

I MODULI DI OFFERTA NON COSTITUISCONO PARTE INTEGRANTE DELLA LEX SPECIALIS E LA LORO MANCANZA NON IMPEDISCE LA PREDISPOSIZIONE DELL'OFFERTA DA PARTE DEI CONCORRENTI

[Cons. Stato, sez. V, 31.10.2023 n. 9370](#)

Massime (segue testo)

E neppure è consentito ritenere che la mancanza di schemi e moduli di offerta abbia potuto impedire la partecipazione dei concorrenti.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, in più occasioni, ha precisato che lo schema (o modello) allegato al bando di gara non costituisce affatto parte integrante della *lex specialis*, costituendo piuttosto uno strumento predisposto unilateralmente dall'Amministrazione a scopo meramente esemplificativo, per facilitare la partecipazione alla gara (Cons. Stato, sez. V, n. 4395 del 2018). La modulistica messa a disposizione dalla stazione appaltante '*non concorre a formare il coacervo di disposizioni costituenti la legge di gara*' (Cons. Stato, n. 1516 del 2015), pertanto non esiste nessuna norma di legge che impone alla stazione appaltante l'obbligo di proporre ai concorrenti una modulistica ai fini della redazione dell'offerta.

Al contrario, appare ragionevole ritenere che, nella specie, proprio per la dedotta complessità dell'appalto, la libertà delle forme consentita dalla legge di gara ha agevolato gli operatori giuridici partecipanti nel predisporre l'offerta, non essendo obbligati a rispettare schemi prefissati, ed essendo circostanza pacifica che ai partecipanti sono stati resi noti i contenuti dell'offerta da predisporre in base alla *lex specialis*.

Pubblicato il 31/10/2023

N. 09370/2023REG.PROV.COLL.

N. 02764/2023 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2764 del 2023, proposto da Alstom Ferroviaria s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 948102120A, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Mengassini e Sergio Massimiliano Sambri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ferrovie Appulo Lucane s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Di Donna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n.12;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 852/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Ferrovie Appulo Lucane S.r.l. e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2023 il Cons. Annamaria Fasano e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, Alstom Ferroviaria s.p.a. impugnava il bando ed la documentazione costituente la *lex specialis* della procedura di gara indetta dalle Ferrovie Appulo Lucane – F.A.L. s.r.l. avente ad oggetto *‘l’affidamento della progettazione esecutiva, del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e dell’esecuzione dei lavori di adeguamento del piano del ferro delle stazioni di Genzano e di Avigliano Citta, del potenziamento tecnologico in ACC-M con realizzazione del posto centrale ACC-M di Potenza Scalo, posti periferici ACC delle stazioni di Avigliano Città e Genzano e realizzazione di nuovo CTC e SCMT’.*

2. Con istanza del 22.1.2022, la Alstom Ferroviaria s.p.a. rilevava la mancanza tra i documenti di gara dello schema di convenzione e dello schema dell’offerta, e chiedeva il chiarimento se potevano essere inviati *‘i computi metrici estimativi dei lavori in formato editabili (excel) con l’indicazione della categoria di lavoro per ciascuna voce di computo’*, evidenziando il *‘poco tempo disponibile per produrre l’offerta economica’*. La società chiedeva la seguenti modifiche alla *lex specialis*: a) la previsione della subappaltabilità

anche delle lavorazioni, relative alla categoria prevalente OS9, in quanto tali lavorazioni comprendevano anche *‘attività di piazzale, come a titolo esemplificativo, ma non esaustivo, posa di cavi e cunicoli, che in tutti i contratti vengono subappaltate’*; b) la riduzione in 180 giorni del periodo di vincolatività dell’offerta, previsto in 360 giorni, sia del periodo di efficacia della cauzione provvisoria, stabilito in 240 giorni. La ricorrente chiedeva la *‘concessione di una proroga di almeno 45 giorni del termine ultimo di presentazione delle offerte’*, cioè fino al 16.1.2023 (tenuto conto dell’iniziale termine, previsto dal bando, del 2.12.2022), in quanto: a) risultava *‘necessario un tempo congruo per l’analisi degli elaborati del progetto definitivo’*, tenuto conto della particolare complessità dei lavori oggetto dell’appalto, in termini di numero e di quantità dei sottosistemi oggetto di intervento; b) dovevano essere valutati gli elaborati del progetto definitivo *‘non ancora resi disponibili’*; c) dovevano essere valutati *‘accuratamente i costi delle attività e soprattutto dell’approvvigionamento dei materiali, da proporre nell’appalto, e ciò anche alla luce del protrarsi, con trend sempre crescente, dell’aumento rilevante dei costi delle materie prime: metalli e componentistica’*; d) *‘la multidisciplinarietà dell’appalto rende opportuna la costituzione di raggruppamenti di imprese e progettisti, con la conseguente necessità di coinvolgere numerosi operatori economici presenti sul mercato, con cui stipulare i relativi accordi durante la fase dell’offerta’*.

Con provvedimento del 1.12.2022, la stazione appaltante prorogava sia il termine perentorio di ricezione delle offerte dalle ore 12,00 del 2.12.2022 fino alle ore 12,00 del 12.12.2002, sia il termine per l’acquisizione dei documenti dalle ore 12,00 del 25.11.2022 fino alle ore 12,00 del 6.12.2022.

La Almston Ferroviaria s.p.a. denunciava con ricorso di non aver potuto partecipare alla gara per l’impossibilità di formulare l’offerta, in quanto, a causa della complessità dell’appalto e della mancanza tra i documenti di gara dello schema di convenzione e dello schema di offerta, la stazione appaltante avrebbe dovuto prevedere, per la presentazione delle offerte, quantomeno il termine

minimo di 35 giorni dalla pubblicazione del bando, previsto per le procedure aperte dall'art. 60 d.lgs. n. 50 del 2016, non potendo nella specie essere applicato il comma 3 dello stesso art. 60 d.lgs. n. 50 del 2016. La ricorrente denunciava l'illegittimità del silenzio inadempimento, serbato dalla stazione appaltante, sulla richiesta di chiarimenti e di integrazione della *lex specialis* del 22.11.2022, per la violazione dell'art. 74, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016. Lamentava l'illegittimità del punto IV.2 del disciplinare di gara, che non ammetteva il subappalto dei lavori relativi alla categoria prevalente OS9, *'in considerazione della circostanza che la realizzazione delle opere del presente appalto si svolge in ambito ferroviario in presenza di circolazione di treni'*, specificando che tale circostanza *'rende necessario ottimizzare le attività di coordinamento tecnico ed organizzativo, ridurre le possibili interferenze tra le lavorazioni svolte dalle diverse imprese e limitare in senso quantitativo il numero di imprese operanti sul binario'*, perché contrastante con l'art.105, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016. La società deduceva, altresì, l'illegittimità del punto IV.7 del bando, con il quale era stato stabilito il *'periodo minimo, durante il quale l'offerente è vincolato alla propria offerta di 360 giorni dal termine ultimo per il ricevimento delle offerte'* e del punto IV.3, lett. a) del disciplinare di gara, con il quale era stata fissata la durata della cauzione provvisoria di *'almeno 240 giorni dalla data di presentazione dell'offerta, corredata, altresì, dall'impegno del garante a rinnovare, su richiesta della stazione appaltante, la garanzia per ulteriori 120 giorni, nel caso in cui al momento della sua scadenza non era ancora intervenuta l'aggiudicazione'*, in quanto contrastanti rispettivamente con l'art. 32, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 e con l'art. 93, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, i quali prevedevano il termine di 180 giorni, sia per la vincolatività dell'offerta che per la durata della cauzione provvisoria, tenuto pure conto delle *'difficoltà economiche connesse all'odierno contingente temporale'* per l'*alea economica troppo imprevedibile per l'operatore economico, che si trova soggetto agli incontrollabili rincari dei prezzi tipici del periodo di crisi che stiamo attraversando'*, le quali implicavano *'per l'operatore economico l'impossibilità di valutare e*

considerare, nella formulazione della proposta soprattutto economica, tutte le variabili connesse al rincaro dei prezzi soprattutto dei materiali?

3. Il T.A.R. per la Basilicata, con la sentenza n. 852 del 2022, respingeva il ricorso, sostenendo che le censure dedotte non provavano l'impedimento di partecipare alla procedura aperta per cui era causa e/o l'impossibilità di formulazione dell'offerta. Secondo il Collegio di prima istanza, il ricorrente non aveva dimostrato che il contestato termine per la presentazione delle offerte del 12.12.2022, anziché quello ordinario ex art. 60, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 (di 35 giorni) del 21.12.2022, aveva impedito la congrua formulazione dell'offerta economica.

4. Alstom Ferroviaria s.p.a. ha proposto appello, illustrato con memorie, avverso la suddetta pronuncia, denunciando: “1) *Error in iudicando – motivazione carente – illogicità – travisamento dei fatti – violazione e falsa applicazione dell’art.8, comma 1, lett. c) del d.l. n. 76 del 2020 e dell’art. 60, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 – contraddittorietà e irragionevolezza della motivazione – violazione e falsa applicazione dell’art.3 c.p.a. e dell’art. 111, comma 6, della Costituzione;* 2) *Error in iudicando – motivazione carente – illogicità – travisamento dei fatti – violazione e falsa applicazione dell’art. 74 e 105 del d.lgs. n. 50 del 2016 – contraddittorietà e irragionevolezza della motivazione – violazione e falsa applicazione dell’art. 3 c.p.a. e dell’art. 111, comma 6, della Costituzione*”.

5. Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti si è costituito in resistenza, concludendo per il rigetto del ricorso in quanto inammissibile e, comunque, infondato. La società Ferrovie Appulo Lucane s.r.l. si è difesa, con memorie, concludendo per la reiezione del gravame.

6. Con ordinanza n. 1422 del 2023, questa Sezione ha respinto la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza del T.A.R., presentata in via incidentale dalla parte appellante, ritenendo non apprezzabili *prima facie* le ragioni di doglianza, da esaminarsi nella opportuna sede di merito.

7. All'udienza del 13 luglio 2023, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

8. Con il primo motivo, l'appellante contesta la statuizione contenuta nella sentenza impugnata nella parte in cui si afferma che la ricorrente non avrebbe dimostrato che il termine per la presentazione delle offerte del 12.12.2022, anziché quello ordinario *ex art.* 60, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 (di 35 giorni) del 21.12.2022, ha impedito la congrua formulazione dell'offerta economica. La società, rilevando un vizio di motivazione della pronuncia, ritiene che il giudice di primo grado non avrebbe considerato quanto statuito dagli artt. 8, comma 1, lett. c) del d.l.n. 76 del 2020 e dell'art. 60, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, posto che, nel caso di specie, la documentazione (parziale) è stata resa disponibile dalla Stazione appaltante solo in data 21 novembre 2022, ossia solo 10 giorni prima della scadenza del termine originariamente indicato per la ricezione delle offerte (2 dicembre 2022). Il termine per la ricezione delle offerte è stato poi prorogato fino al 12 dicembre 2022, ma tale proroga è stata comunicata dalla stazione appaltante agli operatori economici solo un giorno prima rispetto alla scadenza del termine per la ricezione delle offerte, precludendo ai potenziali concorrenti qualsiasi possibilità di organizzarsi per tempo, al fine di formulare un'offerta congrua e ragionata. Prescindendo dai singoli 'conteggi' dei giorni per la presentazione delle offerte, ai sensi del d.l. n. 76 del 2020, la stazione appaltante è tenuta ad operare secondo i canoni di proporzionalità, pertanto il termine di scadenza per la presentazione delle proposte deve essere idoneo alla loro corretta e ponderata predisposizione. Secondo l'esponente, la congruità del termine ai fini dell'effettività della partecipazione va valutata in concreto, tenendo conto delle caratteristiche e della natura dell'appalto. Inoltre, non si comprenderebbe quale 'prova' avrebbe dovuto fornire Alstom sulla incongruità delle tempistiche date dalla *lex specialis*, traducendosi tale verifica in una *probatio diabolica*, dovendosi, invece, evidenziare

che, nella specie, rispetto ad una gara che in condizioni normali avrebbe visto fronteggiarsi almeno 3 o 4 aziende, si sarebbe giunti alla presentazione di una sola offerta. Il Collegio di prima istanza sarebbe stato ‘criptico’ nella motivazione, richiamando l’art. 60, comma 3, del d.lgs.n. 50 del 2016, facendo riferimento al fatto che i finanziamenti sarebbero andati perenti in caso di mancata conclusione di *‘un obbligazione giuridicamente vincolante’* entro il termine del 31 dicembre 2022. L’esponente deduce che si può dubitare della natura di *‘obbligazione giuridicamente vincolante’* della proposta di aggiudicazione considerando che, trattandosi di *‘atto prodromico al provvedimento di aggiudicazione, costituisce un atto endoprocedimentale privo di valore decisivo e che necessita conferma’*. Il giudice di primo grado non avrebbe valutato le denunce prospettate dalla ricorrente la quale ha evidenziato come la stazione appaltante avrebbe dovuto organizzarsi per tempo al fine di concludere l’iter selettivo e formulare la proposta di aggiudicazione entro il 31 dicembre 2022, attraverso la messa a disposizione repentina della documentazione di gara, la pubblicazione delle risposte ai quesiti, nonché la concessione di una proroga congrua al termine di ricezione delle offerte.

9. Con il secondo mezzo, si denuncia il difetto di motivazione della sentenza impugnata sotto vari profili. In primo luogo, si contesta la statuizione del T.A.R. nella parte in cui ritiene che la omessa risposta alla istanza di chiarimenti di Alstom del 22 novembre 2022 non proverebbe *‘l'impossibilità di formulare una ponderata offerta economica’*. L’appellante ritiene che il Collegio di primo grado avrebbe invertito i concetti, pensando che la preoccupazione di Alstom fosse quella di un divieto di presentare l’offerta inserendo dei formati editabili; al contrario, Alstom avrebbe lamentato la mancanza tra i documenti di gara di elaborati editabili al fine di utilizzare le informazioni al meglio nel poco tempo concesso per formulare l’offerta. In secondo luogo, con riferimento ai documenti mancanti, se è vero che lo schema di convenzione e lo schema di offerta non sono obbligatori, nella prassi

sono normalmente resi disponibili. Mentre, quanto alla questione della non ammissione del subappalto per le lavorazioni di categoria prevalente OS9, la contestazione circa la non subappaltabilità dei lavori rientranti in tale categoria risponderebbe ad esigenze organizzative dell'appellante che, non potendo, per necessità di impresa, occupare le risorse a disposizione, intendeva subappaltare alcune lavorazioni, ivi incluse quelle della categoria OS9. L'appellante deduce che una restrizione del ricorso al subappalto sarebbe incompatibile con i principi espressi dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ostacolando, tra l'altro, l'esercizio della libertà di smaltimento e di prestazione dei servizi. Pertanto, il divieto di subappalto sarebbe un motivo escludente, laddove Alstom si è vista negare la possibilità di organizzare le proprie risorse. Alstom Ferroviaria evidenzia, inoltre, che da una maggiore durata dei periodi di vincolatività dell'offerta e di efficacia della cauzione provvisoria discende la necessità per un operatore economico di avere a disposizione tempo sufficiente per ponderare ancora più accuratamente l'offerta economica da presentare, essendo la stessa destinata ad essere vincolante per un periodo di tempo più esteso rispetto al solito, ponendo l'impresa concorrente in balia dei rincari dei prezzi.

10. Le critiche, da esaminarsi congiuntamente per ragioni di connessione logica, non sono fondate.

10.1. La società appellante con i predetti mezzi, sostanzialmente, ripropone le stesse censure prospettate nel giudizio di primo grado, lamentando: a) l'incongruità delle tempistiche per la predisposizione e formulazione dell'offerta, non sufficienti per consentire agli operatori economici di procedere ad una valutazione corretta e ponderata, stante la complessità dei lavori oggetto dell'appalto; b) le carenze documentali e informative, non 'colmate' dalla stazione appaltante, dato che non ha mai dato riscontro alle ripetute richieste di chiarimenti ed integrazioni documentali di Alstom; c) l'illegittimità della previsione del punto IV del

Disciplinare di gara, che non ammette il subappalto della categoria prevalente; d) la maggiore durata dei periodi di vincolatività dell'offerta e di efficacia della cauzione provvisoria.

10.2. Le denunce non possono essere condivise.

Il Collegio rileva che, nella specie, le ragioni di urgenza che hanno determinato la riduzione dei termini per la presentazione dell'offerta sono state ampiamente motivate e rese note dalla stazione appaltante negli atti di indizione della gara e, in particolare, nel par. I.1, nn. 13 – 16 del disciplinare, in cui è stato richiesto ai concorrenti di rendere la seguenti dichiarazioni: *“13) di essere a conoscenza che i finanziamenti che sostengono la presente procedura andranno perenti nel caso in cui non si formalizzasse la proposta di aggiudicazione entro e non oltre il 31 dicembre 2022; 14) di essere pertanto a conoscenza e di accettare – senza riserva alcuna e senza poter avanzare alcuna pretesa risarcitoria a qualsivoglia titolo – che pertanto la stipula del contratto d'appalto è subordinata alla condizione essenziale che la proposta di aggiudicazione si perfezioni entro e non oltre il 31 dicembre 2022; 15) di essere a conoscenza e di accettare – senza riserva alcuna e senza poter avanzare alcuna pretesa risarcitoria a qualsivoglia titolo – che decorso inutilmente tale termine l'intera procedura potrà essere revocata con la decadenza di qualsivoglia provvedimento afferente”*.

La suddetta disposizione è in linea con i principi espressi dalla normativa di settore, atteso che l'art. 2, comma 2, del d.l. n. 76 del 2000, convertito con modificazioni dalla legge n. 120/2000, e successivamente modificato dall'art. 51, comma 1, lett. b), punto 1), d.l. n. 77/2021, convertito con modificazioni dalla legge n. 108/2021, ha previsto che: *“...le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, mediante la procedura aperta, ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, la procedura competitiva con negoziazione di cui all'articolo 62 del decreto legislativo n. 50 del 2016 o il*

dialogo competitivo di cui all'articolo 64 del decreto legislativo n. 50 del 2016, per i settori ordinari, e di cui agli articoli 123 e 124, per i settori speciali, in ogni caso con i termini ridotti di cui all'articolo 8, comma 1, lettera c) del presente decreto”.

L'art. 8, comma 1, lett. a) cit. ha, infatti, disposto che: *“In relazione alle procedure pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ...e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 30 giugno 2023:... c) in relazione alle procedure ordinarie, si applicano le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli articoli 60, comma 3, 61 comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti”.*

L'art. 60, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, prevede che per la presentazione delle offerte dei partecipanti a una procedura aperta: *“Le amministrazioni aggiudicatrici possono fissare un termine non inferiore a quindici giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara se, per ragioni di urgenza debitamente motivate dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini minimi stabiliti al comma 1 non possono essere rispettati”.*

L'urgenza, come si è detto e come si evince dalla *lex specialis*, è stata esplicitata dall'Amministrazione la quale ne ha reso note le ragioni, legate alla necessità di ottenere i finanziamenti con risorse a valere sul PNRR; infatti, il par. III. 2 del bando di gara ha espressamente indicato che i lavori sono finanziati con le risorse di cui al d.m. 6 agosto 2018, n. 361, e d.m. 23 settembre 2021 n. 363, con cui stabilisce il termine di scadenza del 31 dicembre 2022 per la sottoscrizione del contratto, ovvero l'assunzione di una obbligazione giuridicamente vincolante da parte della stazione appaltante.

10.3. L'appellante, con memoria, con riferimento al tema della perdita dei finanziamenti, ha ribadito l'incoerenza dell'Amministrazione, la quale non avrebbe giustificato l'incongrui tempi concessi per predisporre l'offerta, posto che entro il

31 dicembre 2022 nessuna obbligazione giuridicamente rilevante sarebbe stata conseguita, essendo stata pronunciata una mera aggiudicazione provvisoria, mentre l'aggiudicazione definitiva sarebbe sopraggiunta mesi dopo.

Le suddette argomentazioni difensive non tengono conto che il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, superando la distinzione tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva presente nel Codice del d.lgs. n. 163 del 2006, ha previsto l'*aggiudicazione* quale provvedimento conclusivo della procedura di gara. Secondo la puntuale applicazione dell'art. 32, commi 5 e 7 del d.lgs. n. 50 del 2016, l'aggiudicazione, una volta adottata dalla stazione appaltante, previa approvazione della proposta di aggiudicazione, diviene efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti. Pertanto, la verifica positiva del possesso dei requisiti è condizione di efficacia, non di esistenza, né di validità del provvedimento di aggiudicazione (Cons. Stato, sez. V, n. 3452 del 2023).

Si può ritenere, pertanto, che l'aggiudicazione del 16 dicembre 2022, predisposta entro il 31 dicembre 2022, ha rappresentato per l'Amministrazione, ai fini del finanziamento, una obbligazione giuridicamente vincolante. Invero, si legge testualmente nel suddetto documento che l'aggiudicatario dovrà produrre la documentazione preliminare alla stipula del contratto nonché la garanzia fideiussoria di cui all'art. 103 del d.lgs. n. 50 del 2016, la cauzione definitiva e le polizze assicurative, e che *“la stipula del contratto potrà avvenire non appena la garanzia fideiussoria richiesta sarà disponibile”*.

10.4. Questa Sezione ritiene che nessun vizio di motivazione può essere contestato alla pronuncia impugnata, atteso che il Collegio di prima istanza, correttamente, ha statuito che le contestazioni espresse dalla società appellante non sono idonee ad adeguatamente supportare la tesi dell'impossibilità di formulare un'offerta, stante la riduzione motivata dei termini di presentazione.

Come si è detto, la società Alstom era al corrente delle ragioni della stazione appaltante in ordine alla necessità di rispettare i termini imposti dalla normativa di settore, tanto che nella dichiarazione sostitutiva, da allegare alla domanda di partecipazione, prescritta dal n. 13, lett. b) del punto I.1. del bando, si prevedeva che l'operatore giuridico dovesse attestare *'di essere a conoscenza che i finanziamenti, che sostengono la presente procedura, andranno perenti nel caso in cui non si formalizzasse la proposta di aggiudicazione entro e non oltre il 31 dicembre 2022'*.

Dalla piana lettura delle argomentazioni difensive, ampiamente illustrate dalla società appellante nei propri scritti, non si evincono elementi concreti ed idonei a superare la conclusione a cui è giunto il Collegio di primo grado in ordine alla mancanza di prova dell'impossibilità di proporre un'offerta nei termini indicati dal bando di gara; né si può predicare che l'Amministrazione avrebbe dovuto prorogare ulteriormente il termine di presentazione delle offerte, stante la pubblicazione del bando di gara in data 16.11.2022, pena l'impossibilità dell'adozione di una obbligazione giuridicamente vincolante e, quindi, di conseguenza la revoca dell'appalto. Il suggestivo richiamo alla *'probatio diabolica'* non è conferente, emergendo all'evidenza anche la mancanza di idonee allegazioni circa la difficoltà derivante dalla procedura nel consentire agli operatori economici di presentare una congrua offerta, dovendosi rilevare che le generiche contestazioni espresse dall'appellante sono state superate dalla circostanza di fatto che MER MEC STE s.r.l. ha partecipato alla gara, senza evidenziare pregiudizi, quale capogruppo mandataria dell'ATI di tipo misto, aggiudicandosi l'appalto.

Va, invero, rilevato che la F.A.L., in data 21.11.2022, ha messo a disposizione dei concorrenti tutta la documentazione utile per la partecipazione alla gara, in tempo sufficiente per la presentazione delle offerte entro il termine ultimo del 12.12.2022.

10.5. Ciò premesso, analizzando le ulteriori censure prospettate in ricorso, quanto alla mancanza di risposta alla richiesta di chiarimenti presentata dalla società

appellante in data 22.11.2022, vanno condivise le conclusioni a cui è giunto il T.A.R., in ordine alla possibilità di inviare i computi metrici estimativi dei lavori in formato editabile (*excel*) con l'indicazione della categoria di lavoro per ciascuna voce di computo, va precisato che la legge di gara non imponeva elaborati editabili, pertanto, secondo l'ordinaria diligenza, la società avrebbe potuto comunque allegare la suddetta documentazione, non essendovi un divieto espresso da alcuna norma e neppure un divieto previsto dalla *lex specialis*. E, pur volendo interpretare la censura come invece prospettata in appello dalla ricorrente, ossia che con la stessa si è voluto intendere la mancanza di documenti di gara editabili che avrebbero consentito la più agevole presentazione dell'offerta, va evidenziato che trattasi di una richiesta formulata per una maggiore comodità dei concorrenti, che non prova in alcun modo l'impossibilità di presentare l'offerta nei termini.

Tale informazione, anche se resa dalla stazione appaltante tempestivamente, non avrebbe assunto comunque alcun rilievo significativo rispetto alla legge di gara; pertanto, pur essendo stato richiesto il chiarimento ai sensi dell'art. 79, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, l'Amministrazione non era tenuta a prorogare le scadenze, trattandosi, come si è detto, di una informazione supplementare ai fini della presentazione dell'offerta.

Anche sotto tale profilo, la sentenza impugnata non merita censura.

10.6. Né risulta dagli atti di gara che la stazione appaltante abbia imposto, a pena di esclusione, di formulare l'offerta utilizzando specifici moduli o schemi di offerta appositamente predisposti.

E neppure è consentito ritenere che la mancanza di schemi e moduli di offerta abbia potuto impedire la partecipazione dei concorrenti.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, in più occasioni, ha precisato che lo schema (o modello) allegato al bando di gara non costituisce affatto parte integrante della *lex specialis*, costituendo piuttosto uno strumento predisposto

unilateralmente dall'Amministrazione a scopo meramente esemplificativo, per facilitare la partecipazione alla gara (Cons. Stato, sez. V, n. 4395 del 2018). La modulistica messa a disposizione dalla stazione appaltante *'non concorre a formare il coacervo di disposizioni costituenti la legge di gara'* (Cons. Stato, n. 1516 del 2015), pertanto non esiste nessuna norma di legge che impone alla stazione appaltante l'obbligo di proporre ai concorrenti una modulistica ai fini della redazione dell'offerta.

Al contrario, appare ragionevole ritenere che, nella specie, proprio per la dedotta complessità dell'appalto, la libertà delle forme consentita dalla legge di gara ha agevolato gli operatori giuridici partecipanti nel predisporre l'offerta, non essendo obbligati a rispettare schemi prefissati, ed essendo circostanza pacifica che ai partecipanti sono stati resi noti i contenuti dell'offerta da predisporre in base alla *lex specialis*.

10.7. Infine, va respinta anche la critica che contesta il divieto di subappalto per le lavorazioni della categoria prevalente OS9 stabilita dal punto IV.2 del disciplinare di gara, posto che la Stazione appaltante ha adeguatamente motivato tale divieto, il quale ha avuto lo scopo di *'rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro'* e di *'garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori'*, in questo modo riducendosi il rischio di interferenze causate dal numero di imprese operanti sul binario, che avrebbero potuto causare pericoli per la salute e la sicurezza dei lavoratori.

A tale riguardo va rammentato che l'art. 105, comma 2, terzo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 consente alle stazioni appaltanti di prevedere che gli aggiudicatari non possono subappaltare le lavorazioni, se tale decisione risulta finalizzata a *'rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro'*, anche per *'garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori'*.

Né si può predicare che tale divieto possa avere interdetto la possibilità di formulare una congrua offerta economica, anche perché la *lex specialis* di gara consentiva sia l'avvalimento ex art.89 d.lgs. n. 50 del 2016, sia l'ATI di tipo misto, tanto che l'appalto è stato aggiudicato alla società MER MEC STE s.r.l. capogruppo mandataria dell'ATI di tipo misto.

Infine, va precisato che non si può ritenere che la previsione del divieto di subappalto abbia assunto nella procedura il valore di clausola escludente, tenuto conto che tale previsione non ha in alcun modo inciso sul dialogo competitivo, essendo possibile partecipare alla gara anche senza ricorrere al subappalto (Cons. Stato n. 5792 del 2021).

10.8. Va, altresì, respinta la doglianza relativa al fatto che la legge di gara ha richiesto un termine di vincolatività dell'offerta per l'aggiudicatario pari a 360 giorni, in violazione dell'art. 32, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 che indicherebbe solo 180 giorni. Ciò in quanto, la disposizione non assume rilievo ai fini della presentazione dell'offerta, non essendo stata imposta a pena di esclusione dalla gara, dovendosi rilevare che la peculiarità dell'appalto, la cui durata è stata stabilita in 90 giorni per la progettazione esecutiva e 650 giorni per l'esecuzione dei lavori, per un totale di 740 giorni, giustifica la previsione della vincolatività dell'offerta per un periodo di 360 giorni, anche in ragione della necessità di assicurare il perseguimento degli obiettivi del Piano nazionale complementare al PNRR fissati dall'Allegato 1 del d.m. 23 settembre 2021, n. 363. Pertanto, correttamente, il Giudice di prima istanza ha evidenziato che anche il punto IV.7 del bando ed il punto IV.3 lett. a) del disciplinare di gara non hanno impedito la redazione dell'offerta economica *“prescindendo dalla circostanza che sia l'art. 32, comma 4, del Codice degli appalti ex d.lgs. n. 50/2016, sia l'art. 93, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, oltre a prevedere l'ordinario termine di 180 giorni rispettivamente per la vincolatività dell'offerta che per la durata*

della cauzione provvisoria, consentono anche alle stazioni appaltanti di stabilire che le offerte e le cauzioni provvisorie siano vincolate per oltre 180 giorni”.

11. In definitiva, l'appello va respinto, e la sentenza impugnata va confermata.

12. La complessità delle questioni trattate e la peculiarità della vicenda processuale suggeriscono l'integrale compensazione delle spese di lite del grado tra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del grado.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO