



Consiglio di Stato
Ufficio Studi, massimario e formazione

RASSEGNA MONOTEMATICA DI GIURISPRUDENZA

a cura di Rosanna De Nictolis, aggiornata a settembre 2019

100 anni di Adunanze plenarie sui pubblici appalti (1919-2019) e verifica di perdurante attualità alla luce del codice dei contratti pubblici n. 50/2016

Dal 1919 al 2019 la Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha reso 95 decisioni in materia di pubblici appalti di cui:

- 7 dal 1919 al 1968;*
- 14 dal 1969 al 2005 su questioni relative alla disciplina anteriore al codice n. 163/2006;*
- 74 dal 2006 in poi su questioni relative all'applicazione del codice n. 163/2006 e n. 50/2016.*

Lo scopo di questa rassegna è di fornire una summa sintetica dei principi enunciati dall'adunanza plenaria, nella sua funzione nomofilattica valorizzata e potenziata dal codice del processo amministrativo, in un settore nevralgico del diritto pubblico dell'economia, e del mercato, quello dei pubblici appalti.

In un quadro normativo complesso, confuso, e in continua trasformazione, la formazione di un corpus di regole di diritto giurisprudenziale può fornire un valido contributo alla certezza del diritto, certezza che è essenziale in un settore in cui gli operatori economici nazionali e comunitari richiedono chiarezza delle regole, e certezza e uniformità nella loro applicazione, quali elementi indispensabili per la determinazione del rischio di imprese e delle scelte di investimento.

Si comincerà con le plenarie rese in relazione al codice n. 50/2016. Si darà anche conto delle plenarie rese in relazione al codice n. 163/2006 e alla disciplina anteriore per verificare la perdurante attualità dei principi espressi in relazione al nuovo codice dei contratti pubblici. Si evidenziano nell'indice le plenarie che contengono principi relativi al processo in materia di pubblici appalti.

Elenco sintetico:

(1929) (1): 2/1929;

1930 (1): n. 1/1930;

1951 (1): n. 12/1951;

(1953) (1): n. 11/1951;

1954 (1): n. 27/1954;

1955 (1): n. 20/1955

1961 (1): n. 37/1961

1969 (2): 1/1969; 2/1969;

1984 (1): 18/1984;

1985 (1): 3/1985;

1990 (1): 10/1990;

2001 (2): 1/2001; 2/2001;

2002 (1) 6/2002;

2003 (2): 1/2003; 2/2003;

2004 (1): 9/2004;

2005 (3): 3/2005; 6/2005; 8/2005;

2007 (1): 11/2007;

2008 (4): 1/2008; 9/2008; 11/2008; 12/2008;

2010 (1): 2155/2010;

2011 (4): 4/2011; 10/2011; 13/2011; 16/2011;

2012 (12): 1/2012; 8/2012; 10/2012; 21/2012; 22/2012; 26/2012; 27/2012; 30/2012;
31/2012; 33/2012; 34/2012; 36/2012;

2013 (14): 1/2013; 3/2013; 4/2013; 5/2013; 8/2013; 13/2013; 14/2013; 15/2013;
16/2013; 19/2013; 20/2013; 23/2013; 24/2013; 29/2013;

2014 (12): 7/2014; 8/2014; 9/2014; 10/2014; 13/2014; 14/2014; 16/2014; 17/2014;
27/2014; 29/2014; 30/2014; 34/2014;

2015 (6): 3/2015; 7/2015; 8/2015; 9/2015; 10/2015; 11/2015;

2016 (7): 5/2016; 6/2016; 10/2016; 19/2016; 20/2016; 22/2016; 23/2016

2017 (3): 2/2017; 3/2017; 5/2017

2018 (5): 4/2018; 5/2018; 6/2018; 8/2018; 13/2018

2019 (5): 1/2019; 2/2019; 3/2019; 6/2019; 8/2019

INDICE CRONOLOGICO E SOMMARIO DELLE DECISIONI E DELLE RELATIVE ORDINANZE DI RIMESSIONE (con evidenza le plenarie contenenti principi relativi al processo)

1919 – 1968 (7)

1) Cons. St., ad. plen., 23 novembre 1929 n. 2 (Pres. Romano – Est. Furgiuele) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. IV, 28 maggio 1929) giurisdizione su provvedimenti amministrativi incidenti sulla fase di esecuzione del contratto (profili processuali)

2) Cons. St., ad. plen., 14 giugno 1930 n. 1 (Pres. Romano – Est. Giuffrida) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 15 febbraio 1930 n. 86) giurisdizione su provvedimenti che precedono un contratto e autotutela pubblicitica (profili processuali)

3) Cons. St., ad. plen., 7 dicembre 1951 n. 12 (Pres. Severi – Est. Puliti) (appello su sentenza del CGARS), concessione di autolinea e sindacato sui criteri di valutazione delle domande concorrenti

4) Cons. St., ad. plen., 26 ottobre 1953 n. 11 (Pres. Petrilli – Est. Rizzati) concessione di autolinea

5) Cons. St., ad. plen., 30 ottobre 1954 n. 27 (Pres. Petrilli – Est. Rizzati) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. IV, 23 marzo 1954 n. 201) giurisdizione, revisione dei prezzi dell'appalto (profili processuali)

6) Cons. St., ad. plen., 19 dicembre 1955 n. 20 (Pres. Petrilli - Rel. Rizzati) (appello su sentenza del CGARS) legittimazione e interesse al ricorso (profili processuali)

7) Cons. St., ad. plen., 28 gennaio 1961 n. 3 (Pres. Petrilli – Est. Landi) giurisdizione, atto impugnabile, trattativa privata, autotutela (profili processuali)

1969 (2)

8) Cons. St., ad. plen., 27 gennaio 1969 n. 1 (Pres. Papaldo – Est. Anelli) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. IV, 14 luglio 1967 n. 354) concessione di servizi

9) Cons. St., ad. plen., 27 gennaio 1969 n. 2 (Pres. Papaldo – Est. Anelli) concessione di servizi

1984 (1)

10) Cons. St., ad. plen., 7 settembre 1984 n. 18 (Pres. Pescatore - est. Adobbatì) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. IV, n. 90/1984) revisione dei prezzi

1985 (1)

11) Cons. St., ad. plen. 20 febbraio 1985 n. 3 (Pres. Pescatore - Est. Bozzi) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. IV, 27 giugno 1984 n. 504) giurisdizione revisione prezzi

1990 (1)

12) Cons. St., ad. plen., 27 novembre 1990 n. 10 (Pres. Crisci - est. Salvo) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. IV, 30 giugno 1990) qualificazione, a.t.i.

2001 (2)

13) Cons. St., ad. plen., 14 febbraio 2001 n. 1 (Pres. Laschena – Est. Salvatore) (ordinanza di rimessione CGARS 14 marzo 2000 n. 103 Pres. Carboni – Est. Giaccardi), termini e atti impugnabili nel rito appalti (profili processuali)

14) Cons. St., ad. plen., 14 febbraio 2001 n. 2 (Pres. Laschena – Est. Salvatore) (ordinanza di rimessione CGARS 14 marzo 2000 n. 104 Pres. Carboni – Est. Giaccardi), termini e atti impugnabili nel rito appalti (profili processuali)

2002 (1)

15) Cons. St., ad. plen., 18 giugno 2002 n. 6 (Pres. De Roberto – Est. Buonvino) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 9 novembre 2001 n. 5773 Pres. Quaranta – Est. Borea) servizio di tesoreria e contratto accessorio di sponsorizzazione

2003 (2)

16) Cons. St., ad. plen., 27 gennaio 2003 n. 1 (Pres. De Roberto - Est. Pajno) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 6 maggio 2002 n. 2406 Pres. Quaranta – Est. Lipari), impugnazione immediata o differita del bando di gara, interesse al ricorso (profili processuali)

17) Cons. St., ad. plen., 14 febbraio 2003 n. 2 (Pres. De Roberto – Est. Barbagallo) (ordinanza di rimessione CGARS 8 maggio 2002 n. 267 Pres. Virgilio – Est. Turco) onere della prova del danno in materia di appalti pubblici (profili processuali)

2004 (1)

18) Cons. St., ad. plen., 23 luglio 2004 n. 9 (Pres. De Roberto – Est. Maruotti) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2004 n. 167 Pres. Giovannini - Est. De Nictolis) organismo di diritto pubblico e appalto di servizi nei settori speciali

2005 (3)

19) Cons. St., ad. plen., 28 luglio 2005 n. 3 (ordinanza di rimessione CGARS 8 marzo 2005 n. 104 Pres. Virgilio – Est. Giaccardi) bando di gara e criterio di determinazione della media nel criterio del prezzo più basso (profili processuali)

20) Cons. St., ad. plen., 5 settembre 2005 n. 6 (Pres. De Roberto – Est. Luce) (rimessione Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2005 n. 920 Pres. Venturini – Est. Anastasi) giurisdizione e responsabilità precontrattuale (profili processuali)

21) Cons. St., ad. plen., 4 ottobre 2005 n. 8 (Pres. De Roberto – Est. Trovato) (ordinanza di rimessione CGARS, 18 febbraio 2005 n. 84 Pres. ed Est. Virgilio) cauzione provvisoria in caso di a.t.i. costituenda

2007 (1)

22) Cons. St., ad. plen. 13 settembre 2007 n. 11 (Pres. Schinaia – Est. Lamberti) (ordinanza di rimessione CGARS 27 ottobre 2006 n. 629 Pres. Barbagallo - Est. Corsaro) accesso alla relazione riservata del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo

2008 (4)

23) Cons. St., ad. plen., 3 marzo 2008 n. 1 (Pres. Salvatore – Est. Volpe) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007 n. 5587 Pres. Fera - Est. Lipari) società *in house* e società mista

24) Cons. St., ad. plen. 30 luglio 2008 n. 9 (Pres. Salvatore – Est. Lamberti) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 28 marzo 2008 n. 1328 Pres. Santoro – Est. Giordano) giurisdizione sulla sorte del contratto di appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione (profili processuali)

25) Cons. St., ad. plen. 10 novembre 2008 n. 11 (Pres. Salvatore – Est. Maruotti) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 5 giugno 2008 n. 2669 Pres. Iannotta – Est. Lamberti) ordine di esame di ricorso principale e incidentale nelle gare di appalto con due sole imprese ammesse (profili processuali)

26) Cons. St., ad. plen. 21 novembre 2008 n. 12 (Pres. Salvatore – Est. Cafini) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 28 marzo 2008 n. 1328 Pres. Santoro – Est. Giordano) giurisdizione sulla sorte del contratto di appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione (profili processuali)

2010 (1)

27) Cons. St., ad. plen., 15 aprile 2010 n. 2155 (Pres. Salvatore – Est. Greco) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 12 dicembre 2009 n. 7793 Pres. Baccharini – Est. Metro) termine per proporre i motivi aggiunti nel rito appalti e project financing (profili processuali)

2011 (4)

28) Cons. St., ad. plen., 7 aprile 2011 n. 4 (Pres. de Lise – Est. Lipari) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 18 gennaio 2011 n. 351 Pres. Coraggio – Est. De Nictolis) ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di pubblici appalti; momento in cui devono essere posseduti i requisiti generali e speciali nelle gare di pubblici appalti (profili processuali)

29) Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011 n. 10 (Pres. de Lise – Est. De Nictolis) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2011 n. 970 Pres. Maruotti – Est. Contessa) ambito di applicazione del rito dell'art. 119 c.p.a., legittimazione ad agire degli Ordini professionali, giurisdizione sulle società pubbliche e sulla sorte del contratto di società (profili processuali)

30) Cons. St., ad. plen., 28 luglio 2011 n. 13 (Pres. de Lise – Est. Branca) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 17 maggio 2011 n. 2987 Pres. Baccharini – Est. Scola) pubblicità delle sedute di gara

31) Cons. St., ad. plen., 1 agosto 2011 n. 16 (Pres. de Lise – Est. De Nictolis) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 29 aprile 2011 n. 2543 Pres. Severini – Est. Castriota Scanderbeg) gli obblighi di evidenza pubblica per le imprese pubbliche nei settori speciali

2012 (12)

32) Cons. St., ad. plen., 28 gennaio 2012 n. 1 (Pres. de Lise – Est. De Nictolis) (sentenza di rimessione Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2010 n. 7277 Pres. Lamberti – Est. Saltelli) gli atti impugnabili nel *project financing* (profili processuali)

33) Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2012 n. 8 (Pres. Giovannini – Est. De Nictolis) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2012 n. 1245 Pres. Volpe – Est. De Nictolis) durc irregolare, a.t.i. a geometria variabile, garanzia dell'offerta e difetto di requisiti generali, iscrizione nel casellario informatico e garanzie partecipative

34) Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2012 n. 10 (Pres. Coraggio – Est. Dell'Utri) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2012 n. 711 Pres. Trovato – Est. Gaviano) la eredità dei requisiti morali in caso di cessione di azienda

- 35) Cons. St., ad. plen., 7 giugno 2012 n. 21 (Pres. Coraggio – Est. De Nictolis) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 31 marzo 2012 n. 1886 Pres. Barra Caracciolo – Est. Buricelli) la eredità dei requisiti morali in caso di fusione societaria; il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare
- 36) Cons. St., ad. plen., 13 giugno 2012 n. 22 (Pres. Giovannini – Est. Lageder) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2012 n. 1227 Pres. Volpe – Est. De Nictolis) la specificazione delle parti del servizio da parte delle a.t.i. orizzontali e verticali negli appalti di servizi
- 37) Cons. St., ad. plen., 5 luglio 2012 n. 26 (Pres. Coraggio – Est. Caringella) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. III, 13 aprile 2012 n. 2097 Pres. e est. Botto) la specificazione delle parti del servizio da parte delle a.t.i. orizzontali e verticali negli appalti di servizi
- 38) Cons. St., ad. plen., 18 luglio 2012 n. 27 (Pres. Coraggio – Est. Meschino) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI 14 febbraio 2012 n. 2025 Pres. Volpe – Est. Lopilato) portata costitutiva o meno della verifica triennale dell’attestazione SOA
- 39) Cons. St., ad. plen., 26 luglio 2012 n. 30 (Pres. Coraggio – Est. Leoni) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 2 maggio 2012 n. 2515 Pres. Maruotti – Est. De Nictolis) le modalità di rinnovo della gara a seguito del suo annullamento giurisdizionale
- 40) Cons. St., ad. plen., 31 luglio 2012 n. 31 (Pres. Coraggio – Est. Greco) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2012 n. 2633 Pres. Giovannini – Est. De Nictolis) decorrenza del termine di impugnazione dell’aggiudicazione e pubblicità delle sedute di gara nelle procedure negoziate o in economia (profili processuali)
- 41) Cons. St., ad. plen., 24 settembre 2012 n. 33 (Pres. Coraggio – Est. Dell’Utri) (su regolamento di competenza d’ufficio) competenza territoriale in caso di atti connessi (profili processuali)
- 42) Cons. St., ad. plen., 19 novembre 2012 n. 34 (Pres. Coraggio – Est. Dell’Utri) (su regolamento di competenza di parte) competenza territoriale in caso di atti connessi (profili processuali)
- 43) Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2012 n. 36 (Pres. Coraggio – Est. Greco) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2012 n. 5270 Pres. Severini – Est. Lageder) competenza del RUP a condurre la verifica di anomalia delle offerte

2013 (14)

- 44) Cons. St., ad. plen., 10 gennaio 2013 n. 1 (Pres. Trovato – Est. Saltelli) (ricorso di parte per revocazione della plenaria n. 30/2012) composizione della commissione di gara in caso di rinnovo della valutazione dell’offerta dopo un giudizio, nel metodo del confronto a coppie
- 45) Cons. St., ad. plen., 4 febbraio 2013 n. 3 (Pres. Coraggio – Est. Caringella) (su appello su competenza) competenza territoriale in caso di atti connessi (profili processuali)
- 46) Cons. St., ad. plen., 4 febbraio 2013 n. 4 (Pres. Coraggio – Est. Caringella) (su appello su competenza) competenza territoriale in caso di atti connessi (profili processuali)
- 47) Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2013 n. 5 (pres. Coraggio - Est. Meschino) (ordinanze di rimessione CGARS, 18 luglio 2012 nn. 653 e 654 Pres. e est. Anastasi) necessità di gara per la concessione di spazi pubblicitari
- 48) Cons. St., ad. plen., 22 aprile 2013 n. 8 (pres. Giovannini – Est. Meschino) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. sez. VI, 1 febbraio 2013 n. 634 Pres. Giovannini – Est. De Michele) pubblicità delle sedute di gara
- 49) Cons. St., ad. plen., 7 maggio 2013 n. 13 (pres. Giovannini – Est. De Felice) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2013 n. 803 Pres. Branca - Est. Franconiero) disciplina applicabile alle concessioni di servizi
- 50) Cons. St., ad. plen., 20 maggio 2013 n. 14 (pres. Giovannini – est. Branca) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 790 Pres. Giovannini – Est. Contessa) le designazioni “a cascata”
- 51) Cons. St., ad. plen., 5 giugno 2013 n. 15 (pres. Giovannini – Est. Caringella) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 766 Pres. Giovannini – Est. De Nictolis) nozione di violazione fiscale definitivamente accertata e rateizzazione del debito fiscale
- 52) Cons. St., ad. plen., 27 giugno 2013 n. 16 (Pres. Giovannini – Est. Russo) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 11 aprile 2013 n. 1976 Pres. Volpe – Est. Lotti) pubblicità delle sedute di gara
- 53) Cons. St., ad. plen., 6 agosto 2013 n. 19 (pres. Giovannini – Est. Branca) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2013 n. 2493 Pres. Severini – Est. Meschino) disciplina applicabile alle concessioni di servizi

54) Cons. St., ad. plen., 20 agosto 2013 n. 20 (pres. Virgilio – est. Caringella) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 15 aprile 2013 n. 2031 Pres. Pajno – Est. Atzeni) nozione di violazione fiscale definitivamente accertata e rateizzazione del debito fiscale

55) Cons. St., ad. plen., 16 ottobre 2013 n. 23 (Pres. Giovannini – Est. Polito) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 9 aprile 2013 n. 1943 Pres. Baccarini – Est. Prospero) gli obblighi di dichiarazione ai fini dei requisiti generali a carico di procuratori diversi dagli amministratori con poteri di rappresentanza

56) Cons. St., ad. plen., 6 novembre 2013 n. 24 (Pres. Giovannini – Est. Meschino) (ordinanza di rimessione CGARS, 17 giugno 2013 n. 590 Pres. De Nictolis – Est. Carlotti) nozione di socio di maggioranza al fine della verifica dei requisiti generali

57) Cons. St., ad. plen., 20 novembre 2013 n. 29 (Pres. Giovannini – Est. Cacace) (ricorso per regolamento di competenza su istanza di parte) competenza territoriale per provvedimenti connessi (profili processuali)

2014 (12)

58) Cons. St., ad. plen., 30 gennaio 2014 n. 7 (Pres. Giovannini – Est. Poli) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 15 aprile 2013 n. 2059 Pres. Volpe – Est. Luttazi) rapporto tra ricorso principale e incidentale; *housing* sociale e concessione di servizi (profili processuali)

59) Cons. St., ad. plen., 3 febbraio 2014 n. 8 (Pres. Giovannini – Est. Polito) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 761 Pres. Giovannini – Est. De Nictolis)
1) rapporto tra appello del dispositivo e della motivazione nel rito appalti; 2) modalità di custodia dei plichi nelle gare di appalto; 3) modalità di verbalizzazione delle operazioni di custodia dei plichi; 4) legittimazione ad impugnare la decisione della p.a. di non sottoporre le offerte successive alla prima alla verifica di anomalia, il confine dell'interesse strumentale e della giurisdizione di merito (profili processuali)

60) Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 9 (Pres. Giovannini – Est. Poli) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 17 maggio 2013 n. 2681 Pres. Maruotti - Est. Giovagnoli) cause di esclusione, soccorso istruttorio, rapporto tra ricorso principale e incidentale (profili processuali)

61) Cons. St., ad. plen. 25 febbraio 2014 n. 10 (Pres. Giovannini – Est. Meschino) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 30 luglio 2013 n. 4023 Pres. Maruotti - Est. Lopilato) perentorietà o meno del termine per la dimostrazione del possesso dei requisiti dell'aggiudicatario

- 62) Cons. St., ad. plen., 5 maggio 2014 n. 13 (Pres. Giovannini – Est. Branca) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2013 n. 4998 Pres. Volpe – Est. Prosperì) giurisdizione su atto di autotutela e atto prodromico a un contratto (profili processuali)
- 63) Cons. St., ad. plen., 20 giugno 2014 n. 14 (Pres. Giovannini – Est. Meschino) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2013 n. 5786 Pres. Torsello – Est. Franconiero) il confine tra autotutela pubblicistica e privatistica in materia di pubblici appalti (profili processuali)
- 64) Cons. St., ad. plen. 30 luglio 2014 n. 16 (Pres. Giovannini – Est. Deodato) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. III, 29 aprile 2014 n. 2214 Pres. Lignani – Est. D'Alessio) dichiarazione sostitutiva in materia di requisiti generali
- 65) Cons. St., ad. plen., 31 luglio 2014 n. 17, e nn. da 18 a 26 (Pres. Giovannini – Est. Russo) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. III, 17 aprile 2014 n. 1977 Pres. Romeo - Est. Noccellì) competenza territoriale in caso di impugnazione congiunta di informativa antimafia e provvedimento applicativo in materia di appalti (profili processuali)
- 66) Cons. St., ad. plen., 28 agosto 2014 n. 27 (Pres. Giovannini – Est. Scola) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. IV, 18 aprile 2014 n. 2003 Pres. Virgilio – Est. Veltri) corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di esecuzione nelle a.t.i. per appalti di servizi
- 67) Cons. St., ad. plen. 7 novembre 2014 n. 29 (Pres. Giovannini – Est. Polito) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. III, 23 giugno 2014 n. 3155 Pres. Romeo – Est. Corradino) competenza territoriale in caso di impugnazione congiunta di informativa antimafia e provvedimento applicativo in materia di appalti (profili processuali)
- 68) Cons. St., ad. plen. 7 novembre 2014 n. 30 (Pres. Giovannini – Est. Polito) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. III, 23 giugno 2014 n. 3156 Pres. Romeo – Est. Corradino) competenza territoriale in caso di impugnazione congiunta di informativa antimafia e provvedimento applicativo in materia di appalti (profili processuali)
- 69) Cons. St., ad. plen., 10 dicembre 2014 n. 34 (Pres. Giovannini – Est. De Felice) (ordinanza di rimessione CGARS, 3 settembre 2014 n. 508 Pres. Lipari – Est. Carlotti) escussione della cauzione provvisoria nei confronti del non aggiudicatario per difetto dei requisiti generali

70) Cons. St., ad. plen., 20 marzo 2015 n. 3 (Pres. Giovannini – Est. Meschino) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2015 n. 88 Pres. Pajno – Est. Caringella) oneri di sicurezza

71) Cons. St., ad. plen., 27 aprile 2015 n. 5 (Pres. Giovannini – Est. Poli) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2014 n. 6204 Pres. Pajno – Est. Tarantino), domande e ordine di esame dei motivi di ricorso nel processo in materia di appalti (profili processuali)

72) Cons. St., ad. plen., 20 luglio 2015 n. 8 (Pres. Giovannini – Est. Cacace) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. III, 29 aprile 2015 n. 2189 Pres. Cirillo – est. Deodato) verifica triennale delle attestazioni di qualificazione SOA rilasciate prima dell'entrata in vigore del regolamento appalti n. 207/2010 e momento in cui devono essere posseduti i requisiti di qualificazione

73) Cons. St., ad. plen., 2 novembre 2015 n. 9 (Pres. Virgilio – Est. Deodato) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. IV, 3 giugno 2015 n. 2707 Pres. Numerico – Est. Greco) necessità o meno della indicazione in gara dei nomi dei subappaltatori, oneri di sicurezza e ovverruling giurisprudenziale, intervento in giudizio (profili processuali)

74) Cons. St., ad. plen., 13 novembre 2015 n. 10 (Pres. Virgilio – Est. Russo) (ordinanza di rimessione CGARS 11 maggio 2015 n. 390 Pres. De Lipsis – Est. Anastasi) il prezzo prevalente in caso di discordanza tra quello espresso in lettere e quello espresso in cifre

75) Cons. St., ad. plen., 1 dicembre 2015 n. 11 (Pres. Virgilio – Est. Greco) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 17 giugno 2015 n. 3069 Pres. Maruotti – Est. Lotti) necessità o meno della indicazione in gara dei nomi dei subappaltatori

2016 (7)

76) Cons. St., ad. plen., 29 febbraio 2016 n. 5 (Pres. Virgilio - Est. Giovagnoli) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. IV, 29 settembre 2015 n. 4540 Pres. Virgilio - Est. Veltri) regolarizzazione del durc

77) Cons. St., ad. plen., 29 febbraio 2016 n. 6 (Pres. Virgilio – Est. Giovagnoli) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. IV, 29 settembre 2015 n. 4542 Pres. Virgilio – Est. Veltri) regolarizzazione del durc

78) Cons. St., ad. plen., 25 maggio 2016 n. 10 (Pres. Pajno – Est. Russo) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 21 ottobre 2015 n. 4799 Pres. Maruotti – Est. Amicuzzi) regolarizzazione del durc

79) Cons. St., ad. plen., 27 luglio 2016 n. 19 (Pres. Pajno – est. Giovagnoli) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 18 marzo 2016 n. 1116 Pres. Pajno – Est. Tarantino) oneri di sicurezza e soccorso istruttorio

80) Cons. St., ad. plen., 27 luglio 2016 n. 20 (Pres. Pajno – Est. Giovagnoli) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 17 marzo 2016 n. 1090 Pres. Pajno – Est. Tarantino) oneri di sicurezza e soccorso istruttorio

81) Cons. St., ad. plen., 27 luglio 2016 n. 22 (Pres. Pajno – est. Deodato) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. III 12 maggio 2016 n. 1927 Pres. Lipari – Est. Noccelli) applicabilità del rito degli artt. 119 e 120 c.p.a. alle concessioni di servizi e concedibilità dell'errore scusabile (profili processuali)

82) Cons. St., ad. plen., 4 novembre 2016 n. 23 (Pres. Pajno – Est. Contessa) (ordinanza di rimessione CGARS 19 febbraio 2016 n. 52 Pres. Lipari – Est. Neri) contratto di avalimento, natura, forma, contenuto, intervento in giudizio (profili processuali)

2017 (3)

83) Cons. St., ad. plen., 12 maggio 2017 n. 2 (Pres. Patroni Griffi – Est. Giovagnoli) (giudizio di ottemperanza in relazione alla decisione n. 6/2016 dell'adunanza plenaria) azione risarcitoria per impossibilità di esecuzione del giudicato e danni risarcibili in caso di mancata aggiudicazione, legittimazione passiva nel giudizio risarcitorio davanti al giudice amministrativo (profili processuali)

84) Cons. St., ad. plen., 3 luglio 2017 n. 3 (Pres. Frattini – Est. Bellomo) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. III, 13 marzo 2017 n. 1152 Pres. Lipari – Est. Veltri) attribuzione dell'attestazione SOA in caso di cessione di azienda o ramo di azienda, intervento in giudizio (profili processuali)

85) Cons. St., ad. plen., 19 settembre 2017 n. 5 (Pres. Pajno – Est. Contessa) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. III, 13 marzo 2017 n. 1151 Pres. Lipari – Est. Noccelli) criterio di calcolo del c.d. taglio delle ali per determinare la soglia di anomalia

2018 (5)

86) Cons. St., ad. plen., 26 aprile 2018 n. 4 (Pres. Pajno – Est. Taormina) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. III, 7 novembre 2017 n. 5138 Pres. Lipari Est. Veltri) impugnazione immediata o differita del bando di gara (profili processuali)

87) Cons. St., ad. plen. 4 maggio 2018 n. 5 (Pres. Pajno – Est. Giovagnoli) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. III, 24 novembre 2017 n. 5492 Pres. Frattini – Est. Veltri) momento in cui sorge la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante

88) Cons. St., ad. plen., 11 maggio 2018 n. 6 (Pres. Pajno – Est. Taormina) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 6 novembre 2017 n. 5103 Pres. Severini – Est. Di Matteo), rimette alla C. giust. UE la vexata quaestio dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale escludente in materia di pubblici appalti (profili processuali)

89) Cons. St., ad. plen., 18 maggio 2018 n. 8 (pres. Pajno – Est. Realfonzo) (ordinanza di rimessione Cons. St., III, 21 settembre 2017 n. 4403 Pres. Lipari est. Sestini), legittimazione passiva nei processi relativi a gare svolte in forma aggregata (profili processuali)

90) Cons. St., ad. plen., 30 agosto 2018 n. 13 (Pres. Pajno – Est. Contessa) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 8 giugno 2018 n. 3472 Pres. Caringella – Est. Lotti), questioni sulla soglia di anomalia nel nuovo codice dei contratti pubblici

2019 (5)

91) Cons. St., ad. plen., 24 gennaio 2019 n. 1 (Pres. Patroni Griffi – Est. Realfonzo) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 25 ottobre 2018 n. 6069 Pres. Giovagnoli - Est. Rotondano) rinvio pregiudiziale alla C. giust. UE sull'omessa indicazione nell'offerta degli oneri di sicurezza e del costo della manodopera

92) Cons. St., ad. plen., 24 gennaio 2019 n. 2 (Pres. Patroni Griffi – Est. Realfonzo) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 26 ottobre 2018 n. 6122 Pres. Giovagnoli – Est. Rotondano) rinvio pregiudiziale alla C. giust. UE sull'omessa indicazione nell'offerta degli oneri di sicurezza e del costo della manodopera

93) Cons. St., ad. plen., 24 gennaio 2019 n. 3 (Pres. Patroni Griffi – Est. Contessa) (ordinanze di rimessione CGARS 20 novembre 2018 n. 772 e 20 novembre 2018 n. 773 Pres. De Nictolis – Est. Verde) rinvio pregiudiziale alla C. giust. UE sull'omessa indicazione nell'offerta degli oneri di sicurezza e del costo della manodopera

94) Cons. St., ad. plen., 27 marzo 2019 n. 6 (Pres. Patroni Griffi – Est. Forlenza) (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2018 n. 5957 Pres. Severini – Est. Di Matteo) a.t.i. e requisiti di qualificazione

95) Cons. St., ad. plen., 21 maggio 2019 n. 8 (Pres. Patroni Griffi – Est. Franconiero)
(ordinanza di rimessione Cons. St., sez. III, 5 febbraio 2019 n. 882 Pres. Frattini – Est.
Maiello) rapporto tra OEPV e prezzo più basso

INDICE DELLE PLENARIE PER VOCI DI CLASSIFICAZIONE:

Autorizzazioni e concessioni, gara: n. 12/1951; n. 11/1953; n. 5/2013; n. 7/2014

Avvalimento: n. 23/2016

Contratti pubblici, associazioni temporanee di imprese e consorzi: n. 2155/2010; n.
8/2005; n. 8/2012; n. 22/2012; n. 26/2012; n. 14/2013; n. 27/2014; n. 6/2019

Contratti pubblici, autotutela: n. 1/1930; n. 3/1961; n. 1/2001; n. 2/2001; n. 13/2014; n.
14/2014

Contratti pubblici, bandi, avvisi, inviti: n. 1/2003; n. 3/2005; n. 4/2011; n. 4/2018

Contratti pubblici, casellario informatico, iscrizione e cancellazione: n. 8/2012

Contratti pubblici, criteri di aggiudicazione: n. 3/2005; n. 1/2013; n. 10/2015; n. 8/2019

Contratti pubblici, concessione di servizi pubblici: n. 12/1951; n. 11/1953; n. 1/1969; n.
2/1969; n. 5/2013; n. 13/2013; n. 19/2013; n. 7/2014; n. 22/2016

Contratti pubblici, custodia dei plichi di gara: n. 8/2014

Contratti pubblici, garanzie: n. 8/2005; n. 8/2012; n. 19/2013; n. 34/2014

Contratti pubblici nei settori speciali: n. 9/2004; n. 16/2011

Contratti pubblici, offerta: n. 9/2015; n. 10/2015

Contratti pubblici, offerta anomala: n. 36/2012; n. 5/2017; n. 13/2018

Contratti pubblici, oneri di sicurezza e costo del lavoro: n. 3/2015; n. 9/2015; n. 19/2016;
n. 20/2016; n. 1/2019; n. 2/2019; n. 3/2019

Contratti pubblici, organismo di diritto pubblico e impresa pubblica: n. 9/2004

Contratti pubblici, project financing: n. 2155/2010; n. 1/2012

Contratti pubblici, pubblicità delle sedute di gara: plen. n. 13/2011; n. 31/2012, n. 8/2013; n. 16/2013; plen. n. 8/2014

Contratti pubblici, requisiti di partecipazione e qualificazione: n. 10/1990; n. 2155/2010; n. 4/2011; n. 8/2012; n. 10/2012; n. 21/2012; n. 15/2013; n. 20/2013; n. 23/2013; n. 24/2013; n. 9/2014; n. 10/2014; n. 16/2014; n. 3/2015; n. 8/2015; n. 9/2015; n. 5/2016; n. 6/2016; n. 10/2016; n. 19/2016, n. 20/2016; n. 3/2017; n. 1/2019; n. 2/2019; n. 3/2019

Contratti pubblici, revisione prezzi: n. 27/1954; n. 18/1984; n. 3/1985

Contratti pubblici, rinnovo gara: n. 30/2012; n. 1/2013

Contratti pubblici, risarcimento del danno: n. 2/2003; n. 6/2005; n. 2/2017; n. 5/2018

Contratti pubblici, soa e attestazione soa: n. 27/2012; n. 8/2015; n. 3/2017

Contratti pubblici, soccorso istruttorio: n. 3/2015; n. 9/2015; n. 19/2016; n. 20/2016; n. 1/2019; n. 2/2019; n. 3/2019

Contratti pubblici, sorte del contratto dopo annullamento atti di gara: plen. n. 10/2011; n. 13/2011; n. 13/2014; n. 14/2014

Contratti pubblici, sponsorizzazione: n. 6/2002

Contratti pubblici, subappalto: n. 9/2015; n. 11/2015

Processo amministrativo, atti impugnabili: n. 3/1961; n. 1/2001; n. 2/2001; n. 1/2003; n. 1/2012; n. 8/2014; n. 4/2018

Processo amministrativo, competenza: n. 33/2012; n. 34/2012; n. 3/2013; n. 4/2013; 17/2014; nn. da 18 a 26/2014; n. 29/2014, n. 30/2014

Processo amministrativo, giurisdizione: n. 2/1929; n. 1/1930; n. 27/1954; n. 3/1961; n. 3/1985; n. 9/2004; n. 6/2005; n. 9/2008; n. 12/2008; n. 10/2011; n. 13/2014; n. 14/2014; n. 2/2017

Processo amministrativo, interesse al ricorso: n. 20/1955; n. 3/1961; n. 1/2003; n. 8/2014

Processo amministrativo, intervento: n. 9/2015; n. 23/2016; n. 3/2017

Processo amministrativo, legittimazione: n. 20/1955; n. 3/1961; n. 10/2011; n. 2/2017; n. 8/2018

Processo amministrativo, onere della prova: n. 2/2003; n. 2/2017

Processo amministrativo, ordine di esame delle questioni: plen. n. 4/2011; n. 10/2011; n. 8/2014; n. 4/2018

Processo amministrativo, ottemperanza: n. 30/2012; n. 2/2017

Processo amministrativo, ricorso incidentale: n. 11/2008; n. 4/2011; n. 7/2014; n. 9/2014; n. 10/2014; n. 6/2018

Processo amministrativo, rito appalti: n. 1/2001; n. 2/2001; n. 2155/2010; n. 10/2011; n. 8/2014; n. 22/2016

Processo amministrativo, termini per ricorrere e errore scusabile: n. 1/2001; n. 2/2001; n. 31/2012; n. 22/2016

Società *in house* e miste: n. 1/2008

Analisi delle decisioni

Cons. St., ad. plen., n. 8/2019 rapporto tra OEPV e prezzo più basso

Gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo codice.

Risolve una questione esegetica insorta sull'art. 95 codice n. 50/2016, ora risolta espressamente anche dal d.l. n. 32/2019 come convertito dalla l. n. 55/2019 (consolidamento della giurisprudenza ad opera del legislatore).

La questione riguarda esclusivamente il nuovo codice e non la disciplina previgente.

All'indomani dell'entrata in vigore del codice si è posta la questione del rapporto tra l'esclusività del criterio dell'OEPV per i servizi ad alta intensità di manodopera (art. 95, c. 3) e l'ammissibilità del criterio del prezzo più basso per i servizi con caratteristiche standardizzate (art. 95, c. 4 lett. b), per l'ipotesi in cui la prestazione abbia entrambe le

caratteristiche, ossia alta intensità di manodopera e standardizzazione. Si pensi ai servizi di pulizia, vigilanza, raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani.

La questione ha trovato soluzione prima da parte dell'adunanza plenaria, e poi dalla l. n. 55/2019, di conversione del d.l. n. 32/2019, nel senso del primato del criterio dell'OEPV (art. 95, c. 3, lett. a), anche in presenza di servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato (art. 95, c. 4, lett. b), se vi sia alta intensità di manodopera.

In tal senso dispone ora espressamente l'art. 95, c. 4, lett. b), come novellato dalla l. n. 55/2019.

Poco prima in tal senso si era pronunciata la plenaria affermando che gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, c. 1, e 95, c. 3, lett. a), codice sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi dell'art. 95, c. 4, lett. b)¹; a tale soluzione la plenaria era pervenuta sulla base degli elementi esegetici che fanno ritenere prioritario, nel codice, il criterio dell'OEPV. Principio che, dopo il d.l. n. 32/2019, vale solo per servizi e forniture e non più per i lavori.

Per memoria storica, si ricorda che la prima giurisprudenza era divisa.

Secondo una tesi, basata anche sull'esegesi dei principi della legge delega, il c. 3 prevaleva sul c. 4 e, dunque, per i servizi ad alta intensità di manodopera doveva sempre e solo applicarsi il criterio dell'OEPV, anche se in ipotesi avessero caratteristiche standardizzate o la prestazione fosse connotata da elevata ripetitività; si era affermato che l'unica interpretazione ammissibile, perché costituzionalmente orientata (tale cioè da evitare pur ipotizzabili profili di eccesso di delega), delle previsioni in esame appare essere quella che assegna portata autonoma, e natura inderogabile, al c. 3².

Si era osservato che il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il c. 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il c. 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), fosse di specie a genere. Ove ricorrano le fattispecie di cui al c. 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'OEPV che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al c. 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione³.

¹ Cons. St., ad. plen., 21.5.2019 n. 8.

² Tar Lazio – Roma, III-ter, 13.12.2016 n. 12439.

³ Cons. St., III, 2.5.2017 n. 2014 relativa a una procedura aperta per l'individuazione di una Agenzia per il lavoro cui affidare, per due anni, la somministrazione di personale infermieristico e tecnico-sanitario; a cui aderiscono Tar Basilicata, 27.9.2017 n. 612 relativa ad appalto di servizio di pulizia, sanificazione ed ausiliario presso una Azienda sanitaria; Tar Lombardia – Brescia, I, 18.12.2017 n. 1449 relativa a gara per il servizio di manutenzione di automezzi; Tar Sicilia – Catania, III, 19.2.2018 n. 389 relativa al servizio di sorveglianza attiva antincendio; Tar Toscana 8.3.2018 n. 356 relativa al servizio di manutenzione automezzi; Tar Lombardia – Brescia, I, 20.4.2018 n. 434 relativa a servizio di riparazione veicoli.

Secondo una opposta tesi, nel caso in cui l'appalto, pur relativo a servizio ad elevata intensità di manodopera, ha per oggetto una prestazione fortemente ripetitiva, ovvero caratteristiche standardizzate, legittimamente la stazione appaltante si avvale del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso (nella specie, si trattava di un servizio di sorveglianza attiva antincendio presso un'azienda sanitaria locale)⁴.

Si era in tale prospettiva osservato che:

- a) il codice certamente mostra una tendenziale preferenza per l'aggiudicazione tramite il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo;
- b) tuttavia l'art. 95 c. 4 lett. b) espressamente consente, in via di eccezione, che “per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;” possa farsi l'applicazione del criterio del “minor prezzo” e tale indicazione è finalizzata a garantire una significativa accelerazione della procedura, soprattutto quando le prestazioni non devono assolutamente differire da un esecutore ad un altro;
- c) il “minor prezzo” resta dunque circoscritto alle procedure per l'affidamento di forniture o di servizi che sono, per loro natura, strettamente vincolate a precisi ed inderogabili standard tecnici o contrattuali, e per le quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate. In tali casi può prescindersi da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione, in quanto questa viene fissata inderogabilmente a priori dal committente nell'allegato tecnico;
- d) in tale ottica la tipologia di cui alla lett. b) del c. 4 dell'art. 95 attiene ad un ipotesi ontologicamente del tutto differente sia dall'appalto “ad alta intensità di manodopera” di cui all'art. 95 c. 3 lett. a) che concerne prestazioni comunque tecnicamente fungibili; e sia da quelli caratterizzati da “notevole contenuto tecnologico” o di “carattere innovativo” di cui all'art. 95 c. 4 lett. c), attinenti tipicamente a prestazioni di contenuto evolutivo;
- e) per i contratti con caratteristiche standardizzate non vi è alcuna ragione né utilità di far luogo ad un'autonoma valutazione e valorizzazione degli elementi non meramente economici delle offerte, perché queste, proprio perché strettamente assoggettati allo standard, devono coincidere tra le varie imprese (fattispecie in tema di servizi di vigilanza)⁵.

⁴ Tar Abruzzo – L'Aquila, 13.1.2017 n. 30 relativa a servizio di sorveglianza attiva antincendio. Nel senso della prevalenza del c. 4 sul c. 3 v. anche Tar Calabria – Reggio Calabria, 25.2.2017 n. 166 relativa a servizio di prelievo, raccolta, evacuazione, smaltimento dei rifiuti sanitari; Tar Puglia – Lecce, II, 23.4.2018 n. 718, che ha ritenuto avere caratteristiche standardizzate ed essere aggiudicabile al prezzo più basso, l'appalto del servizio di vigilanza armata di un palazzo di giustizia; Tar Abruzzo – L'Aquila, 16.8.2018 n. 333 relativa a servizio di vigilanza armata.

⁵ Cons. St., III, 13.3.2018 n. 1609 relativa a servizio di vigilanza antincendio presso ospedali; v. anche Cons. St., III, 7.9.2018 n. 4269, ord., relativa a servizio di vigilanza antincendio, che dà atto del contrasto di giurisprudenza, interno alla III sez. (anni 2017-2018) sul rapporto tra art. 95 c. 3 e art. 95 c. 4, e dà prevalenza alla legge di gara (che prevedeva il criterio del prezzo più basso) e non sospende l'appalto; Cons. St., III, 8.6.2018 n. 3470, su un appalto di servizio di trasporto di materiale a rischio biologico, lo qualifica come appalto con caratteristiche standardizzate, in cui i costi prevalenti rispondono a standard definiti e predeterminati; la decisione sembra dare prevalenza al c. 4 rispetto al c. 3, sulla base delle caratteristiche standardizzate, anche se motiva in fatto sulla circostanza che i costi della manodopera non sono superiori al 50% del prezzo dell'appalto; Cons. St., V, 24.1.2019 n. 605 relativa a servizio di riparazione, manutenzione e revisione di veicoli, che dà atto delle oscillazioni della giurisprudenza dei Tar sulla natura di tale appalto, e opta per la tesi che sia consentito il criterio del prezzo più basso, ritenendo che “*assuma rilevanza dirimente, ai fini*

La questione del rapporto tra c. 3 e c. 4 dell'art. 95 era stata rimessa alla plenaria nei seguenti termini: se il rapporto, nell'ambito dell'art. 95 codice tra il c. 3, lett. a) (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali, quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il c. 4, lett. b) (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali quello dei servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato), va incondizionatamente declinato nei termini di specie a genere, con la conseguenza per cui, ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3, debba ritenersi, comunque, predicabile un obbligo cogente ed inderogabile di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁶.

Cons. St., ad. plen. n. 6/2019 a.t.i. e requisiti di qualificazione

In applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori.

Risolve una questione esegetica relativa alla disciplina recata dal regolamento attuativo del codice del 2006, transitoriamente applicabile anche nel vigore del codice del 2016, l'appalto di cui si disputa è sottoposto alla disciplina del codice del 2016.

V. anche plenarie nn. 7 e 27 del 2014.

Nella versione originaria del codice, solo nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici consorziati (art. 48, c. 4, codice).

Nulla si diceva per i lavori.

In base al decreto correttivo, anche in caso di lavori, bisogna specificare le categorie di lavori che saranno eseguite dai singoli operatori economici.

Secondo il d.lgs. correttivo per i soggetti di cui all'art. 45, c. 2, lett. d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria (art. 83, c. 8).

della soluzione della questione, non tanto ed esclusivamente il carattere ripetitivo e standardizzato delle prestazioni oggetto dell'appalto (certamente riscontrabile nella fattispecie, essendo tutti i lotti caratterizzati da elevata ripetitività perché volti a soddisfare, mediante interventi routinari di revisione, manutenzione e riparazione dei veicoli, esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività delle stazioni appaltanti, con approvvigionamenti frequenti e continuativi), quanto piuttosto la ricorrenza di un servizio ad alta intensità di manodopera (ipotesi non configurabile nel caso di specie)"; Tar Veneto, I, 21.6.2018 n. 673, che ha qualificato come standardizzato e ripetitivo il servizio di manutenzione e riparazione di autoveicoli e statuito che a fronte di "contratti con caratteristiche standardizzate (...) non vi è alcuna ragione né utilità di far luogo ad un'autonoma valutazione e valorizzazione degli elementi non meramente economici delle offerte, perché queste, proprio perché strettamente assoggettati allo standard, devono assolutamente coincidere tra le varie imprese".

⁶ Cons. St., III, 5.2.2019 n. 882.

E' ancora temporaneamente in vigore l'art. 92, c. 2, d.P.R. n. 207/2010, come novellato dallo stesso d.l. n. 47/2014, e a tenore del quale, per i raggruppamenti temporanei, i consorzi ordinari di concorrenti e i soggetti di un GEIE, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento. Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate. Si deve ritenere che la qualificazione per ciascun operatore deve essere proporzionata alla quota assunta, fatta salva la maggiore qualificazione del mandatario, secondo le indicazioni del bando di gara, secondo i principi espressi dalla plenaria nel 2014 e di perdurante attualità⁷.

Secondo la prima giurisprudenza successiva al nuovo codice, l'obbligo per l'operatore economico che partecipa alla gara in a.t.i. di indicare la parte delle prestazioni che eseguirà ai sensi dell'art. 48, c. 4, è da ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini schiettamente descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia, in caso di indicazione quantitativa, in termini percentuali⁸.

Si ricorderà che prima del codice del 2016 già il d.l. n. 47/2014 aveva abolito la regola sulla corrispondenza, per i lavori, tra quota di partecipazione all'a.t.i. e quota di esecuzione (previgente art. 37, c. 13, codice del 2006), con conseguente *overriding* della giurisprudenza formata su tale principio di corrispondenza⁹.

Sull'ulteriore questione se occorra una triplice corrispondenza di quote di qualificazione, di partecipazione all'a.t.i. e di esecuzione si è espressa la plenaria in senso negativo, con principi di perdurante attualità nel vigore del nuovo codice¹⁰.

Ha affermato la plenaria che per gli appalti di servizi e forniture si richiede ai concorrenti d'indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di

⁷ Cons. St., ad. plen., 28.8.2014 n. 27; Id., 30.1.2014 n. 7.

⁸ Cons. St., V, 4.7.2017 n. 3257.

⁹ Su tale previgente principio di corrispondenza tra quote di qualificazione, di partecipazione all'a.t.i. e di esecuzione v. Cons. St., ad. plen., 13.6.2012 n. 12; Id., 5.7.2012 n. 26.

¹⁰ Cons. St., ad. plen., 28.8.2014 n. 27.

esecuzione, fermo restando, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s’impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara.

Era stata rimessa alla plenaria, con riguardo al previgente codice, l’ulteriore questione se ciascuna impresa componente dell’a.t.i. possa dimostrare i requisiti mediante avvalimento: “alla stregua del generale principio del *favor participationis* alle pubbliche gare –corollario dei principi di buon andamento ed imparzialità dell’amministrazione ex art. 97 Cost. e di libertà d’iniziativa economica ex art. 43 Cost., oltreché del principio di concorrenza sancito dal Trattato istitutivo dell’Unione Europea, ed alla luce della tipica funzione "pro-concorrenziale" dello strumento del raggruppamento temporaneo d’impresa “orizzontale”, la circostanza che il diritto dell’Unione Europea preveda l’istituto dell’avvalimento, in base al quale può essere riconosciuta, di regola, la facoltà di ciascuna impresa esecutrice di avvalersi di altre imprese per le quali possa attestare l’idoneità tecnica e la sussistenza di un vincolo giuridico che garantisca l’impegno a tenere fede all’obbligo assunto ai fini dell’esecuzione della propria prestazione, potrebbe consentire una rivalutazione della funzione dei requisiti tecnico economici di partecipazione alle pubbliche gare, che mediante la serie storica dei fatturati per attività comparabili consentono una ragionevole presunzione circa l’affidabilità tecnico-economica dell’impresa concorrente, senza tuttavia condizionare quest’ultima, di regola, ad eseguire direttamente la prestazione convenuta con le proprie risorse tecniche ed economiche” ma la questione non è stata esaminata dalla plenaria¹¹.

Sono state inoltre rimesse alla plenaria le questioni:

- 1) se, ferma la necessaria corrispondenza tra i requisiti di partecipazione di ciascun raggruppamento e il valore dei lavori da eseguire, debba escludersi l’operatore economico dalla gara in caso di scostamento tra la quota dei lavori da eseguire dal singolo partecipante al raggruppamento e il requisito di partecipazione da questi posseduto, anche qualora il raggruppamento sia nel complesso in possesso dei requisiti necessari all’esecuzione dei lavori;
- 2) nel caso in cui si aderisca all’orientamento che non ritiene necessaria l’esclusione del raggruppamento, quale sia la soglia superata la quale lo scostamento tra la quota dei lavori da eseguire dal singolo partecipante al raggruppamento e il requisito di partecipazione da questi posseduto possa essere ritenuto minimo e, pertanto, non idoneo all’esclusione;
- 3) nel caso in cui si aderisca all’orientamento che non ritiene necessaria l’esclusione del raggruppamento, se la stazione appaltante debba ricorrere al soccorso istruttorio per concedere al raggruppamento di operare la modifica consentita o possa farne a meno procedendo direttamente alla valutazione dell’offerta, per avere la stessa accertato che la riduzione della quota di esecuzione in capo a una delle imprese è compensata dal maggiore requisito di qualificazione posseduto da altro componente¹².

¹¹ Cons. St., III, 21.9.2017 n. 4403.

¹² Cons. St., V, 18.10.2018 n. 5957.

Secondo la plenaria, in applicazione dell'art. 92, c. 2, d.P.R. n. 207/2010, ancora applicabile nel vigore del codice n. 50/2016 nelle more del nuovo regolamento sulla qualificazione, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori¹³.

A tale conclusione la plenaria perviene sulla base di una esegesi che si fonda sulla lettera e sulla *ratio* della legge.

Sul piano testuale, osserva la plenaria che della disposizione del citato art. 92 d.P.R. n. 207/2010 appare evidente un duplice contenuto normativo:

- in primo luogo, che vi è piena libertà in capo alle imprese partecipanti al raggruppamento di stabilire la quota di partecipazione al raggruppamento medesimo, con il solo limite rappresentato “dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato”;
- in secondo luogo, la possibilità di modifica “interna” delle quote di esecuzione, purché vi sia a tal fine autorizzazione della stazione appaltante “che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate”.

In sostanza, la disposizione riconosce la piena libertà delle imprese partecipanti al raggruppamento di suddividere tra loro le quote di esecuzione dei lavori, sia in via preventiva (art. 92, co. 2, secondo periodo), sia in via successiva (art. 92, c. 2, quarto periodo, sia pure previa autorizzazione), fermo il limite rappresentato dai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa associata.

In tal modo, però, appare evidente come le norme evocate ne presuppongano un'altra ad esse preordinata, e precisamente la norma secondo la quale l'impresa associata partecipa alle gare in base ai (e nei limiti dei) propri requisiti di qualificazione.

Se, infatti, la quota di esecuzione dei lavori da parte dell'impresa associata, in sede di attribuzione preventiva e/o di definizione successiva, può essere liberamente stabilita nei limiti del possesso dei corrispondenti requisiti di qualificazione, ciò significa a tutta evidenza che è la partecipazione stessa alla gara da parte dell'impresa associata in r.t.i. che può avvenire solo a condizione del possesso di requisiti di qualificazione corrispondenti alla quota di esecuzione per essa prevista.

