Pubblicato il 26/01/2021

N. 01023/2021 REG.PROV.COLL.
N. 04753/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4753 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Aebi Schmidt Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Rosignoli, Paola Tanferna, Simona Viola e Bruno Emilio Tonoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio della seconda in Roma, via Maria Adelaide n. 8;

contro

Autostrade per l'Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Guccione e Maria Ferrante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, corso Italia 45;

nei confronti

Marcel Boschung Ag, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

di tutti gli atti della procedura di gara indetta da Autostrade per l'Italia S.p.A. per la "fornitura e trasporto a destino presso le Direzioni di Tronco di Autostrade per l'Italia di n. 40 innaffiatrici per cloruri da 10 m3" (lotto 2 – CIG 8082804CDB) e in particolare:

a. del provvedimento ricevuto dalla ricorrente il 6 maggio 2020, con cui la stazione appaltante ha dichiarato efficace l'aggiudicazione della gara in favore della Società Marcel Boschung AG;
b. del provvedimento (di data sconosciuta) con cui la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione della gara in favore della Società Marcel Boschung AG, subordinandone l'efficacia all'esito positivo delle verifiche di legge (conosciuto dalla ricorrente il 4 giugno 2020);
c. della lista dei concorrenti ammessi ed esclusi alla gara, pubblicata sul portale web della stazione appaltante il 22 gennaio 2020;
d. del verbale della commissione di gara del 21 gennaio 2020 (conosciuto dalla ricorrente il 4 giugno 2020);
e. ove occorrer possa, anche dell'art. 10 del disciplinare di gara (nella parte in cui stabilisce che "è sanabile, altresì, la presentazione di una garanzia di valore inferiore o priva di una o più caratteristiche tra quelle sopra indicate (intestazione solo ad alcuni partecipanti al RTI, carenza delle clausole obbligatorie, etc.)";
f. ogni altro atto connesso e/o consequenziale, anche se non conosciuto;
per l'annullamento e/o la dichiarazione di invalidità e/o di inefficacia e/o comunque la caducazione del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria;
per l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto a favore della ricorrente, anche sotto forma di subentro per le parti non ancora eseguite; o, in subordine, la condanna di Autostrade per l'Italia S.p.A. a risarcire la ricorrente del danno emergente e del lucro cessante per equivalente pecuniario.
Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Aebi Schmidt Italia s.r.l. il 21 settembre 2020:
per l'accoglimento delle domande già rassegnate con il ricorso introduttivo, anche per le ulteriori ragioni.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrade per l'Italia S.p.A. e di Marcel Boschung Ag;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza del giorno 13 gennaio 2021 la dott.ssa Lucia Maria Brancatelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente Aebi Schmidt Italia s.r.l. (in avanti, Aebi) ha partecipato alla procedura aperta, suddivisa in due lotti e da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso, indetta da Autostrade per l'Italia s.p.a. ("ASPI") e avente ad oggetto la fornitura di n. 118 spargisale (Lotto 1) e di n. 40 innaffiatrici per cloruri (Lotto 2), da consegnarsi sull'intero territorio nazionale.

Con il presente gravame impugna gli atti della procedura che hanno condotto, in relazione al lotto n. 2, all'aggiudicazione della commessa alla società di diritto elvetico Marcel Boschung AG ("Boschung"), mentre Aebi si è classificata al secondo posto.

La ricorrente premette di avere formulato istanza di accesso agli atti della procedura di gara, e in particolare all'offerta formulata da Boschung, in data 28 gennaio 2020; la richiesta di accesso è stata dapprima differita al termine della gara, conclusasi con aggiudicazione comunicata alle parti il 6 maggio 2020, e soddisfatta il successivo 4 giugno 2020.

Al primo motivo di ricorso, sostiene che la garanzia provvisoria prestata da Boschung, consistente in una lettera di UBS Switzerland AG intestata "bid bond", sarebbe totalmente difforme dalle prescrizioni della *lex specialis* di gara e del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016.

Dopo avere elencato le asserite difformità della garanzia rispetto a quanto richiesto, Aebi aggiunge che la loro numerosità non avrebbe neppure consentito di applicare l'art. 10 del disciplinare di gara, nella parte in cui consente la sanabilità della "*garanzia di valore inferiore o priva di una o più caratteristiche tra quelle sopra indicate (intestazione solo ad alcuni partecipanti al RTI, carenza delle clausole obbligatorie, etc.)*".

Con il secondo mezzo, contesta la validità dell'impegno a presentare la garanzia definitiva, in quanto anche l'impegno del garante non sarebbe conforme al modello prescritto dalla legge e dalla *lex specialis* di gara. Anche in questo caso, sostiene la ricorrente, il soccorso istruttorio non potrebbe trovare applicazione, sia perché da ritenersi limitato alla sola garanzia provvisoria (e non anche all'impegno a costituire la garanzia definitiva), sia perché azionabile solo a fronte della carenza di clausole e non già per modificare un impegno difforme da quello richiesto dal Codice dei contratti e dalla stazione appaltante.

Al terzo motivo, Aebi afferma che UBS Switzerland AG, che ha rilasciato sia la cauzione provvisoria che l'impegno al rilascio della cauzione definitiva in favore dell'aggiudicataria, non era autorizzata ad operare in Italia, né tanto meno a rilasciare fideiussioni sul territorio italiano.

Chiede, quindi, oltre all'annullamento degli atti impugnati, anche che sia accertato il diritto della ricorrente all'aggiudicazione e alla stipulazione del contratto, compreso il subentro nelle prestazioni non ancora eseguite, previa dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente

stipulato con la controinteressata. In subordine, qualora il subentro nel contratto non fosse in tutto o in parte possibile, chiede il risarcimento commisurato al mancato guadagno della commessa sfumata e al c.d. danno curriculare.

La controinteressata Boschung si è costituita in giudizio eccependo in primo luogo la tardività del ricorso, essendo stato mandato per la notifica il 24 giugno 2020, mentre il provvedimento di aggiudicazione definitiva efficace era stato comunicato da ASPI a mezzo pec in data 6 maggio 2020. Aggiunge che poiché Aebi aveva presenziato alla seduta pubblica del 21 gennaio 2020 convocata per l'apertura delle buste amministrative, doveva ritenersi che fin da quella data la ricorrente avesse avuto piena conoscenza del contenuto della garanzia presentata da Boschung ed è stata in condizione di apprezzarne i presunti vizi.

La controinteressata eccepisce anche la inammissibilità del ricorso per inesistenza della notifica del gravame, in quanto non effettuata nei confronti di Boschung, società con sede legale in Svizzera, secondo il procedimento di notificazione previsto dall'Accordo bilaterale del 2.06.1988 tra l'Italia e la Svizzera, concernente la trasmissione degli atti giudiziari. Nel merito, chiede la reiezione del ricorso siccome infondato.

Anche ASPI nel costituirsi in giudizio ha eccepito la tardività della notifica oltre che l'infondatezza del ricorso. Contesta anche la domanda risarcitoria formulata nel gravame, che sarebbe affetta da genericità.

Alla camera di consiglio del 20 luglio 2020, l'esigenza cautelare prospettata dalla ricorrente è stata tutelata attraverso la fissazione della data di trattazione della controversia nel merito.

Con successivi motivi aggiunti, notificati il 21 settembre 2020 e depositati in pari data, la ricorrente fa presente di essere venuta a conoscenza, a seguito di un deposito documentale in giudizio del 16 settembre 2020, della intervenuta stipula del contratto di appalto tra la stazione appaltante e Boschung. Oltre a reiterare le censure già sollevate nel ricorso introduttivo, aggiunge che il contratto di appalto era stato stipulato a fronte di una garanzia definitiva emessa dalla UBS Switzerland AG da ritenersi nulla e invalida per le ragioni già indicate nel terzo motivo del ricorso introduttivo.

In vista dell'udienza fissata per la trattazione del ricorso, oltre a insistere nelle eccezioni sollevate e nelle difese già spiegate nel corso del giudizio, la controinteressata ha anche chiesto il rigetto della richiesta di subentro nel contratto avanzata da Aebi, in quanto sarebbe contrastante con l'avanzato stato di esecuzione del contratto e con l'interesse pubblico alla continuità nella consegna della fornitura.

All'udienza del 13 gennaio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

La controversia ha ad oggetto la gara per la consegna di n. 40 innaffiatrici per cloruri, indetta da ASPI e conclusasi con l'aggiudicazione in favore di Boschung, mentre la ricorrente Aebi si è classificata seconda.

Deve essere in primo luogo scrutinata l'eccezione di tardività del ricorso, mandato in notifica il 24 giugno 2020, sollevata dalle controparti in relazione alle seguenti circostanze: nel corso della seduta pubblica del 21 gennaio 2020, anche alla presenza di un rappresentante di Aebi, la stazione appaltante aveva rilevato carenze nelle garanzie presentate da Boschung e le aveva consentito tramite soccorso istruttorio di integrarle; doveva pertanto ritenersi che il termine di trenta giorni per l'impugnazione dell'aggiudicazione era iniziato a decorrere fin dal 6 maggio 2020, data di comunicazione l'aggiudicazione definitiva, e non dal successivo 4 giugno 2020, data in cui è stata soddisfatta la richiesta di accesso della ricorrente; pure a volere considerare quest'ultima quale data utile da cui far decorrere il termine di impugnazione, il gravame dovrebbe comunque considerarsi tardivo in quanto, in caso di mancata tempestiva ostensione degli atti della procedura, il termine si estenderebbe per ulteriori 15 giorni dalla data di ostensione degli atti e, quindi, nel caso di specie, dal 4 giugno 2020 sino al 19 giugno 2020, pari a 45 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione del 6 maggio 2020.

L'eccezione non può trovare accoglimento.

Deve in primo luogo rammentarsi l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il termine per impugnare un provvedimento lesivo della sfera giuridica del partecipante decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto stesso, che può concretizzarsi anche nel momento della partecipazione di un rappresentante della società alla seduta della Commissione di gara, purché in tale sede abbiano trovato ingresso nella piena ed effettiva sfera di conoscenza della ricorrente tutti gli elementi poi contestati in sede giudiziale (cfr. Cons. Stato, 13 dicembre 2017, n. 5870). Nel caso di specie, alla seduta pubblica del 21 gennaio 2020 la stazione appaltante ha attivato il soccorso istruttorio in relazione alla sola assenza della traduzione in italiano dei testi, in lingua inglese, delle garanzie presentate da Boschung ai fini della partecipazione alla gara, e la controinteressata ha provveduto al relativo deposito. Dunque, nel corso della seduta non state sollevate dalla stazione appaltante critiche in ordine in ordine alla presunta incompletezza delle garanzie, alla loro difformità dallo schema legale ovvero alla capacità di rilasciarle da parte del garante; inoltre, non risulta dal verbale della seduta che sia stato consentito ad Aebi di visionare gli originali delle garanzie e le rispettive traduzioni, né che una copia del verbale e dei relativi allegati (tra cui erano presenti anche le citate garanzie tradotte in lingua italiana) sia stato

rilasciato alla società ricorrente. Ne consegue che l'effettiva conoscenza degli atti oggetto di contestazione in giudizio è intervenuta solo allorquando ASPI ha concesso alla ricorrente l'accesso alla documentazione di gara, ivi compresi i testi contenenti le garanzie a corredo dell'offerta di Boschung.

Nello specifico, a fronte di una istanza di accesso presentata da Aebi il 28 gennaio, ASPI ha disposto un differimento dell'ostensione fino alla formalizzazione dell'aggiudicazione; dopo la comunicazione dell'aggiudicazione del 6 maggio 2020, Aebi aveva sollecitato per due volte alla stazione appaltante l'evasione della richiesta di accesso (il 7 maggio e il 18 maggio 2020); il 4 giugno 2020, ASPI ha concesso l'accesso ai documenti richiesti.

Secondo la tesi della controinteressata e di ASPI, dal momento in cui l'accesso è stato concesso non potrebbero essere assegnati più di quindici giorni alla istante per presentare ricorso, e quindi il termine di impugnazione doveva considerarsi spirato a partire dal 20 giugno 2020, con conseguente tardività del gravame. L'orientamento giurisprudenziale richiamato dalle parti sul punto è quello secondo cui il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione ma può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto che si ritenga leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità, ove questi non siano oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione. Secondo tale orientamento, la dilazione temporale, che prima era fissata nei dieci giorni previsti per l'accesso informale ai documenti di gara dall'art. 79, comma 5 – quater d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, decorrenti dalla comunicazione del provvedimento, può ragionevolmente essere fissata nei quindici giorni previsti dal comma 2 dell'art. 76 d.lgs. n. 50 per la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato. Tale orientamento, tuttavia, prevede un temperamento nella ipotesi in cui la stazione appaltante rifiuta illegittimamente l'accesso, o tiene comportamenti dilatori che non consentano l'immediata conoscenza degli atti di gara: in tal caso, il potere di impugnare dall'interessato pregiudicato da tale condotta amministrativa non si "consuma" e il termine di impugnazione comincia a decorrere solo a partire dal momento in cui l'interessato abbia avuto cognizione degli atti della procedura (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251). L'affermazione è stata confermata dalla Adunanza Plenaria n. 12/2020, che nell'indicare i principi applicabili in ordine alla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione di un appalto, ha ribadito, al punto 25.2, che "*l'Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all'impresa interessata di accedere agli atti, sicché - in presenza di eventuali suoi comportamenti dilatori (che non possono comportare suoi*

vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti) (…) il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti".

Dunque, nell'odierna fattispecie, poiché il ricorrente ha avuto conoscenza degli atti impugnati il 4 giugno 2020, il ricorso, mandato in notifica il successivo 24 giugno, è tempestivo.

La controinteressata Boschung solleva una ulteriore eccezione in rito, relativa alla inesistenza della notifica nei suoi confronti, in quanto non effettuata ai sensi dell'Accordo bilaterale Italia-Svizzera del 2 giugno 1988 bensì in base alla Convenzione di Strasburgo del 1977, riguardante la notifica degli atti da parte di un'autorità pubblica per i provvedimenti dalla stessa adottati e non per gli atti giurisdizionali da incardinarsi dinnanzi alla giurisdizione amministrativa.

Il Collegio osserva, tuttavia, che la notifica effettuata dalla ricorrente non può definirsi inesistente bensì nulla e sanata, in applicazione del principio del raggiungimento dello scopo, dalla avvenuta costituzione in giudizio di Boschung.

In proposito, deve richiamarsi quanto statuito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 14916 del 2016, secondo cui la categoria dell'inesistenza della notificazione è configurabile, in base ai principi di strumentalità delle forme degli atti processuali e del giusto processo, oltre che in caso di totale mancanza materiale dell'atto, nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali (individuati nell'attività di trasmissione, svolta da un soggetto qualificato, e nella fase di consegna) idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale nella categoria della nullità. I richiamati principi sono stati ritenuti applicabili anche nella ipotesi di notificazione effettuata all'estero non sulla base di convenzioni internazionali bensì nella forma residuale di cui all'art. 142, comma 1, c.p.c. (Cass. Civile, sez. I, 20 aprile 2018, n. 9923).

Nella presente fattispecie, il ricorso è stato notificato, tradotto in lingua francese, a cura dell'ufficiale giudiziario italiano tramite l'assistenza dell'Ufficio Federale di Giustizia di Berna, che è l'Autorità centrale che sovraintende alle notifiche internazionali. A prescindere dalle difformità delle modalità seguite nella notificazione rispetto a quelle previste nell'Accordo bilaterale, non sussistono dubbi circa la sussistenza degli elementi minimi idonei a far comprendere al soggetto ricevente tanto la natura dell'atto trasmesso quanto la circostanza che era posta in essere una attività di notifica, sicché la stessa non può definirsi inesistente.

Così esaminate le eccezioni in rito e accertata la tempestività e ammissibilità del gravame, è possibile passare allo scrutinio delle questioni in merito sollevate dalla ricorrente.

Le contestazioni riguardano: la mancata conformità della garanzia provvisoria e dell'impegno a prestare quella definitiva ai requisiti prescritti dal disciplinare di gara e dalla legge; la sottoscrizione delle predette garanzie da parte di UBS Switzerland AG, che non risulta autorizzata né da Banca d'Italia, né dall'IVASS all'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria e assicurativa sul territorio italiano.

A tali contestazioni, le controparti replicano che, trattandosi di un appalto di rilevanza europea, era consentito ai partecipanti alla gara di ricorrere al deposito garanzie atipiche, alternative alla fideiussione, nello specifico di cauzioni sotto forma di *bid bond* e di *performance bond* e, pertanto, non era richiesto il rispetto dello schema legale di rilascio delle garanzie fideiussorie. Quanto alla circostanza che le garanzie erano state presentate da UBS Switzerland AG, fanno presente che essa fa parte del gruppo UBS, cui partecipa anche USB Europe, quest'ultima presente anche in Italia quale succursale del Gruppo UBS e autorizzata dalla Banca d'Italia all'esercizio dell'attività bancaria. ASPI aggiunge anche che la circostanza che UBS non poteva rilasciare "fideiussioni" regolate dal diritto interno sarebbe rilevante, in quanto la verifica circa l'iscrizione del garante negli elenchi tenuti dalle Autorità nazionali sarebbe necessaria solo se la garanzia è costituita da una fideiussione e non anche nel caso di rilascio di garanzie prestate con gli strumenti del diritto internazionale. Infine, osservano che comunque una presunta invalidità delle garanzie imporrebbe l'attivazione del soccorso istruttorio, come da consolidata giurisprudenza.

Le censure di parte ricorrente sono meritevoli di accoglimento, alla luce delle considerazioni che seguono.

In primo luogo, deve osservarsi che l'art. 93, comma 3 del Codice dei contratti stabilisce che la garanzia fideiussoria in favore di una stazione appaltante "*a scelta dell'appaltatore può essere rilasciata 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'articolo 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, 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'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e che abbiano i requisiti minimi di solvibilità richiesti dalla vigente normativa bancaria assicurativa".

Più in generale, si osserva che ai sensi del Testo Unico Bancario, d.lgs. 385/1993, l'attività di concessione di finanziamento, ivi compreso il rilascio di garanzie nei confronti del pubblico, è riservata esclusivamente a banche autorizzate/abilitate ad operare in Italia e intermediari finanziari, autorizzati dalla Banca d'Italia e iscritti in un apposito albo previsto dall'art. 106 del

TUB (cfr. il relativo titolo V); ai sensi del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private), le garanzie, sotto forma di polizza fideiussoria, possono essere rilasciate anche da soggetti abilitati/autorizzati ad operare in Italia. Le richiamate fonti normative rispondono a finalità di tutela dell'ordine pubblico e sono volte a dare attuazione al precetto costituzionale di cui all'art. 47, secondo cui tra i compiti dello Stato vi è quello di disciplinare, coordinare e controllare l'esercizio del credito.

Nel caso in esame, è incontroverso che UBS Switzerland AG non è abilitata/autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria o assicurativa in Italia né rientra tra gli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del Tub. Ne consegue che ASPI, in qualità di stazione appaltante, non avrebbe dovuto accettare, a titolo di garanzia provvisoria, un *bid bond* proveniente da un soggetto non legittimato a rilasciare garanzie sulla base delle disposizioni regolanti l'ordinamento giuridico interno. Per le medesime considerazioni, UBS Switzerland AG non poteva neppure validamente impegnarsi al rilascio della garanzia definitiva, che non poteva essere costituita da un intermediario non abilitato a operare in Italia.

Appurato che l'offerta presentata da Boschung non era corredata né da una garanzia provvisoria legittima né da una valida dichiarazione di impegno alla costituzione della garanzia definitiva, deve essere valutato se tali mancanze potevano essere oggetto di soccorso istruttorio.

Il Collegio è a conoscenza dell'orientamento della giurisprudenza secondo cui 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 (cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467; sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528; Cons. Stato, sez. V, 23.3.2018, n. 1846). Osserva, tuttavia, che sussistono pronunce di segno opposto, in cui si è condivisibilmente affermato che la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del Codice dei Contratti può essere attivata per supplire le "*carenze di qualsiasi elemento formale della domanda*", con esclusione di quelle "*afferenti all'offerta*" e che 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) 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). Come tale, essa deve ritenersi sottratta – per il principio che impedisce, a

salvaguardia della *par condicio*, la modifica delle proposte negoziali da parte dei concorrenti – alla possibilità di soccorso istruttorio (così Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013).

Deve, inoltre, aggiungersi che il rimedio del soccorso istruttorio non può essere adoperato qualora, come nel caso di specie, non è stato validamente presentato l'impegno di cui all'art. 93, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016 al rilascio della garanzia definitiva, la cui esigenza è quella di tutelare la corretta esecuzione del contratto. Pacificamente, in simili ipotesi non si è al cospetto di un elemento della domanda relativo a un requisito in tesi posseduto e tuttavia non tempestivamente dimostrato, bensì di una manifestazione di volontà che, una volta decorso il termine di presentazione dell'istanza di partecipazione, si rivela definitivamente tardiva (Cons. Stato, 5 febbraio 2018, sez, V, n. 721; Tar Napoli, sez. VII, 30 settembre 2019, n. 4641).

Dunque, meritano accoglimento le censure sollevate nel terzo mezzo di gravame di cui al ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, relative alla invalidità della garanzia provvisoria e dell'impegno al rilascio di quella definitiva presentate dall'aggiudicataria, essendo state prodotte da un soggetto non legittimato.

Ne consegue l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di Boschung, l'inefficacia del relativo contratto a far data della presente pronuncia e il subentro di Aebi per la quota residua delle prestazioni da eseguire del contratto, non ravvisandosi la presenza, diversamente da quanto prospettato dalla controinteressata, di esigenze imperative connesse ad un interesse generale tali da giustificare il mantenimento degli effetti del contratto ai sensi dell'art. 121, comma 2, c.p.a.

Non risulta dimostrato, infatti, che sussistano elementi di carattere tecnico o di altra natura che rendano necessario che l'appalto prosegua con l'originario esecutore e gli interessi rappresentati da Boschung (tra cui la necessità per la stazione appaltante di procedere a un ulteriore collaudo dei prototipi dei macchinari oggetto di consegna e la minore convenienza economica per la stazione appaltante) non assurgono al rango delle "esigenze imperative" richieste dalla citata norma.

Infine, residua lo scrutinio della domanda di risarcimento per equivalente presentata dalla ricorrente in relazione alla parte di contratto già eseguita. In argomento, va respinta l'eccezione di ASPI di inammissibilità della domanda per genericità, in quanto Aebi, che qualora Boschung fosse stata esclusa dalla gara in ragione delle anomalie riscontrate nelle garanzie offerte sarebbe stata dichiarata aggiudicataria, ha fornito un principio di prova del danno subito, allegando l'offerta economica presentata nel corso della procedura di affidamento. Secondo la ricorrente, l'utile ritraibile in caso di aggiudicazione dell'appalto sarebbe pari - tenuto conto del numero di

innaffiatrici per cloruro oggetto del lotto (40), della durata del contratto (48 mesi) e del prezzo unitario offerto (31.100,00 euro), in 1.252 euro per mancato utile per ogni innaffiatrice consegnata dalla controinteressata. Tale quantificazione, tuttavia, non può trovare accoglimento, in quanto fondata su criteri presuntivi e non sulla puntuale allegazione del *quantum* del danno subito. Stante la difficoltà di determinare nel suo preciso ammontare il danno da mancata aggiudicazione (per la parte di commessa già eseguita), lo stesso può essere ragionevolmente stimato, in via equitativa, in una somma pari alla misura del tre per cento dell'offerta formulata in gara dalla ricorrente, al netto degli oneri della sicurezza e del prezzo indicato dall'offerente per il trasporto dei macchinari. L'importo in tal modo determinato sarà rapportato al numero di macchinari già consegnati dalla controinteressata e rispetto ai quali non è più possibile il subentro del contratto, al fine di determinare la porzione di utile sottratta alla ricorrente in ragione dell'illegittima aggiudicazione della commessa e oggetto di risarcimento per equivalente.

Il subentro della ricorrente nel contratto, che tra l'altro risulta allo stato attuale eseguito solo in minima parte dalla controinteressata, esclude invece la risarcibilità del danno curriculare pure richiesto nel gravame.

In conclusione, l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti comporta l'annullamento degli atti impugnati e l'inefficacia del contratto per la parte ancora da eseguire, con diritto della ricorrente al subentro nello stesso e al risarcimento per equivalente del danno relativo alla mancata aggiudicazione, da quantificarsi secondo le modalità sopra individuate.

Le spese di lite, attesa la complessità delle questioni sottoposte, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio mediante collegamento da remoto del giorno 13 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Mario Alberto di Nezza, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lucia Maria Brancatelli

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO