



**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 Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1752 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

- -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con la mandante -OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Andrea Abbamonte, Gianluigi Pellegrino e Consuelo Basile e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

*contro*

- A.N.A.S. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Paola Cannata ed Elena Cardamone e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

*nei confronti*

- -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Maria Cristina Lenoci ed elettivamente domiciliata in Milano, Via Chiossetto n. 18, presso lo studio dell'Avv. Lorena Morrone;

*per l'annullamento*

sia con riguardo al ricorso introduttivo che al ricorso per motivi aggiunti:

- del provvedimento prot. n. -OMISSIS-con cui A.N.A.S., con riguardo alla gara -OMISSIS-«-OMISSIS-- -OMISSIS- (-OMISSIS-) e -OMISSIS-(-OMISSIS-) e -OMISSIS-» (-OMISSIS-), ha disposto l'esclusione del Raggruppamento primo graduato capeggiato dal ricorrente -OMISSIS-;
- di ogni altro atto connesso, consequenziale e presupposto, tra cui in particolare la nota -OMISSIS-, i verbali di gara n. -OMISSIS-, nonché per quanto occorra la lex specialis (par. 10 del Disciplinare di gara) in parte qua;
- nonché per l'annullamento dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione della procedura di gara in questione all'impresa seconda graduata;
- nonché per la declaratoria di inefficacia ex art. 122 cod. proc. amm. dell'eventuale contratto stipulato per effetto del provvedimento di aggiudicazione, con contestuale declaratoria di subentro della ricorrente nel contratto eventualmente stipulato.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS- e di A.N.A.S. S.p.A.;

Visti il ricorso incidentale e i connessi motivi aggiunti proposti da -OMISSIS-;

Vista l'ordinanza n. 1386/2021 con cui è stata respinta la domanda cautelare formulata dalla ricorrente principale e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia;

Vista l'ordinanza n. 275/2022 con cui la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha riformato la pronuncia cautelare di primo grado e sospeso gli effetti degli atti impugnati dalla ricorrente principale;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 16 febbraio 2022, i difensori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso introduttivo, notificato in data 8 ottobre 2021 e depositato il 12 ottobre successivo, la ricorrente principale -OMISSIS- ha impugnato il provvedimento prot. n. -OMISSIS-con cui A.N.A.S., con riguardo alla gara -OMISSIS-«-OMISSIS-- -OMISSIS- (-OMISSIS-) e -OMISSIS-(-OMISSIS-) e -OMISSIS-» (-OMISSIS-), ha disposto l'esclusione del Raggruppamento primo graduato capeggiato da essa ricorrente.

Con bando di gara del 28 dicembre 2020, pubblicato nei modi di legge, l'A.N.A.S. ha indetto una procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del D. Lgs. n. 50 del 2016 (con valore complessivo pari a € 136.209.777,55), finalizzata all'aggiudicazione dell'intervento «-OMISSIS- - -OMISSIS- (-OMISSIS-) e -OMISSIS-(-OMISSIS-) e -OMISSIS-. -OMISSIS-»; la procedura di gara, il cui termine di partecipazione scadeva il 18 gennaio 2021, è stata gestita esclusivamente in via telematica, attraverso il Portale Acquisti A.N.A.S. S.p.A. Avendo la Stazione appaltante optato per il metodo dell'inversione procedimentale, disciplinato dall'art. 133, comma 8, del D. Lgs. n. 50 del 2016, l'apertura delle buste amministrative e la verifica dei requisiti di partecipazione sono stati posticipati rispetto all'esame delle offerte.

In seguito alla valutazione da parte della Commissione di gara delle offerte presentate si è classificato primo in graduatoria il Raggruppamento guidato dalla ricorrente principale -OMISSIS-, con un punteggio complessivo di 73,418 ed un ribasso percentuale offerto del 14,050%. In data 26 gennaio 2021, ovvero prima della conclusione delle operazioni da parte della Commissione di gara, il Consorzio ricorrente ha comunicato alla Stazione appaltante che la garanzia provvisoria prodotta con polizza bancaria rilasciata in data 18 gennaio 2021 da -OMISSIS-non era valida, in quanto la predetta Banca non aveva alcuna agenzia in Italia e non aveva autorizzato alla sua emissione alcun soggetto. Con nota del 4 agosto 2021, la Stazione appaltante ha segnalato al Raggruppamento ricorrente principale, tramite un preavviso di esclusione, la rilevata invalidità della garanzia provvisoria prodotta, poiché rilasciata da un soggetto non legittimato e redatta senza il rispetto dello

schema tipo approvato con Decreto del Ministero dello Sviluppo economico n. 31 del 19 gennaio 2018. In data 20 agosto 2021, la ricorrente ha trasmesso una comunicazione esplicativa, integrata poi con successiva nota del 6 settembre 2021, attraverso la quale ha contestato la fondatezza dei presupposti per una sua esclusione dalla gara. In data 8 settembre 2021, la Stazione appaltante – avuto riguardo al disposto di cui all’art. 80, comma 5, lett. f-bis, del D. Lgs. n. 50 del 2016 e tenuto conto della previsione di cui al par. 10 del Disciplinare di gara – ha proceduto all’esclusione dalla procedura del R.T.I. -OMISSIS-, demandando alla Commissione di gara di provvedere alla rideterminazione della graduatoria nei confronti del concorrente nuovo primo classificato. Tale estromissione è stata comunicata in data 9 settembre 2021, motivandola con la circostanza che *«codesto Concorrente è risultato escluso in quanto ha presentato una polizza bancaria non valida – perché rilasciata da un soggetto non legittimato – e ciò non è sanabile attraverso l’istituto del soccorso istruttorio. Il Seggio di gara ha, infatti, deliberato l’esclusione di Codesto Spett.le RTI in considerazione di quanto previsto dall’art. 80, comma 5, lett. f bis), secondo cui la Stazione appaltante esclude “l’operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”, e tenuto conto di quanto stabilito dal Disciplinare di gara che al paragrafo 10. GARANZIA PROVVISORIA, ultimo capoverso, è chiaro nello stabilire che “Non è sanabile – e quindi è causa di esclusione – la sottoscrizione della garanzia provvisoria da parte di un soggetto non legittimato a rilasciare la garanzia o non autorizzato ad impegnare il garante”»*. La Commissione di gara, nella seduta riservata del 17 settembre 2021, ha provveduto a redigere la graduatoria finale risultante a seguito di detta esclusione e, nella seduta pubblica del 29 settembre 2021, ha dato lettura della citata graduatoria finale: è risultata prima in graduatoria la concorrente -OMISSIS-, con un punteggio complessivo di 71,301 ed un ribasso percentuale offerto del 12,364 %.

Assumendo l’illegittimità di tali determinazioni, la ricorrente principale -OMISSIS- ne ha chiesto l’annullamento, sotto diversi profili, per violazione e

falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis, del D. Lgs. n. 50 del 2016, per violazione dell'art. 83, comma 8, e dell'art. 93 del D. Lgs. n. 50 del 2016, per eccesso di potere per carenza dei presupposti in fatto e in diritto, per difetto di motivazione e di istruttoria, per ingiustizia e irragionevolezza manifeste, per violazione dei principi eurounitari in tema di ragionevole affidamento e dei principi di causalità adeguata di cui agli artt. 40 c.p., 2043 cod. civ. e 21 nonies della legge n. 241 del 1990.

Si sono costituite in giudizio -OMISSIS- e A.N.A.S. S.p.A., che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

2. Con ricorso incidentale notificato in data 2 novembre 2021 e depositato in pari data, la controinteressata -OMISSIS- ha chiesto la declaratoria di inammissibilità e/o infondatezza del ricorso principale proposto dal -OMISSIS-.

3. Con ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 19 novembre 2021 e depositato il 24 novembre successivo, la ricorrente principale -OMISSIS- – successivamente al ricevimento da parte della Stazione appaltante dei verbali di gara n. -OMISSIS- – ha proposto ulteriori censure avverso gli atti già impugnati con il ricorso introduttivo.

Con riferimento ai verbali del 16 luglio 2021 e dell'8 settembre 2021, sono stati dedotti la violazione e falsa applicazione dell'art. 93 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e del D.M. n. 31 del 2018, in combinato disposto con l'art. 83, comma 8, del D. Lgs. n. 50 del 2016, e la violazione dell'art. 31 del D. Lgs. n. 50 del 2016, il radicale difetto di competenza, l'eccesso di potere per carenza dei presupposti in fatto e in diritto, il difetto di motivazione e di istruttoria e l'ingiustizia e l'irragionevolezza manifeste.

Ulteriormente sono state reiterate, sotto diversi profili, le censure, già proposte attraverso il ricorso introduttivo, di violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis, del D. Lgs. n. 50 del 2016, di violazione dell'art. 83, comma 8, e dell'art. 93 del D. Lgs. n. 50 del 2016, di eccesso di potere per carenza dei presupposti in fatto e in diritto, di difetto di

motivazione e di istruttoria, di ingiustizia e irragionevolezza manifeste, di violazione dei principi eurounitari in tema di ragionevole affidamento e dei principi di causalità adeguata di cui agli artt. 40 c.p., 2043 cod. civ. e 21 nonies della legge n. 241 del 1990.

4. Con un primo ricorso per motivi aggiunti al ricorso incidentale, notificato in data 18 novembre 2021 e depositato il 25 novembre successivo, la controinteressata -OMISSIS- – in seguito all’esame della documentazione richiesta alla Stazione appaltante, ottenuta in data 19, 20, 21 e 22 ottobre 2021 – avrebbe rilevato ulteriori profili di criticità dell’offerta del R.T.I. -OMISSIS- che A.N.A.S. non avrebbe affatto considerato e che comunque sarebbero idonei a determinare l’esclusione della ricorrente principale dalla gara, anche a prescindere dall’invalidità della cauzione provvisoria da questa prodotta.

5. Con l’ordinanza n. 1386/2021, questa Sezione ha respinto la domanda cautelare formulata dalla ricorrente principale e ha fissato l’udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia.

6. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti al ricorso incidentale, notificato in data 29 dicembre 2021 e depositato in pari data, la controinteressata -OMISSIS- – in seguito al deposito documentale di A.N.A.S. del 13 dicembre 2021 – ha censurato le determinazioni della Stazione appaltante, stante la conclamata falsità della firma digitale apposta in calce alla garanzia allegata all’offerta del R.T.I. ricorrente principale.

7. Con l’ordinanza n. 275/2022, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha riformato la pronuncia cautelare di primo grado, sospendendo gli effetti degli atti impugnati dalla ricorrente principale -OMISSIS-.

8. In prossimità dell’udienza di trattazione del merito della controversia, i difensori delle parti hanno depositato memorie e documentazione a sostegno delle rispettive posizioni; la difesa di A.N.A.S. ha chiesto il rigetto sia del ricorso principale che di quello incidentale, comprensivi dei motivi aggiunti.

Alla pubblica udienza del 16 febbraio 2022, su conforme richiesta dei difensori delle parti, la controversia è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. I ricorsi (principali) introduttivo e per motivi aggiunti proposti da -OMISSIS-, da trattare contestualmente in ragione della pressoché completa sovrapposibilità delle doglianze contenute negli stessi, sono infondati.

2. Con le due censure del ricorso introduttivo e le tre censure del ricorso per motivi aggiunti (rubricate A, B.I e B.II), da trattare congiuntamente in quanto strettamente connesse, si assume l'illegittimità dell'esclusione dalla gara del R.T.I. ricorrente fondata sull'applicazione della lett. f-bis del comma 5 dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e del par. 10 del Disciplinare di gara, poiché nella specie, a fronte della invalidità della cauzione provvisoria prodotta da -OMISSIS-, si sarebbe dovuta applicare la previsione di cui alla precedente lett. c-bis del comma 5 dell'art. 80, tenuto conto che, secondo l'insegnamento dell'Adunanza plenaria, laddove la documentazione rilevante ai fini dell'ammissione e dell'aggiudicazione, a maggior ragione se fornita da terzi, si dovesse rivelare non veritiera, la Stazione appaltante non potrebbe direttamente procedere all'esclusione del concorrente interessato, ma dovrebbe sempre effettuare una valutazione della condotta nell'ambito di un complessivo giudizio di concreta affidabilità; nemmeno la previsione del par. 10 del Disciplinare potrebbe essere applicata, trattandosi di disposizione affetta da nullità, in quanto recante una causa di esclusione non prevista dalla legge.

2.1. Le doglianze sono infondate.

In data 26 gennaio 2021, il -OMISSIS- ha inviato una nota alla Stazione appaltante con cui ha segnalato che *“la scrivente azienda ha formulato offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi del Disciplinare di gara, allegando la garanzia provvisoria di cui all'art. 10 delle condizioni di gara, a mezzo polizza bancaria rilasciata in data 18.1.2021 da -OMISSIS-. Di seguito il sottoscritto -OMISSIS- pur avendo proceduto al rituale pagamento delle polizze in questione tramite l'agente designato Avv. (...) -, ha constatato che la predetta banca austriaca non aveva né aperto filiali in Roma, né tantomeno autorizzato la presente filiale al rilascio delle predette polizze: tali circostanze*

*sono state confermate dalla sede austriaca della -OMISSIS-con nota pec del 19.1.2021. (...) Per doverosa correttezza si rappresenta, pertanto, la possibile inoperatività/inefficacia della cauzione provvisoria allegata all'offerta resa dal sottoscritto -OMISSIS-nella procedura di cui in oggetto" (all. 5 al ricorso).*

Alla predetta nota è stata acclusa (come allegato n. 3) anche la denuncia-querela presentata presso la Questura -OMISSIS-, dal legale rappresentante del -OMISSIS- contro alcuni soggetti (operanti quali broker) che hanno fornito le garanzie fideiussorie provvisorie finalizzate alla partecipazione alle gare bandite da A.N.A.S. (tra cui quella oggetto del presente contenzioso), in apparenza emesse da -OMISSIS-e sottoscritte digitalmente dal procuratore speciale di quest'ultima: tuttavia tale firma digitale è risultata, *ictu oculi*, non valida e da ciò è scaturita una verifica che ha fatto emergere come la Banca emittente, non avendo sede in Italia, non avrebbe potuto rilasciare alcuna valida polizza fideiussoria. Nella denuncia si è specificato altresì che, a fronte della riscontrata invalidità della firma digitale apposta sulla fideiussione, subito rilevata in sede di esame della stessa, il Consorzio ricorrente principale ha comunque inserito la citata garanzia provvisoria nella documentazione che è stata presentata in sede di gara, confidando sulle assicurazioni ricevute dai broker, poi denunciati, in ordine alla validità della predetta firma digitale.

Tali richiamate circostanze dimostrano come, già da un primo esame della polizza fideiussoria, i rappresentanti del -OMISSIS- avessero constatato con immediatezza l'invalidità della la firma digitale apposta dal procuratore speciale della Banca emittente in calce alla stessa (cfr. all. 17 e 18 di A.N.A.S.); inoltre, come appurato dallo stesso Consorzio in sede di iniziale riscontro sulla validità della cauzione provvisoria (e riportato nella richiamata denuncia-querela), la Banca emittente non ha filiali in Italia e non è autorizzata ad emettere polizze fideiussorie, da ciò emergendo la sostanziale inesistenza della cauzione prodotta in gara. Ciononostante, siffatta garanzia provvisoria, palesemente invalida, è stata comunque allegata all'offerta formulata dal -OMISSIS-. Nessun legittimo affidamento e buona fede, sotto questo profilo,



possono ritenersi sussistenti in capo al suddetto -OMISSIS-, che è stato dimostrato essere pienamente consapevole della sua condotta.

2.2. A fronte di tali presupposti fattuali, la Stazione appaltante ha disposto, doverosamente, l'esclusione della ricorrente principale dalla procedura oggetto del presente contenzioso, facendo applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis, del D. Lgs. n. 50 del 2016, che impone l'esclusione dell'operatore economico *“che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”*.

Non appare condivisibile, in senso opposto, l'interpretazione fornita dalla ricorrente principale (e sostenuta richiamando la decisione dell'Adunanza plenaria n. 16 del 2020), a giudizio della quale la previsione di cui alla lett. f-bis sarebbe recessiva rispetto a quella della precedente lett. c-bis (che, dinanzi a documentazione rilevante ai fini dell'ammissione e dell'aggiudicazione, tanto più se fornita da terzi, e che si riveli non veritiera, stabilisce che la Stazione appaltante non debba senz'altro escludere il concorrente, ma debba sempre valutarne la condotta nell'ambito di un complessivo giudizio di concreta affidabilità), poiché nella fattispecie oggetto del presente giudizio ci si trova al cospetto di un documento oggettivamente e indiscutibilmente non valido, di cui peraltro la parte risultava pienamente consapevole, essendosene avveduta tempestivamente (cfr. la richiamata denuncia-querela del 21 gennaio 2021: all. 5 al ricorso); in ordine all'applicabilità della lettera f-bis dell'art. 80, comma 5, del D. Lgs. n. 50 del 2016, la richiamata Adunanza plenaria ha precisato che la citata norma *“ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis] della medesima disposizione”*, ovvero si riferisce ai casi *“in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima”* (Consiglio di Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16).

Nel richiamare la predetta pronuncia, si è chiarito che «con riferimento ai rapporti tra le lettere c) ed f-bis) dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2020 ha ritenuto che il coordinamento fra le due norme debba essere effettuato in base al principio di specialità. Mentre la disposizione di cui alla lettera f-bis) è fattispecie generale, quella di cui alla lettera c-bis) è fattispecie speciale e si caratterizza per la circostanza che le informazioni false siano idonee a influenzare le decisioni della stazione appaltante, in particolare, sull'ammissione o sull'esclusione dei concorrenti nelle gare per l'affidamento dei contratti pubblici. In particolare, la causa di esclusione relativa all'operatore economico che presenti nella procedura di gara "documentazione o dichiarazioni non veritiere", introdotta dal d.lgs. n. 56/2017 con l'aggiunta all'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 della lett. f-bis), fa riferimento alle ipotesi in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lett. c-bis)» (T.A.R. Lazio, Roma, I quater, 21 febbraio 2022, n. 2020).

La lett. f-bis, difatti, «condiziona l'esclusione alla dichiarazione non veritiera (ossia alla dichiarazione di fatti che non trovano corrispondenza nella realtà), non alla dichiarazione reticente o alla omissione della dichiarazione; e quindi si applica alle sole ipotesi in cui (come affermato dall'Adunanza Plenaria n. 16/2020, al § 18 del diritto) «le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità [...]» (Consiglio di Stato, V, 4 febbraio 2022, n. 795; anche, 9 gennaio 2019, n. 196).

Non risulta determinante la circostanza che la dichiarazione o la documentazione provengano da un soggetto terzo, assumendo rilevanza il mendacio anche nel caso di dichiarazione proveniente dal fideiussore (cfr. Consiglio di Stato, V, 20 marzo 2019, n. 1820).

Del resto, ad ammettere l'obbligo per la Stazione appaltante di procedere ad una valutazione in concreto di affidabilità del concorrente anche in presenza

di documenti non veritieri, della cui falsità questi era pienamente consapevole (cfr. la citata denuncia-querela), rischia di favorire collusioni tra imprese o tra queste e l'Amministrazione, oltre che impattare sul buon andamento e sulla speditezza dell'azione amministrativa; inoltre ciò determina una disparità di trattamento non soltanto rispetto agli altri operatori che hanno preso parte alla procedura, ma anche nei riguardi di coloro che hanno desistito dal partecipare per assenza delle relative condizioni (ad esempio, perché non sono riusciti ad ottenere in tempo la garanzia provvisoria da produrre in gara ad un costo accettabile).

2.3. Quanto in precedenza rilevato trova riscontro anche nella consolidata giurisprudenza che ammette il soccorso istruttorio con riguardo alle irregolarità concernenti la cauzione provvisoria soltanto se questa viene prestata nei termini previsti dalla *lex specialis*: il limite della sanabilità viene individuato nella circostanza che la cauzione provvisoria presentata in sanatoria debba essere di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione, pena la violazione della *par condicio* tra tutti i concorrenti (cfr. Consiglio di Stato, V, 16 gennaio 2020 n. 399; 4 dicembre 2019, n. 8296; 20 agosto 2019, n. 5751; T.A.R. Campania, Napoli, II, 11 gennaio 2021, n. 183). Allorquando si è al cospetto della presentazione di una cauzione provvisoria falsa, invece, non è possibile applicare il regime riservato alla cauzione provvisoria mancante, incompleta o irregolare, compreso il soccorso istruttorio, ma bisogna applicare le previsioni disciplinanti i casi di falsa dichiarazione dei requisiti di ordine generale, ovvero la presentazione di documentazione falsa a corredo dell'offerta (cfr., con riguardo al previgente Codice dei contratti pubblici del 2006, Consiglio di Stato, V, 23 marzo 2018, n. 1846), come stabilito dall'art. 80, comma 5, lett. f-bis, del D. Lgs. n. 50 del 2016, che impone l'esclusione dell'operatore economico *“che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”*.

Alla luce delle suesposte considerazioni appaiono pertanto pienamente legittime le previsioni contenute nel par. 10 del Disciplinare di gara (“*Garanzia provvisoria*”), in particolare quelle che ammettono la sanabilità, mediante soccorso istruttorio, della mancata presentazione della garanzia provvisoria e/o dell’impegno a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva solo a condizione che siano stati già costituiti prima della presentazione dell’offerta, unitamente alla presentazione di una garanzia di valore inferiore o priva di una o più caratteristiche tra quelle indicate in precedenza, mentre “*non è sanabile – e quindi è causa di esclusione – la sottoscrizione della garanzia provvisoria da parte di un soggetto non legittimato a rilasciare la garanzia o non autorizzato ad impegnare il garante*” (cfr. anche Consiglio di Stato, V, 20 agosto 2019, n. 5751).

2.4. Quanto all’eccepita violazione della tassatività delle clausole di esclusione, va rilevato che anche successivamente all’introduzione di siffatta regola – attualmente contenuta nell’art. 83, comma 8, del D. Lgs. n. 50 del 2016 – sono state comunque ritenute “*legittime le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione (in senso sostanziale, perché posti a tutela di interessi imperativi, c.d. tassatività attenuata), anche di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali (Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 9, § 6.4; successivamente 16 ottobre 2020, n. 22). (...) Conseguentemente, la norma contenuta nell’art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, non ha posto un divieto per la stazione appaltante di indicare nel bando le condizioni minime di partecipazione e i mezzi di prova, al fine di consentire la verifica, in via formale e sostanziale, delle capacità realizzative dell’impresa, nonché le competenze tecnico-professionali e le risorse umane, organiche all’impresa medesima, bensì ha regolamentato questo potere (Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020 n. 22, § 7.)*” (Consiglio di Stato, IV, 15 febbraio 2022, n. 1107).

Nella specie, le contestate clausole del Disciplinare di gara, riferite alla esistenza e alla validità della garanzia provvisoria – la cui funzione è quella di garantire la Stazione appaltante dalla mancata sottoscrizione del contratto

dopo l'aggiudicazione per fatto riconducibile all'affidatario o in ragione dell'adozione di informazione antimafia interdittiva (cfr. art. 93, comma 6, del D. Lgs. n. 50 del 2016) – risultano certamente valide.

2.5. Da ciò discende l'infondatezza degli scrutinati motivi contenuti nel ricorso introduttivo e in quello per motivi aggiunti.

3. In conclusione, in ragione di quanto evidenziato in precedenza, il ricorso principale e il correlato ricorso per motivi aggiunti devono essere respinti.

4. Il rigetto del ricorso principale e di quello per motivi aggiunti determina l'improcedibilità del ricorso incidentale e dei correlati motivi aggiunti proposti da -OMISSIS-

5. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti indicati in epigrafe; dichiara improcedibili il ricorso incidentale e i correlati motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente -OMISSIS- al pagamento delle spese di giudizio in favore di A.N.A.S. S.p.A. e di -OMISSIS- nella misura di € 2.000,00 (duemila/00) ciascuno (per complessivi € 4.000,00), oltre spese e oneri generali.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'art. 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità, nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti del giudizio.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 16 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Antonio De Vita**

**IL PRESIDENTE**  
**Gabriele Nunziata**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.