

Massima: 2.3.2. Dalla su citata disposizione dell'art. 101, comma 1, lettera a) emerge con chiarezza che in caso di mancata, incompleta o irregolare presentazione della garanzia provvisoria il soccorso istruttorio è ammissibile solamente qualora il documento che reca tale garanzia sia stato formato prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Condicio sine qua non per l'esercizio del soccorso istruttorio è, dunque, che la cauzione provvisoria sia stata costituita validamente prima di tale data. Laddove, invece, la cauzione provvisoria sia mancante a causa della sua costituzione in modo invalido, manca ogni possibilità di sanatoria.

2.3.3. La stessa giurisprudenza citata dalla ricorrente (Cons. Stato, n. 5467/2017) afferma che ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità della cauzione provvisoria, la medesima può essere oggetto di soccorso istruttorio a condizione che la cauzione fosse già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta.

Sentenza n. 114 del 29/04/2024



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 67 del 2024, proposto da Projektionisten G.m.b.H., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Volpe e Christoph Perathoner, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

STA - Strutture Trasporto Alto Adige S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alexandra Roilo,

Patrizia Pignatta, Elisa Rodaro e Eric Chini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso l'Avvocatura Provinciale in Bolzano, piazza Silvius Magnago, 1;

nei confronti

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente *pro tempore*, e Ministero delle Imprese e del Made in Italy, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio legale presso la sede in Trento, largo Porta Nuova, 9; Konverto A.G. - S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione assunto dal Direttore Generale di STA – Strutture Trasporto Alto Adige S.p.a. nei confronti della ricorrente dalla gara OA23_1570 Sviluppo futuro delle applicazioni Altoadigemobilità (web ed App) – Lotto 3 CIG A03E176546 in data 24.01.2024 e comunicato il giorno successivo;
- del disciplinare di gara bandito dalla stessa STA, in data 24.10.2023, relativo alla gara, nella parte in cui esso stabilisce (punto 2.2. relativo alla Documentazione amministrativa) che “è causa di esclusione non sanabile la presentazione della garanzia provvisoria resa a favore di Amministrazione diversa dalla stazione appaltante”, quando ciò sia eseguito a favore della Provincia Autonoma di Bolzano in quanto ente pubblico di cui STA è società *in house* e totalmente partecipata;
- di ogni collegato atto, presupposto o conseguente, e, in particolar modo del provvedimento del 7 febbraio 2024 del Direttore generale di STA, con il quale la gara è stata aggiudicata alla società Konverto S.p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di STA - Strutture Trasporto Alto Adige S.p.A. e della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero delle Imprese e del Made in Italy;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 24 aprile 2024 la consigliere Margit Falk Ebner e uditi per le parti i difensori come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con delibera del proprio C.d.A. del 24.10.2023, la società STA – Strutture Trasporto Alto Adige S.p.a. (di seguito denominata STA) bandiva una gara aperta, CIG A03E176546, per l'affidamento del servizio “*Sviluppo futuro delle applicazioni altoadigemobilità (Web ed App) – Lotto 3*” per una durata di 4 anni e 4 mesi, con un importo a base d'asta pari a Euro 400.000,00 (al netto d’IVA e/o altre imposte e contributi di legge) (all. 1 della STA).

Quale criterio di aggiudicazione della procedura era stabilito il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, determinata secondo il criterio della qualità con peso di 70/100 ed il criterio del prezzo con un peso di 30/100 punti.

Il termine per la presentazione delle offerte era fissato al 17.1.2024.

L'appalto veniva finanziato con fondi PNRR (all. 1 della STA, punto 1.2.3).

2. Per quanto qui di interesse, nel disciplinare di gara, punto 2.1 – “*contenuto e modalità di costituzione della garanzia provvisoria*” - era previsto che la garanzia provvisoria dovesse essere costituita alternativamente, secondo la libera scelta del contraente, sotto forma di cauzione o di fideiussione:

“*Ai sensi dell’art. 106 d.lgs 36/2023 e dell’art. 27, comma 11, l.p. n. 16/2015, l’offerta dovrà essere corredata da una garanzia provvisoria, pari all’1% (uno per cento) del prezzo base*

di gara sopra indicato comprensivo di oneri di sicurezza/interferenza e dei costi della manodopera, ammontante ad: Euro 4.000 ... omissis

La garanzia provvisoria dovrà essere costituita alternativamente, secondo la libera scelta del concorrente sotto forma di:

a) CAUZIONE

b) FIDEIUSSIONE

a) CAUZIONE

La cauzione può essere costituita: in contanti o assegno circolare: in tal caso il versamento potrà essere effettuato direttamente sul conto della STA – Strutture Trasporto Alto Adige SPA (IBAN: IT57L0808111600000300001198, SWIFT: RZSBIT21003), nel rispetto della normativa antiriciclaggio di cui al D.Lgs. n. 231 del 21 novembre 2007 e ss.mm.ii.

La data di valuta di accredito del versamento non dovrà essere successiva alla data di scadenza di presentazione delle offerte.

Dovrà essere caricata a portale la ricevuta telematica di pagamento.

b) FIDEIUSSIONE

La garanzia fideiussoria può essere rilasciata dai soggetti indicati dall'art. 106, comma 3 d.lgs 36/2023, ovvero da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 del d.lgs n. 385/1993 che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'art. 161 del d.lgs n. 58/1998 e che abbiano i requisiti minimi di solvibilità richiesti dalla vigente normativa bancaria assicurativa.

La fideiussione deve essere costituita a favore della stazione appaltante e deve essere redatta conformemente al modello previsto nello "schema tipo 1.1. del D.M. n. 193/2022" relativo alla garanzia provvisoria.

In ogni caso, la fideiussione deve contenere tutte le clausole prescritte dall'art. 106 d.lgs 36/2023, tra cui, in particolare:

- la durata di validità della garanzia per un periodo di almeno 240 giorni, decorrenti dalla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte;
- l'impegno del garante a rinnovare la garanzia, su richiesta della stazione appaltante, per la durata di ulteriori 240 giorni, nel caso in cui, al momento della scadenza della stessa, non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione;
- la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale;
- la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 comma 2 del c.c.;
- l'operatività della garanzia medesima entro 15 giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante;

L'eventuale svincolo della garanzia provvisoria è subordinato ad apposita indicazione della sola stazione appaltante.

