infatti circoscritta ai soggetti utilmente collocati nella graduatoria formatasi a seguito di esame delle offerte: cfr. artt. 20 e 23 del disciplinare di gara) e come tale si rivela strumento inidoneo a sovvertire o anche solo a modificare le posizioni giuridiche soggettive che i singoli concorrenti vantano all'interno di quello che, per quanto soggetto a rimodulazione delle rispettive fasi, va pur sempre considerato alla stregua di procedimento amministrativo di gara.

Pertanto: da un lato simili posizioni continuano ad avere consistenza di interesse legittimo (e non di diritto soggettivo); dall'altro lato la suddetta inversione di certo non consente di evitare o pretermettere l'esame dei

requisiti e della documentazione da produrre obbligatoriamente a corredo dell'offerta.

Del resto, pretendere di verificare la sussistenza di una valida garanzia provvisoria prima dell'esame delle offerte equivarrebbe a svilire la funzione semplificatoria ed acceleratoria della suddetta "inversione procedimentale" di cui all'art. 107, comma 3, del nuovo codice.

Quanto invece alla richiesta della garanzia definitiva in data 19 marzo 2024, essa si accompagnava alla prioritaria richiesta della documentazione a comprova dei requisiti di partecipazione e dei criteri di valutazione. Con la stessa nota la stazione appaltante chiedeva infine anche la garanzia definitiva ma soltanto con finalità acceleratorie, ossia per poter già disporre di tutta la necessaria documentazione onde poter stipulare il contratto ma, beninteso, soltanto una volta verificata la completezza e la regolarità della documentazione amministrativa. L'obiettivo era dunque solo quello della "massima tempestività" della procedura nel suo complesso, e tanto proprio in ossequio a quanto previsto dall'art. 1 del codice dei contratti in tema di principio del risultato.

Alla luce di quanto sopra considerato, anche tale motivo deve pertanto essere rigettato.

9. Con il terzo motivo di appello (sub 3.3.) si evidenzia il superamento della garanzia provvisoria mediante produzione di quella definitiva, e ciò anche in ossequio al principio del risultato di cui all'art. 1 del nuovo codice dei contratti (in applicazione del quale la funzione della prima garanzia ben potrebbe essere svolta dalla seconda): in siffatta direzione, anche la garanzia definitiva costituirebbe altresì "impegno formale … ad addivenire alla stipula del contratto". Dunque "il suo deposito "assorbe" in tutto e per tutto la garanzia provvisoria" (pag. 18 atto di appello introduttivo). Osserva il collegio che la costituzione della garanzia definitiva non potrebbe considerarsi succedanea rispetto alla mancanza di garanzia provvisoria dal momento che:

9.1. Sul piano *formale*: la "garanzia provvisoria" opera sul piano pubblicistico e copre la mancata sottoscrizione del contratto nonché gli oneri di organizzazione sopportati dalla stazione appaltante. Tale istituto è governato dall'art. 106 del codice dei contratti il quale prevede che la garanzia provvisoria (prevista nel novero delle "Garanzie per la partecipazione alla procedura") è posta a corredo dell'offerta e *"copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario"*; la "garanzia definitiva" (come peraltro proprio quella prodotta in sede di gara dalla odierna appellante) opera invece sul versante privatistico e, in quanto tale, non copre anche la mancata sottoscrizione del contratto ma soltanto la fase ad essa successiva ossia il mancato adempimento degli obblighi esecutivi e contrattuali. Essa trova infatti disciplina nel diverso art. 117 del codice dei contratti il quale dispone che la suddetta garanzia viene costituita ai fini della *"sottoscrizione del contratto"* ed *"è prestata per l'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e per il risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse"*;

9.2. Sul piano *sostanziale*: ove si ammettesse un simile effetto sostitutivo tra garanzia definitiva e provvisoria, si creerebbe una grave disparità di trattamento tra operatori rispettosi delle prescrizioni di gara, i quali sopportano a tal fine oneri economici piuttosto rilevanti, ed operatori meno rispettosi degli oneri di gara che evitano tali maggiori costi e attendono opportunisticamente gli esiti della gara per sopportare i costi di una sola operazione contrattuale (ossia unicamente quelli da garanzia definitiva). Come correttamente evidenziato dalla difesa di ASPI, anzi, ove la garanzia provvisoria fosse sostituibile dalla garanzia definitiva (tesi di parte appellante) nei procedimenti sottoposti ad inversione la mancata costituzione e presentazione della garanzia provvisoria si tradurrebbe allora in una costante, da parte di ogni operatore, e ciò con conseguente *vulnus* per la stazione appaltante che sarebbe sempre esposta al rischio di contrarre con concorrenti inaffidabili;

9.3. In piena coerenza con il principio di risultato (di cui parte appellante lamenta la violazione), esigere senza eccezioni di sorta la garanzia provvisoria da parte di tutti i concorrenti, che in questo modo sarebbero maggiormente responsabilizzati (cfr. Corte di giustizia UE, sez. VIII, 26 settembre 2024, C-403 e C-404), consente anzi di raggiungere l'obiettivo della "massima tempestività" nella definizione della procedura di appalto (cfr. art. 1, comma 1, del decreto legislativo n. 36 del 2023) ossia di abbassare il grado di probabilità di assistere a possibili defezioni nella successiva stipula dei relativi contratti, da parte degli aggiudicatari, e dunque anche a possibili allungamenti della complessiva procedura di appalto;

9.4. Alla luce delle considerazioni che precedono, anche tale motivo deve pertanto essere rigettato in quanto la garanzia definitiva non potrebbe giammai essere ritenuta sostitutiva della garanzia provvisoria. Detto in altre parole, tra le due forme di garanzia non è possibile stabilire alcun rapporto di eventuale equipollenza in termini formali e sostanziali.

10. Con il quarto mezzo di gravame (sub 3.4.) si lamenta la violazione delle norme sul soccorso istruttorio sulla base della seguente declinazione impugnatoria: a) l'esclusione a seguito di soccorso istruttorio dovrebbe avvenire non per mero inadempimento documentale e procedimentale ma, piuttosto, per effettiva inidoneità dell'offerta presentata (pag. 23 atto di appello); b) la garanzia provvisoria costituirebbe elemento accessorio dell'offerta e la sua funzione, nel caso di specie, sarebbe stata sostanzialmente svolta dalla prestazione della garanzia definitiva (pag. 24 atto di appello introduttivo); c) la omessa considerazione di quanto appena evidenziato costituisce violazione del principio di risultato nonché di quello della fiducia reciproca (pagg. 21 e 22 atto di appello). Al riguardo osserva il collegio che:

10.1. Come sopra evidenziato, la garanzia provvisoria costituisce elemento non meramente accessorio ma essenziale e indefettibile dell'offerta, diretto ossia a responsabilizzare i singoli operatori nei confronti della pubblica amministrazione che impiega tempo e risorse per organizzare e svolgere i

procedimenti di gara (cfr. Corte di giustizia UE, 26 settembre 2024, cit.). In questa direzione, la presentazione di un'offerta senza la necessaria connessa garanzia provvisoria equivale a formulare un'offerta monca e dunque inidonea;

10.2. La garanzia provvisoria, diretta in quanto tale a garantire la serietà dell'impegno intrapreso in sede di domanda di partecipazione e dunque ad assicurare la eventuale stipula del contratto di appalto ad opera del concorrente stesso, va ontologicamente distinta dalla garanzia definitiva che risulta invece diretta a coprire possibili inadempimenti legati alla fase esecutiva della commessa;

10.3. Quanto alla ritenuta violazione del principio del risultato:

10.3.1. Come già detto, l'istituto della garanzia provvisoria responsabilizza tra l'altro i singoli concorrenti, assicurando serietà e affidabilità dell'offerta, e dunque contribuisce ad evitare possibili allungamenti della procedura connessi alla eventuale mancata stipulazione del contratto. L'impegno che l'operatore assume con la garanzia provvisoria riduce in altre parole tali patologiche evenienze e incide per tale via sulla "massima tempestività" delle procedure di gara la quale costituisce, a sua volta, uno dei pilastri su cui regge il principio del risultato ai sensi dell'art. 1, comma 1, del decreto legislativo n. 36 del 2023;

10.3.2. Lo stesso principio di risultato si muove nel contesto dei canoni di trasparenza e concorrenza (art. 1, comma 1), aspetti questi ultimi che sarebbero gravemente compromessi – come pure evidenziato al punto 9.2. della presente decisione – allorché si consentisse ad alcuni operatori, diversamente da altri, di non costituire e dunque di non presentare la garanzia provvisoria (sostituendola poi con la garanzia definitiva). Ciò che darebbe peraltro luogo ad una grave forma di disparità di trattamento ossia di violazione della *par condicio competitorum*;

10.4. Quanto alla ritenuta violazione del principio della fiducia, quest'ultima deve essere intesa in senso biunivoco (ossia fiducia della PA verso gli operatori e viceversa): essa dunque implica comportamenti ispirati a

trasparenza e correttezza non solo della PA ma anche degli operatori economici i quali, in questa stessa direzione, non potrebbero giammai omettere di comunicare alcune loro fondamentali carenze nella presentazione dell'offerta (nel caso di specie, la mancata tempestiva informazione circa la assenza della garanzia provvisoria) per poi surrettiziamente e unilateralmente affermare, senza neppure confrontarsi con la stazione appaltante, che il proprio comportamento è senz'altro quello conforme a legge (sempre nel caso di specie, si veda la discutibile presa di posizione in data 12 luglio 2024 circa il fatto che la costituzione della garanzia definitiva potesse integralmente supplire alla conclamata assenza della garanzia provvisoria);

10.5. Nei termini di cui sopra, anche tale specifico motivo di appello non può dunque trovare ingresso in questa sede.

11. Con il motivo sub 3.5. si lamenta la violazione dei principi sul legittimo affidamento nella parte in cui l'offerta di LDP era stata ritenuta idonea anche mediante presentazione della sola garanzia definitiva.

Osserva il collegio che, in disparte ogni considerazione circa la assenza di formali riscontri in tal senso (attestazione di idoneità dell'offerta mediante costituzione della sola garanzia definitiva), il procedimento di gara non era neppure giunto alla fase della aggiudicazione provvisoria, provvedimento questo come noto inidoneo ad ingenerare qualsivoglia forma di legittimo affidamento circa la definitiva assegnazione della commessa.

Pertanto, se l'aggiudicazione provvisoria costituisce atto meramente provvisorio ad effetti instabili non suscettivo di ingenerare come detto forme di affidamento tutelabili qualora non sussista illegittimità nell'operato dell'Amministrazione (cfr., *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2023, n. 8273), *a fortiori* una simile esclusione (da forme di affidamento tutelabili) deve valere per ogni fase del procedimento di gara che precede quella relativa alla aggiudicazione provvisoria.

Nei termini di cui sopra anche tale motivo deve pertanto essere rigettato.

12. Con il motivo sub 3.6. si lamenta la violazione dei principi di buona fede e trasparenza. E ciò nella parte in cui la stazione appaltante avrebbe prima chiesto a LDP sia la cauzione definitiva, sia il rinnovo dell'offerta per poi estrometterla dalla gara. Di qui anche la connessa responsabilità precontrattuale della PA. Osserva al riguardo il collegio che:

12.1. Vista la richiesta di risarcimento da responsabilità precontrattuale, occorre verificare se la PA si sia comportata non solo da "buon amministratore" ma anche da "corretto contraente". A tal fine si richiama la giurisprudenza (pur se riferita a casi di revoca di aggiudicazione provvisoria qui del tutto insussistente, come sopra evidenziato) secondo cui: *"anche in caso di revoca legittima degli atti di aggiudicazione di gara per sopravvenuta indisponibilità di risorse finanziarie può sussistere la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione che abbia tenuto un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza soprattutto perché, accortasi delle ragioni che consigliavano di procedere in via di autotutela mediante la revoca della già disposta aggiudicazione non abbia immediatamente ritirato i propri provvedimenti, prolungando inutilmente lo svolgimento della gara, così inducendo le imprese concorrenti a confidare nelle chances di conseguire l'appalto"* (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1797; Cons. Stato, sez. V, 1° febbraio 2013, n. 633). Più in particolare è stato affermato che: *"le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte. Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi"* (Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21). Ed ancora che: *"A conferma della descritta evoluzione si pone l'art. 1, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale dispone che: "(i) rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai princìpi della collaborazione e della buona fede"* (Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, cit.). Infine che: *"La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può*

derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede. >> (Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5)" (così Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2020, n. 4514). In questa direzione, pertanto: *"non viene in rilievo l'attività provvedimentale della p.a. (l'esercizio diretto ed immediato del potere) bensì il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara, di modo che rilevano le regole di diritto privato la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimentale, ma a responsabilità; anche per la p.a. le regole di correttezza e buona fede così come per i privati sono regole di responsabilità"* (Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2020, n. 4514, cit.);

12.2. Tanto doverosamente premesso nel caso di specie si osserva che:

12.2.1. La nota in data 19 marzo 2024 (adottata tra la valutazione delle offerte e la verifica della documentazione amministrativa) con cui ASPI, oltre alla documentazione a comprova di requisiti di partecipazione e criteri di valutazione, chiedeva infine anche la cauzione definitiva, rivestiva come detto unicamente finalità acceleratoria onde pervenire tempestivamente e celermente alla sottoscrizione del contratto. Ciò, in ogni caso, soltanto una volta conclusasi positivamente anche la fase dedicata al vaglio della documentazione amministrativa e dei connessi requisiti di partecipazione;

12.2.2. La richiesta in data 19 giugno 2024 di rinnovo dell'offerta era unicamente diretta a consentire la definizione della fase dedicata alla verifica dei requisiti di partecipazione e della connessa documentazione amministrativa, vista la imminente scadenza della stessa offerta e della connessa garanzia provvisoria (di cui pure si chiedeva il rinnovo della relativa validità) e non a stabilire un contatto qualificato preordinato alla imminente stipula del contratto (per il quale occorreva previamente definire la suddetta fase di verifica dei requisiti);

12.2.3. Una volta accortasi della assenza della prescritta garanzia provvisoria, la stazione appaltante si è prontamente e correttamente attivata onde

sopperire a tale mancanza avviando, in data 5 luglio 2024, la richiesta di soccorso istruttorio cui la società appellante ha dato tuttavia negativo riscontro con propria nota del 12 luglio 2024 (ove si dava atto della effettiva mancata costituzione della garanzia provvisoria e si dichiarava, in via del tutto unilaterale e comunque non condivisibile, per le ragioni sopra evidenziate, che quest'ultima potesse ben essere sostituita dalla presentazione della garanzia definitiva);

12.3. Alla luce di quanto sopra considerato, nessuna violazione dei principi di lealtà e di correttezza potrebbe dunque essere ascritta alla stazione appaltante la quale, anche in considerazione delle particolari modalità procedurali (inversione procedimentale), si è da subito attivata sia per la verifica dei requisiti, sia per la rilevata assenza di alcuni elementi essenziali dell'offerta che dovevano essere allegati nella busta amministrativa (garanzia provvisoria);

12.4. Anche tale motivo di appello deve dunque essere rigettato.

13. Va parimente rigettata la riproposta istanza risarcitoria attesa la mancata dimostrazione circa la spettanza del bene della vita, alla luce di quanto sopra partitamente considerato.

14. Deve inoltre essere rigettata la richiesta di rimessione della questione alla Adunanza plenaria (circa la possibilità che la garanzia definitiva sia idonea a surrogare la assenza di quella provvisoria nonché circa la possibilità di escludere un concorrente che non presenti la garanzia provvisoria) sia per la assenza di contrasti giurisprudenziali sul punto (si vedano anzi le analoghe conclusioni cui perviene Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 2024, n. 7113), sia alla luce delle considerazioni sopra svolte circa il comportamento assunto nella fattispecie dalla stazione appaltante (la quale ha chiesto la garanzia definitiva solo in chiave acceleratoria e dunque nell'ottica del principio di risultato) nonché circa il ruolo che assume la garanzia provvisoria anche alla luce del nuovo codice dei contratti e del suo rapporto con il riproposto principio di tassatività delle cause di esclusione. Considerazioni, queste, dalle quali non emerge alcuna questione di sostanziale rilevante novità.

15. Va infine rigettata sia la richiesta disapplicazione della normativa interna, per contrasto con le direttive eurounitarie le quali non richiedono la prestazione di una garanzia provvisoria a pena di esclusione, sia la rimessione alla Corte di giustizia UE per la violazione dei principi eurounitari in materia di proporzionalità e di libera concorrenza, nella parte in cui la normativa interna prevede un simile meccanismo espulsivo, e tanto proprio alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia UE la quale, nella richiamata sentenza del 26 settembre 2024 (cause riunite C-403 e C-404) ha avuto modo di affermare in estrema sintesi che, al netto dei profili di sproporzionaltà connessi alla definizione della relativa misura: *"detta cauzione costituisce un mezzo appropriato per conseguire gli obiettivi legittimi perseguiti dallo Stato membro interessato, consistenti, da un lato, nel responsabilizzare gli offerenti in sede di predisposizione delle loro offerte e, dall'altro, nel compensare l'onere finanziario che il controllo della regolarità delle offerte rappresenta per l'amministrazione aggiudicatrice"*. Dunque la Corte di giustizia ha in linea generale riconosciuto la ragionevolezza di un simile onere (garanzia provvisoria), e ciò proprio per responsabilizzare gli operatori economici nonché per garantire, in qualche misura, la copertura adeguata dei costi di gara per la stazione appaltante. Elementi questi pacificamente insuscettibili di essere coperti mediante garanzia definitiva (la quale assicura, come più volte detto, soltanto inadempimenti di natura contrattuale ossia successivi al momento della stipulazione). Di qui la rilevata compatibilità dello strumento contemplato dalla normativa interna (garanzia provvisoria) anche in relazione ai principi dell'ordinamento eurounitario. Di qui ancora il rigetto della richiesta di rinvio pregiudiziale.

16. In conclusione l'appello non contiene sufficienti profili di fondatezza e deve dunque essere rigettato. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte appellante alla rifusione delle spese di lite, da quantificare nella complessiva somma di euro 4.000 (quattromila/00), oltre IVA e CPA e da corrispondere in favore di ciascuno dei soggetti in questa sede costituiti (ASPI e AVR).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Massimo Santini	**Diego Sabatino**

IL SEGRETARIO