- In caso di richiesta di estensione della durata e validità dell'offerta e della garanzia fideiussoria, il concorrente potrà produrre una nuova garanzia provvisoria di altro garante, in sostituzione della precedente, a condizione che abbia espressa decorrenza dalla data di presentazione dell'offerta. ...omissis

- È causa di esclusione non sanabile la mancata costituzione della garanzia provvisoria in data certa anteriore al termine di presentazione delle offerte

- È causa di esclusione non sanabile la presentazione della garanzia provvisoria resa a favore di Amministrazione diversa dalla stazione appaltante.

- È causa di esclusione non sanabile la sottoscrizione della garanzia da soggetto non legittimato a rilasciare la garanzia o non autorizzato ad impegnare il garante.

Si applica il subprocedimento di soccorso istruttorio di cui al punto 4.2.1 del disciplinare di gara qualora:

- manchi il documento attestante la costituzione della garanzia provvisoria, purché già costituita alla data di scadenza della presentazione delle offerte;
- sia stata resa una garanzia provvisoria per un importo insufficiente;
- manchi una o più delle clausole prescritte dall'art. 106 d.lgs 36/2023

- manchi la documentazione/ certificazioni per la riduzione o esonero della garanzia provvisoria
- manchi l'autodichiarazione resa, ai sensi degli artt. 47 e 76 del D.P.R. n. 445/2000 e art. 5 LP 17/1993 con la quale il sottoscrittore dichiara di essere in possesso dei poteri per impegnare il garante, ovvero, in luogo dell'autodichiarazione, la garanzia non sia corredata da autentica notarile; in caso di RTI, consorzi ordinari, GEIE o reti d'impresе, manchi l'indicazione nella garanzia dei soggetti costituenti il RTI, il consorzio ordinario, il GEIE o la rete d'impresе.

In caso di soccorso istruttorio a causa della mancata allegazione del documento contenente la garanzia provvisoria è onere dell'operatore economico, a pena di esclusione, dimostrare che la garanzia provvisoria è stata costituita in data non successiva al termine di scadenza della presentazione delle offerte. Ai sensi dell'art. 20 del d.lgs 7 marzo 2005 n. 82 la data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle regole tecniche sulla validazione (es.: marcatura temporale). La comprova dell'antieriorità del rilascio della garanzia rispetto alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte si intende assolta mediante apposizione della marcatura temporale sul documento firmato digitalmente prima del termine di cui sopra.

In alternativa, la data certa può essere comprovata tramite esibizione della PEC - in originale e in formato Eml., trasmessa dal fideiussore al concorrente prima della scadenza del termine di cui sopra e contenente in allegato la garanzia / la dichiarazione carente.

Le richiamate modalità di comprova della data legalmente certa non sono da considerare esaustive.” (all. 1 della STA, pagg. 35 – 39).

3. Alla gara partecipavano sei ditte, tra cui l'odierna ricorrente Projektionisten G.m.b.H. e l'odierna controinteressata Konverto A.G. – S.p.A. (all. 2 della STA).

4. In data 5.1.2024 l'offerente Projektionisten G.m.b.H. provvedeva a versare l'importo pari a Euro 4.000,00 con il sistema epays.it alla Provincia Autonoma di Bolzano (di seguito denominata PAB) (all. 3 della STA).

4. In fase di controllo della busta contenente la documentazione amministrativa, la stazione appaltante, constatato che la costituzione della garanzia provvisoria

dell'offerente Projektionisten G.m.b.H. era stata fatta tramite versamento con il sistema epays.it alla PAB, provvedeva, con nota del 22.1.2024, ad avviare la procedura di soccorso istruttorio, comunicando all'offerente Projektionisten G.m.b.H. che la cauzione provvisoria prestata non corrispondeva alle prescrizioni del disciplinare di gara e che la documentazione non era completa, in quanto mancavano in particolare documenti/certificati comprovanti la riduzione della garanzia provvisoria o l'esenzione dalla presentazione della stessa. Invitava quindi l'offerente Projektionisten G.m.b.H. a completare ovvero a regolarizzare la documentazione ed a mandarla all'indirizzo PEC della STA, il tutto entro 5 giorni dal ricevimento della comunicazione, a pena di esclusione dalla gara (all. 4 della STA).

Con e-mail del 23.1.2024 l'offerente Projektionisten G.m.b.H. comunicava di aver provveduto al versamento della cauzione provvisoria come da documentazione allegata all'offerta e che, a seguito di nuovo esame della documentazione di gara, sarebbe stato nuovamente disposto il versamento in pari data (*id est* in data 23.1.2024) all'indirizzo IBAN della STA (all. 5 della STA).

5. Con provvedimento del 24.1.2024 la stazione appaltante, preso atto della comunicazione trasmessa dall'offerente Projektionisten G.m.b.H. in data 23.1.2024, procedeva all'esclusione del medesimo, adducendo i seguenti motivi: *“La cauzione presentata non corrisponde alle prescrizioni del disciplinare di gara, pubblicato nel dettaglio della gara. In particolare, la cauzione è stata costituita tramite e-pays a favore della Provincia Autonoma di Bolzano. Il disciplinare di gara prevede espressamente quanto segue: È causa di esclusione non sanabile la presentazione della garanzia provvisoria resa a favore di Amministrazione diversa dalla stazione appaltante.”* (all. 6 della STA).

Con verbale di gara n. 2 del 29.1.2024 (all. 7 della STA) l'autorità di gara dava atto di aver attivato i necessari soccorsi istruttori e chiarimenti di cui all'art. 101 d.lgs. n. 36/2023, e che all'esito dei quali venivano giudicati positivamente i documenti e le

integrazioni forniti da tre offerenti, tra i quali l'odierna controinteressata Konverto A.G. - S.p.A. e che era stato escluso, con provvedimento del 24.1.2024, l'offerente Projektionisten G.m.b.H..

Infine, con verbale n. 3 del 5.2.2024, dato atto dell'effettuazione della valutazione tecnica da parte della competente commissione, l'autorità di gara formava la graduatoria provvisoria che vedeva al primo posto l'odierna controinteressata Konverto A.G. - S.p.A. (all. 8 della STA).

Con provvedimento sottoscritto in data 7.2.2024 la gara veniva, quindi, aggiudicata alla Konverto A.G. - S.p.A. (all. 9 della STA).

6. Seguiva uno scambio di corrispondenza tra l'offerente Projektionisten G.m.b.H. e la stazione appaltante all'esito del quale veniva confermato il provvedimento di esclusione (all. 10 della STA).

7. In data 20.2.2024 l'offerente Projektionisten G.m.b.H. notificava il presente ricorso, facendo valere i seguenti motivi d'impugnazione:

“1. Violazione di legge, per violazione dell'art. 5, d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'Amministrazione digitale)”;

“2. Violazione di legge per falsa applicazione del Disciplinare di gara. Violazione di legge per violazione dell'art. 101, d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36.”;

“3. Violazione di legge per falsa applicazione del disciplinare di gara”.

In base ai suddetti motivi la ricorrente Projektionisten G.m.b.H. rassegnava le seguenti conclusioni: *“Voglia il Tribunale: previa sollecita fissazione dell'udienza di trattazione della causa nel merito, annullare i provvedimenti impugnati e dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato o stipulando dalla stazione appaltante con l'aggiudicatario controinteressato, sulla base del presupposto qui esplicitato che la ricorrente dichiara di essere disponibile, ai sensi dell'art. 124 c.p.a. , a subentrare nell'aggiudicazione dell'appalto. In via subordinata alla mancata declaratoria di inefficacia del contratto, voglia il Tribunale condannare l'amministrazione resistente al risarcimento del danno per equivalente, ex art. 124 c.p.a. Con*

riserva, in ogni caso, di introdurre azione risarcitoria per la lesione dell'interesse legittimo ai sensi dell'art. 30 c.p.a. Con vittoria di spese e onorari di giudizio.”.

Con controricorso dd. 22.2.2024 si costituivano in giudizio, tramite l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Trento il Ministero delle Imprese e del Made in Italy, in persona del Ministro pro tempore, e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente pro tempore, riservandosi di dedurre e concludere nel prosieguo.

8. Con memoria di costituzione dd. 8.3.2024 si costituiva in giudizio la STA, chiedendo il rigetto del ricorso e di tutte le domande proposte, in quanto inammissibili ed infondate.

In vista dell'udienza pubblica, fissata per il giorno 24.4.2024, la STA produceva documenti e depositava una memoria difensiva e di replica.

La ricorrente depositava due memorie di replica.

All'udienza pubblica del 24.5.2024 la causa veniva trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato e va, pertanto rigettato.

1. Con il primo motivo di impugnazione la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 5 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'Amministrazione digitale).

1.1. In particolare la ricorrente afferma che il disciplinare di gara sarebbe illegittimo in quanto non avrebbe previsto la possibilità di pagamento elettronico della cauzione provvisoria con il consueto canale epays.it, in violazione dell'art. 5 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale).

In applicazione di detto art. 5 (*“I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, sono obbligati ad accettare, tramite la piattaforma di cui al comma 2, i pagamenti spettanti a qualsiasi titolo attraverso sistemi di pagamento elettronico”*.) la STA, a dire della ricorrente, sarebbe stata obbligata ad accettare il pagamento di Euro 4.000,00 a titolo di cauzione provvisoria, e ciò per le seguenti considerazioni.

In primo luogo, perché la STA rientrerebbe, secondo la ricorrente, tra i soggetti a cui l'art. 5 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 si riferisce. Essa, infatti, sarebbe a pieno titolo società a controllo pubblico, come definita dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (art. 2, comma 2, d.lgs. n. 82/2005). Essendo la STA interamente partecipata dalla PAB, la medesima rientrerebbe tra le società su cui la PAB sarebbe in grado di esercitare il controllo disciplinato dall'art. 2359 c.c. (art. 2, lett b) e m) del d.lgs. n. 175/2016).

In secondo luogo, perché il versamento della garanzia provvisoria dovrebbe essere assimilato ad un pagamento, ai sensi del su citato art. 5 del d.lgs. n. 82/2005.

Ciò risulterebbe dall'art. 106, comma 2 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 che annovera espressamente i “*canali di pagamento elettronici previsti dall'ordinamento vigente*” tra le modalità di presentazione della garanzia.

Risulterebbe quindi chiaro, sempre secondo la ricorrente, che in applicazione di detto art. 5 la possibilità di costituire la cauzione tramite versamento con pagamento elettronico avrebbe costituito un vero e proprio obbligo per la stazione appaltante.

Ne deriverebbe l'illegittimità del disciplinare di gara, nella parte in cui esso ha escluso tale possibilità di versamento. Detta illegittimità trascinerrebbe con sé, in via derivata, quella del successivo provvedimento di esclusione e degli ulteriori provvedimenti assunti nel procedimento di gara.

1.2. Le censure non colgono nel segno.

1.3. Contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, nella fattispecie non sussisteva alcun obbligo per la STA di prevedere nel disciplinare di gara *de quo* il pagamento elettronico della cauzione provvisoria.

L'art. 106, comma 2 del d.lgs. n. 36/2023 dispone, infatti, espressamente che “*La cauzione è costituita presso l'istituto incaricato del servizio di tesoreria o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore della stazione appaltante, esclusivamente con bonifico o con*

altri strumenti e canali di pagamento elettronici previsti dall'ordinamento vigente. Si applica, quanto allo svincolo, il comma 10.”.

La *lex specialis de qua* ha indicato specificatamente le seguenti modalità di costituzione della cauzione provvisoria: “... *La cauzione può essere costituita: in contanti o assegno circolare: in tal caso il versamento potrà essere effettuato direttamente sul conto della STA – Strutture Trasporto Alto Adige SPA (IBAN: IT57L0808111600000300001198, SWIFT: RZSBIT21003), nel rispetto della normativa antiriciclaggio di cui al D.Lgs. n. 231 del 21 novembre 2007 e ss.mm.ii.*

La data di valuta di accredito del versamento non dovrà essere successiva alla data di scadenza di presentazione delle offerte.

Dovrà essere caricata a portale la ricevuta telematica di pagamento.”.

La circostanza che il disciplinare di gara *de quo* non abbia previsto il sistema di pagamento elettronico come modalità di pagamento della cauzione provvisoria, dunque, non incideva in alcun modo sulla legittimità dello stesso.

Pertanto, le imprese offerenti nel caso di specie erano obbligate ad attenersi alle modalità indicate dalla stazione appaltante per la costituzione della cauzione provvisoria.

Va aggiunto che nessun'altra impresa partecipante alla gara *de quo* è stata esclusa per motivi attinenti alla costituzione della garanzia provvisoria, ciò a comprova del fatto che comunque gli strumenti di costituzione della garanzia prescritti nella *lex specialis* fossero chiari e normalmente utilizzabili. Un tanto è peraltro confermato anche dal fatto che la stessa ricorrente, successivamente all'attivazione del soccorso istruttorio, abbia provveduto, sebbene fuori del termine massimo stabilito nel disciplinare (*id est* 17.1.2024) alla costituzione della cauzione provvisoria in osservanza delle prescrizioni del disciplinare di gara *de quo*.

Risulta, inoltre, dalla documentazione prodotta dall'Amministrazione resistente che la ricorrente già in altre occasioni aveva utilizzato il codice IBAN della STA per

procedere a versamenti tramite bonifico bancario di cauzioni relative a contratti stipulati con la medesima. Si tratta di diversi versamenti di cauzione definitiva effettuati dalla ricorrente in data 30.5.2023, 26.7.2023, 23.10.2023, 19.2.2024 sul conto corrente IBAN della STA (all.ti 12, 13, 14 e 15 della STA).

Pertanto il primo motivo è, infondato.

2. Con il secondo motivo di impugnazione la ricorrente lamenta violazione di legge per falsa applicazione del disciplinare di gara, nonché violazione di legge per violazione dell'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023.

2.1. Con la prima censura la ricorrente sostiene che l'impugnato provvedimento di esclusione sarebbe basato su un presupposto inesistente, e cioè sulla mancata presentazione della cauzione provvisoria.

A dire della ricorrente, in realtà, sarebbe stata presentata una cauzione provvisoria. Sarebbe, infatti, incontestato che la ricorrente, prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande, ha effettuato, tramite il portale epays.it, il pagamento della somma richiesta, pari a Euro 4.000,00.

Da ciò deriverebbe secondo la ricorrente, che la stazione appaltante sarebbe stata quindi tenuta, ai sensi dell'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023, a dar corso al soccorso istruttorio, consentendo di regolarizzare il versamento effettuato tramite il portale epays.it, anziché insistendo sul versamento diretto sul conto corrente bancario della stazione appaltante.

A fondamento della propria tesi la ricorrente cita giurisprudenza secondo la quale *“la mancata presentazione della cauzione provvisoria ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria invalida non costituisce causa di esclusione dalla procedura di aggiudicazione ma irregolarità sanabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio”* (Cons. Stato, Sezione V, 23 marzo 2018, n. 1846), sul presupposto che, secondo l'art. 46, comma 1 – *ter* del previgente Codice dei contratti pubblici del 2016, la cauzione costituisca solo una garanzia e che il soccorso istruttorio debba *“trovare applicazione anche con riferimento ad*

ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria a condizione che quest'ultima fosse già costituita alla data di presentazione dell'offerta” (Cons. Stato, Sezione III, 23 novembre 2017, n. 5467).

Il che, nella fattispecie, sarebbe proprio avvenuto, essendo stata la cauzione provvisoria versata prima della scadenza di quel termine.

2.2. Con la seconda censura la ricorrente sostiene che contro questo rilievo, a nulla varrebbe opporre che il disciplinare di gara, al punto 2.2. della sua parte relativa alla documentazione amministrativa, stabiliva che *“È causa di esclusione non sanabile la presentazione della garanzia provvisoria resa a favore di Amministrazione diversa dalla stazione appaltante”*.

Al riguardo la ricorrente contesta, innanzitutto, che il versamento effettuato a favore della PAB possa essere inteso *“a favore di Amministrazione diversa dalla stazione appaltante”*.

A dire della ricorrente, essendo la STA una società *in house*, interamente partecipata dalla PAB, essa dovrebbe essere considerata – a tenore di quanto affermato dalla più autorevole e costante giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Pl., 3 marzo 2008, n. 1; Corte Cost., 3 novembre 2010, n. 325, e, più di recente, Cons. Stato, Sezione III, 27 agosto 2021, n. 6062) una *longa manus* dell'ente pubblico che la controlla, sì da configurarne un servizio pubblico e una articolazione interna, senza distinzione effettiva di soggettività (sul punto, espressamente il citato Cons. Stato, n. 6062/2021). Alla luce di questo orientamento sarebbe, dunque, erroneo sostenere che la ricorrente avrebbe versato la garanzia provvisoria ad una Amministrazione diversa, sicché il provvedimento di esclusione avrebbe falsamente applicato il disciplinare di gara.

2.3. Con la terza censura la ricorrente evidenzia infine che, anche qualora, in estremo subordine, si volesse reputare che il versamento della garanzia provvisoria a favore della PAB avesse integrato un versamento eseguito a favore di un'altra

Amministrazione, si rivelerebbe illegittimo lo stesso disciplinare di gara, nella parte in cui esso ha introdotto la su citata specifica clausola escludente.

La clausola contenuta al punto 2.2 del disciplinare che ritiene causa di esclusione dalla gara il versamento della garanzia provvisoria presso un Amministrazione terza (quando pure tale Amministrazione sia la PAB, che detiene la totalità delle quote azionarie della Sta e di cui STA è società *in house*) si porrebbe, infatti, in aperta violazione dell'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023, proprio là dove esso ammette il soccorso istruttorio e la sanabilità della mancata produzione della garanzia provvisoria, se costituita nei termini di presentazione dell'offerta.

L'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023 in effetti, altro non avrebbe fatto se non recepire i risultati della giurisprudenza, che ha ammesso il soccorso istruttorio nella forma più ampia in caso di irregolarità della costituzione della garanzia, al punto da affermare che *“l'erronea modalità di presentazione della cauzione provvisoria, ove pure dia luogo alla invalidità della cauzione, non costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara, ma mera irregolarità sanabile”* (Cons. Stato, Sezione V, 22 novembre 2022, n. 10274).

Per questi motivi e applicando i principi enunciati da T.A.R Lazio, IV-ter, 22 gennaio 2024, n. 1153, secondo cui *“se si ritiene ammissibile il soccorso istruttorio finanche in caso di ‘invalidità’ della garanzia (da intendersi non tanto come patologia negoziale in senso stretto, quanto come non corrispondenza ai requisiti contenutistici previsti dall'art. 93, d.lgs. n. 50/16 o dalla lex specialis di gara, al punto che la giurisprudenza ritiene emendabili anche carenze di sicuro rilievo sostanziale come quelle relative all'importo garantito e all'efficacia temporale della garanzia), deve ammettersi, a fortiori, la possibilità di integrare successivamente elementi estrinseci del negozio”* la ricorrente conclude che ciò dovrebbe valere anche per il versamento ad una Amministrazione pubblica terza. E questo tanto più, quando detta Amministrazione terza sia la PAB da cui la stazione appaltante è totalmente partecipata e di cui essa costituisce società *in house*.

Ne deriverebbe, così, l'illegittimità dello stesso disciplinare di gara, nella parte in cui esso, indicando come causa di esclusione la presentazione della cauzione presso una Amministrazione diversa, non ha previsto la possibilità di effettuare il versamento presso la PAB e ha comunque escluso la sanabilità del detto versamento, se effettuato presso la medesima Amministrazione.

2.2. Pure queste censure sono infondate.

2.3.1. L'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023 così reca: “1. *Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per:*

a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte;

b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente.

2. L'operatore economico che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara.

3. La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a

dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica.

4. Fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato.”

2.3.2. Dalla su citata disposizione dell'art. 101, comma 1, lettera a) emerge con chiarezza che in caso di mancata, incompleta o irregolare presentazione della garanzia provvisoria il soccorso istruttorio è ammissibile solamente qualora il documento che reca tale garanzia sia stato formato *prima* della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Condicio sine qua non per l'esercizio del soccorso istruttorio è, dunque, che la cauzione provvisoria sia stata costituita validamente prima di tale data. Laddove, invece, la cauzione provvisoria sia mancante a causa della sua costituzione in modo invalido, manca ogni possibilità di sanatoria.

2.3.3. La stessa giurisprudenza citata dalla ricorrente (Cons. Stato, n. 5467/2017) afferma che ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità della cauzione provvisoria, la medesima può essere oggetto di soccorso istruttorio a condizione che la cauzione fosse già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta.

Anche la citata sentenza del T.A.R Lazio, IV- *ter*, 22 gennaio 2024, n. 1153 richiede ai fini della regolarizzazione della cauzione provvisoria che la stessa sia costituita in epoca antecedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte: *“Laddove venga definitivamente accertato, all'esito del soccorso istruttorio, che il rapporto di garanzia si è validamente costituito tra il garante e il garantito, la condizione per la partecipazione alla procedura può dirsi soddisfatta, specie allorché non venga seriamente messa in*

discussione l'effettiva esistenza della garanzia in data antecedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, come nel caso di specie.”.

Anche nella recentissima sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, del 12 febbraio 2024, n. 1365, è stato dichiarato espressamente che: - *“il soccorso istruttorio va a buon fine e l'operatore economico resta in gara se la cauzione provvisoria in sanatoria, trasmessa all'esito della comunicazione della stazione appaltante, è di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione; - il soccorso istruttorio non va a buon fine e l'operatore economico deve essere escluso se, come nella fattispecie in esame, la cauzione provvisoria è stata formata successivamente al termine per la presentazione delle offerte, poiché la circostanza che si consenta ad uno degli operatori di giovare di un termine più lungo per l'acquisizione della documentazione necessaria alla partecipazione alla gara, potendo ad esempio spuntare condizioni economiche più favorevoli, determina una lesione della par condicio dei concorrenti (ex multis, Cons. Stato, V, 4 dicembre 2019 n. 8296 ; 2 settembre 2019, n. 6013; 22 ottobre 2018, n. 6005; 26 luglio 2016, n. 3372).”.*

Con detta sentenza del Consiglio di Stato è stata confermata la decisione del T.A.R. del Lazio, la quale nella sentenza n. 11917/2023, richiamando il consolidato orientamento dell'A.N.A.C. aveva dichiarato che: *“Merita rammentare, sul punto, il consolidato orientamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione - ANAC (cfr. Delib. n. 589 in data 28 luglio 2021) in merito alle questioni inerenti la prestazione della cauzione a corredo dell'offerta e l'esperibilità del soccorso istruttorio per sanare le carenze della cauzione, atteggiandosi nel senso di applicare l'istituto ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, purché la cauzione prodotta sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data, onde scongiurare la violazione del principio di par condicio (cfr. ANAC, Delib. n. 298 del 1 aprile 2020; Delib. n. 372 del 17 aprile 2019 e Delib. n. 339 del 28 marzo 2018). La finalità sottesa alla procedura di soccorso istruttorio è, infatti, quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara dai concorrenti, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale;*

il procedimento di soccorso istruttorio non potendo, diversamente, consentire al concorrente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte, pena la violazione dei principi di immodificabilità e segretezza dell'offerta, imparzialità e par condicio delle imprese concorrenti (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2021, n. 804; Cons. Stato, Sez. III, 26 giugno 2020 n. 4103; Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2020 n. 1671).

Anche la giurisprudenza amministrativa in tema di esperibilità del soccorso istruttorio per la garanzia a corredo dell'offerta, ha chiarito come occorra distinguere la fattispecie della mancata costituzione della garanzia, da quella della sua invalidità o irregolarità, in quanto solo la prima ipotesi costituisce ex se espressione della scarsa serietà dell'offerta, mentre nella seconda ipotesi si ha una condizione di invalidità sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio, che è attivabile in quanto le ragioni di invalidità della cauzione provvisoria, nonché della dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva, costituiscono altrettante ipotesi di "carenze di elementi formali della domanda", ovvero ipotesi di "mancanza, incompletezza" o di "irregolarità essenziale" della documentazione allegata alla domanda di partecipazione e, dunque, non dell'offerta economica o tecnica.

L'operatore economico è, pertanto, legittimato a rimanere in gara nel solo caso in cui la cauzione provvisoria presentata in sanatoria o la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva siano riferibili a data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione, pena la violazione della par condicio tra tutti i concorrenti, realizzata nel caso in cui venga ad uno di essi consentita la presentazione di una cauzione provvisoria o di una dichiarazione di impegno al rilascio di garanzia definitiva formatasi in data successiva a tale momento (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 26 gennaio 2021, n. 804, 16 gennaio 2020, n. 399 e 4 dicembre 2019, n. 8296)." (TAR Lazio, Roma, Sez. IV, 14 luglio 2023, n. 11917; conforme T.A.R. Puglia, Lecce, 6 aprile 2022, n. 563).

Anche la sentenza dell'1 febbraio 2024, n. 1046 della Sezione IV del Consiglio di Stato, dopo aver ricordato che "nelle gare pubbliche è sempre da ammettersi la sanabilità di criticità afferenti alla cauzione provvisoria, essendo questa un elemento formale della domanda, la

cui mancanza, incompletezza o irregolarità essenziale sono, di conseguenza, emendabili attraverso l'istituto del soccorso istruttorio,” ha chiarito che “la documentazione mancante deve essere di data anteriore rispetto alla scadenza del termine di partecipazione. La prova della data certa di formazione del documento contenente la garanzia provvisoria, anteriore alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, può essere data mediante l'apposizione della marcatura temporale, che rende la data e l'ora di formazione del documento informatico opponibili ai terzi. A tal fine, non possono essere ritenute idonee né la sola firma digitale, né le procedure interne della società assicurativa che ha emesso la polizza.”

2.3.4. Si tratta, quindi, indubbiamente di un principio fermo ed indiscusso in giurisprudenza quello che richiede, ai fini della regolarizzazione della cauzione provvisoria, la costituzione in epoca antecedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Va aggiunto che la succitata interpretazione dell'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023 corrisponde alla *ratio* dell'istituto del soccorso istruttorio, la cui esperibilità è soggetta a precisi limiti, costituiti dai principi della leale collaborazione, della parità di trattamento e di trasparenza. L'attivazione del soccorso istruttorio, infatti, non può in nessun caso pregiudicare i suddetti principi, individuati dalla giurisprudenza quali valori contrapposti alla più ampia esplicazione della facoltà ausiliaria attribuita alla stazione appaltante e al principio del *favor participationis*.

Al riguardo va anche rammentato che il principio di leale collaborazione tra pubblica Amministrazione e operatore economico che deve governare il rapporto tra le parti comporta l'imposizione di un dovere di “*minima diligenza*” del partecipante nella predisposizione della domanda (Cons. Stato, Sezione III, 24.11.2020, n. 7352; Cons. Stato, Sezione V, 14.4.2020, n. 2402; Cons. Stato, Sezione III, 22.2.2019, n. 1236; Cons. Stato, Sezione III, 24.11.2016, n. 4931, dal quale sarebbe esigibile uno standard di diligenza “*qualificata*” ex art. 1176 c.c.

“*proporzionato alla professionalità media propria degli operatori del settore*” (Cons. Stato, Sezione III, 3.6.2023, n. 5783).

In base a detti principi nonché al principio dell’autoresponsabilità l’impresa partecipante ad una pubblica gara ha, dunque, l’onere ad osservare puntualmente le prescrizioni previste nella *lex specialis* di gara.

Le circostanze al riguardo addotte dalla ricorrente non risultano in alcun modo idonee a legittimare la mancata costituzione della garanzia provvisoria entro il termine di presentazione delle offerte. Esse, al contrario, comprovano la commissione di un errore da parte della stessa.

In applicazione del principio dell’autoresponsabilità, secondo il quale ciascuno dei concorrenti sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell’offerta e nella presentazione della documentazione, le conseguenze della negligenza dell’operatore economico devono, dunque, rimanere ad esso imputate (*ex multis*: Cons. Stato, Sezione III, 28 luglio 2020, n. 4795; T.A.R. Puglia, Lecce, 5 gennaio 2023, n. 33).

2.3.5. Orbene, nel caso di specie è provato che la ricorrente non ha provveduto alla costituzione di una valida garanzia provvisoria entro la data di scadenza prevista per la presentazione delle offerte.

Come emerge dalla documentazione in atti la ricorrente, di propria iniziativa, anziché seguire le indicazioni contenute nel disciplinare di gara *de quo*, ha effettuato il versamento della cauzione provvisoria, su un conto corrente IBAN della PAB e non della STA, il tutto contrariamente a quanto prescritto specificatamente nel disciplinare di gara: “... *La cauzione può essere costituita: in contanti o assegno circolare: in tal caso il versamento potrà essere effettuato direttamente sul conto della STA – Strutture Trasporto Alto Adige SPA (IBAN: IT57L0808111600000300001198, SWIFT: RZSBIT21003), nel rispetto della normativa antiriciclaggio di cui al D.Lgs. n. 231 del 21 novembre 2007 e ss.mm.ii.*”.

Non solo, ma nel disciplinare di gara era stato anche espressamente disposto: “È causa di esclusione non sanabile la mancata costituzione della garanzia provvisoria in data certa anteriore al termine di presentazione delle offerte.” e “È causa di esclusione non sanabile la presentazione della garanzia provvisoria resa a favore di Amministrazione diversa dalla stazione appaltante.”.

2.3.6. La stazione appaltante, verificata l'irregolarità della cauzione provvisoria dell'offerente Projektionisten G.m.b.H., ha provveduto ad azionare il relativo soccorso istruttorio, comunicando al medesimo che la cauzione provvisoria prestata non corrispondeva alle prescrizioni del disciplinare di gara e che la documentazione non era completa, in quanto mancavano in particolare documenti/certificati comprovanti la riduzione della garanzia provvisoria o l'esenzione dalla presentazione della stessa. Invitava quindi l'offerente Projektionisten G.m.b.H a completare ovvero a regolarizzare la documentazione ed a mandarla all'indirizzo PEC della STA, il tutto entro 5 giorni dal ricevimento della comunicazione, a pena di esclusione dalla gara (all. 4 della STA).

Con e-mail del 23.1.2024 la ricorrente comunicava alla stazione appaltante di aver disposto in pari data il versamento corretto della cauzione provvisoria sul conto corrente IBAN della STA (all. 5 della STA).

2.3.7. Posto che detta garanzia provvisoria, costituita mediante versamento dell'importo pari a Euro 4.000,00 sul conto corrente IBAN della STA, è stata formata dopo la scadenza del termine ultimo per la presentazione delle offerte (*id est* 17.1.2024), la stazione appaltante, con comunicazione del 24.1.2024, ha dunque correttamente escluso dalla gara la ricorrente per non aver prestato la cauzione provvisoria corrispondente alle prescrizioni dei documenti di gara, in considerazione del fatto che il disciplinare di gara disponeva che “È causa di esclusione non sanabile la presentazione della garanzia provvisoria resa a favore di Amministrazione diversa dalla stazione appaltante.”.

La prima censura è, quindi, infondata.

2.3.8. Parimenti infondata è la seconda censura, con la quale la ricorrente afferma che la PAB non potrebbe essere considerata “*Amministrazione diversa*” rispetto alla STA, essendo quest’ultima una società *in house* della PAB.

Ed invero, la STA è una società per azioni, iscritta presso il Registro Imprese della Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Bolzano (all. 15 della STA).

Come società per azioni la STA è dotata di propria personalità giuridica, con un codice fiscale e partita IVA (00586190217) che è differente rispetto a quello della PAB (00390090215).

Si tratta, pertanto, di un soggetto giuridico con una propria autonomia negoziale che agisce in modo distinto ed autonomo rispetto alla PAB.

Ciò è confermato anche dal fatto che la gara d’appalto *de qua* era stata bandita dalla STA su deliberazione del proprio Consiglio di Amministrazione.

Anche la stessa ricorrente, in considerazione del fatto che la STA è un soggetto distinto ed autonomo rispetto alla PAB, ha notificato il presente ricorso alla STA e non alla PAB.

2.3.9. Il fatto che la STA sia una società *in house* della PAB, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, non comporta un’assimilazione della medesima all’Amministrazione di riferimento, e cioè alla PAB. Ciò risulta confermato anche dal consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione. Con la sentenza del 3 aprile 2023, n. 9199 la Corte di Cassazione ha, infatti, affermato che “*In via generale, la società di capitali con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché gli enti pubblici (...) ne posseggano le partecipazioni, in tutto o in parte: per le vicende della società non assume rilevanza alcuna la persona dell’azionista, dato che la società, quale persona giuridica privata, opera comunque nell’esercizio della propria autonomia negoziale. (...) Tale caratteristica non viene meno in caso di società cd. in house*

providing, in funzione dell'esistenza di un "controllo analogo" dell'ASL nei confronti della società. Questo controllo serve a consentire all'azionista pubblico di svolgere un'influenza dominante sulla società, se del caso attraverso strumenti derogatori rispetto agli ordinari meccanismi di funzionamento; ma la relazione che così s'instaura non incide sull'alterità soggettiva della società rispetto all'amministrazione pubblica, in quanto la società in house rappresenta pur se sempre un centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante (Cass., sez. un., n. 7759/17; n. 21299/17; n. 7222/18 e, in particolare, Cass. n. 5346/19, nonché, tra le ultime, Cass. n. 21658/21, Cass. sez. 5, n. 37951 del 2021).”.

Il versamento, effettuato dalla ricorrente in favore della PAB, non vale, dunque, a costituire valida cauzione provvisoria in favore della STA, posto che quest'ultima costituisce soggetto diverso ed autonomo rispetto alla PAB.

Va rammentato anche al riguardo che la ricorrente, invece di attenersi alle prescrizioni del disciplinare di gara che avevano previsto espressamente che “*La cauzione può essere costituita: in contanti o assegno circolare: in tal caso il versamento potrà essere effettuato direttamente sul conto della STA – Strutture Trasporto Alto Adige SPA (IBAN: IT57L0808111600000300001198, SWIFT: RZSBIT21003), nel rispetto della normativa antiriciclaggio di cui al D.Lgs. n. 231 del 21 novembre 2007 e ss.mm.ii.*” e che la presentazione della garanzia provvisoria in favore di Amministrazione diversa dalla stazione appaltante, costituisce causa di esclusione non sanabile, ha effettuato il versamento della cauzione provvisoria a favore della PAB.

2.3.10. Infondata è infine anche la terza censura, con la quale la ricorrente afferma in sostanza che anche nel caso in cui il versamento della cauzione provvisoria a favore della PAB dovesse essere considerata come eseguita in favore di un'altra Amministrazione, l'avvenuta esclusione della ricorrente in base alla clausola del disciplinare di gara, secondo cui la presentazione della garanzia provvisoria in favore di Amministrazione diversa dalla stazione appaltante, costituisce causa di

esclusione non sanabile, sarebbe comunque in contrasto con la giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 101 del Codice dei Contratti pubblici del 2023.

2.3.11. Come già esposto sopra e contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, la su richiamata giurisprudenza consolidata è irremovibile nell'affermare che il soccorso istruttorio può essere attivato solamente nel caso in cui la cauzione provvisoria sia stata costituita al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, circostanza che – giova ribadirlo – non si rinviene nella fattispecie.

3. Con il terzo motivo di impugnazione la ricorrente lamenta violazione di legge per falsa applicazione del disciplinare di gara.

3.1. La ricorrente contesta infine l'applicabilità al caso concreto della clausola del disciplinare che vieta la costituzione della garanzia provvisoria a favore di un'Amministrazione pubblica terza.

A dire della ricorrente nella fattispecie mancherebbero i presupposti oggettivi per l'applicazione di detta clausola, poiché essa riguarderebbe solo il caso in cui detta garanzia venga resa (*ausgestellt*) con le forme della fideiussione e non quando essa venga costituita (*geleistet*) con quelle del pegno. Avendo a mente la dizione tedesca del disciplinare, la concordanza dei termini tra il divieto di produzione della garanzia a favore di Amministrazioni terze e la previsione della garanzia in forma fideiussoria sarebbe chiara. Se, dunque, in tali casi il disciplinare utilizza concordatamente l'espressione *ausgestellt*, esso, invece, utilizza il diverso termine *geleistet*, quando si riferisce alla produzione della garanzia per il tramite di versamento diretto. Ciò risulterebbe da quanto scritto nel disciplinare a pag. 36: “*Die Bürgschaft kann von den Rechtssubjekten nach Art. 106, Absatz 3 GvD 36/2023 bzw. von Bankinstituten oder Versicherungsgesellschaften ausgestellt werden, die die von den einschlägigen Gesetzen vorgesehenen Bonitätsanforderungen erfüllen*” e “*Die Bürgschaft muss zugunsten der Vergabestelle ausgestellt....werden.*”.

La stessa terminologia sarebbe utilizzata per il divieto di produzione della cauzione a favore di Amministrazioni terze: *“Es stellt einen nicht behebaren Ausschlussgrund dar, wenn die vorläufige Sicherheit zugunsten einer anderen Verwaltung als die Vergabestelle ausgestellt wurde.”*.

A dire della ricorrente, da detto rilievo risulterebbe che la causa di esclusione, collegata alla produzione della garanzia fideiussoria a favore di una Amministrazione terza, potrebbe operare solo quando la garanzia venga presentata con le forme della fideiussione e che, viceversa, per il principio di tipicità e eccezionalità delle cause di esclusione, esso non potrebbe operare quando la garanzia venga costituita (*geleistet*) mediante versamento diretto.

Non di tratterebbe, del resto, di una mera questione nominalistica o terminologica. Sempre a dire della ricorrente, tale distinzione di regime, tra il caso in cui la garanzia provvisoria venga presentata con fideiussione e quello in cui essa venga presentata con pegno e versamento diretto, sarebbe ben comprensibile e si collegherebbe a una giustificazione sostanziale.

Quando la garanzia è resa con le forme della fideiussione a favore di soggetto terzo, la stazione appaltante non ha nessuna possibilità di escutere il garante, il quale si obbliga solo nei confronti del soggetto a favore del quale la fideiussione è stata formata. In questo caso la stazione appaltante non godrebbe, dunque, di nessuna effettiva garanzia circa il fatto che l'offerente adempie agli obblighi assunti con la domanda di partecipazione alla gara.

Diversamente accadrebbe, quando la garanzia provvisoria è costituita con versamento diretto, il quale ha valore di atto costitutivo di un pegno, secondo quanto espressamente chiarito dall'art. 106, comma 2 del Codice dei contratti pubblici (*“La cauzione è costituita presso l'istituto incaricato del servizio di tesoreria o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore della stazione appaltante.”*). E poiché, in questo separato caso, il versamento della somma deve seguire l'intero regime che è

proprio del pegno, si dovrebbe dedurre che la stazione appaltante è garantita di per sé anche quando il versamento avvenga presso un soggetto terzo. Invero, detta costituzione farebbe sì che il concedente sia nella impossibilità di disporre delle somme versate senza il consenso del creditore secondo quanto previsto dal codice civile a riguardo della costituzione di un pegno presso soggetto terzo (2784 c.c.).

Nel caso concreto, avendo la ricorrente, nell'effettuare il pagamento elettronico tramite il portale epays.it, specificato nella causale di pagamento il pertinente codice di gara, non vi sarebbe sorto alcun dubbio circa la destinazione delle somme, circa la funzione del versamento e circa la natura giuridica dello stesso, ai sensi del già richiamato art. 2784 c.c..

Non avrebbe, perciò, nessun senso il ritenere che la clausola del disciplinare che vieta la costituzione della garanzia provvisoria a favore di Amministrazioni terze si possa applicare, oltre che al caso della costituzione con fideiussione, anche al caso della sua costituzione con pegno.

Non vi sarebbe nessuna ragione sostanziale per sostenere una tale conclusione, risultando la stazione appaltante garantita dal fatto che l'offerente, se si dovesse sottrarre agli obblighi di gara, perderebbe definitivamente le somme versate; cosa che non avverrebbe se fosse prodotta una fideiussione a favore di una Amministrazione terza. La distinzione letterale e terminologica tra la produzione della garanzia tramite fideiussione (*ausgestellt*) e la produzione della garanzia tramite versamento diretto (*geleistet*) risponderebbe, dunque, a una ragione sostanziale, che avvalorerebbe la tesi sostenuta dalla ricorrente. E questo tanto più dovrebbe ammettersi, quando il consegnatario della somma sia l'Amministrazione pubblica dalla quale la stazione appaltante è totalmente partecipata. Anche sulla base di tali considerazioni emergerebbe l'illegittimità del provvedimento di esclusione, che sarebbe stato applicato, infatti, a una fattispecie non contemplata nel disciplinare di gara.

3.2. L'interpretazione offerta dalla ricorrente non coglie nel segno.

Appare del tutto pretestuoso voler far discendere dalle sfumature espressive riportate nel testo tedesco del disciplinare (“*geleistet*” o “*ausgestellt*”) un'interpretazione delle norme di gara che sarebbe assolutamente in contrasto con il dato letterale del disciplinare e con le norme giuridiche che regolano la materia.

È evidente che i motivi di esclusione indicati a pagina 38 del disciplinare si riferiscono alla garanzia provvisoria in quanto tale, indipendentemente dal fatto che detta garanzia provvisoria sia stata prestata sotto forma di cauzione o sotto forma di fideiussione.

Il dato letterale è chiaro ed univoco sia nel testo italiano sia nel testo tedesco. Non sono, dunque, ammissibili i tentativi di interpretazione linguistica della ricorrente volti ad alterare a suo favore il chiaro significato della *lex specialis* come emerge sia dal testo italiano (“È causa di esclusione non sanabile la presentazione della garanzia provvisoria resa a favore di Amministrazione diversa dalla stazione appaltante.”) che dal testo tedesco („*Es stellt einen nicht behebbaren Ausschlussgrund dar, wenn die vorläufige Sicherheit zugunsten einer anderen Verwaltung als die Vergabestelle ausgestellt wurde.*“).

Al riguardo il Collegio richiama anche la giurisprudenza consolidata, secondo cui la *lex specialis* di gara va interpretata in base al tenore letterale delle parole utilizzate: “Va premesso che il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa ritiene che, ai fini dell'interpretazione delle clausole di una *lex specialis* di gara, vanno applicate le norme in materia di contratti e anzitutto il criterio letterale e quello sistematico, ex artt. 1362 e 1363 c.c., il che esclude che esse possano essere assoggettate a un procedimento ermeneutico in funzione integrativa, diretta ad evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi, imponendo che la loro interpretazione fondi sul significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione, e che, laddove il dato testuale presenti evidenti ambiguità, debba presceglersi, in forza del principio di favor participationis, il significato più favorevole al concorrente (ex multis, Cons. Stato, n. 10491 del 2022; id. n. 8481 del 2022; id. n. 1486 del

2022; id. n. 5781 del 2021; id. n. 2844 del 2021; id. n. 7345 del 2020; id. n. 1322 del 2021; id. n. 1447 del 2018; id. n. 2709 del 2014).

In sostanza, l'indirizzo condiviso ritiene che l'interpretazione della lex specialis soggiace, come per tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss. c.c., tra le quali assume ovviamente carattere preminente quello dell'interpretazione letterale (Cons. Stato n. 2710 del 2021)." (Cons. Stato, Sezione V, 21 marzo 2024, n. 2787; idem, 13 febbraio 2024, n. 1439).

Posto che il significato letterale delle parole utilizzate nel disciplinare di gara *de quo* è chiaro ed univoco, risulta infondato pure il terzo motivo.

4. Da quanto precede, emerge l'infondatezza del ricorso che va, pertanto, rigettato con tutte le domande proposte.

La ricorrente è tenuta alla rifusione delle spese a favore della STA. Le spese con la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero delle Imprese e del Made in Italy vanno compensate.

Nulla per la Konverto A.G. – S.p.A., non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta e con esso tutte le domande proposte.

Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese di lite a favore della STA - Strutture Trasporto Alto Adige S.p.A., liquidate in Euro 3.000,00 (tremila/00), oltre, IVA, CAP ed altri accessori di legge.

Spese compensate con la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero delle Imprese e del Made in Italy.

Nulla per la Konverto A.G. – S.p.A., non costituita in giudizio.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 24 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Presidente

Margit Falk Ebner, Consigliere, Estensore

Edith Engl, Consigliere

Andrea Sacchetti, Consigliere

L'ESTENSORE
Margit Falk Ebner

IL PRESIDENTE
Lorenza Pantozzi Lerjefors