Quanto alla *ratio legis*, avuto riguardo alla natura e alla finalità dei requisiti di qualificazione, la Plenaria osserva che tali requisiti attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che partecipa alla gara ed aspira all'aggiudicazione, e ciò al fine di assicurare la stazione appaltante sulle sue serietà, professionalità e capacità imprenditoriale in ordine alla realizzazione di quella parte di lavoro che potrebbe, in caso di esito positivo della gara, essergli affidata. I requisiti di qualificazione sono funzionali, dunque, alla cura e tutela

¹³ Cons. St., ad. plen., 27.3.2019 n. 6.

dell'interesse pubblico alla selezione di contraenti affidabili, onde garantire al meglio il risultato cui la pubblica amministrazione tende con l'indizione della gara: un risultato che non pertiene (occorre ricordarlo) alla pubblica amministrazione come soggetto, ma al più generale interesse pubblico del quale l'amministrazione/stazione appaltante risulta titolare e custode. In questo senso, appare evidente come non sia possibile contrapporre ad una interpretazione del requisito di qualificazione come "personale" (cioè riferito alla singola impresa facente parte del raggruppamento), un'altra interpretazione che, invece, ritenga tale requisito come riferito, complessivamente, all'intero raggruppamento, in tal modo rendendo possibile sopperire alle eventuali "carenze" di una impresa associata con la "sovrabbondanza" di requisito eventualmente presente in capo ad altra impresa associata. Ed infatti:

- per un verso, poiché il sistema dei requisiti di qualificazione ha la funzione innanzi descritta (di garanzia di serietà ed affidabilità tecnica ed imprenditoriale dell'impresa), esso non può (per avere e mantenere le ragioni della sua previsione) che riferirsi ad ogni singola impresa, ancorché associata in un raggruppamento;
- per altro verso, diversamente opinando, si finirebbe con il conferire una sorta di "soggettività" al raggruppamento, al di là di quella delle singole imprese partecipanti; e ciò in quanto una sorta di interscambiabilità dei requisiti di partecipazione, quale quella ipotizzata, risulta più agevolmente ipotizzabile laddove si riconoscesse (ma così non è) una personalità giuridica propria al r.t.i.; tale ipotesi interpretativa pone, dunque, le premesse proprio per un (non ammissibile) riconoscimento (espresso o implicito che sia) di una soggettività autonoma del raggruppamento;
- per altro verso ancora, l'utilizzazione (ancorché parziale) dei requisiti di qualificazione può finire per rappresentare, nella sostanza, una sorta di avvalimento anomalo ed in contrasto con quanto previsto dall'art. 89, codice, anche con riferimento agli adempimenti procedurali previsti a pena di nullità (art. 89, c. 1).

Né, secondo la Plenaria, è possibile ritenere come "formalistica" l'interpretazione ora offerta, contrapponendola ad un'altra interpretazione di tipo "sostanzialistico", secondo la quale – in presenza delle tre condizioni più volte innanzi indicate – il principio di doverosa corrispondenza tra i requisiti di partecipazione di ciascuna impresa e la quota di esecuzione dichiarata "non può dirsi nella sostanza violato", posto che si otterrebbe anche il "contemperamento tra il principio di libero accesso alle gare ed il principio della necessaria affidabilità degli offerenti".

A tal fine, occorre in primo luogo osservare come la funzione cui sono preordinati i requisiti di qualificazione ne esclude, per le ragioni di tutela dell'interesse pubblico innanzi esposte, una loro natura meramente "formale", risolvendosi essi in requisiti di affidabilità professionale del potenziale contraente, la cui natura "sostanziale" è del tutto evidente.

Di modo che una non corrispondenza, in sede di partecipazione alla gara, tra requisito e quota dei lavori da eseguire si risolve non già in una imprecisione formale ovvero in una

sorta di errore materiale, bensì in una violazione sostanziale di regole disciplinanti l'intero sistema dei contratti pubblici (e valevoli oggettivamente per tutti i partecipanti alle gare). Né, inoltre, può dirsi pretermesso il principio del libero accesso alle gare, posto che tale accesso è certamente "libero" per i soggetti che rispondono ai requisiti previsti dall'ordinamento per la partecipazione.

D'altra parte, il principio volto a garantire la più ampia partecipazione alle gare non agisce "in astratto", ma esso, nella sua concreta attuazione, non può che riferirsi ad imprese che – per serietà ed affidabilità tecnico-professionale (appunto validate dal possesso dei requisiti) – sono potenzialmente idonee ad assumere il ruolo di contraenti con gli operatori economici pubblici.

Non vi è alcun *vulnus* per il principio di libera partecipazione), posto che le imprese associate ben possono attribuire a ciascuna di esse *ex ante* una quota di lavori corrispondente al requisito di qualificazione: nulla vieta al r.t.i. la partecipazione alla gara, ben potendo questa avvenire con una attribuzione delle quote di lavori tra le imprese associate coerente con i loro requisiti di partecipazione.

La diversa interpretazione cd. "sostanzialistica", nel richiedere, tra le condizioni per evitare l'esclusione dalla gara del r.t.i. per mancanza di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione lavori, quella della misura "minima" o "non eccessiva" dello scostamento, finisce per dar luogo:

- per un verso, ad un non consentito fenomeno di integrazione normativa, attesa la chiara prescrittività del dato normativo in favore della corrispondenza. Nel caso di specie, infatti, l'interprete finirebbe non già per individuare l'esatto contenuto normativo della disposizione (che prevede un chiaro principio di corrispondenza), quanto per aggiungere ad essa una norma ulteriore, peraltro di incerta prescrittività;
- per altro verso, ad una invasione del campo riservato alla pubblica amministrazione, valutando *ex post* – in luogo di questa ed in assenza di dato normativo – quando uno scostamento possa definirsi minimo e, dunque, non rilevante ai fini dell'esclusione;
- per altro verso ancora, ad una lesione del principio della *par condicio* dei concorrenti, laddove si consentisse alla stazione appaltante di valutare *ex post* quando (ed in che misura) lo scostamento può definirsi irrilevante.

Cons. St., ad. plen., nn. 1, 2 e 3/2019, rinvio pregiudiziale alla C. giust. UE sull'omessa indicazione nell'offerta degli oneri di sicurezza e del costo della manodopera

formula alla Corte di giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E. il seguente quesito interpretativo pregiudiziale:

“se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente i principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli articoli 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del 'Codice dei contratti pubblici' italiano) in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una

pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio', pur nell'ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione'.

L'avviso di questa Adunanza Plenaria a sostegno della tesi "escludente".

La plenaria conferma la tesi escludente espressa dalla plenaria nel vigore del codice del 2006, senza l'apertura della plenaria anteriore in favore del soccorso istruttorio. La questione nel frattempo è stata anche esaminata da C. giust. UE su rimessione di un Tar, nel senso favorevole alla tesi escludente con alcune condizioni.

Secondo la esegesi delle plenarie 1, 2, 3 del 2019, sono superate per ius superveniens le plenarie n. 3/2015¹⁴, n. 9/2015¹⁵, n. 19/2016 e n. 20/2016¹⁶.

¹⁴ La plenaria n. 3/2015 aderì anche nel silenzio delle norme primarie alla tesi più severa della esclusione del concorrente per omessa indicazione degli oneri di sicurezza senza possibilità di soccorso istruttorio: **"nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara".**

¹⁵ La plenaria n. 9/2015 ribadisce il principio espresso dalla plenaria n. 3/2015 ed esclude che possa crearsi una regola transitoria giurisprudenziale per gli appalti anteriori alla plenaria n. 3/2015: non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'adunanza plenaria n. 3/2015.

La plenaria n. 9/2015 ricorda che la stessa plenaria n. 3/2015 ha già espressamente escluso la sanabilità con il soccorso istruttorio dell'omissione dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, che si risolverebbe in un'inammissibile integrazione postuma di un elemento essenziale dell'offerta.

Non si ravvisano, peraltro, ragioni per rivedere tale avviso, nella misura in cui si rivela coerente con la lettura della funzione e dei limiti di operatività dell'istituto del soccorso istruttorio, per come enunciati dalla stessa Adunanza Plenaria (ad. plen. n. 9/2014).

Né può farsi applicazione del principio di cui alla plenaria n. 21/2012: secondo la plenaria n. 9/2015, l'esegesi giurisprudenziale, anche monofilattica, ha valore esclusivamente dichiarativo.

La diversa opinione finisce per attribuire alla esegesi valore ed efficacia normativa in contrasto con la logica intrinseca della interpretazione e con il principio costituzionale della separazione dei poteri venendosi a porre in sostanza come una fonte di produzione.

E' significativo che anche le recenti aperture del giudice di legittimità in tema di *prospective overruling* siano rimaste confinate in ambito strettamente delimitato.

A far tempo dalla già citata pronuncia delle Sezioni unite n. 15144 del 2011 si è costantemente affermato che per attribuire carattere innovativo all'intervento nomofilattico occorre la concomitanza di tre precisi presupposti e cioè che l'esegesi incida su una regola del processo; che si tratti di esegesi imprevedibile susseguente ad altra consolidata nel tempo e quindi tale da indurre un ragionevole affidamento, e che infine - presupposto decisivo - comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa (v. anche Cass. 28967/11; 12704/12 e, da ultimo, 19700/15; 20007/15).

Nel caso di specie nessuno degli anzidetti presupposti può ritenersi sussistente non trattandosi di norma attinente ad un procedimento di carattere giurisdizionale, non preesistendo un indirizzo lungamente consolidato nel tempo e non risultando precluso il diritto di azione o di difesa per alcuna delle parti in causa.

In conclusione, se da un lato non sembra possibile elevare la precedente esegesi al rango di legge per il periodo antecedente al suo mutamento, dall'altro non possono essere sottotaciute le aspirazioni del cittadino alla sempre maggiore certezza del diritto ed alla stabilità della nomofilachia, ma trattasi di esigenze che, ancorché comprensibili e condivisibili *de jure condendo*, nell'attuale assetto costituzionale possono essere affrontate e risolte esclusivamente dal legislatore.

¹⁶ Secondo le plenarie nn. 19 e 20 del 2016: Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, approvato con d.lg. 18 aprile 2016, n. 50 (che ora risolve la questione prevedendo espressamente, all'art. 95, comma 10, l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza: « Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui

11.1. Richiamandosi alle considerazioni che precedono (ed in particolare al paragrafo 4.5.), questa Adunanza Plenaria ritiene che, tra le opposte finalità della tutela della concorrenza e della proporzionalità nei riguardi degli offerenti (ed in special modo di quelli stabiliti in altri Stati membri), da un lato, e le esigenze della certezza del diritto, della parità di trattamento e della effettività della tutela economica e sociale del lavoro e della sicurezza dei prestatori, più volte richiamate dal diritto comunitario, dall'altro, debbano essere privilegiate queste ultime esigenze.

Una volta che la legge nazionale abbia definitivamente, formalmente e, soprattutto, chiaramente sancito l'obbligo per l'offerente di dichiarare in sede di offerta separatamente i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, si ritiene in primo luogo che gli offerenti di altri stati membri non possano più addurre a loro discolta la sussistenza di un condizione meno favorevole.

L'imporre l'obbligo delle dichiarazioni degli oneri nell'offerta peraltro non costituisce affatto un adempimento meramente formale, in quanto la presenza della dichiarazione non preclude la verifica della sua correttezza sostanziale attraverso la richiesta "di spiegazioni", di cui all'articolo 69 della Dir. 2014/24 (ed all'art.97, comma 5, del d.lgs. n.50/2014), che è tipica della fase successiva all'apertura delle offerte economiche ed ha un profilo eminentemente oggettivo.

In tal caso, non può dunque parlarsi affatto di "soccorso istruttorio", che come tale afferisce propriamente alla fase dell'ammissione e della verifica dei requisiti e quindi a profili tipicamente soggettivi, in quanto la normativa nazionale, utilizzando la facoltà concessa dalla Direttiva all'art. 56, par. 3 della Dir.2014/24/UE, all'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2014 e s.m.i., ha delimitato il soccorso istruttorio agli elementi formali "... del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica...".

11.2. Gli offerenti che partecipano alle gare comunitarie sono soggetti imprenditoriali, che si presumono in possesso di adeguate professionalità, per i quali il mancato adempimento di un onere obbligatoriamente previsto dalla legge costituisce una grave negligenza addebitabile al medesimo concorrente.

Il mancato rispetto dell'obbligo della dichiarazione degli oneri per la sicurezza in sede di offerta a pena di esclusione assume un rilievo concreto in quanto:

-- in una gara d'appalto una offerta presuppone la puntuale valutazione del "punto di convenienza" della commessa sul piano finanziario ed organizzativo e, dunque, la stesura di un vero e proprio business plan; comprendente cioè tutti gli oneri diretti, indiretti ed eventuali. Ciò posto, è dunque evidente che la dichiarazione sul rispetto degli oneri per la sicurezza non può diventare un artato "costruito" postumo, di carattere meramente formale, ma deve costituire un "dato oggettivo" che ha il suo presupposto logico, economico e fattuale nel computo economico dei tutti oneri, ivi compresi quelli aziendali per la sicurezza del personale, che sono connessi all'affare;

luoghi di lavoro »), nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio. La decisione precisa altresì di non poter affrontare la questione, in quanto non oggetto del contendere, se l'ampia formulazione dell'art. 80, comma 9, d.lg. n. 50 del 2016 (che ammette il soccorso istruttorio con riferimento a « qualsiasi elemento formale della domanda ») consenta, comunque, anche nella vigenza del nuovo « Codice », di sanare l'offerta che sia viziata solo per la mancata formale indicazione separata degli oneri di sicurezza.

-- come dimostrano le corrispondenze in materia intercorrenti tra stazioni appaltanti ed imprese che vengono all'attenzione di questo Giudice, la verifica in un momento successivo delle omesse dichiarazioni degli oneri in questione trova spesso le più fantasiose allocazioni postume di valori indeterminati (e/o percentuali generiche) operati con riferimento talvolta alle spese generali, talvolta agli imprevisti, talvolta agli oneri indiretti, talvolta agli utili, ecc. .

-- per questo, a prescindere dalla indubbia addebitabilità all'offerente dell'omesso adempimento, si deve ritenere che la mancata dichiarazione costituisce un elemento in grado di far dubitare della serietà ed appropriatezza dell'offerta.

Per questa Adunanza Plenaria il principio di effettività dei principi dell'ordinamento giuridico comunitario dovrebbe condurre alla conclusione che la tutela della sicurezza del lavoro e dei diritti dei lavoratori debba comportare la legittimità comunitaria dell'esclusione dell'offerente che abbia omesso di dichiarare in sede di offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro per ragioni quindi, innanzi tutto, di ordine sostanziale.

11.3. Ulteriori argomenti a sostegno della tesi qui affermata vengono desunti dalla giurisprudenza della stessa Corte di giustizia.

Va in particolare osservato che il diritto dell'UE (nell'interpretazione fornita dalla CGUE) non impedisce l'esclusione di un concorrente dalla gara per ragioni di carattere formale e dichiarativo a condizione: i) che le ragioni e le condizioni dell'esclusione siano chiaramente e previamente stabilite dal diritto nazionale o dal bando di gara; ii) che le clausole che dispongono l'esclusione mirino a propria volta a conseguire obiettivi e principi di interesse per il diritto UE (quali il principio della par condicio competitorum fra concorrenti professionali).

11.3.1. Con la sentenza 6 novembre 2014 in causa C-42/13 (Cartiera dell'Adda), ad esempio, la Corte di giustizia ha stabilito che "L'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 (...) letto in combinato disposto con l'articolo 2 della stessa, nonché il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che essi non ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione, in base alla motivazione che tale operatore non ha rispettato l'obbligo, previsto dai documenti dell'appalto, di allegare alla propria offerta, sotto pena di esclusione, una dichiarazione ai sensi della quale la persona indicata in tale offerta come suo direttore tecnico non è oggetto di procedimenti o di condanne penali, anche qualora, a una data successiva alla scadenza del termine stabilito per il deposito delle offerte, una siffatta dichiarazione sia stata comunicata all'amministrazione aggiudicatrice o sia dimostrato che la qualità di direttore tecnico è stata erroneamente attribuita a tale persona".

E' qui importante osservare che, con la sentenza in parola, la Corte di giustizia: i) ha stabilito che il concorrente può legittimamente essere escluso dalla gara per una lacuna di carattere formale e dichiarativo, a condizione che la relativa prescrizione fosse conoscibile ex ante da un operatore diligente; ii) ha escluso che, in tali circostanze, il concorrente incorso in errore potesse essere ammesso a dimostrare che il requisito non dichiarato fosse in concreto posseduto. Quanto sopra, come è evidente, equivale a negare il beneficio del 'soccorso istruttorio' tutte le volte in cui la clausola escludente fosse chiara e sia stata comunque violata dal concorrente.

11.3.2. Con la sentenza 2 giugno 2016 in causa C-27/15 (Pippo Pizzo) la Corte di giustizia ha stabilito che "il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel

senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti (...)". La sentenza in questione, quindi, ha chiarito: i) che l'esclusione del concorrente ben può essere giustificata dalla violazione di un obbligo determinato quando ciò risulti necessario per garantire il rispetto del principio della par condicio; ii) che la previa conoscibilità della regola la cui violazione comporta l'esclusione può derivare o "dai documenti relativi a tale procedura", oppure, come nel caso in oggetto, "dal diritto nazionale vigente" (purché, in ambo i casi, la regola fosse adeguatamente conoscibile ex ante).

11.3.3. Con la sentenza 10 novembre 2016 in causa C-140/16 (Edra costruzioni) la Corte di giustizia, pronunciandosi proprio su un caso italiano relativo agli obblighi dichiarativi in tema di sicurezza sul lavoro, ha stabilito che "il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza (...) devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti. I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice".

La decisione in questione conferma le conclusioni sin qui suggerite da questo Giudice del rinvio in quanto: i) essa è stata pronunciata in un momento storico in cui la normativa italiana non chiariva la valenza escludente connessa alla mancata indicazione degli oneri per la sicurezza (tale regola era stata infatti enucleata dalla sola giurisprudenza); ii) al contrario, la normativa nazionale fissa oggi l'obbligo di indicazione di tali oneri in modo del tutto chiaro e conoscibile da un operatore professionale, attraverso un'espressa previsione di legge (il più volte richiamato articolo 95, comma 10).

Secondo decisioni della plenaria anteriori al nuovo codice, gli oneri di sicurezza aziendali vanno indicati a pena di esclusione; secondo un primo orientamento della plenaria, l'omissione non può essere sanata con il procedimento di soccorso istruttorio; secondo un successivo orientamento della plenaria può, a determinate condizioni, ammettersi il soccorso istruttorio¹⁷.

In particolare, secondo la giurisprudenza della plenaria formatasi nel vigore della precedente disciplina, l'omessa indicazione di tali oneri di sicurezza aziendale nell'offerta, anche negli appalti di lavori, era causa di esclusione, anche ove non vi fosse una prescrizione nel bando di gara, e senza possibilità di soccorso istruttorio¹⁸, fatta salva una recente apertura alla possibilità di soccorso istruttorio.

¹⁷ Cons. St., ad. plen., 2.11.2015 n. 9, in *Foro it.*, 2016, III, 65, nt. di CONDORELLI; *UA*, 2016, 167, nt. di LONGO e CANZONIERI; *Id.*, 27.7.2016 nn. 19 e 20, la prima in *UA*, 2016, 1350, nt. di A. RUFFINI.

¹⁸ Cons. St., ad. plen., 20.3.2015 n. 3, in *Foro it.*, 2016, III, 114 con nota di TRAVI; *Id.*, 2.11.2015 n. 9, in *Foro it.*, 2016, III, 65, con nota di CONDORELLI; Cons. St., V, 3.2.2016 n. 424; *Id.*, V, 30.12.2015 n. 5873; *Id.*, III, 28.8.2012 n. 4622; *Id.*, V, 29.2.2012 n. 1172; nel senso invece che i costi aziendali di sicurezza andassero indicati in offerta solo per servizi e

Secondo quanto aveva da ultimo osservato la plenaria prima del nuovo codice appalti, gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta (la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto) solo nel caso in cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del "prezzo" (perché andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati).

*Laddove, invece, non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, **la carenza, allora, non è sostanziale, ma solo formale**; qualora l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara e dalla modulistica allegata ma sia assodato che sostanzialmente l'offerta abbia tenuto conto dei costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio¹⁹.*

Commento:

E' stata rimessa alla C. giust. UE, in relazione **alla previgente disciplina**, la questione della compatibilità comunitaria della disciplina nazionale, come interpretata dalla plenaria, che comporta l'esclusione per omessa indicazione degli oneri di sicurezza, anche se la pena di esclusione non è prevista dal bando e a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale²⁰.

Secondo la C. giust. UE, il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che devono improntare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che **ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale**, bensì emerge da

forniture e non anche per i lavori v. *ex plurimis* Cons. St., III, 22.12.2015 n. 5815, in *UA*, 2016, 683, nt. D. GENTILE e A. SGOBBA; Id., 17.3.2015 n. 1375; Id., V, 17.6.2014 n. 3056; Id., V, 7.5.2014 n. 2343; Tar Piemonte, I, 10.7.2015 n. 1170; Tar Lombardia – Milano, I, 11.2.2015 n. 443; Tar Campania – Salerno, I, 9.2.2015 n. 302; Tar Calabria – Catanzaro, II, 6.10.2014 n. 1601. Nel senso della scusabilità dell'errore indotto dalla stazione appaltante con l'allegazione al disciplinare di un modello per la formulazione dell'offerta economica che non contiene alcun riferimento agli oneri di sicurezza aziendale, v. Tar Campania – Salerno, I, 18.12.2015 n. 2650, in *UA*, 2016, 589, nt. di M. BALDI; Cons. St., V, 1.10.2015 n. 4583, in *UA*, 2016, 205, nt. di F.A. GIORDANENGO, *Sull'esclusione "a sorpresa" per utilizzo di un modello errato della P.A.*

¹⁹ Cons. St., ad. plen., 27.7.2016 nn. 19 e 20, citt., seguite da Cons. St., III, 13.2.2017 n. 590, 18.1.2017 nn. 179 e 194, 17.1.2017 n. 157, 9.1.2017 n. 30; Id., V, 12.6.2017 n. 2809; 12.5.2017 n. 2199; 6.4.2017 n. 1608, 7.3.2017 n. 1073, 20.2.2017 n. 749, 6.2.2017 n. 500, 28.12.2016 n. 5475, 23.12.2016 n. 5444, 22.12.2016 n. 5423, 15.12.2016 n. 5283, 17.11.2016 n. 4755, 7.11.2016 n. 4646, 11.10.2016, n. 4182; Id., VI, 31.3.2017 n. 1496.

²⁰ Tar Campania – Napoli, I 24.2.2016, n. 990; Tar Marche, 19.2.2016 n. 104; Tar Molise, 12.2.2016 n. 77; Tar Piemonte, 16.12.2015 n. 1745.

un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti. I **principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice**²¹.

Il nuovo codice prevede che *“nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”* (art. 95, c. 10, codice).

Anche per la gara relativa all'affidamento delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri di urbanizzazione, l'art. 1, c. 2, codice prescrive che *“L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per i costi della sicurezza”*.

Tale prescrizione non è assistita espressamente da sanzione di esclusione.

E tuttavia è espressamente previsto che la stazione appaltante non può attivare la procedura del soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83, c. 10, per le carenze dell'offerta tecnica o economica.

Dato che i costi della manodopera e gli oneri di sicurezza aziendale vanno indicati “nell'offerta economica” se ne potrebbe desumere che non è ammesso il soccorso istruttorio.

La prescrizione, facendo riferimento agli “oneri aziendali” specifici del concorrente, intende imporre al concorrente di indicare gli oneri di sicurezza da rischio c.d. "specifico" o "aziendale", che variano in rapporto alla qualità ed entità dell'offerta e che, normalmente, non sono predeterminabili dalla p.a., che si aggiungono agli oneri per la sicurezza per le c.d. "interferenze" (relativi a quei contatti rischiosi che possono prodursi tra il personale della stazione appaltante e quello dell'appaltatore o tra quello delle varie imprese che operano congiuntamente nel cantiere), i quali sono predeterminati dall'amministrazione²². Le prescrizioni del nuovo codice potrebbero a prima lettura apparire coerenti con il diritto europeo come da ultimo interpretato dalla C. giust. UE.

Infatti, vi è ora una espressa prescrizione di legge che impone di indicare gli oneri di sicurezza aziendale nell'offerta, sicché sono salvaguardati i principi di trasparenza e *par condicio*.

La prima giurisprudenza ha affermato che in base al nuovo codice l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale e del costo della manodopera è per espressa previsione di legge “elemento costitutivo” dell'offerta, la cui omissione è causa di esclusione, anche in difetto

²¹ C. giust. UE, VI, 10.11.2016 C-140/16; 697/15; 162/16; essa richiama i principi già espressi da C. giust. UE, VI, 2.6.2016, C- 27/15, Pippo Pizzo.

²² Cons. St., III, 23.1.2014 n. 348.

di espressa previsione nel bando, trovando applicazione diretta la norma codicistica; l'omissione non è sanabile con il soccorso istruttorio²³.

Si dovrebbe perciò ritenere, secondo tale giurisprudenza, che il codice del 2016 abbia inteso superare le sopra citate plenarie in ordine a una sia pur limitata possibilità di soccorso istruttorio²⁴.

Secondo una diversa tesi il soccorso istruttorio sarebbe possibile a determinate condizioni. Si è osservato che nel vigore dell'art. 95, c. 10, codice, la mancata indicazione da parte del concorrente ad una gara d'appalto degli oneri di sicurezza interni alla propria offerta non consente l'esclusione automatica di quest'ultima, senza il previo soccorso istruttorio, tutte le volte in cui non sussista incertezza sulla congruità dell'offerta stessa, anche con riferimento specifico alla percentuale di incidenza degli oneri, ed il bando non preveda espressamente la sanzione dell'esclusione per il caso dell'omessa precisazione dei suddetti costi. Posta, in tal caso, la natura formale dell'omissione, non essendo in contestazione la quantificazione effettiva dei costi che la concorrente ha indicato, né la sostenibilità del prezzo offerto, né la loro congruità, non può non venire in rilievo l'ampia formulazione dell'art. 83, c. 9, codice che consente il soccorso istruttorio con riferimento a qualsiasi "elemento formale" della domanda.

Vero è che la previsione di cui all'art. 83, c. 9, esclude la esperibilità del soccorso istruttorio nei casi di irregolarità afferente all'offerta economica: ma si tratta di irregolarità "essenziali" ovvero di quei medesimi elementi che introducono un elemento di incertezza sostanziale dell'offerta, ai quali si riferisce la motivazione della sentenza n. 19/2016 dell'adunanza plenaria.

A diversamente ritenere - laddove cioè si concludesse circa la radicale non sanabilità della irregolarità formale dell'offerta pure in assenza di contestazioni circa la sua congruità effettiva - si determinerebbe, per il tramite della sanzione dell'esclusione, una conseguenza manifestamente sproporzionata rispetto alla *ratio* di tutela della previsione in esame (che si propone di assicurare, tramite la esternazione della percentuale dei costi di sicurezza interni, la vincolatività di essi per l'operatore economico ed al contempo la possibilità di valutarne la congruenza prima dell'aggiudicazione dell'appalto); si tratterebbe di una applicazione del principio funzionale solamente alla introduzione di meri formalismi nel procedimento di gara, del tutto inidonei ad assicurare la verifica della sussistenza di effettive ricadute concrete sullo svolgimento del confronto concorrenziale, sulla *par condicio* dei concorrenti, nonché sull'effettività e regolarità del giudizio circa la migliore offerta cui aggiudicare²⁵.

²³ Cons. St., V, 15.12.2016 n. 5582, ord.; Tar Molise, 9.12.2016 n. 513; Tar Calabria – Reggio Calabria, 25.2.2017 n. 166; Tar Campania – Napoli, III, 3.5.2017 n. 2358; Tar Lazio - Latina, 23.2.2018 n. 86, con riferimento al costo per la manodopera; Tar Sardegna, I, 26.4.2018 n. 375, con riferimento al costo della manodopera; Tar Sicilia – Palermo, III, 5.7.2018 nn. 1552 e 1553, con riferimento al costo per la manodopera.

²⁴ Cons. St., V, 7.2.2018 n. 815; Id., V, 28.2.2018 n. 1228.

²⁵ Tar Lazio – Roma, II-ter, 20.7.2017 n. 8819; in termini analoghi Tar Lazio – Roma, II-bis, 15.5.2018 n. 5423; Tar Puglia – Bari, II, 14.11.2017 n. 1161; Tar Campania – Napoli, VIII, 3.10.2017 n. 4611; Tar Lazio – Roma, II-ter, 20.7.2017 n. 8819;

La questione è stata nuovamente rimessa all'esame della C. giust. UE con riferimento alla nuova disciplina come interpretata dalla prima giurisprudenza, prima dal Tar Lazio e poi dall'Adunanza plenaria.

La rimessione, con riferimento alla separata indicazione del costo della manodopera, è stata fatta dal Tar Lazio, che ha sottoposto alla Corte la questione se, nel vigore del nuovo codice sui contratti pubblici, l'omessa separata indicazione del costo per la manodopera possa costituire legittima causa di esclusione allorquando tale obbligo non sia stato specificato nella *lex specialis* e precluda il soccorso istruttorio: la Corte europea dovrà dire se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 95, c. 10, e 83, c. 9, codice, secondo la quale l'omessa separata indicazione dei costi della manodopera nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di servizi pubblici determina, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nella documentazione di gara e, ancora, a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi della manodopera, in linea peraltro con una dichiarazione all'uopo resa dalla concorrente ²⁶.

La questione è stata rimessa anche all'adunanza plenaria (che a sua volta la ha rinviata alla C. giust. UE) osservandosi che:

- a) l'art. 95 c. 10 codice prescriverebbe la separata indicazione di oneri di sicurezza e costo della manodopera a pena di esclusione, con una funzione di eterointegrazione del bando e dunque con applicazione anche nel silenzio del bando di gara;
- b) non si può però negare il soccorso istruttorio per il solo fatto che vi sia l'omissione, perché il soccorso istruttorio mira a sanare anche omissioni formali, fermo il divieto di modifica dell'offerta;
- c) il soccorso istruttorio dovrebbe essere consentito senza distinguere i casi in cui il bando non prevede la indicazione di tali oneri nell'offerta e quelli in cui lo prevede.

In particolare, le ordinanze di rimessione sottopongono alla plenaria la questione se per le gare bandite nella vigenza del nuovo codice, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale determini immediatamente e incondizionatamente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche quando non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei

Tar Lombardia - Brescia, II, 14.7.2017 n. 912; Tar Lazio - Roma, I-bis, 15.6.2017 n. 7042; Tar Sicilia - Palermo, III, 15.5.2017 n. 1318; Tar Sicilia - Catania, III, 12.12.2016 n. 3217; ANAC, delibera 11.1.2017 n. 2.

²⁶ Tar Lazio - Roma, II-bis, 24.4.2018 n. 4562.

relativi oneri nella formulazione dell'offerta, né vengono in rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri; nonché se, ai fini della eventuale operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la *lex specialis* richiami espressamente l'obbligo di dichiarare gli oneri di sicurezza²⁷.

Si legge nella rimessione che sebbene l'adunanza plenaria n. 19/2016 ha circoscritto la portata del principio enunciato alle gare bandite nel vigore del d.lgs. n. 163/2006, dichiarando espressamente di prescindere – perché il tema non era oggetto del contendere e la relativa norma non era applicabile *ratione temporis* – dagli effetti derivanti dal nuovo codice, non può, tuttavia, non evidenziarsi che l'ampia formulazione dell'art. 80, c. 9, d.lgs. n. 50/2016 (che ammette il soccorso istruttorio con riferimento a “qualsiasi elemento formale della domanda”) sembra consentire, anche nella vigenza del nuovo codice, di sanare l'offerta che sia viziata solo per la mancata formale indicazione separata degli oneri di sicurezza.

Sotto tale profilo, invero, la circostanza che, oggi, l'art. 95, c. 10, codice, abbia esplicitato che sussiste per l'operatore economico l'obbligo di indicare in sede di offerta i propri costi per la manodopera e gli oneri di sicurezza aziendali non sembra rappresentare elemento di novità di per sé sufficiente a determinare il superamento del principio di diritto enunciato dalla sentenza dell'adunanza plenaria n. 19/2016. Non va, infatti, dimenticato che anche nel vigore del previgente codice, l'adunanza plenaria aveva già desunto (v. in particolare sentenza n. 3/2015) l'esistenza di un obbligo normativo operante in tutte le gare d'appalto (ivi comprese quelle di lavori) di indicare, a pena di esclusione, gli oneri di sicurezza, precisando, altresì, che pur nel silenzio della *lex specialis*, tale obbligo dichiarativo eterointegrava il bando di gara.

Sotto tale profilo, l'art. 95, c. 10, si è limitato a rendere esplicito un obbligo dichiarativo che nel precedente sistema si ricavava, comunque, implicitamente dal tessuto normativo. Non pare, tuttavia, che tale espressa previsione normativa concernente l'obbligo di indicare i costi di sicurezza aziendale sia un elemento di novità di per sé in grado di escludere l'operatività del soccorso istruttorio, il quale, peraltro, nel passaggio dal vecchio al nuovo codice (specie con le ulteriori modifiche apportate in sede di correttivo: d.lgs. n. 56/2017) è stato persino potenziato (attraverso la generalizzazione del principio di gratuità e l'eliminazione dell'ambigua categoria delle c.d. irregolarità non essenziali).

Non sembra neanche che possa essere messo in discussione che l'indicazione degli oneri di sicurezza sia un obbligo previsto dalla legge a pena di esclusione e che, alla luce del chiaro tenore testuale della previsione ora contenuta nell'art. 95, c. 10, cit., il relativo obbligo dichiarativo sia capace di eterointegrare il bando pur nel silenzio della *lex specialis*. L'ammissibilità di un fenomeno di eterointegrazione del bando, specie da parte di norme legislative di contenuto univoco, è stato già chiaramente riconosciuto in più occasioni dalla

²⁷ Cons. St., V, 25.10.2018 n. 6069; Id., V, 26.10.2018 n. 6122; in termini analoghi Cons. giust. sic., 20.11.2018 n. 772; Id., 20.11.2018 n. 773.

stessa adunanza plenaria (n. 9/2014, richiamata e condivisa dalle sentenze nn. 3 e 9 del 2015 e n. 19/2016) e, anche rispetto a tale profilo, non sembra che il nuovo codice contenga elementi di novità capaci di sovvertire tale conclusione.

L'eterointegrazione (e prima ancora la portata potenzialmente escludente dell'obbligo dichiarativo di cui si discute) non appare, tuttavia, argomento sufficiente ad escludere l'operatività del soccorso istruttorio, ma, anzi, ne costituisce il presupposto applicativo. Il soccorso istruttorio, invero, opera proprio (od ormai solo) per le c.d. irregolarità essenziali: cioè le inosservanze dichiarative e documentali richieste a pena di esclusione.

L'esclusione del soccorso istruttorio per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza potrebbe semmai essere argomentata diversamente, ovvero ritenendo che gli oneri di sicurezza rappresentino (sempre e comunque) non un elemento formale dell'offerta, ma un elemento sostanziale della stessa, con la conseguenza che l'indicazione postuma attraverso il soccorso istruttorio consentirebbe al concorrente di determinare una (senz'altro inammissibile) modifica ex post dell'offerta.

Sotto tale profilo, tuttavia, l'incondizionata qualificazione degli oneri di sicurezza in termini di elemento sostanziale dell'offerta si porrebbe in contrasto con quanto precisato dall'adunanza plenaria nella sentenza n. 19/2016, la quale, come si è già ricordato, aveva espressamente specificato (cfr. par. 35 della motivazione) che: "gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta (la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto) solo nel caso in cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento dei obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del "prezzo" (perché andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati). Laddove, invece, (come avviene nel caso oggetto del presente giudizio), non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale, ma solo formale".

Applicando il principio di diritto appena richiamato, la qualificazione dell'omessa indicazione degli oneri di sicurezza in termini di elemento formale dell'offerta (nel caso in cui essi siano stati considerati ai fini del prezzo ed inglobati in esso) imporrebbe, quindi, di consentire il soccorso istruttorio a prescindere dalla circostanza, che di per sé non appare dirimente alla luce dell'esistenza di un pacifico principio di eterointegrazione, che la *lex specialis* abbia richiamato o meno il relativo obbligo dichiarativo. Proprio tale rilievo apre ad una opzione esegetica che in parte differisce anche da quella accolta dalla III Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza n. 2554/2018, o da quella sottesa alla questione pregiudiziale attualmente al vaglio della Corte di giustizia, nelle quali, invece, sembra attribuirsi rilievo dirimente, ai fini di ammettere o negare il soccorso istruttorio,

proprio a questo dato formale (ovvero il richiamo o meno nella *lex specialis* del relativo obbligo dichiarativo). Conclusione che sembra, tuttavia, contraddire, o, comunque, attenuare, la portata del principio di etero-integrazione, che la stessa giurisprudenza dell'Adunanza plenaria ha in più occasioni ritenuto operante, specie se l'obbligo legislativo risulta puntuale e univoco (come, puntuale e univoco appare essere, appunto, quello previsto dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016).

La adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha chiesto alla C. giust. UE se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente i principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli artt. 83, c. 9, 95, c. 10 e 97, c. 5 del codice dei contratti pubblici italiano) in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio', pur nell'ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione.²⁸

Secondo la plenaria:

- il pertinente quadro giuridico nazionale impone di aderire alla tesi secondo cui, nelle circostanze pertinenti ai fini del decidere, la mancata puntuale indicazione in sede di offerta dei costi della manodopera comporti necessariamente l'esclusione dalla gara e che tale lacuna non sia colmabile attraverso il soccorso istruttorio.
- ai sensi del diritto nazionale, siccome l'obbligo di separata indicazione di tali costi è contenuto in disposizioni di legge dal carattere sufficientemente chiaro per gli operatori professionali, la mancata riproduzione di tale obbligo nel bando e nel capitolato della gara non potrebbe comunque giovare a tali operatori in termini di scusabilità dell'errore;
- occorre tuttavia chiedersi se il quadro normativo nazionale in tal modo ricostruito risulti in contrasto con le pertinenti disposizioni e principi del diritto dell'Unione europea, con particolare riguardo ai principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi;
- la plenaria nel fornire supporto collaborativo alla C. giust. UE mostra di aderire alla tesi "escludente", ossia alla tesi secondo cui l'omessa indicazione del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza determina l'esclusione dalla gara senza possibilità di soccorso istruttorio.

Già in precedenza alcuni Tar avevano rimesso la questione medesima alla C. giust. UE nei seguenti termini: se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento

²⁸ Cons. St., ad. plen., 24.1.2019 nn. 1, 2, 3.

e di libera prestazione di servizi, di cui al TFUE, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 95, c. 10, e 83, c. 9, codice del 2016, secondo cui l'omessa separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale, nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di appalti pubblici, determina, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nell'allegato modello di compilazione per la presentazione delle offerte, ed anche a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi di sicurezza aziendale²⁹. Su tale rimessione la C. giust. UE non si è pronunciata per questioni di rito, avendo ritenuto "irricevibile" una questione pregiudiziale europea relativa ad appalti sotto soglia, se non sia fornita la prova del loro interesse transfrontaliero certo³⁰.

La C. giust. UE, pronunciandosi sulla richiesta pregiudiziale del Tar Lazio, ha escluso il contrasto della normativa italiana con il diritto europeo con una sola apertura: secondo la Corte, i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella italiana, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice³¹.

Dopo tale pronuncia della C. giust. UE, e sebbene la questione sia ancora pendente perché rimessa pure dalla plenaria, la giurisprudenza ha ritenuto che il principio espresso dalla C. giust. UE e soprattutto l'avviso espresso dalla plenaria in sede di rinvio pregiudiziale, siano applicabili pure agli appalti sotto soglia e anzi vincolanti, perché l'assunto espresso dalla

²⁹ Tar Basilicata, 25.7.2017 n. 525, ord.

³⁰ C. giust. UE, VI, 23.11.2017 C-486/17, *Olympus Italia s.r.l.*

³¹ C. giust. UE, IX, 2.5.2019 C-309/18.

plenaria, anche se contenuto in una ordinanza di rinvio pregiudiziale alla C. giust. UE, deve ritenersi vincolante almeno per gli appalti sotto soglia³².

Sebbene la C. giust. UE abbia ritenuto legittima la normativa italiana, chi scrive resta dell'opinione che la soluzione più corretta sarebbe stata quella di consentire il soccorso istruttorio ogni volta che la violazione sia meramente formale: è vero che l'art. 95, c. 10, prescrive che tali voci (costo del lavoro e oneri di sicurezza aziendali) vanno indicate "nell'offerta economica" (art. 95, c. 10) ed è vero che secondo l'art. 83 c. 9 non è possibile il soccorso istruttorio per mancanze, incompletezze e ogni altra irregolarità afferenti "all'offerta" (economica e tecnica), ma in realtà tali voci non sono "elementi costitutivi" dell'offerta economica, quanto piuttosto "elementi giustificativi" della stessa. Si torna al vecchio sistema delle giustificazioni preventive a corredo dell'offerta, che sono di dubbia compatibilità europea. E si potrebbe sostenere che il soccorso istruttorio è ammesso perché non riguarda l'offerta ma le sue giustificazioni.

In questa prospettiva, talune decisioni del Consiglio di Stato anteriori alle citate ordinanze della plenaria e alla citata decisione della C. giust. UE avevano ritenuto che l'art. 95 c. 10 non prevede alcuna sanzione di esclusione per l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza, e la loro indicazione successiva deve ritenersi consentita, se di essi si è tenuto conto nella formulazione dell'offerta, trattandosi di elementi giustificativi e non costitutivi dell'offerta.

Si era osservato che:

- a) l'obbligo di considerare espressamente gli oneri per la sicurezza aziendale (cc.dd. oneri interni) nell'offerta economica, codificato dall'art. 95, c. 10, del, non comporta l'automatica esclusione dell'impresa concorrente che, pur senza evidenziarli separatamente nell'offerta, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell'offerta;
- b) la lettera della legge non autorizza in sé questa drastica conclusione, non essendo prevista alcuna sanzione di espressa esclusione conseguente alla violazione dell'art. 95, c. 10, che peraltro non prescrive più, a differenza degli abrogati artt. 86, c. 3-bis, e 87, c. 4, d.lgs. n. 163/2006, che i suddetti costi siano indicati «specificamente»;
- c) l'assenza di una "specificata" indicazione degli oneri per la sicurezza interna nel nuovo codice, non è resto causale, perché il legislatore nazionale, nell'attuare la direttiva 2014/24/UE, non si è realmente discostato dall'orientamento sostanzialistico del diritto eurounitario che, da ultimo ed espressamente nell'art. 57 di tale direttiva, non ha mai inteso comprendere l'inadempimento di questo mero obbligo formale – la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza interna separatamente dalle altre voci dell'offerta – tra le cause di esclusione;
- d) non solo dunque la formalistica soluzione escludente contrasta con la lettera dell'art. 95, c. 10, codice, che non commina espressamente l'effetto espulsivo della concorrente per l'inadempimento di tale obbligo, ma anche con la sua finalità, che è quella di consentire

³² Cons. giust. sic., 16.7.2019 n. 683.

la verifica della congruità dell'offerta economica anche sotto il profilo degli oneri aziendali «concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro», ritenuto dal codice di particolare importanza per la sicurezza dei lavoratori, in sede di verifica dell'anomalia, in coerenza con le previsioni del legislatore europeo nell'art. 18, par. 2, e nell'art. 69, par. 2, lett. d), direttiva 2014/24/UE e nel considerando n. 37 della stessa direttiva, il quale rimette agli Stati membri l'adozione di misure non predeterminate al fine di garantire il rispetto degli obblighi in materia di lavoro;

e) la soluzione automaticamente escludente si pone, dunque, in contrasto con l'indirizzo del diritto UE quale consacrato del giudice eurounitario e con il divieto di *gold plating*;

f) l'isolato esame dell'art. 95, c. 10, non è, dunque, in sé decisivo, nemmeno sulla base dei principi contenuti nella sentenza della plenaria n. 9/2014, per affermare il suo carattere imperativo, a pena di esclusione, e l'effetto *ipso iure* espulsivo della mancata formale evidenziazione degli oneri per la sicurezza nel contesto dell'offerta economica, poiché esso deve essere letto insieme con l'art. 97, c. 5, lett. c), dello stesso codice, che prevede al contrario – e in coerenza con l'art. 69, par. 2, lett. d), direttiva 2014/24/UE e con tutto l'impianto della nuova normazione europea – che la stazione appaltante escluda il concorrente solo laddove, in sede di spiegazioni richieste dalla stazione appaltante, detti oneri risultino incongrui;

g) in ogni caso, non è violato il disposto dell'art. 83, c. 9, codice, che esclude dal soccorso istruttorio le incompletezze afferenti all'offerta tecnica ed economica, quando la stazione appaltante consenta all'impresa di specificare la consistenza degli oneri per la sicurezza già inclusi (ma non distinti) nel prezzo complessivo dell'offerta, senza ovviamente manipolare o modificare in corso di gara l'offerta stessa in violazione della trasparenza e della parità di trattamento tra i concorrenti³³.

Con il decreto correttivo, opportunamente tale obbligo di indicazione degli oneri aziendali è stato escluso per le forniture senza posa in opera, i servizi di natura intellettuale e gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro con la procedura semplificata dell'art. 36, c. 2, lett. a).

Si tratta di innovazione che recepisce una soluzione in parte già accolta dalla giurisprudenza, con riferimento alle gare per affidamento di servizi di natura intellettuale o tecnica, cui concorrono professionisti e non imprese, come i (i) servizi legali, (ii) gli incarichi di direzione lavori e collaudo, (iii) il servizio di brokeraggio assicurativo ove il concorrente non sia tenuto ad assolvere ad oneri di sicurezza aziendale³⁴.

³³ Cons. St., III, 27.4.2018 n. 2554; in termini CGARS, sez. giur., 7.6.2018 n. 344.

³⁴ Nel senso che non vanno comunque indicati in caso di partecipazione a gare per affidamento di incarichi di natura tecnica quale quello di direttore dei lavori perché l'attività dell'aggiudicatario non sono caratterizzate da profili di interesse in tema di sicurezza sul lavoro v. Tar Valle d'Aosta, 9.9.2016 n. 40; nel senso che non vanno indicati in caso di gare per l'affidamento di servizi legali v. Tar Lazio – Roma, II, 4.7.2016 n. 7634; nel senso che per il servizio di brokeraggio non vanno indicati gli oneri di sicurezza aziendale, sia in base alla previgente disciplina che in base alla nuova, v. Cons. St., VI, 1.8.2017 n. 3857: “l'indicazione di oneri interni per la sicurezza pari a zero in un caso di appalto di servizio di ordine intellettuale analogo al presente (brokeraggio assicurativo) non comporta di per sé l'esclusione della concorrente per motivi di ordine formale (per violazione di legge o delle previsioni della *lex specialis*), dovendosi piuttosto valutare in

Cons. St., ad. plen., n. 13/2018 questioni su soglia di anomalia

L'articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo 50 del 2016 ('codice dei contratti pubblici') si interpreta nel senso che la locuzione "offerte ammesse" (al netto del c.d. 'taglio delle ali') da prendere in considerazione ai fini del computo della media aritmetica dei ribassi e la locuzione "concorrenti ammessi" da prendere in considerazione al fine dell'applicazione del fattore di correzione fanno riferimento a platee omogenee di concorrenti. Conseguentemente, la somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi (finalizzata alla determinazione del fattore di correzione) deve essere effettuata con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi, ma al netto del c.d. 'taglio delle ali'".

Si tratta di decisione che risolve una questione esegetica relativa ad uno dei cinque criteri di calcolo della soglia di anomalia, e in particolare il secondo, previsto dalla versione originaria del codice del 2016. Il d.l. n. 32/2019 ha ripristinato un unico criterio di calcolo (per il caso di più di 15 offerte ammesse) e un unico criterio di calcolo (per il caso di meno di 15 offerte ammesse). Nessuno di tali due criteri contempla il "fattore di correzione" del previgente art. 97, comma 2, lett. b), **per cui tale plenaria ha perso attualità a seguito della sopravvenienza legislativa.**

Cons. St., ad. plen. n. 8/2018 legittimazione passiva nei processi relativi a gare svolte in forma aggregata

Ai sensi dell'art. 41 comma 2, c.p.a., in caso di impugnazione di una gara di appalto svolta in forma aggregata da un soggetto per conto e nell'interesse anche di altri enti, il ricorso deve essere notificato esclusivamente « ... alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato »>.

Trattasi di questione processuale.

Si pone il problema della legittimazione passiva in caso di ricorso avverso atti di gara, quando vi è una centrale di committenza o una aggregazione di stazioni appaltanti. Si tratta di stabilire se in tal caso il ricorso vada notificato solo all'amministrazione che adotta i provvedimenti, o a tutte quelle che fanno parte dell'aggregazione (ad es. anche alla amministrazione che si avvale di centrale di committenza). La giurisprudenza si è divisa tra la tesi, più liberale, secondo cui è sufficiente notificare il ricorso giurisdizionale al solo soggetto che ha direttamente adottato i provvedimenti impugnati, in presenza di un modulo organizzativo liberamente adottato da più amministrazioni (ovvero da più soggetti ad esse equiparabili sotto il profilo in esame), che utilizzano la possibilità di avvalersi degli esiti di un'unica procedura di aggiudicazione e che, quindi, devono assumere i relativi oneri

concreto se tale dichiarazione sia congrua, in sede di verifica della congruità dell'offerta (v. in tal senso, oltre ai precedenti richiamati nell'impugnata sentenza, da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2017, n. 2098; Cons. Stato, sez. V, 19 gennaio 2017, n. 223); tale orientamento giurisprudenziale deve ritenersi di persistente attualità, anche in vigenza del sopravvenuto art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, applicabile alla fattispecie sub iudice nella versione anteriore alla novella apportata al comma in esame dall'art. 60, comma 1, lettera e), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56/2017 (con la precisazione che alla previsione della novella, contenente l'espresso esonero dall'indicazione dei costi aziendali interni per i servizi di natura intellettuale, deve attribuirsi natura ricognitiva del previgente 'diritto vivente' giurisprudenziale, e non già natura innovativa con esclusiva efficacia ex nunc proiettata nel futuro)".

organizzativi, anche di circolazione al loro interno di informazioni rilevanti quali la notifica di un ricorso, in quanto, alla stregua dell'art. 97 Cost., la semplificazione dell'attività amministrativa non può risolversi in un effetto, per così dire, di complicazione della vita dei cittadini, e quindi, nella fattispecie considerata, nella introduzione in un ulteriore onere procedurale che possa frapporsi alla piena ed effettiva tutela giurisdizionale dei soggetti partecipanti alla procedura di aggiudicazione mediante l'impugnazione degli atti adottati in tale contesto, così come sancito dagli artt. 24 e 113 Cost. [Cons. St., III, 21.9.2017 n. 4403; Id., III, 13.9.2013 n. 4541; Id., V 15.3.2010 n. 1500; Tar Piemonte, II, 12.1.2006 n. 57] e la tesi, più severa, secondo cui la notifica va fatta, a pena di inammissibilità, tutte le amministrazioni che si avvalgono dell'unica procedura di aggiudicazione [Cons. St., III, 13.3.2014 n. 635; Id., V, 18.4.2007 n. 1800; Tar Sicilia — Catania, II, 10.2.2009 n. 291, 7.4.2009 n. 682, e 3.6.2009 n. 1018; Tar Lombardia - Milano, 13.3.2014 n. 635 e 19.5. 2015, n. 1190; Tar Basilicata 4.3.2016 n. 190].

Il contrasto è stato rimesso all'esame dell'adunanza plenaria [Cons. St., III, 21.9.2017 n. 4403].

La plenaria ha accolto la tesi più liberale secondo cui in ossequio all'art. 41, c. 2, c.p.a., il caso di impugnazione di atti di una gara svolta in forma aggregata da una stazione appaltante per conto e nell'interesse anche di altri enti, il ricorso va notificato esclusivamente alla stazione appaltante che ha emesso gli atti impugnati: invero, solo quando l'atto è formalmente imputabile a più amministrazioni (p.es. atti di concerto o accordi di programma), l'atto può considerarsi emesso da più amministrazioni sicché il ricorso va notificato a tutte le amministrazioni autrici dell'atto; se invece il provvedimento è emesso da una sola amministrazione anche se nell'interesse pure di altre, l'atto è imputabile alla sola amministrazione che formalmente lo ha emesso, e solo ad essa è necessario notificare il ricorso [Cons. St., ad. plen., 18.5.2018 n. 8].

Cons. St. ad. plen. n. 6/2018 rimette a C. giust. UE la vexata quaestio dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale escludente in materia di pubblici appalti

se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, possa essere interpretato nel senso che esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova

dell'interesse affermato (art. 2697 cc), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 cc).

Richiesta di applicazione del procedimento accelerato.

L'Adunanza plenaria chiede l'applicazione del procedimento accelerato ai sensi dell'art. 105, paragrafo 1, del Regolamento di procedura, alla luce delle sentenze della Corte di giustizia richiamate in motivazione in materia di gare pubbliche, tenuto conto che la questione sottoposta al giudizio della Corte ha natura di questione di principio, e trattasi di problematiche di corrente applicazione; che l'avvenuto deferimento della presente questione generale alla Corte di Giustizia potrebbe indurre i Giudici nazionali a sospendere la disamina delle cause in corso in attesa della decisione della Corte di giustizia con grave nocimento alla celere definizione del contenzioso in materia di appalti; che la procedura di appalto oggetto della controversia è sostanzialmente condizionata dalla decisione della Corte di giustizia.

In ottemperanza alle prescrizioni contenute ai punti 17 e 34 delle "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" (2016/C 439/01, in G.U.U.E del 25 novembre 2016) della Corte di giustizia dell'Unione europea il Collegio rappresenta che il proprio punto di vista sulla questione è il seguente:

a) sarebbe maggiormente armonico con il sistema processuale nazionale e con il principio di autonomia processuale incentrato sull'iniziativa delle parti (ed in parte qua comune a quello di numerosi Stati-Membri), che venisse precisato che l'interesse del ricorrente principale attinto da un ricorso incidentale escludente, in quanto limitato alla reiterazione della procedura di gara (con esclusione di profili concernenti la "regolarità delle procedure di gara"), dovrebbe essere valutato nella sua concretezza, e non con riferimento a ragioni astratte, dal Giudice adito;

b) in quest'ottica, sarebbe opportuno che venisse rimesso agli ordinamenti processuali degli Stati Membri, in ossequio all'autonomia processuale loro riconosciuta, il compito di individuare le modalità di dimostrazione della concretezza del detto interesse, garantendo il diritto di difesa delle offerenti rimaste in gara e non evocate nel processo ed in armonia con i principi in materia di interesse concreto e attuale della parte al ricorso e in punto di onere della prova.

In altri e riassuntivi termini, ed in considerazione anche delle recenti pronunce sopra richiamate dalla Corte di giustizia, che sembrano prestare attenzione alle possibili particolarità delle situazioni di fatto, sembra a questa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che il rimettere al Giudice nazionale adito un margine di valutazione in ordine all'accertamento della reale sussistenza in concreto di un interesse sia pure strumentale del ricorrente principale sia maggiormente coerente sia con il rispetto dei principi cardine degli ordinamenti nazionali in materia processuale -e quindi con l'autonomia processuale loro costantemente riconosciuta dalla Corte di giustizia- sia con gli assetti delle giurisdizioni nazionali e della stessa Unione europea, che configurano il ricorso al giudice amministrativo come ricorso nell'interesse di una parte e mai come ricorso volto al rispetto formale delle regole, a prescindere da ogni interesse; salvi i casi, sopra descritti anche con riferimento all'ordinamento italiano, in cui il rispetto delle regole venga demandato ad una autorità pubblica, riconoscendo alla stessa la legittimazione a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo.

1. L'ordine di esame del ricorso principale e incidentale

1.1. Posizione del problema

In linea generale, il ricorso incidentale va esaminato dopo quello principale e solo in caso

di riconosciuta (astratta) fondatezza di quest'ultimo, poiché esso, di regola, opera come un'eccezione processuale in senso tecnico.

Tuttavia, anche mettendo da parte il rilievo di esigenze di economia processuale (peraltro da coordinare con il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato), si sono individuate fattispecie in cui l'esame del **ricorso incidentale** può (o deve) precedere la valutazione del ricorso principale.

In particolare, si è affermato che nel caso in cui sia proposto un ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale, il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale, e tali sono le questioni che si riverberino sull'**esistenza della legittimazione e interesse a ricorrere** del ricorrente principale, perché, pur profilandosi come questioni di merito, producano effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione, e quindi su una questione di rito [Cons. St., V, 24.11.1997 n. 1367].

Un'ipotesi di questo genere si verifica quando il ricorso incidentale concerne un aspetto del procedimento in contestazione che incide sulla stessa legittimità della partecipazione del ricorrente. È il caso del ricorso principale proposto dal **concorrente non vincitore di una gara** o di un concorso contro la graduatoria della selezione.

In tali eventualità, quando il ricorso incidentale si rivolge contro l'ammissione del ricorrente principale, si prospetta una questione riguardante la stessa legittimazione dell'attore, che può (ed anzi, di regola, deve) essere esaminata con priorità rispetto alle altre [Cons. St., V, 28.5.2004 n. 3456].

In concreto, in materia di gare d'appalto, l'esame del ricorso incidentale deve precedere l'esame del ricorso principale qualora l'impresa vincitrice deduca che l'impresa sconfitta doveva essere in radice esclusa dalla gara.

E ciò perché se in questo ordine l'incidentale è accolto il principale diviene inammissibile per difetto di legittimazione all'impugnazione in capo alla impresa originaria ricorrente. E la giurisprudenza ha ribadito che, in tali ipotesi, la proposizione del ricorso incidentale costituisce il veicolo necessario ed insostituibile per contestare la legittimazione del ricorrente principale.

Il **controinteressato** nei cui confronti sia stato proposto ricorso diretto alla sua esclusione da una gara pubblica per **difetto di requisiti soggettivi** richiesti deve proporre ricorso incidentale se vuole contestare l'ammissione alla gara del ricorrente [Cons. St., V, 6.3.1990 n. 262].

Occorre considerare che l'accoglimento del ricorso incidentale può comportare conseguenze molto diverse a seconda del contesto in cui esso concretamente si inserisce. L'ipotesi più semplice è quella in cui l'accertamento delle contrapposte illegittimità, dedotte, rispettivamente, con il ricorso principale e con quello incidentale, comporta il riconoscimento della sostanziale legittimità del risultato sostanziale finale. In tal caso, anche per evidenti esigenze di economia processuale, **l'amministrazione** non è tenuta

a **rinnovare il procedimento**, perché gli esiti conclusivi resterebbero identici.

La seconda ipotesi è quella in cui il giudice accerta l'illegittimità del concreto provvedimento impugnato (dedotta con il ricorso principale), e la contestuale illegittimità dell'atto normativo, generale (od anche singolare) presupposto (prospettata con il ricorso incidentale). Ma anche in questa eventualità non si verifica alcuna contraddizione, perché, in ultima analisi, la pronuncia accerta la conformità del singolo atto con l'ordinamento giuridico.

Le altre ipotesi sono quelle in cui l'illegittimità dedotta con il ricorso principale non viene positivamente esclusa, ma il **ricorso incidentale impedisce** in radice la **pronuncia di annullamento**, per carenza di un requisito processuale in capo all'attore principale.

In tale eventualità manca qualsiasi valutazione sulla legittimità del provvedimento impugnato, in relazione alle censure dedotte in via principale. Il mancato accoglimento del ricorso principale deriva da ragioni puramente processuali, che non incidono sulla validità sostanziale dell'atto.

Proprio in tale eventualità viene in evidenza la correttezza dell'esame preventivo delle censure riguardanti il difetto di legittimazione del ricorrente principale. La sentenza non contiene un **accertamento dell'illegittimità sostanziale** del provvedimento amministrativo accompagnata dalla inammissibilità del ricorso, perché ciò determinerebbe una inversione logica della sequenza delle diverse questioni e determinerebbe un esito iniquo e scarsamente comprensibile sul piano pratico.

La necessità di questa valutazione preliminare del ricorso incidentale mirato a contestare la legittimazione attiva del ricorrente principale resta ferma, di norma, anche quando la domanda originaria mira ad affermare l'illegittimità della ammissione alla gara dell'aggiudicatario.

In effetti, occorre considerare attentamente la peculiarità delle concrete vicende di volta in volta esaminate nel giudizio.

Delicata è l'ulteriore questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale nel caso di **gara di appalto con due soli concorrenti** utilmente classificati, vale a dire i concorrenti incidentale e principale.

Secondo un'impostazione, in tal caso, fermo l'esame prioritario del ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione del ricorrente principale, anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale il ricorso principale non diventerebbe improcedibile.

E, invero, si osserva che nel caso di gare con due soli concorrenti utilmente classificati il ricorrente principale vanta un interesse all'esame nel merito della sua impugnazione anche qualora l'accoglimento del ricorso incidentale *ex adverso* proposto abbia pregiudicato la sua possibilità di conseguire in via immediata l'appalto.

Tale **interesse secondario** - che è quello strumentale al rinnovo integrale della procedura selettiva - sopravvive all'effetto di paralisi che l'accoglimento del ricorso incidentale determina sull'interesse primario all'aggiudicazione perseguito dal ricorrente principale [Cons. St., V, 25.7.2006 n. 465; Cons. St., V, 14.4.2006 n. 2095].

In tale eventualità, in caso di **fondatezza di entrambi i ricorsi** , potrebbe apparire più congrua una decisione che, disponendo l'annullamento degli atti contestati, determini il **rinnovo delle operazioni concorsuali** [Tar Lazio - Roma, III-ter, 21.2.2007 n. 1527, in *UA* 2007, 1035, nt. LENOCI (121)], atteso che il ricorrente principale, nell'ipotesi di fondatezza del ricorso incidentale, vanta un interesse strumentale al rinnovo della gara, mentre il ricorrente incidentale, attraverso l'accoglimento della propria domanda otterrebbe comunque un risultato utile, consistente nella possibilità di partecipare al procedimento rinnovato dall'amministrazione [Cons. St., V, 8.5.2002 n. 2468].

Secondo una diversa impostazione, il criterio generale di rito secondo cui l'accoglimento del ricorso incidentale relativo ad una causa di esclusione dalla gara del ricorrente principale rende improcedibile il ricorso principale, basandosi sul mero riscontro della **perdita di legittimazione** e quindi del venir meno di una condizione dell'azione la quale invece deve permanere in capo all'istante fino alla decisione - non può trovare deroga nell'ipotesi in cui i ricorsi sono stati proposti dagli unici due partecipanti ad una gara d'appalto.

Anche in questo caso infatti l'accoglimento del ricorso incidentale mette in discussione lo stesso titolo di legittimazione dell'impresa originaria ricorrente a proporre il gravame principale.

Per effetto di tale accoglimento, invero, l'impresa medesima risulta **esclusa dalla gara d'appalto *de quo*** , il che vuol dire che viene meno la legittimazione stessa della ricorrente originaria all'impugnazione: la legittima partecipazione alla gara costituisce l'indispensabile presupposto legittimante, che radica nell'impresa concorrente l'interesse ad impugnare l'aggiudicazione e, di contro, **l'estromissione dalla procedura concorsuale** è fonte della perdita del titolo a dedurre vizi inerenti alle ulteriori fasi della medesima procedura, atteso che nel vigente ordinamento processuale in cui chi non ha legittimazione all'impugnazione non può far valere vizi a carico del controinteressato [Cons. St., IV, 30.12.2006 n. 8265; Cons. St., IV, 14.12.2004 n. 8005].

Diversamente, nelle ipotesi in cui alla procedura concorsuale partecipano altri soggetti, oltre al ricorrente principale ed al controinteressato, ricorrente incidentale, l'accoglimento contestuale del ricorso principale e del ricorso incidentale non può risolversi in un **annullamento di entrambi gli atti** di ammissione, perché ciò determinerebbe un esito privo di utilità per entrambe le parti, tenuto conto che il vantaggio riguarderebbe la sfera giuridica di una diversa parte.

1.2. Ordine di esame in caso di due sole imprese ammesse in gara

La questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale nella materia dei contratti pubblici quando si sia in presenza di due sole imprese, era stata rimessa all'esame della plenaria [Cons. St., V, 5.6.2008 n. 2669, ord.].

Sul punto l'ordinanza di rimessione aveva manifestato la propria adesione all'orientamento per il quale - quando alla gara siano state ammesse due offerte - va dapprima esaminato il ricorso incidentale contro l'atto di ammissione alla gara del

ricorrente principale e poi, nel caso di sua fondatezza, vanno esaminate le **censure** di questi **contro l'ammissione della aggiudicataria**, concludendo nel senso che il Tar può annullare entrambi gli atti di ammissione, con la conseguente indizione di una ulteriore gara.

La plenaria nel 2008 aveva nella sostanza aderito alla soluzione prospettata dall'ordinanza di rimessione, facendo leva sulla nozione di interesse strumentale al ricorso e sui **principi di imparzialità** del giudice e parità delle parti, che prevalgono sulle regole relative all'ordine di trattazione delle questioni [Cons. St., ad. plen., 10.11.2008 n. 11, in *UA* 2008, 41, nt. TARANTINO (218)].

La plenaria del 2008 arrivò a tale soluzione sulla base:

- a) delle disposizioni applicabili per il ricorso incidentale nel giudizio di impugnazione;
- b) dei principi riguardanti l'ordine logico di trattazione delle questioni;
- c) del principio di imparzialità del giudice, che deve trattare le parti in condizioni di parità.

Secondo un'ulteriore precisazione di una successiva plenaria, se in gara vi sono solo **due imprese ammesse** e una fa ricorso principale e l'altra incidentale, nell'ordine di esame dei due ricorsi **va esaminato prima quello che denuncia un vizio** che attiene a una fase di gara anteriore nella sequenza procedimentale: nella specie, si è esaminato prima il ricorso principale di quello incidentale, perché esso contestava i requisiti generali di partecipazione della controparte, ai sensi dell'art. 38, d.lgs. n. 163/2006, laddove il ricorso incidentale contestava i requisiti dell'offerta tecnica della controparte. Dunque, il ricorso principale attaccava una fase di gara anteriore e pregiudiziale [Cons. St., ad. plen., 15.4.2010 n. 2155].

1.3. Ordine di esame nel caso di impugnazione del bando di gara

Il caso esaminato dalla plenaria era caratterizzato dal ricorso principale e da quello incidentale delle due uniche imprese ammesse alla gara, ciascuno dei quali volto a far accertare che la controparte fosse stata illegittimamente ammessa alla gara: secondo la plenaria il giudice deve dare rilievo all'interesse alla ripetizione della gara, sicché non può essere applicato il principio dell'improcedibilità del ricorso principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale riguardi una **gara con più di due offerte ammesse**.

Nel caso deciso dalla plenaria non veniva attaccato il bando di gara, e dunque la gara in radice, ma si sostenevano ragioni di esclusione di entrambi i concorrenti; era pertanto giocoforza esaminare entrambi i ricorsi, per pervenire al risultato che nessun concorrente aveva titolo a partecipare alla gara.

Nel diverso caso in cui uno dei due ricorsi (quello principale) attacca il bando, e dunque il suo accoglimento è tale da comportare il necessario **rinnovo dell'intera gara**, ragioni di economia processuale impongono di esaminare per primo il ricorso principale. Il suo accoglimento, poi, comporta l'inutilità dell'esame del ricorso incidentale: infatti, anche ove si esamini e si accolga il ricorso incidentale, e si affermi che il ricorrente principale andava escluso dalla gara per difetto di requisiti, si perviene ad un risultato inutile, quello

dell'esclusione da una gara che viene contestualmente annullata e che va rinnovata. In conclusione, se l'accoglimento di uno dei due ricorsi, sortisce l'effetto di vanificare l'intera gara, si determina l'inutilità dell'esame dell'altro ricorso, che mira solo all'esclusione di uno dei due concorrenti, per elementari ragioni di economia processuale [Cons. St., VI, 3.6.2009 n. 3404].

1.4. La questione nuovamente rimessa in plenaria

1.4.a) L'ordinanza di rimessione e la decisione della plenaria nel 2011

La questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale nel contenzioso sugli appalti è stata nuovamente rimessa alla plenaria, da un'ordinanza che contesta la ricostruzione dell'interesse strumentale come interesse legittimo concreto e attuale meritevole di tutela e stigmatizza l'estrema litigiosità favorita se non incoraggiata dal menzionato orientamento della plenaria [Cons. St., VI, 18.1.2011 n. 351, ord.].

La plenaria nel 2011 [Cons. St., ad. plen., 7.4.2011 n. 4; in argomento PELLEGRINO (168)] ha esaminato la questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale nel contenzioso sulle procedure di affidamento di contratti pubblici, scostandosi da quanto statuito in precedenza nel 2008 [Cons. St., ad. plen., 7.4.2008 n. 11].

La plenaria afferma:

a) la **parità delle parti** e l'**imparzialità del giudice** non intaccano le regole sull'ordine di esame di questioni di rito e di merito, che anzi ne sono espressione e applicazione; il c.p.a. ha fissato l'ordine di esame delle questioni, con portata ricognitiva della disciplina previgente, prima le questioni di rito, poi quelle di merito (art. 76 c.p.a. e art. 276 c.p.c.) (parr. 28-30);

b) la questione della **legittimazione al ricorso** è prioritaria rispetto al merito: detta questione è rilevabile d'ufficio, e va introdotta mediante ricorso incidentale se il difetto di legittimazione deriva dall'accertamento dell'illegittimità di un atto amministrativo, trattandosi di questione di rito che nell'ordine di esame delle questioni deve precedere l'esame di quelle di merito (parr. 31-32);

c) il ricorso incidentale nel c.p.a. serve a **introdurre** non solo **eccezioni**, ma anche domande, e **domande di accertamento pregiudiziale**, perciò non necessariamente deve essere esaminato dopo il ricorso principale; va esaminato prima se introduce una questione di legittimazione del ricorrente principale (par. 33);

d) la **legittimazione** è un *prius* rispetto all'"interesse strumentale": il "vizio" della plenaria n. 11/2008 è aver valorizzato l'interesse strumentale senza essersi prima interrogata sulla sussistenza della legittimazione al ricorso (parr. 34-36);

e) a chi spetta la legittimazione al ricorso?

e.1) salvo puntuali eccezioni, la legittimazione spetta a **chi partecipa alla gara** (parr. 37-40);

e.2) le **eccezioni** alla regola sono (par. 39):

- la contestazione in radice della scelta di indire la procedura: legittimazione in capo al titolare di un rapporto incompatibile con il nuovo affidamento;

- la contestazione dell'affidamento diretto senza gara: legittimazione dell'impresa di settore;

- la contestazione di una clausola del bando escludente;

e.3) puntualizzazione dirimente: la legittimazione al ricorso spetta a **chi partecipa legittimamente alla gara** (avendone i requisiti) (par. 41), *ergo*:

- non può contestare la gara il concorrente definitivamente escluso (che non ha impugnato l'atto di esclusione, o il cui ricorso contro l'esclusione sia stato respinto) (parr. 42-44);

- non può contestare la gara il concorrente illegittimamente ammesso in gara, ancorché non escluso (parr. 45-47);

e.4) **temperamenti** se il ricorso principale attacca il bando (parr. 48-49):

(i) non rileva, nell'ordine di esame dei ricorsi, il criterio "cronologico" basato sulla priorità del "vizio più antico", dunque prima i vizi del bando;

(ii) soluzione caso per caso verificando se il ricorso incidentale pone questioni di legittimazione al ricorso principale; due esempi

e.5) **irrilevanza del tipo di vizio** denunciata con il ricorso incidentale (par. 51);

e.6) **irrilevanza delle domande di parte** volte ad alterare l'ordine logico delle questioni (§ 52);

e.7) **temperamento dell'economia processuale**, caso per caso: va esaminato prima il ricorso principale quando sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità (par. 53) [per un'applicazione di tale temperamento v. Cons. St., IV, 16.3.2012 n. 1516, in *UA* 2012, 763, nt. CALVETTI].

Il principio di diritto espresso dalla plenaria (§ 54) è il seguente: "il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura.

Detta priorità logica sussiste **indipendentemente dal numero dei partecipanti** alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente.

L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità" [negli stessi termini della plenaria si sono espressi, prima della sua pubblicazione, VILLATA - BERTONAZZI (237), 422-423].

1.4.b) Gli scenari dopo la plenaria del 2011: gli interventi di Cassazione, plenaria e C. giust. UE; l'ultima parola della C. giust. UE nel 2019

La giurisprudenza delle sezioni semplici del Consiglio di Stato si era adeguata alla tesi della plenaria [Cons. St., V, 28.7.2011 n. 4524], anche escludendo la rilevanza e fondatezza di questioni di costituzionalità e di compatibilità comunitaria [Cons. St., VI, 15.6.2011 n. 3655].

La decisione della plenaria n. 4/2011 è stata impugnata con ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione.

Su tale ricorso le **sez. un.** si sono pronunciate con la decisione n. **10294/2012**.

Tale decisione respinge, in dispositivo, il ricorso, perché ritiene insussistente un motivo inerente la giurisdizione.

Tuttavia, in motivazione, le sez. un. “bacchettano” la plenaria [così CARPARELLI (34)].

Secondo la Cassazione, una questione di giurisdizione può insorgere non soltanto quando il giudice adito ritenga che la causa debba essere decisa da una diversa autorità giudiziaria, ma anche quando non esamina la richiesta di tutela che gli viene presentata nell’ambito della sua giurisdizione.

La soluzione offerta dall’ad. plen. n. 4/2011 in tema di ordine di esame di ricorso principale e incidentale, pur generando, secondo la Cassazione, perplessità, non è contestabile con ricorso per cassazione, in quanto la stessa non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma del richiamo di norme e principi processuali che, peraltro, erano stati in precedenza diversamente interpretati, conducendo al risultato di ristabilire il dovuto ordine delle cose attraverso l’esame di entrambe le censure incrociate; ciò di cui si discute è un possibile errore di diritto commesso dall’ad. plen. che non può formare oggetto di doglianza dinanzi alle sez. un. [Cass., sez. un., 21.6.2012 n. 10294].

In sintesi, le sez. un. hanno escluso che in concreto sia configurabile un diniego di giustizia (sindacabile nell’ambito dei motivi di giurisdizione), pur esprimendo, con un generico e opinabile *obiter dictum*, perplessità sulla soluzione seguita dalla plenaria.

Peraltro, nel 2015 le sez. un. hanno ribaltato tale soluzione come si vedrà oltre nel presente paragrafo.

Dopo che la questione dell’ordine di esame di ricorso principale e incidentale sembrava risolta dalla plenaria n. 4/2011, il Tar Piemonte ne ha rimesso **l’esame alla Corte di giustizia UE** [Tar Piemonte, 9.2.2012 n. 208, in *UA* 2012, 437, nt. critica PROTTO].

La Corte di giustizia si è pronunciata sulla rimessione del Tar Piemonte affermando che l’art. 1, par. 3, direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l’aggiudicatario che ha ottenuto l’appalto e proposto ricorso incidentale solleva un’eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell’offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l’offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall’autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell’esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla compatibilità con le suddette specifiche tecniche sia dell’offerta dell’aggiudicatario che ha ottenuto l’appalto, sia di quella dell’offerente che ha proposto il ricorso principale [C. giust. UE, sez. X, 4.7.2013 C-100/12, *Fastweb*, in *UA* 2013, 1003, nt. LAMBERTI (118)].

Vengono quindi superate le conclusioni cui era giunta l’ad. plen. del Consiglio di Stato

con la sentenza n. 4/2011, secondo cui l'accoglimento del ricorso incidentale c.d. escludente preclude l'esame del ricorso principale anche nel caso in cui quest'ultimo sia pure diretto a contestare la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicatario.

Aderendo alla soluzione della C. giust. UE, nel 2015 le sez. un. hanno affermato che la soluzione del giudice amministrativo di ritenere improcedibile il ricorso principale se viene accolto l'incidentale, dà luogo ad un diniego di giustizia sindacabile in cassazione come diniego di giustizia, in quanto si basa su una interpretazione delle norme che finisce con il negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso invece affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia [Cass., sez. un., 6.2.2015 n. 2242, e in prosieggo Cass., sez. un., 29.12.2017 n. 31226 su cui v. oltre *amplius*].

Con ulteriore ordinanza di rimessione il Consiglio di Stato ha chiesto una interpretazione della plenaria n. 4/2011 in tema di ordine di esame di ricorso principale e incidentale paralizzante nei pubblici appalti.

Chiede, in particolare, se il principio espresso dalla decisione dell'ad. plen. n. 4/2011 (esame prioritario del ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, salvo l'esame prioritario del ricorso principale, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità) trovi applicazione anche nei casi in cui - tenuto conto del numero e della complessità delle questioni prospettate - l'esame del ricorso incidentale comporti una non semplice attività interpretativa, che peraltro per taluni profili, attenendo a sindacato giurisdizionale su valutazioni di così detta discrezionalità tecnica, richiederebbe l'espletamento di consulenze tecniche d'ufficio, anche col contraddittorio tra le parti [Cons. St., V, 15.4.2013 n. 2059].

Una seconda ordinanza di rimessione ha sollecitato un *revirement* della decisione della plenaria n. 4/2011, sulla base delle critiche di dottrina e giurisprudenza e di ulteriori argomenti [Cons. St., VI, 17.5.2013 n. 2681].

La plenaria è intervenuta nuovamente con tre decisioni nel corso del 2014 [Cons. St., ad. plen., 30.1.2014 n. 7; Cons. St., ad. plen., 25.2.2014 n. 9; Cons. St., ad. plen., 25.2.2014 n. 10].

Con una prima decisione la plenaria ha fornito **una esegesi** della precedente plenaria n. 4/2011, osservando che il ricorso incidentale, nel giudizio avente ad oggetto procedure di gara, va esaminato con priorità rispetto a quello principale solo se sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario (perché è stato illegittimamente ammesso dall'amministrazione); tale evenienza non si verifica allorché il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale [Cons. St., ad. plen., 31.1.2014 n. 7].

La terza decisione si è limitata a rinviare alle due precedenti n. 7/2014 e n. 9/2014 [Cons. St., ad. plen., 25.2.2014 n. 10].

La seconda decisione, n. 9/2014, da un lato ricostruisce e delimita la portata della plenaria n. 4/2011 dall'altro lato dà un'interpretazione restrittiva della sentenza C. giust. UE *Fastweb*, pervenendo ad una soluzione conciliativa delle posizioni espresse da tali due precedenti.

La plenaria n. 9/2014 enuncia i seguenti principi di diritto:

a) il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, c. 4, c.p.a. e 276, c. 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione;

b) nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile;

c) nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale;

d) nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da **vizio afferente la medesima fase procedimentale**.

Secondo la plenaria il problema del rapporto fra ricorso principale (proposto dallo sconfitto), e ricorso incidentale (proposto dal vincitore), anche se storicamente affermatosi nelle controversie aventi ad oggetto gare di appalto, si atteggia, nella sostanza, in modo analogo per tutti i giudizi concernenti procedure selettive, anche per quelli in relazione ai quali è certamente non applicabile il codice dei contratti pubblici ovvero il diritto dell'Unione europea.

La plenaria, dopo aver richiamato i principi espressi dalla nota plenaria n. 4/2011, passa all'approfondimento del punto specifico concernente l'asserita necessità che il ricorso incidentale sia sempre esaminato prima del ricorso principale (anche quando prospetti carenze oggettive dell'offerta della impresa non aggiudicataria o vizi procedurali), e opera una delimitazione dei principi espressi dalla plenaria n. 4/2011 da intendersi riferiti al

caso in cui con il ricorso incidentale si contesta la mancata esclusione dalla gara del ricorrente principale, e non anche al caso in cui con il ricorso principale si deducano vizi della valutazione delle offerte, ossia attività a valle della fase di ammissione del concorrente e dell'offerta.

Ne discende che tutte le criticità prospettate come incidenti su attività svolte a valle di quelle dedicate al riscontro dei suddetti requisiti, non impongono l'esame prioritario del ricorso incidentale perché, in tale ipotesi, esso non mira ad accertare l'insussistenza della condizione dell'azione rappresentata dalla legittimazione del ricorrente, in quanto soggetto escluso o che avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Si pensi alla contestazione del punteggio tecnico o economico nonché alla valutazione di anomalia dell'offerta che, secondo le approfondite conclusioni cui è giunta la plenaria, attiene a «...scelte rimesse alla stazione appaltante, quale espressione di autonomia negoziale in ordine alla convenienza dell'offerta ed alla serietà e affidabilità del concorrente ...» (cfr. ad. plen., 29.11.2012 n. 36).

Da quanto fin qui esposto discende la conferma dell'impianto teorico costruito dall'ad. plen. n. 4/2011, alla luce dei principi processuali europei in materia, al cui interno si innesta la particolare *regula iuris* introdotta dalla sentenza Fastweb, di cui ovviamente si deve tenere conto, ma muovendo dalla constatazione della sua circoscritta portata, trattandosi comunque di una eccezione.

La sentenza Fastweb, come in precedenza illustrato, ha introdotto una eccezione all'interno del quadro unitario laboriosamente ricostruito dalla giurisprudenza (nazionale e comunitaria).

È indubbio che, se entrambe le offerte sono inficiate dal medesimo vizio che le rende inammissibili, apparirebbe *prima facie* contrario all'uguaglianza concorrenziale escludere solo l'offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso, e confermare invece l'offerta dell'aggiudicatario ricorrente incidentale, benché suscettibile di esclusione per la medesima ragione. Ma in realtà ciò avviene perché, essendo il vizio fatto valere da entrambi i contendenti il medesimo, in concreto neppure si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale: prioritario, in questo peculiare caso, è l'esame del vizio; se questo sussiste, entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste entrambi dovranno essere disattesi e l'aggiudicazione sarà confermata.

In tutte le altre ipotesi (quelle cioè non caratterizzate dalla comunanza del motivo escludente), la caduta dell'interesse del ricorrente principale ad ottenere tutela, rende irrilevante esaminare (per lo meno in sede di ricorso giurisdizionale ad istanza di parte, rimanendo fermo il potere di autotutela della stazione appaltante il cui esercizio richiederà un vaglio rigoroso in presenza di una causa di esclusione dell'impresa aggiudicataria), se l'intervenuta aggiudicazione sia, sotto altri profili, conforme o meno al diritto ovvero se sussistano vizi della procedura (cui il ricorrente non aveva titolo a partecipare), capaci di travolgere l'intera gara.

Si tratta adesso di stabilire quando ricorre l'eccezione definita dalla sentenza Fastweb, ovvero quando si configuri l'identità del vizio (e quindi del motivo) escludente che affligge entrambe le offerte delle uniche due imprese rimaste in gara.

Deve, secondo la plenaria, escludersi che il «motivo identico» possa essere individuato equiparando l'identità della causa (del vizio escludente) all'identità dell'effetto (escludente).

Deve invece ritenersi comune la causa di esclusione che afferisce alla medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione alla gara dell'impresa e della sua offerta, correlando le sorti delle due concorrenti in una situazione di simmetria invalidante: in quest'ottica deve escludersi che si richieda l'assoluta identità causale del vizio.

Devono, in definitiva, considerarsi comuni, ai fini individuati dalla sentenza Fastweb, i vizi ricompresi esclusivamente all'interno delle seguenti tre, alternative, categorie:

- a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara);
- b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione);
- c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza).

Esemplificando, sono identici - e dunque consentono l'esame incrociato e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), con la conseguenziale esclusione dalla gara degli unici due contendenti - solo i vizi che afferiscono alla medesima categoria.

Si pensi all'ipotesi in cui tali vizi (ed i correlati motivi di impugnazione), scaturiscano entrambi dalla intempestività della domanda ovvero da quest'ultima e dalla non integrità del plico; all'ipotesi della mancanza della qualificazione per la richiesta categoria di lavori dell'impresa ricorrente principale che si confronti con la mancanza di un requisito di affidabilità morale dell'impresa aggiudicataria ricorrente incidentale.

Viceversa non soddisfano il requisito di **simmetria escludente** (perché non si pongono in una relazione di corrispondenza biunivoca), come richiesto dalla sentenza Fastweb, e dunque impediscono l'esame congiunto del ricorso principale ed incidentale, i vizi sussumibili in diverse categorie: ad esempio, la dedotta (nel ricorso incidentale) intempestività della domanda dell'impresa non aggiudicataria, a fronte della dedotta (nel ricorso principale) carenza di un requisito economico dell'impresa aggiudicataria.

Peraltro la questione è stata nuovamente rimessa alla C. giust. UE: «Se i principi dichiarati dalla *CGUE* con la sentenza del 4.7.2013, in causa C-100/12, con riferimento alla specifica ipotesi, oggetto di quel rinvio pregiudiziale, in cui due soltanto erano le imprese partecipanti a una procedura di affidamento di appalti pubblici, siano anche applicabili, in ragione di un sostanziale isomorfismo della fattispecie contenziosa, anche nel caso sottoposto al vaglio di questo Consiglio in cui le imprese partecipanti alla

procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dalla stazione appaltante, senza che risulti l'intervenuta impugnazione di detta esclusione da parte di imprese diverse da quelle coinvolte nel presente giudizio, di guisa che la controversia che ora occupa questo Consiglio risulta di fatto circoscritta soltanto a due imprese» [Cons. giust. sic., 17.10.2013 n. 848, ord., in *UA* 2014, 328, nt. SPAMPINATO (216)].

La C. giust. UE, tornando a pronunciare sul rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale nel contenzioso appalti, ha affermato la possibilità di adire direttamente la Corte di giustizia anche in presenza di una pronuncia dell'adunanza plenaria [C. giust. UE, Grande Camera, 5.4.2016 C-689/13, *Puligienica*].

La Corte di giustizia dell'UE, nella solennità della composizione allargata - pronunciando sulle interferenze fra la norma del processo amministrativo (art. 99, c. 3, c.p.a.) che obbliga la singola sezione del Consiglio di Stato a non discostarsi dal principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria e l'obbligo sancito dall'art. 267 del TFUE (secondo cui le corti supreme sono tenute ad effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte medesima quando davanti a loro è sollevata una questione concernente l'interpretazione del diritto europeo o la validità di atti delle istituzioni dell'Unione) - ha riaperto il dibattito sulla tormentata questione dell'ordine di esame del ricorso incidentale e principale nel contenzioso appalti.

La Corte ha enunciato i seguenti principi:

- 1) l'art. 1, parr. 1, c. 3, e 3, della direttiva 89/665/CEE deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato dall'altro offerente;
- 2) l'art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale;
- 3) l'art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione.

La Corte è intervenuta su due questioni cruciali.

La prima questione riguarda l'ordine di esame fra ricorso principale ed incidentale nel contenzioso appalti.

All'indomani della sentenza della Corte di giustizia Fastweb [4.7.2013 C-100/12] il punto di equilibrio - recepito esplicitamente anche dalla Cassazione [cfr. Cass. civ., sez. un., 6.2.2015 n. 2242] - era stato raggiunto grazie alla sintesi operata dall'adunanza plenaria [25.2.2014 n. 9] sopra ricordata.

In estrema sintesi, l'obbligo di esaminare sempre e comunque entrambi i ricorsi - con il risultato certo di fare cadere l'intera procedura di gara arrecando gravi danni all'economia nazionale e incrementando gli esborsi a titolo di risarcimento del danno - era stato limitato, in puntuale applicazione degli argomenti sviluppati dalla sentenza Fastweb, alle stringenti condizioni che:

I) si versi all'interno del medesimo procedimento;

II) gli operatori rimasti in gara siano solo due;

III) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe (c.d. simmetria invalidante).

Questo costrutto è stato rimesso in discussione dalla sentenza Puligienica in commento nella parte in cui stabilisce (parr. 28-30), rovesciando le conclusioni cui era giunta la precedente decisione Fastweb (parr. 31-33), che l'obbligo del giudice di esaminare entrambi i ricorsi prescinde dal numero di imprese rimaste in gara e dalla natura del vizio.

La seconda questione affrontata dalla Corte UE concerne il contrasto fra esercizio della funzione nomofilattica *ex art. 99 c.p.a.* e vincolatività del principio di diritto nei confronti delle Sezioni del Consiglio di Stato, da un lato, e facoltà di queste ultime di discostarsene in caso di contrasto col diritto dell'UE ovvero di effettuare il rinvio pregiudiziale obbligatorio *ex art. 267 FUE* senza investire nuovamente l'Adunanza plenaria, dall'altro.

La risposta della Corte è stata tranciante e conforme ai suoi immediati precedenti [da ultimo C. giust. UE, 5.10.2010 n. 173/09, Elchinov, secondo cui il diritto dell'Unione osta a che un organo giurisdizionale nazionale, cui spetti di decidere a seguito di un rinvio da parte di un organo giurisdizionale superiore adito in sede d'impugnazione, sia vincolato, ai sensi del diritto processuale nazionale, da valutazioni formulate in diritto dall'istanza superiore qualora esso ritenga, alla luce dell'interpretazione dal medesimo giudice richiesta alla corte di giustizia, che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione].

Per completezza si segnala che:

a) questione analoga a quella sollevata dal Cons. giust. sic. nel 2013, è stata rimessa all'Adunanza plenaria dalla V Sezione del Consiglio di Stato [17.3.2016 n. 1090, ord.];

b) identica problematica (e soluzione) è quella che si prospetta avuto riguardo all'art. 374, c. 3, c.p.c. (in relazione ai rapporti fra sezioni semplici e sezioni unite della Corte di cassazione), nonché all'art. 1, c. 7, d.l. 15.11.1993, n. 453, convertito con modificazioni, nella l. 14.1.1994, n. 19 (in relazione ai rapporti fra sezioni giurisdizionali, centrali o regionali, e sezioni riunite della Corte dei conti); entrambe le menzionate disposizioni

recano una norma di analogo tenore rispetto a quella sancita dall'art. 99, c. 3, c.p.a.;

c) Cons. giust. amm., 15.1.2015, n. 1 ha effettuato direttamente, ai sensi dell'art. 267 FUE, un rinvio pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo in materia di avvalimento e di tutela della buona fede del partecipante ad una gara di appalto, ritenendo non persuasivi, sul punto, i principi elaborati dall'Adunanza plenaria;

d) costituisce *ius receptum* che l'obbligo del giudice del rinvio di uniformarsi alla *regula iuris* enunciata dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 384 c.p.c. viene meno quando la norma da applicare in aderenza a tale principio sia stata abrogata, dichiarata incostituzionale, modificata o sostituita per effetto di *ius superveniens*, nell'ambito del quale rientrano i mutamenti normativi prodotti dalle sentenze della Corte di giustizia UE, che hanno efficacia immediata nell'ordinamento nazionale [cfr. da ultimo Cass., sez. lav., 12.9.2014 n. 19301; Corte cost., 28.6.2006 n. 252];

e) coerentemente è pacifico che:

I) il giudice del rinvio *ex art.* 384 c.p.c., il quale dubiti della conformità del principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, è tenuto a sollevare la questione pregiudiziale interpretativa innanzi alla Corte di giustizia, non potendo l'applicazione del diritto processuale nazionale limitare il tenore generale dell'art. 267 TFUE [C. giust. UE, 15.1.2013 C-416/10; C. giust. UE, 20.10.2011 C-396/09];

II) qualora il tenore della sentenza della C. giust. UE sia in contrasto con il principio di diritto, sarà la prima a dover essere applicata dal giudice del rinvio [per tale orientamento, inaugurato da C. giust. UE, 16.1.1974 C-66/73 (richiamata nella pronuncia in commento) v., tra le tante, C. giust. UE, 15.1. 2013 C-416/10].

Dopo tale pronuncia, la giurisprudenza nazionale ne ha fatto applicazione partendo dalla considerazione che la fattispecie concreta su cui ha deciso la C. giust. UE era un caso di due sole imprese rimaste in gara.

Alla luce di tale pronuncia e del suo substrato fattuale:

- nell'ipotesi in cui l'applicazione rigorosa (e poco flessibile) della regola cristallizzata nelle sentenze *Fastweb* e nella n. 9/2014 dell'adunanza plenaria precluda, nel caso concreto, l'esame del ricorso principale, quando, tuttavia, dal suo accoglimento il ricorrente possa ricavare la soddisfazione dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, le esigenze di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea impongono l'esame nel merito del ricorso principale;

- in coerenza con l'argomentazione scolpita al par. 28 della motivazione della sentenza *Puligienica*, il predetto interesse strumentale è configurabile non solo quando le imprese rimaste in gara sono solo due, ma anche nelle ipotesi in cui il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento deriverebbe (o, comunque, potrebbe ragionevolmente derivare) l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con la conseguente rinnovazione della procedura;

- deve, al contempo, escludersi, nondimeno, che la Corte di giustizia abbia inteso

prescrivere l'esame del ricorso principale anche nelle situazioni di fatto in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ritrarrebbe alcun vantaggio, neanche in via strumentale (perché, ad esempio, i motivi dedotti con il gravame non sono in alcun modo riferibili ad offerte ammesse alla gara e presentate da imprese non evocate in giudizio) [Cons. St., III, 26.8.2016 n. 3708].

Una interpretazione che ammettesse sempre l'obbligo dell'esame del ricorso principale, a prescindere da qualsivoglia scrutinio in concreto della sussistenza di un interesse (anche strumentale) alla sua decisione, dev'essere rifiutata perché si rivelerebbe del tutto incoerente sia con il richiamo, ivi operato, all'art. 1 direttiva n. 89/665 CEE, quale norma che resterebbe violata da una regola che precludesse l'esame del ricorso principale, sia con il rispetto del principio generale, di ordine processuale, codificato dall'art. 100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall'art. 39, c. 1, c.p.a.).

L'art. 1, c. 3, della citata direttiva riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse, là dove impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a "chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione".

Per quanto possa estendersi la nozione di interesse processualmente rilevante fino a comprendervi l'accezione anche di un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, non possono ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione in una situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura.

In ordine all'aspetto della compatibilità con il principio generale secondo cui "per proporre una domanda o per contraddire alla stessa essa è necessario avervi interesse" (art. 100 c.p.c.), la sentenza europea non può essere decifrata come produttiva dell'effetto di scardinare il predetto canone, nella misura in cui risulta espressivo di una regola generale valida, per la sua intuitiva valenza logica e sistematica, in ogni ordinamento processuale.

In conclusione, la giurisprudenza nazionale ha affermato il principio, del tutto compatibile con la formulazione della regola contenuta nella sentenza *Puligienica*, per cui l'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, mentre resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela *in subiecta materia* una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via

mediata e strumentale) [Cons. St., III, 26.8.2016 n. 3708].

In prosieguo la C. giust. UE ha delimitato la portata delle sentenze *Fastweb* e *Puligienica*, affermando che il diritto europeo non osta a che a un offerente (legittimamente) escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'Amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa. Sicché, in una gara con due soli concorrenti, nel caso in cui l'offerente escluso impugni sia il provvedimento relativo alla propria esclusione che l'altrui aggiudicazione, e venga respinto il ricorso contro l'esclusione, correttamente viene negato l'interesse a contestare l'aggiudicazione deducendo che anche l'aggiudicatario andava escluso [C. giust. UE, VIII, 21.12.2016 C-355/15].

E, ancora, la Corte, ritornando sulla questione della legittimazione dell'impresa "non definitivamente" esclusa da una gara di appalto con soli due concorrenti ad impugnarne gli esiti, afferma che la normativa europea deve essere interpretata in linea generale nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale (una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico caratterizzata dalla presentazione di due offerte e dall'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di due decisioni in contemporanea recanti rispettivamente rigetto dell'offerta di uno degli offerenti e aggiudicazione dell'appalto all'altro), l'offerente escluso, che ha presentato un ricorso avverso tali due decisioni, deve poter chiedere l'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario, in modo tale che la nozione di «un determinato appalto», ai sensi dell'art. 1, par. 3, direttiva 92/13, può, se del caso, riguardare l'eventuale avvio di una nuova procedura di gara; tuttavia al contempo evidenzia che a un offerente la cui offerta sia stata esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico può tuttavia essere negato l'accesso a un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora la decisione di esclusione di tale offerente sia stata confermata da una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto si pronunci, in modo tale che detto offerente debba essere considerato definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione; a tale esito non potrebbe pervenirsi, però, là dove le due decisioni di ammissione ed esclusione fossero state adottate contemporaneamente [C. giust. UE, VIII, 10.5.2017 C- 131/16, *Archus*].

Tali conclusioni sono state anticipate dal Consiglio di Stato in alcune pronunce successive alla sentenza *Puligienica*. Il Consiglio di Stato ha infatti affermato che:

- è inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnativa dell'impresa che non abbia partecipato *ab imis*, ovvero sia stata legittimamente esclusa dalla gara, dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo a partecipare alla

gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali; il suo interesse protetto, invero, da qualificare interesse di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, pur essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara [Cons. St., IV, 11.10.2016 n. 4180; Id., IV, 25.8.2016 n. 3688; Id., IV, 20.4.2016 n. 1560];

- non potrebbe ammettersi l'impugnativa dell'aggiudicazione di una gara da parte di un'impresa che certamente da un tale annullamento non potrebbe ricavare alcun vantaggio anche di ordine strumentale perché relativo alla possibilità di ripetizione della gara, perché, ad esempio, non ha partecipato alla medesima gara, o non ha proposto censure nei confronti di tutte le imprese che la precedono in graduatoria (ovvero non le ha evocate in giudizio) [Cons. St., III, 26.8.2016 n. 3708].

Alla decisione della C. giust. UE del 21.12.2016 ha fatto seguito C. giust. UE, VIII, 10.5.2017 C-131/16 che ribadisce i precedenti *Fastweb* e *Puligienica* con riguardo al caso di contestuale giudizio su esclusione e aggiudicazione, senza smentire il precedente del 21.12.2016, che viene espressamente citato, e in cui la particolarità era che al momento in cui veniva contestata l'aggiudicazione il ricorrente era già stato escluso con decisione "definitiva" perché passata in giudicato. Tale nuova pronuncia ribadisce che in una situazione in cui una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico ha dato luogo alla presentazione di due offerte e all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di due decisioni in contemporanea recanti rispettivamente rigetto dell'offerta di uno degli offerenti e aggiudicazione dell'appalto all'altro, l'offerente escluso, che ha presentato un ricorso avverso tali due decisioni, deve poter chiedere l'esclusione dell'offerta dell'offerente aggiudicatario, in modo tale che la nozione di «un determinato appalto», ai sensi dell'art.1, par. 3, direttiva 92/13 può, se del caso, riguardare l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. Si legge nel par. 52 della sentenza che "da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che un altro offerente ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. D'altro lato, nell'ipotesi di un'esclusione di tutti gli offerenti e dell'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l'appalto".

Le sez. un. della Cassazione, ribadendo e sviluppando i principi di sez. un. n. 2242/2015 hanno affermato che non costituiscono diniego di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato, gli errori *in procedendo* o *in iudicando*, ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tale da ridondare in denegata giustizia, e in particolare il caso, tra questi, di *errore in procedendo* costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo

l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia (in particolare nei casi *Fastweb* e *Puligienica*) [Cass., sez. un., 29.12.2017 n. 31226].

La questione già esaminata dalla citata decisione del Consiglio di Stato n. 3708/2016 è stata rimessa all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nei seguenti termini: se, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate [Cons. St., V, 6.11.2017 n. 5103].

La questione è sorta nell'ambito di un giudizio di appello proposto avverso la sentenza di primo grado che, su ricorso proposto dall'impresa terza classificata di una gara d'appalto avverso l'ammissione alla procedura di gara tanto dell'aggiudicataria quanto della seconda classifica, accoglieva il ricorso incidentale escludente - esaminato prioritariamente - e, in conseguenza, dichiarava improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso principale.

Con l'appello, l'impresa originaria ricorrente contestava la violazione dei principi dettati dalla sentenza *Puligienica*.

L'ordinanza di rimessione prende le mosse dall'affermazione dell'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza del Consiglio di Stato in relazione all'attuazione della sentenza *Puligienica*.

Secondo un primo orientamento, espresso dalla citata decisione n. 3708/2016 il giudice che, esaminato prioritariamente il ricorso incidentale, lo abbia ritenuto fondato, è tenuto ad esaminare anche il ricorso principale solo se dal suo accoglimento può derivare un vantaggio in capo al ricorrente principale. Tale vantaggio non potrà consistere nella mera aggiudicazione del contratto in quanto, avendo accolto il ricorso incidentale escludente, il giudice ha già statuito sulla sua necessaria esclusione dalla procedura; pertanto, non potrà che essere l'accoglimento di un mezzo che per suo contenuto retroagisce fino a comportare la ripetizione della procedura.

A tale orientamento aderiscono le seguenti:

Cons. St., V, 27.2.2017 n. 901, relativa a procedura di gara con la partecipazione di cinque concorrenti, con impugnazione della seconda classificata per l'annullamento dell'aggiudicazione e conseguente ricorso incidentale dell'aggiudicatario; la sentenza valuta corretto l'esame del solo ricorso incidentale, il vizio prospettato dal ricorrente principale non essendo in grado di inficiare le offerte degli altri concorrenti: perciò non vi era per il ricorrente principale possibilità di conseguire alcuna utilità, neppure indiretta o strumentale;

Cons. St., V, 10.4.2017 n. 1677, relativa a procedura di gara con la partecipazione di due soli concorrenti, con impugnazione della seconda classificata per l'annullamento dell'aggiudicazione e conseguente ricorso incidentale dell'aggiudicatario. La sentenza

riforma la decisione del primo giudice dichiarativa dell'inammissibilità del ricorso principale a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, riconoscendo la sussistenza dell'interesse alla rinnovazione della gara da parte del ricorrente principale;

Cons. St., V, 12.5.2017 n. 2226, relativa a procedura di gara con la partecipazione di sei concorrenti, impugnazione proposta dalla terza classificata contro l'aggiudicazione a favore della prima e dell'ammissione della seconda classificata, e ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario. La sentenza ha riformato la pronuncia di primo grado che aveva esaminato il ricorso incidentale e il ricorso principale affermando che il vizio prospettato dal ricorrente principale non era in grado di inficiare le offerte presentate dagli altri concorrenti, con la conseguenza che il ricorrente principale non era in condizione di conseguire alcuna utilità, neppure indiretta o strumentale);

Cons. St., V, 30.6.2017 n. 3178, in cui, peraltro, la sentenza n. 3708/2016 è solamente richiamata per trarne la conseguenza della necessaria disamina del ricorso incidentale escludente rispetto a quello principale.

Secondo un diverso orientamento, la domanda, introdotta col ricorso principale, di tutela dell'interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura di gara con esclusione di tutte le offerte che, in quanto affette da vizi, non potevano essere esaminate dalla stazione appaltante, merita di essere esaminata anche se, per ipotesi, la stessa offerta del ricorrente andava esclusa dalla procedura. In questa prospettiva, il giudice non tiene conto del numero delle imprese partecipanti (e del fatto che alcune siano rimaste fuori dal giudizio) né dei vizi prospettati come motivi di ricorso principale, poiché la domanda di tutela può essere evasa soltanto con l'esame di tutti i motivi di ricorso, principale come incidentale.

Tale orientamento è stato espresso da Cons. St., V, 20.7.2017 n. 3593, in una fattispecie di gara con la partecipazione di più di due imprese; era stato proposto ricorso principale dalla seconda classificata e ricorso incidentale escludente dall'aggiudicatario; il giudice di primo grado aveva esaminato dapprima il ricorso incidentale escludente e, verificatane la fondatezza, aveva dichiarato improcedibile il ricorso principale, poiché vi erano altri concorrenti in gara e il ricorrente principale non avrebbe potuto trarre alcuna utilità, anche solo strumentale, dal suo accoglimento. Esaminando il motivo di appello rivolto a contestare la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, la detta sentenza d'appello così si pronuncia: "Malgrado la conferma dell'accoglimento del ricorso incidentale "escludente" di primo grado ... questa Sezione reputa tuttavia necessario esaminare anche i motivi del ricorso principale riproposti nel presente appello... Pur conscia dei precedenti contrari di questo Consiglio di Stato, diffusamente richiamati dalle controinteressate, nondimeno ciò appare maggiormente conforme ai principi espressi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella citata sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica, anche quando – come nel caso di specie – le concorrenti in causa non siano le uniche ad aver presentato offerte ammesse nella procedura di affidamento in contestazione."

Detta sentenza sembra affrontare la questione non tanto sul piano delle condizioni dell'azione, quanto su quello della tutela delle situazioni giuridiche soggettive che si assumano lese dall'azione amministrativa. Si legge, infatti, nella motivazione: "... affinché un ricorso in materia di appalti pubblici possa essere considerato "efficace" ai sensi dell'art. 1, comma 1, della direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 (che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori), il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non deve risultare preclusivo nei confronti del ricorrente principale che a sua volta contesti l'altrui offerta, "in quanto in una situazione del genere ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare".

Detta sentenza prende in considerazione le conseguenze dell'impostazione accolta sul profilo dell'interesse a ricorrere. Essa afferma, infatti: "La Sezione è consapevole che una simile applicazione del concetto di ricorso "efficace" come quella propugnata dalla Corte di giustizia comporta una dilatazione dell'interesse ad agire ex art. 100 cod. proc. civ., quale costantemente interpretato dalla giurisprudenza nazionale. Infatti posto che questa condizione dell'azione è intesa come possibilità di conseguire in via diretta ed immediata un vantaggio giuridicamente apprezzabile, e non già un vantaggio ipotetico ed eventuale, secondo la tesi della Corte di giustizia il bene della vita dell'aggiudicazione sarebbe invece rimesso a successive e solo possibili valutazioni dell'amministrazione in via di autotutela. Ma nondimeno non si può che prendere atto del dictum del giudice europeo e della prevalenza che ad esso deve essere attribuita, nell'ambito di un rapporto in cui il principio di autonomia dell'ordinamento processuale del Paese membro è destinato a recedere rispetto alle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale perseguite a livello sovranazionale".

Il passaggio va inteso nel senso che, accolto il ricorso incidentale e quello principale, non costituisce evenienza necessaria l'aggiudicazione del contratto all'impresa successivamente classificata, perché la stazione appaltante potrebbe sempre ritenere opportuno, dinanzi all'esclusione delle prime classificate, riesaminare in autotutela gli atti di ammissione delle altre imprese al fine di verificare se il vizio accertato sia loro comune, di modo che non vi resti spazio effettivo per aggiudicare a un'offerta regolare.

La soluzione del contrasto viene reputata rilevante in relazione alla fattispecie controversa (gara d'appalto con tredici imprese partecipanti, con quelle graduate successivamente al terzo posto che non hanno proposto impugnativa e le cui offerte non sono state oggetto di contestazione), caratterizzata dal fatto che le ragioni di esclusione prospettate nei confronti dell'aggiudicatario attengono alla mancanza dei requisiti di progettazione in capo alla società che è stata indicata in sede di offerta come incaricata della progettazione, mentre le ragioni di esclusione prospettate nei confronti della seconda graduata attengono alla mancanza dei requisiti di qualificazione S.O.A. in capo alle imprese ausiliarie.

Secondo l'ordinanza in tal caso, se dovesse applicarsi il primo orientamento, in presenza di altri concorrenti rimasti estranei al giudizio, per stabilire se procedere all'esame congiunto del ricorso principale e del ricorso incidentale, si dovrebbe valutare se i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso possano, in via astratta, dirsi comuni anche alle altre offerte rimaste estranee al giudizio, di modo che possa figurarsi, in ipotesi, un possibile intervento in autotutela dell'amministrazione idoneo a fondare l'interesse c.d. strumentale del ricorrente alla decisione del ricorso principale; se invece dovesse applicarsi il secondo orientamento, pur in presenza di altri concorrenti rimasti estranei al giudizio, si dovrebbe sempre e comunque procedere all'esame di entrambi i ricorsi, spettando all'amministrazione poi, all'esito del giudizio, valutare la comunanza dei vizi alle restanti offerte e decidere, ove ciò abbia accertato, di annullare l'intera procedura di aggiudicazione, piuttosto che procedere all'aggiudicazione a favore dell'impresa successivamente classificata. Vi sarebbe, dunque, pur sempre un interesse c.d. strumentale del ricorrente alla decisione del ricorso principale, poiché la valutazione dell'identità dei vizi sarebbe compiuta, concluso il giudizio, dalla stazione appaltante.

La plenaria ha deciso di rimettere la questione nuovamente all'esame della C. giust. UE nei seguenti termini: "se l'art. 1, par. 1, terzo comma, e 3, direttiva 89/665/CEE possa essere interpretato nel senso che esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 c.c.), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 c.c.) [Cons. St., ad. plen., 11.5.2018 n. 6].

La plenaria:

a) rammenta che al fine di assicurare che "le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile", secondo quanto prescritto dall'art. 1 direttiva 2007/66, il legislatore nazionale:

a1) ha previsto l'istituto della legittimazione processuale straordinaria attribuita all'Anac con riferimento all'impugnazione dei bandi di gara e degli altri atti generali qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 211 d.lgs. n. 50/2016;

a2) ha introdotto il nuovo rito c.d. "superaccelerato" di cui all'art. 120, c. 2-bis c.p.a., la cui *ratio* è consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione;

b) evidenzia tuttavia che gli sforzi del legislatore nazionale per adeguarsi alle prescrizioni dei competenti organismi europei ed il dialogo costante della giurisdizione amministrativa con la Corte di Giustizia non hanno del tutto eliso le incertezze degli interpreti su alcune problematiche in materia di pubblici incanti tra le quali annovera la tematica dei rapporti intercorrenti tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale c.d. “escludente”;

c) ricostruisce, in particolare, l’evoluzione giurisprudenziale nazionale e comunitaria in tema, a partire da Cons. St., ad. plen., n. 11/2008, rilevando che la giurisprudenza nazionale non è concorde in ordine alle conseguenze da trarre dalle precisazioni via via fornite dalla Corte di giustizia UE circa l’interpretazione da fornire all’art. 1, par. 3 “direttiva ricorsi”, secondo cui “gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione” ed in particolare, al riferimento “a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione”, nelle ipotesi in cui il concorrente sia stato o avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, ed al riferimento a “un determinato appalto”, laddove il concorrente (che sia stato o avrebbe dovuto essere escluso) aspiri in sostanza a un’utilità mediata rappresentata dall’annullamento (se del caso, in autotutela) dell’intera procedura e alla sua riedizione;

d) quanto al rilievo attribuito dalle statuizioni della Corte di giustizia al concetto di “interesse strumentale alla ripetizione della procedura” – ferma restando la eccezionalità della tutela di tale interesse in quanto eccentrico rispetto alla struttura fondamentale del processo di parte innervato dal principio dispositivo - così sintetizza i principi condivisi:

d1) nessuno dubita che, nel caso in cui siano rimasti in gara unicamente due concorrenti e gli stessi proponano ricorsi reciprocamente escludenti, si imponga la disamina di ambedue i mezzi di impugnazione dai medesimi proposti, quali che siano i motivi di censura ivi contenuti;

d2) parimenti, nessuna perplessità sussiste circa l’esattezza dell’affermazione secondo cui ad analoghe conclusioni deve pervenirsi (anche in presenza di una pluralità di contendenti rimasti in gara), ove il ricorso principale contenga motivi che, se accolti, comporterebbero il rinnovo della procedura in quanto:

- si censuri la regolarità della posizione - non soltanto dell’aggiudicatario e di tutti gli altri concorrenti rimasti in gara, collocati in posizione migliore della propria ma, anche - dei rimanenti concorrenti collocati in posizione peggiore;

- ovvero perché siano proposte censure avverso la *lex specialis* idonee, ove ritenute fondate, ad invalidare l’intera selezione evidenziale;

d3) in tali casi, si è raggiunta una piena concordanza di opinioni circa l’obbligatorietà dell’esame del ricorso principale, in quanto dall’accoglimento di quest’ultimo discenderebbe con certezza la caducazione integrale della gara e verrebbe così tutelato il subordinato interesse strumentale alla riedizione della procedura;

e) rileva che sussiste incertezza, viceversa, nell'evenienza (occorsa nel caso oggetto del giudizio) in cui, essendo rimasti in gara una pluralità di contendenti:

e1) i ricorsi reciprocamente escludenti non riguardino la posizione di talune delle ditte rimaste in gara di guisa che, anche laddove entrambi i ricorsi (principale ed incidentale) siano scrutinati, e dichiarati fondati, rimarrebbero purtuttavia alcune offerte non "attinte" dai vizi riscontrati;

e2) al contempo, il ricorso principale non prospetti censure avverso la lex specialis tese ad invalidare l'intera gara e determinanti –ove accolte - la certa ripetizione della procedura;

f) ricostruisce sul punto i due orientamenti delineatisi nella giurisprudenza nazionale, filoni interpretativi che muovono entrambi dall'identico punto di partenza – e cioè che dall'accoglimento del ricorso incidentale "escludente" discende l'insussistenza dell'interesse diretto e immediato del ricorrente principale riguardo all'aggiudicazione perché, essendo stato accertato che lo stesso è stato indebitamente ammesso alla gara, questi certamente non può ottenere l'aggiudicazione - ma che divergono nelle conclusioni:

f1) secondo una prima linea esegetica (Cons. St., V, 20.7.2017 n. 3593) la sentenza Puligienica imporrebbe, anche in simili evenienze, la disamina del ricorso principale, pur dopo l'avvenuto accoglimento del ricorso incidentale escludente, non dovendosi tenere conto del numero delle imprese partecipanti (e del fatto che alcune siano rimaste estranee al giudizio) né dei vizi prospettati come motivi di ricorso principale poiché la domanda di tutela può essere evasa soltanto con l'esame di tutti i motivi di ricorso, principale e incidentale: nella descritta situazione non costituirebbe evenienza necessaria l'aggiudicazione del contratto all'impresa successivamente classificata, perché la stazione appaltante potrebbe sempre ritenere opportuno, dinanzi all'esclusione delle prime classificate, riesaminare in autotutela gli atti di ammissione delle altre imprese al fine di verificare se il vizio accertato sia loro comune, di modo che non vi resti spazio effettivo per aggiudicare a un'offerta regolare e si addivenga alla ripetizione della procedura;

f2) secondo un altro approccio ermeneutico, viceversa (Cons. St., III, 26.8.2016 n. 3708), nell'evenienza data, l'esame del ricorso principale si imporrebbe soltanto laddove l'accoglimento dello stesso produca come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento: ma, nel caso di più di due imprese partecipanti alla gara delle quali solo due siano in giudizio, ciò potrebbe avvenire soltanto se fosse rimasto accertato che anche le offerte delle restanti imprese risultino affette dal medesimo vizio che aveva giustificato la statuizione di esclusione dalla procedura dell'offerente parte della controversia;

g) evidenzia le critiche mosse ad entrambi gli indirizzi e, in particolare:

g1) quanto al primo:

- non terrebbe conto delle “aperture” (contenute nella sentenza della Corte di giustizia UE, VII, 21.12.2016 C-355/15, GesmbH,) relative alla possibilità che l’offerente escluso dalla gara con una pronuncia regiudicata non possa più contestare l’esito della gara;
- non terrebbe in considerazione la circostanza che l’autotutela della stazione appaltante sulle altre offerte rimaste in gara, in simili evenienze, non costituirebbe altro che una mera eventualità ipotetica, rimessa a determinazioni rientranti nella lata discrezionalità della stazione appaltante e che l’interesse (seppure ipotetico) in tal senso prospettato non potrebbe poi essere giustiziabile: in quanto “soggetto definitivamente escluso” con una pronuncia regiudicata sembra certo che il ricorrente principale non potrebbe impugnare le successive determinazioni della stazione appaltante che, scorrendo la graduatoria, implicitamente non abbia dato corso all’annullamento e ripetizione dell’intera gara;
- darebbe ingresso ad una nozione di interesse scevra dai predicati di “certezza ed attualità” (e pertanto distonica rispetto ai principi generali del processo amministrativo costantemente affermati dalla giurisprudenza; cita in proposito Cons. St., V, 23.2.2015 n. 855 e Cass. civ., sez. un., 2.11.2007 n. 23031);
- ciò, in un sistema giuridico che continua a considerare l’autotutela dell’amministrazione, anche per ragioni di garanzia dell’affidamento, meramente facoltativa e peraltro soggetta ai limiti temporali stringenti di cui all’art. 21 novies l. n. 241/1990 e che ritiene tali principi praticabili anche laddove l’atto amministrativo puntuale si ritenga illegittimo per contrasto con il diritto comunitario;

g2) quanto al secondo:

- sembrerebbe contrastare con le affermazioni (in tesi incondizionate ed indifferenti al numero delle imprese partecipanti alla procedura ed alla tipologia ed identità dei vizi dedotti) contenute nella sentenza Puligienica;
- per altro verso, non terrebbe conto della circostanza che, anche laddove esaminando il ricorso principale e quello incidentale si accertasse che tutte le restanti offerte rimaste in gara (e riferibili ad imprese non evocate in giudizio) presentavano vizi comuni a quelli riscontrati sussistenti, ugualmente resterebbe facoltativo, per l’Amministrazione, agire in autotutela (invece che scorrere la graduatoria) e disporre la ripetizione della gara; né - stante il principio contenuto nell’art. 112 c.p.c. ed il disposto dell’art. 34, c. 2, c.p.a. – il Giudice potrebbe dettare motu proprio una indicazione conformativa in tal senso;

h) aggiunge, sul versante strettamente processuale, le seguenti ulteriori criticità:

h1) seguendo l’impostazione della sentenza Puligienica i principi della domanda (art. 112 c.p.c.) e dell’onere della prova (art. 2697 c.c.) che “governano” il processo amministrativo, imporrebbero pur sempre al ricorrente principale di provare che i vizi ipotizzati con il proprio ricorso siano comuni anche alle altre offerte rimaste in gara e che, comunque, la ripetizione della procedura sia una evenienza concretamente ipotizzabile;

h2) dovrebbe essere affidato al Giudice il vaglio sulla concretezza dell’interesse alla riedizione della procedura azionato con il ricorso principale, ricorrendo agli istituti processuali del codice del processo amministrativo per consentire in tali evenienze il

dispiegarsi del contraddittorio con le offerenti rimaste in gara e non evocate in giudizio e, insieme, per rendere effettiva e non ipotetica (in quanto rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante) l'evenienza della ripetizione della gara ove le censure contenute nel ricorso principale fossero reputate fondate e, soprattutto, fossero comuni alle offerenti rimaste in gara e potenziali beneficiarie dello scorrimento della graduatoria;

i) la Plenaria passa quindi ad illustrare le ragioni della rilevanza rispetto al caso deciso della questione interpretativa pregiudiziale prospettata precisando che:

i1) alla gara hanno partecipato più imprese e numerose di esse (cinque), neppure evocate in giudizio, sono collocate successivamente all'originario ricorrente principale (che ebbe a posizionarsi al terzo posto);

i2) qualora all'obbligo di esaminare il ricorso principale dovesse attribuirsi portata assoluta ed incondizionata, anche nel caso in esame si dovrebbe comunque procedere all'esame del ricorso principale; e ad analoghe conclusioni dovrebbe pervenirsi laddove si affermasse che sia sufficiente la semplice seppure ipotetica, possibilità di un intervento in autotutela dell'amministrazione sulla gara, per imporre l'esame del ricorso principale;

i3) se invece tale obbligo di esame del ricorso principale andasse correlato ad una eventualità non meramente ipotetica di un intervento in autotutela dell'amministrazione che comporti la ripetizione della intera gara, per stabilire se procedere all'esame congiunto del ricorso principale e del ricorso incidentale si dovrebbe valutare in concreto se i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso possano, in via astratta, dirsi comuni anche alle altre offerte rimaste estranee al giudizio, di modo che possa figurarsi, in ipotesi, un possibile intervento in autotutela dell'amministrazione idoneo a fondare l'interesse c.d. strumentale del ricorrente alla decisione del ricorso principale; in mancanza assoluta almeno di tale situazione strumentale non sembrerebbe trovare utile e ragionevole applicazione una interpretazione assoluta del diritto europeo sganciato da qualsivoglia interesse;

j) in ottemperanza alle prescrizioni contenute ai punti 17 e 34 delle "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" rappresenta il proprio punto di vista sulla questione nei seguenti termini:

j1) ritiene maggiormente rispettoso di uno dei valori essenziali dell'ordinamento processuale nazionale, ovvero del principio dispositivo e dell'iniziativa delle parti (per quest'aspetto comune a quello di numerosi altri Stati-Membri), che venisse precisato che l'interesse del ricorrente principale attinto da un ricorso incidentale escludente, in quanto limitato alla reiterazione della procedura di gara (con esclusione di profili concernenti la "regolarità delle procedure di gara"), dovrebbe essere valutato dal Giudice adito nella sua concretezza, e non con riferimento a ragioni astratte;

j2) in quest'ottica, ritiene opportuno che sia rimesso agli ordinamenti processuali degli Stati Membri, in ossequio all'autonomia processuale loro riconosciuta, il compito di individuare le modalità di dimostrazione della concretezza del detto interesse, garantendo il diritto di difesa delle offerenti rimaste in gara e non evocate nel processo ed in armonia con i

principi in materia di interesse concreto e attuale della parte al ricorso e in punto di onere della prova;

j3) osserva che rimettere al Giudice nazionale adito un margine di valutazione in ordine all'accertamento della reale sussistenza in concreto di un interesse, sia pure strumentale del ricorrente principale, appare maggiormente coerente sia con il rispetto dei principi cardine degli ordinamenti nazionali in materia processuale - e quindi con l'autonomia processuale loro costantemente riconosciuta dalla Corte di giustizia - sia con gli assetti delle giurisdizioni nazionali e della stessa Unione europea, che configurano il ricorso al giudice amministrativo come ricorso nell'interesse di una parte e mai come ricorso volto al rispetto formale delle regole, a prescindere da ogni interesse; salvi i casi contemplati anche dall'ordinamento italiano, in cui il rispetto delle regole venga demandato ad una autorità pubblica, riconoscendo alla stessa la legittimazione a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo.

Anche tale ultimo tentativo della plenaria di delimitare l'esame di tutti i ricorsi incrociati è stato stroncato dalla C. giust. UE, nel 2019, con richiamo dei propri precedenti.

Secondo la C. giust. UE l'art. 1, par. 1, c. 3, e par. 3, direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, **quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi** [C. giust. UE, IX, 5.9.2019 C-333/2018, *Lombardi s.r.l.*].

Nella motivazione la C. giust. UE osserva che:

a) quando, a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentano ricorsi intesi alla reciproca esclusione, ciascuno di detti offerenti ha interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto, ai sensi delle disposizioni menzionate al punto precedente. Infatti, da un lato, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. Dall'altro lato, nell'ipotesi di un'esclusione di tutti gli offerenti e dell'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e quindi ottenere indirettamente l'appalto (su tale punto la Corte richiama il proprio precedente del 2016, *Puligienica*).

b) ne consegue che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, dato che, in una situazione del genere, ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione

dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare (qui la Corte richiama il proprio precedente *Fastweb* del 2013 e *Puligienica* del 2016);

c) il principio sancito dalle sentenze *Fastweb* e *Puligienica*, secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati in linea di principio equivalenti, si traduce, per i giudici investiti di tali ricorsi, nell'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso per esclusione principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente;

d) tale principio risulta applicabile anche quando altri offerenti abbiano presentato offerte nell'ambito della procedura di affidamento e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione non riguardino offerte siffatte classificate alle spalle delle offerte costituenti l'oggetto dei suddetti ricorsi per esclusione; infatti l'offerente che si sia classificato in terza posizione e che abbia proposto il ricorso principale deve vedersi riconoscere un legittimo interesse all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario e dell'offerente collocato in seconda posizione, in quanto non si può escludere che, anche se la sua offerta fosse giudicata irregolare, l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e proceda di conseguenza all'organizzazione di una nuova procedura di gara; qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa;

e) pertanto l'ammissibilità del ricorso principale non può – a pena di pregiudicare l'effetto utile della direttiva 89/665 – essere subordinata alla previa constatazione che tutte le offerte classificate alle spalle di quella dell'offerente autore di detto ricorso sono anch'esse irregolari. Tale ammissibilità non può neppure essere subordinata alla condizione che il suddetto offerente fornisca la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice sarà indotta a ripetere la procedura di affidamento di appalto pubblico. L'esistenza di una possibilità siffatta deve essere considerata in proposito sufficiente;

f) tale interpretazione non viene smentita dalla circostanza che gli altri offerenti classificatisi dietro l'autore del ricorso principale non sono intervenuti nel giudizio a quo. Infatti, il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, come pure il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi nonché la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, non sono rilevanti ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale menzionato al punto 25 della presente sentenza (sentenza *Puligienica*);

g) la sentenza della C. giust. UE del 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C 355/15), menzionata dal giudice del rinvio, non costituisce un ostacolo ad un'interpretazione siffatta. Infatti, se è pur vero che,

ai punti da 13 a 16, 31 e 36 di detta sentenza, la Corte ha statuito che un offerente la cui offerta era stata esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice da una procedura di affidamento di appalto pubblico poteva vedersi rifiutare l'accesso a un ricorso contro la decisione di attribuzione dell'appalto pubblico, occorre rilevare che, nella controversia decisa da quella sentenza, la decisione di esclusione di detto offerente era stata confermata da una decisione che aveva acquistato forza di giudicato prima che il giudice investito del ricorso contro la decisione di affidamento dell'appalto si pronunciasse, sicché il suddetto offerente doveva essere considerato come definitivamente escluso dalla procedura di affidamento dell'appalto pubblico in questione (v., in tal senso, sentenza dell'11 maggio 2017, Archus e Gama, C 131/16);

h) se nel processo davanti al giudice nazionale nessuno degli offerenti che hanno presentato i ricorsi intesi alla reciproca esclusione è stato definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione, la suddetta sentenza non inficia in alcun modo il principio giurisprudenziale menzionato al punto precedente;

i) per quanto riguarda infine il principio di autonomia processuale degli Stati membri, è sufficiente ricordare come tale principio non possa, comunque, giustificare disposizioni di diritto interno che rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2019, PORR Építési Kft., C 691/17 punto).

Cons. St., ad. plen., n. 5/2018 momento in cui sorge la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante

1) *Anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza.*

2) *Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.*

3) *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede.*

4) *Affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che,*

valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione.

L'ordinanza di rimessione della III sezione n. 5492/2017 aveva sottoposto alla plenaria i seguenti quesiti, essendovi un contrasto di giurisprudenza in ordine al momento in cui sorge la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante.

1. Se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione;

2. Se, nel caso di risposta affermativa, la responsabilità precontrattuale debba riguardare esclusivamente il comportamento dell'amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest'ultimo venisse comunque pubblicato nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione [Cons. St., III, 24.11.2017 n. 5492, ord.]

Alcune pronunce del Consiglio di Stato affermano la sussistenza della responsabilità precontrattuale anche prima della concreta individuazione dell'aggiudicatario, e quindi prima e a prescindere dall'aggiudicazione, osservandosi che la circostanza che la procedura pubblicistica di scelta del contraente avviata non sia ancora sfociata nell'aggiudicazione non valga, di per sé sola, ad escludere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione che revoca la gara, occorrendo invece all'uopo verificare in concreto la condotta da questa tenuta alla luce del parametro di diritto comune della correttezza nelle trattative (fermo restando, comunque, che il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale) [Cons. St., VI, 25.7.2012 n. 4236; Id., VI, 7.11.2012 n. 5638; Id., V, 15.7.2013 n. 3831].

Si è osservato che la tesi della non configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a. anteriormente alla scelta del contraente, nella fase, cioè, in cui gli interessati non hanno ancora la qualità di futuri contraenti, ma soltanto quella di partecipanti alla gara, finisce, in pratica, con l'esonerare l'Amministrazione dal rispetto del dovere di diligenza e correttezza per tutto l'arco della sua azione sul terreno delle procedure dell'evidenza pubblica, che pure costituiscono la regola del suo agire nella dimensione contrattuale, finché l'Amministrazione stessa non sia pervenuta all'esito dell'aggiudicazione. E questo a dispetto della soggezione di principio, pur normalmente enunciata, della stessa P.A.

all'istituto della *culpa in contrahendo*, che porta ad affermare che la sua responsabilità precontrattuale sarebbe configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'esso è tenuto, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c.

Vi sarebbe così una aprioristica esenzione dal diritto comune dell'Amministrazione (proprio quando la medesima opera sul piano contrattuale) che appare di difficile giustificazione.

Occorre poi considerare che la gara non è “altro” rispetto alla formazione del contratto della P.A.; e che i privati che vi partecipano, sottoponendo le proprie offerte alla Stazione appaltante, hanno tutti la qualità di possibili futuri contraenti con l'Amministrazione [Cons. St., V, 15.7.2013 n. 3831].

Ancora, si è osservato che nelle procedure ad evidenza pubblica, le regole di condotta in esame non possono essere riconducibili soltanto ad una o più singole fasi in cui si suddivide una gara: in effetti, ogni fase, pur essendo astrattamente riconducibile, da un lato, alla parte pubblicistica e, dall'altro lato, alla parte privatistica della gara, necessita di una lettura unitaria e consequenziale. Ciascuna singola fase, seppur distinta da quella successiva e da quella precedente, tende all'unico fine della stipulazione del contratto: di conseguenza, prima della sottoscrizione del contratto, l'amministrazione sarà obbligata al rispetto dei principi della buona fede e correttezza nelle trattative. L'applicabilità delle disposizioni civilistiche deriva dalla equiparazione dell'amministrazione ad un contraente privato nella procedura volta alla conclusione di un contratto: tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, infatti, si pongono quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale e, pertanto, il rispetto dei principi di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. non può essere circoscritto al singolo periodo successivo alla determinazione del contraente. Piuttosto, lo stadio, preliminare o avanzato della gara, incide sul legittimo affidamento del privato, che è maggiore quando si è addivenuti all'aggiudicazione provvisoria [Cons. St., III, 6.3.2015 n. 1142].

Altra giurisprudenza amministrativa sostiene che la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione è connessa alla violazione delle regole di condotta tipiche della formazione del contratto e quindi non può che riguardare fatti svoltisi in tale fase; perciò la responsabilità precontrattuale non è configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione [Cons. St., V, 28.5.2010 n. 3393 ; Id., V, 8.9.2010 n. 6489; Id., V, 21.8.2014 n. 4272; Id., III, 29.7.2015 n. 3748; Id., V, 21.4.2016 n. 1599; Id., III, 14.2.2017 n. 660; Id., 8.11.2017 n. 5146].

In tale prospettiva si è affermato che “affinché possa ritenersi integrata la responsabilità precontrattuale è necessario che:

- i) le trattative siano giunte ad uno stadio avanzato ed idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto;
- ii) la controparte pubblica, cui si addebita la responsabilità, le abbia interrotte senza un giustificato motivo e infine
- iii) pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto” [Cons. St., V, 8.11.2017 n. 5146].

La tesi più restrittiva non appare convincente: la “trattativa” che conduce l'amministrazione si svolge durante tutto l'arco della gara, e non solo dopo la proposta di aggiudicazione. Il dovere di correttezza e buona fede va rispettato dalla stazione appaltante sin dalla pubblicazione del bando di gara o, nelle procedure senza bando, dalla diramazione degli inviti.

Che ci sia una “trattativa” anche prima della individuazione del vincitore (con la proposta di aggiudicazione) emerge con particolare evidenza nelle nuove procedure competitive con negoziazione, quali il partenariato per l'innovazione, il dialogo competitivo, le procedure negoziate con e senza bando, in cui vi può essere una fase di negoziazione plurima delle offerte, prima della messa a punto delle offerte finali. In tale fase la stazione appaltante è tenuta a rispettare la par condicio e a dare a tutti i concorrenti le stesse informazioni; la omissione di informazioni verso qualche concorrente, o il fornire informazioni non veritiere o fuorvianti, integra tipicamente la violazione dei doveri propri delle fasi delle trattative, a prescindere e prima della concreta individuazione del vincitore.

La plenaria del Consiglio di Stato ha aderito alla tesi più ampia. Ha osservato la plenaria che:

- anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza;
- nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento;
- la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo

che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede;

- affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione [Cons. St., ad. plen., 4.5.2018 n. 5].

Nel dettaglio la plenaria:

a) premette un'ampia ricostruzione storica dell'istituto della responsabilità precontrattuale nella disciplina del codice civile evidenziando come nell'intenzione originaria dei compilatori del codice civile del 1942, l'art. 1337 c.c. rappresentava un'espressione tipica della c.d. solidarietà corporativa, vale a dire di quel tipo di solidarietà che unisce tutti i fattori di produzione verso la realizzazione della massima produzione nazionale, sanzionando conseguentemente le condotte scorrette che impedivano il raggiungimento di tale scopo mentre nel mutato quadro costituzionale, è affermazione largamente condivisa quella secondo cui il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell'articolo 2 della Costituzione (cfr., ex multis, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188);

b) osserva che il generale dovere di solidarietà che grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano "momenti relazionali" socialmente o giuridicamente qualificati, in ragione del particolare status – professionale e, talvolta, pubblicistico – rivestito dai protagonisti della vicenda "relazionale"; ciò vale *a fortiori* per chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), da cui il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*;

c) nel disegno costituzionale, che pone al centro l'individuo (art. 2 Cost.), l'attenzione si sposta dal perseguimento dell'utilità sociale alla tutela della persona e delle sue libertà sicché la "funzione" del dovere di correttezza non è più tanto (o solo) quella di favorire la conclusione di un contratto (valido) e socialmente utile quanto quella di tutela della

libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza;

d) il nuovo legame che così si instaura tra dovere di correttezza e libertà di autodeterminazione negoziale (che va a sostituire l'impostazione precedente che legava alla correttezza la tutela dell'interesse nazionale) impedisce allora di restringerne lo spazio applicativo alle sole situazioni in cui sia stato avviato un vero e proprio procedimento di formazione del contratto o, comunque, esista una trattativa che abbia raggiunto già una fase molto avanzata, tanto da far sorgere il ragionevole affidamento circa la conclusione del contratto. Al contrario, la valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, in cui, pur eventualmente mancando una «trattativa» in senso tecnico-giuridico, venga, comunque, in rilievo una situazione «relazionale» qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative;

e) la nuova concezione del dovere di correttezza trova conferma nei più recenti orientamenti della giurisprudenza civile che ha ritenuto configurabile la c.d. responsabilità precontrattuale da contratto valido ma svantaggioso (Cass. civ., sez. un., 19.12.2007 n. 26725) e sull'esistenza di un dovere di correttezza anche in capo a colui che non è «parte» rispetto ad una trattativa che si svolge inter alios (Cass. civ., sez. un., 8 aprile 2011, n. 8034; Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2002, n. 10403);

f) venendo all'attività autoritativa della pubblica amministrazione rammenta che la giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza [Cons. St., IV, 6.3.2015 n. 1142; VI, 6.2.2013 n. 633; ad. plen., 5.9.2005 n. 6; Cass. civ., I, 12.5.2015 n. 9636; Cass. civ., I, 3.7.2014 n. 15250; Cass. civ., sez. un. 12.5.2008 n. 11656];

g) rammenta la distinzione tra **regole di validità** e **regole di comportamento** osservando che le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro

violazione non dà vita ad invalidità provvedimento, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto). Rammenta al riguardo la fattispecie della responsabilità dell'amministrazione da provvedimento favorevole poi annullato in via giurisdizionale o per autotutela (Cass. civ., sez. un., ordinanze "gemelle" 23.5.2011, nn. 6594, 6595, 6596);

h) accede all'orientamento giurisprudenziale secondo cui il dovere di correttezza e buona fede (e l'eventuale responsabilità precontrattuale in caso di sua violazione) sussiste, prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica strumentale alla scelta del contraente, che si pone quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale nell'ambito di un sistema di "trattative (c.d. multiple o parallele) che determinano la costituzione di un rapporto giuridico sin dal momento della presentazione delle offerte, secondo un'impostazione che risulta rafforzata dalla irrevocabilità delle stesse" (cfr. Cass. civ., I, 12.5.2015 n. 9636; Cons. St., IV, 6.3.2015 n. 1142; Cons. St., V, 15.7.2013 n. 3831);

i) ciò in quanto "la disciplina in materia di *culpa in contrahendo* non necessita, infatti, di un rapporto personalizzato tra p.a. e privato, che troverebbe la sua unica fonte nel provvedimento di aggiudicazione, ma è posta a tutela del legittimo affidamento nella correttezza della controparte, che sorge sin dall'inizio del procedimento. Diversamente argomentando, l'interprete sarebbe invece costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità" (così testualmente Cass. civ., sez. I, n. 15260/2014);

j) rileva che anche secondo il legislatore i doveri di correttezza e di lealtà gravano sulla pubblica amministrazione anche quando essa esercita poteri autoritativi sottoposti al regime del procedimento amministrativo; in tal senso depongono i seguenti indici normativi:

j1) l'art. 1 l. n. 241/1990 assoggetta l'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali assume un rilievo primario la tutela dell'affidamento legittimo (C. giust. CE, 3.5.1978 C-12/77 *Topfer*);

j2) gli artt. 21-novies, comma 1, e 21-quinquies della l. n. 241/1990 nel disciplinare i presupposti del potere di autotutela prescrivono che si deve sempre considerare l'affidamento del privato rispetto a un precedente provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica e sul quale basa una precisa strategia imprenditoriale;

j3) l'art. 10 dello Statuto del contribuente approvato con la l. n. 212/2000 che contiene un esplicito richiamo, sebbene settoriale, al "principio della collaborazione e della buona fede";

j4) l'art. 2-bis, c. 1, l. n. 241/1990 superando per tabulas il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 15.9.2005, n. 7 ha introdotto la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo che è fattispecie di danno da

comportamento, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, ledendo il diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali, fermo restando l'onere del privato di fornire la prova, oltre che del ritardo e dell'elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che non avrebbe altrimenti posto in essere;

k) conclude nel senso che i doveri di correttezza, lealtà e buona fede hanno un ampio campo applicativo, anche rispetto all'attività procedimentalizzata dell'amministrazione, operando pure nei procedimenti non finalizzati alla conclusione di un contratto con un privato sicché risulterebbe eccessivamente restrittiva e, per molti versi contraddittoria, la tesi secondo cui, nell'ambito dei procedimenti di evidenza pubblica, i doveri di correttezza (e la conseguente responsabilità precontrattuale dell'amministrazione in caso di loro violazione) nascono solo dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione;

l) per analoghe ragioni esclude che la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nella fase anteriore all'aggiudicazione possa riguardare esclusivamente il comportamento anteriore al bando, e, quindi, debba essere circoscritta alle ipotesi in cui l'amministrazione ha fatto sì che il bando venisse pubblicato nonostante fosse conosciuto o conoscibile che non vi erano i presupposti indefettibili. Tale soluzione implicherebbe delle limitazioni di responsabilità che non trovano fondamento normativo e che contrastano con l'atipicità (delle modalità di condotta) che caratterizza l'illecito civile. Pertanto qualsiasi comportamento anche se successivo al bando che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede può essere fonte di responsabilità precontrattuale;

m) al giudice spetta condurre una rigorosa verifica, da svolgersi necessariamente in concreto, circa l'effettiva sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generatrice del diritto al risarcimento del danno e segnatamente:

m1) la prova dell'esistenza dell'affidamento incolpevole;

m2) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà;

m3) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo secondo il regime probatorio di cui all'art. 2043 c.c.;

m4) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'amministrazione;

n) nel giudizio di accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale occorre valutare con particolare attenzione in sede applicativa i seguenti profili:

n1) il tipo di procedimento di evidenza pubblica che viene in rilievo (anche tenendo conto dei diversi margini di discrezionalità di cui la stazione appaltante dispone a seconda del criterio di aggiudicazione previsto dal bando);

n2) lo stato di avanzamento del procedimento rispetto al momento in cui interviene il ritiro degli atti di gara;

n3) il fatto che il privato abbia partecipato al procedimento e abbia, dunque, quanto meno presentato l'offerta (in assenza della quale le perdite eventualmente subite saranno difficilmente riconducibili, già sotto il profilo causale, a comportamenti scorretti tenuti nell'ambito di un procedimento al quale egli è rimasto estraneo);

n4) la conoscenza o, comunque, la conoscibilità, secondo l'onere di ordinaria diligenza richiamato anche dall'art. 1227, c. 2, c.c., da parte del privato dei vizi (di legittimità o di merito) che hanno determinato l'esercizio del potere di autotutela (anche tenendo conto del tradizionale principio civilistico, secondo cui non può considerarsi incolpevole l'affidamento che deriva dalla mancata conoscenza della norma imperativa violata);

n5) la c.d. affidabilità soggettiva del privato partecipante al procedimento (ad esempio, non sarà irrilevante verificare se avesse o meno i requisiti per partecipare alla gara di cui lamenta la mancata conclusione o, a maggior ragione, l'esistenza a suo carico di informative antimafia che avrebbero comunque precluso l'aggiudicazione o l'esecuzione del contratto).

Cons. St., ad. plen., n. 4/2018 impugnazione immediata o differita del bando di gara

I) sussiste il potere del Giudice di appello di rilevare ex officio la esistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado (con particolare riguardo alla condizione rappresentata dalla tempestività del ricorso medesimo), non potendo ritenersi che sul punto si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione;

II) le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura

Cons. St., ad. plen., n. 5/2017 criterio di calcolo del c.d. taglio delle ali per determinare la soglia di anomalia

1) il comma 1 dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163 del 2006 deve essere interpretato nel senso che, nel determinare il dieci per cento delle offerte con maggiore e con minore ribasso (da escludere ai fini dell'individuazione di quelle utilizzate per il computo delle medie di gara), la stazione appaltante deve considerare come 'unica offerta' tutte le offerte caratterizzate dal medesimo valore, e ciò sia se le offerte uguali si collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse;

2) il secondo periodo del comma 1 del d.P.R. 207 del 2010 (secondo cui “qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia”) deve a propria volta essere interpretato nel senso che l'operazione di accantonamento deve essere effettuata considerando le offerte di eguale valore come ‘unica offerta’ sia nel caso in cui esse si collochino ‘al margine delle ali’, sia se si collocano ‘all’interno’ di esse.

Tale decisione risolve una questione esegetica insorta in relazione alla previgente disciplina delle offerte anomale recata dal codice n. 163/2016.

La plenaria ha deliberatamente evitato di prendere posizione sulla soluzione della questione nel vigore del nuovo codice (osservando che il nuovo codice non trovava applicazione al caso di specie, e che “*pur condividendo in via generale la preoccupazione sottesa in parte qua all’ordinanza di rimessione (la quale auspica un chiarimento in ordine al regime applicabile in sede di anomalia delle offerte per le gare cui si applica il nuovo codice, nondimeno si tratta di una questione che potrà trovare adeguato componimento nelle pronunce che riguarderanno le gare indette successivamente all’entrata in vigore del decreto legislativo n. 50 del 2016)*”).

La decisione ritorna di perdurante attualità anche per la nuova disciplina, per come di seguito introdotta dal d.l. n. 32/2019, che in parte qua coincide con la previgente.

Infatti l’art. 97, comma 2, lett. a) e comma 2-bis), lett. a), codice del 2016, come novellato dal d.l. n. 32/2019 dispongono che: a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all’unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell’effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare. Tale previsione introdotta dal d.l. n. 32/2019 riproduce parzialmente l’art. 121 comma 1 dpr 207/2010 e sostanzialmente recepisce l’arresto della plenaria in commento.

L’ordinanza di rimessione Cons. St., III, ordinanza 13 marzo 2017, n. 1151 la medesima Terza Sezione, dopo aver ricostruito in modo ampio e dettagliato gli aspetti della questione e ravvisando obiettivi dubbi in ordine alla corretta interpretazione del comma 1 dell’articolo 86 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e del comma 1 dell’articolo 121 del d.P.R. 207 del 2010, ha rivolto a questa Adunanza plenaria (articolo 99 del cod. proc. amm.) aveva rimesso alla plenaria i seguenti quesiti:

a) se nel calcolo del 10 per cento delle offerte aventi maggiore e/ o minore ribasso, ai sensi dell’articolo 86, comma 1, del decreto legislativo n. 163 del 2006, occorra computare tutte le offerte aventi medesimo valore (e, dunque, medesimo ribasso) singolarmente una ad una o, invece, quale unica offerta (c.d. blocco unitario), facendo detta disposizione riferimento, letteralmente, all’esclusione del 10 per cento delle offerte aventi maggiore e minore ribasso e non dei singoli ribassi;

b) se la disposizione regolamentare dell'articolo 121, comma 1, secondo periodo, del d.P.R. n. 207 del 2010, nel prevedere che «qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del Codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia», intenda o, comunque, presupponga che le offerte aventi eguale valore rispetto a quelle da accantonare siano considerate, "accantonate" e accorpate come un'unica offerta o, invece, si limiti a prevedere solo che debbano essere escluse ("accantonate") dal calcolo della soglia di anomalia le offerte che, pur non rientrando nella quota algebrica del 10 per cento, abbiano tuttavia eguale valore rispetto a quelle da accantonare e cioè, per logica necessità, a quelle situate al margine estremo delle ali (c.d. offerte a cavallo).

Cons. St., ad. plen., n. 3/2017 attribuzione dell'attestazione SOA in caso di cessione di azienda o ramo di azienda, intervento in giudizio

1) La solidarietà di ragioni giuridiche astratte non può legittimare un intervento nemmeno nella forma di quello adesivo dipendente, e nemmeno in caso di rimessione alla plenaria di questioni giuridiche di interesse comune (v. anche plen. n. 23/2016 e n. 13/2018).

2) L'art. 76, comma 11, del D.P.R. n. 207/2010 deve essere interpretato nel senso che la cessione del ramo d'azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione, occorrendo procedere a una valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento».

3) In ipotesi di cessione di un ramo d'azienda, l'accertamento positivo effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, in ordine al mantenimento dei requisiti di qualificazione da parte dell'impresa cedente, comporta la conservazione dell'attestazione da parte della stessa senza soluzione di continuità.

La decisione è stata resa con riguardo ad appalto sottoposto al codice del 2006, ma è di perdurante attualità perché la disciplina della qualificazione SOA si applica transitoriamente nel vigore del nuovo codice, fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento unico che comprenderà anche la qualificazione.

L'ordinanza di rimessione Cons. St., III, 13.3.2017 n. 1152, aveva sottoposto alla plenaria i seguenti quesiti:

Se, ai sensi dell'art. 76, comma 11, del d.P.R. n. 207/2010 debba affermarsi il principio per il quale, in mancanza dell'attivazione del procedimento ivi contemplato (in sostanza, nuova richiesta di attestazione SOA), la cessione del ramo d'azienda comporti sempre, in virtù dell'effetto traslativo, il venir meno della qualificazione, o piuttosto, se debba prevalere la tesi che alla luce di una valutazione in concreto limita le fattispecie di cessione, contemplate dalla disposizione, solo a quelle che in quanto suscettibili di dar vita ad un nuovo soggetto e di sostanziarne la sua qualificazione, presuppongono che il cessionario [il cedente n.d.r.] se ne sia definitivamente spogliato, ed invece esclude le diverse fattispecie di cessione di parti del compendio aziendale, le quali, ancorché qualificate dalle parti come trasferimento di "rami aziendali", si riferiscano, in concreto, a porzioni prive di autonomia funzionale e risultano pertanto inadeguate a consentire al soggetto cedente [il cessionario n.d.r.] di ottenere la qualificazione».

2)«Se l'accertamento effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, valga sempre e solo per il futuro, oppure se, nei casi in cui l'organismo SOA accerti ex post il mantenimento dei requisiti speciali in capo al cedente, nonostante l'avvenuta cessione di una parte del compendio aziendale, l'attestazione possa anche valere ai fini della conservazione della qualificazione senza soluzione di continuità».

La tesi dell'automatismo è sostenuta da Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 811, n. 812 e n. 813 (in precedenza negli stessi termini sez. III, 12 novembre 2014, n. 5573 e 7 maggio 2015, n. 2296): nel caso di cessione di ramo d'azienda il cedente perde automaticamente le qualificazioni, ancorché resti “per avventura” in dotazione di requisiti sufficienti per una determinata qualificazione, poiché ciò non lo esonera dal chiedere a una Società Organismo di Attestazione l'attestazione di qualificazione, che a norma dell'art. 60, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici. Secondo questo orientamento non potrebbe darsi rilievo alla conferma *ex post* dei requisiti operati dalla SOA in sede di verifica triennale, poiché essa giammai potrebbe avere un effetto sanante, stante l'effetto traslativo della cessione. Al contempo l'importanza e l'entità del compendio ceduto non potrebbe essere accertata mediante verifica *ex post*, bensì dovrebbe essere necessariamente sottoposta a specifica valutazione *ex ante* da parte della SOA a mezzo del procedimento ex art. 76, comma 11, del D.P.R. n. 207/2010.

La tesi contraria è sostenuta da Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2016, n. 4347 e n. 4348: è ammissibile la verifica in concreto della entità dei beni e rapporti trasferiti con il negozio traslativo al fine di accertare se di vero e proprio trasferimento di ramo di azienda si sia trattato o non piuttosto di trasferimento di singoli cespiti; al contempo alla verifica triennale positiva di validità della attestazione SOA, successiva al negozio traslativo, deve riconnettersi non l'effetto di una rinnovazione *ex nunc* della validità del precedente certificato quanto piuttosto la attestazione della sua perdurante validità, senza soluzione di continuità. Pertanto deve escludersi che ogni trasferimento di ramo aziendale comporti comunque l'automatica decadenza dalla titolarità delle attestazioni SOA anche se il cedente non perde la consistenza che gli ha consentito di ottenerne il rilascio, come poi accertato in sede di verifica triennale. A tale tesi aderisce Cons. Stato, sez. III, 9 gennaio 2017, n. 30, secondo cui «occorre escludere in linea di principio a danno del cedente qualsiasi automatismo decadenziale conseguente alla cessione d'azienda, intendendosi con ciò affermare che occorre aver riguardo alla causa in concreto del negozio di cessione e al sottostante regolamento di interessi voluto dalle parti, in tutta la sua ampiezza, complessità e particolarità, per determinare se la cessione dei beni aziendali comporti, o meno, la perdita dei requisiti di cui alle attestazioni SOA in capo alla cedente» (*idem*, sez. V, n. 5706 del 17 dicembre 2015).

Per comodità narrativa e assonanza concettuale si può definire la prima tesi “formalistica” (essendo rigidamente ancorata al principio del consenso traslativo ed alla concezione

astratta della causa contrattuale), la seconda “sostanzialistica” (fondandosi su un approccio concreto al contenuto negoziale e sulla vincolatività della conferma dell’attestazione SOA). In sintesi, la diversità di opinioni sul punto, all’interno del Consiglio di Stato, appare netta ed equamente suddivisa, ma l’indirizzo più recente propende per la tesi sostanzialistica. La giurisprudenza di primo grado appare prevalentemente orientata a favore della tesi sostanzialistica, ribadita da ultimo dalla citata pronuncia del Tar Lazio.

2.2 L’ordinanza di rimessione esprime condivisione per la tesi sostanzialistica, valorizzando il dato testuale dell’art. 76, comma 11, del D.P.R. n. 207/2010, alla luce del quale, se il cessionario non acquista automaticamente la qualificazione, simmetricamente deve escludersi che il cedente possa automaticamente perderla. Aggiunge che le fattispecie di cessione contemplate dalla disposizione in questione sono solo quelle che implicano il trasferimento di tutte quelle risorse aziendali (considerate dall’art. 79 del DPR n. 207/2010 requisiti d’ordine speciale), le quali, proprio perché suscettibili di dar vita ad un nuovo soggetto e di sostanziarne la sua qualificazione, presuppongono che il cedente se ne sia definitivamente spogliato. Non vi rientrano, invece, le diverse fattispecie di cessione di parti del compendio aziendale, le quali, ancorché qualificate come trasferimento di “rami aziendali”, si riferiscono, in concreto, a porzioni prive di autonomia funzionale e risultano pertanto inidonee a consentire al cessionario di ottenere la qualificazione.

Quanto alla rilevanza, ai fini della conservazione della qualificazione SOA, dell’attestazione successiva con cui l’organismo SOA accerti che, anche in seguito alla cessione di una parte del compendio aziendale, l’impresa cedente mantenga tutti i prescritti requisiti, la sezione remittente evidenzia il paradosso che si realizzerebbe da un lato consentendo «*all’impresa che abbia richiesto nei prescritti termini la verifica triennale del proprio attestato SOA di partecipare alle gare indette dopo il triennio, anche se la verifica sia compiuta successivamente, fermo restando che l’efficacia dell’aggiudicazione è subordinata all’esito positivo della verifica stessa*» (Cons. Stato, Ad. plen, 18 luglio 2012, n. 27), dall’altro vietando la partecipazione alle gare per il sol fatto di avere stipulato un negozio avente il *nomen iuris* di cessione del ramo d’azienda, persino quando la verifica triennale del proprio attestato SOA concluda, poi, per l’irrilevanza dell’atto ai fini della qualificazione. In caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine. Nel caso di affitto di azienda l’affittuario può avvalersi dei requisiti posseduti dall’impresa locatrice se il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni (art. 76, c. 9, d.P.R. n. 207/2010).

Nel caso di cessione del complesso aziendale o del suo ramo, il soggetto richiedente l’attestazione presenta alla SOA perizia giurata redatta da un soggetto nominato dal tribunale competente per territorio (art. 76, c. 10, d.P.R. n. 207/2010).

Ai fini dell’attestazione di un nuovo soggetto, nell’ipotesi in cui lo stesso utilizzi l’istituto della cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, le SOA accertano quali requisiti di qualificazione sono trasferiti al cessionario con l’atto di cessione. Nel caso in cui

l'impresa cedente ricorra alla cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, la stessa può richiedere alla SOA una nuova attestazione, riferita ai requisiti oggetto di trasferimento, esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo (art. 76, c. 11, d.P.R. n. 207/2010).

Gli atti di fusione o di altra operazione societaria sono depositati dalle imprese, entro trenta giorni, presso l'Autorità e la camera di commercio, industria e artigianato per l'iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2556 c.c. (art. 76, c. 12, d.P.R. n. 207/2010).

Da tale disciplina se ne desume, secondo una tesi, che nel caso delle vicende societarie o di cessione di azienda suddette, e in particolare nel caso di cessione di ramo di azienda, né il cedente né il cessionario possono valersi della attestazione di qualificazione posseduta dall'azienda ceduta, pur potendo richiederne una nuova alla società di attestazione. L'attestazione di qualificazione rilasciata da una SOA non è cedibile, dato che viene rilasciata al termine di un procedimento istruttorio diretto ad accertare il possesso dei requisiti previsti dalla legge in capo al solo soggetto giuridico che l'ha richiesta³⁵.

E' stata rimessa alla plenaria la questione:

a) se, ai sensi dell'art. 76, c. 11, d.P.R. n. 207/2010, debba affermarsi il principio per cui, in mancanza dell'attivazione del procedimento ivi contemplato (nuova richiesta di attestazione SOA), la cessione del ramo d'azienda comporti sempre, in virtù dell'effetto traslativo, il venir meno della qualificazione, o piuttosto, se debba prevalere la tesi che alla luce di una valutazione in concreto limita le fattispecie di cessione, contemplate dalla disposizione, solo a quelle che, in quanto suscettibili di dare vita ad un nuovo soggetto e di sostanziarne la sua qualificazione, presuppongono che il cessionario se ne sia definitivamente spogliato, ed invece esclude le diverse fattispecie di cessione di parti del compendio aziendale, le quali, ancorché qualificate dalle parti come trasferimento di "rami aziendali", si riferiscano, in concreto, a porzioni prive di autonomia funzionale e risultano pertanto inidonee a consentire al soggetto cedente di ottenere la qualificazione;

b) se l'accertamento effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, valga sempre e solo per il futuro, oppure se, nei casi in cui l'organismo SOA accerti ex post il mantenimento dei requisiti speciali in capo al cedente, nonostante l'avvenuta cessione di una parte del compendio aziendale, l'attestazione possa anche valere ai fini della conservazione della qualificazione senza soluzione di continuità³⁶.

Sono infatti insorti contrasti giurisprudenziali in ordine all'effetto della cessione di un ramo di azienda sui requisiti di qualificazione.

Una parte della giurisprudenza ha affermato che, in mancanza dell'attivazione del procedimento previsto dall'art. 76, c. 11, d.P.R. n. 207/2010, la cessione del ramo

³⁵ Cons. St., III, 16.1.2015 n. 70; Id., III, 12.11.2014 n. 5573/2014.

³⁶ Cons. St., III, 13.3.2017 n. 1152, ord.

d'azienda comporta, in virtù dell'effetto traslativo, il venir meno della qualificazione³⁷. Altra parte della giurisprudenza ha invece sostenuto che non merita condivisione la tesi secondo cui ogni trasferimento di ramo aziendale comporta comunque, anche se il cedente non perde la consistenza che gli ha consentito di ottenere le attestazioni SOA, l'automatica decadenza dalla loro titolarità³⁸.

L'ordinanza di rimessione alla plenaria ha affermato di aderire all'orientamento espresso nelle sentenze della sez. V, secondo cui non ogni trasferimento di ramo di azienda comporta, sempre e comunque, l'automatica decadenza dalla qualificazione, potendo tale conclusione essere sostenuta solo nell'ipotesi in cui il cedente abbia concretamente perso la consistenza aziendale che gli aveva consentito di ottenere le attestazioni SOA.

Nessun automatismo acquisitivo vige dunque per il cessionario.

La Sezione ha rimesso all'Adunanza Plenaria, anche la questione se, ai fini della conservazione della qualificazione SOA, possa assumere rilevanza l'attestazione successiva con cui l'organismo SOA accerti che, anche in seguito alla cessione di una parte del compendio aziendale, l'impresa cedente mantenga tutti i prescritti requisiti.

Al riguardo, una parte della giurisprudenza ha sostenuto che, in caso di cessione di un ramo d'azienda, né il cedente né il cessionario potrebbero avvalersi della qualificazione posseduta dall'azienda ceduta, pur potendo richiederne una nuova. Ne deriverebbe la conseguenza che l'accertamento effettuato dalla SOA potrebbe valere solo per il futuro, senza alcuna idoneità "sanante" della perdita dell'attestazione, derivante automaticamente dalla cessione³⁹.

La Sezione ha affermato di non condividere questa tesi interpretativa, che potrebbe prestarsi a sospetti di incostituzionalità, nella misura in cui giunge ad equiparare irragionevolmente la situazione del cessionario a quella del cedente, trascurando di considerare che: a) il cessionario, in quanto soggetto nuovo, "nato" dalla cessione, è giustamente impedito nella spendita della qualificazione, con conseguente impossibilità di partecipare nelle more alle gare - trattandosi di un nuovo soggetto che intende qualificarsi sulla base di requisiti che prima oggettivamente non possedeva - sino a quando la SOA non abbia attestato che i requisiti acquistati siano in concreto sufficienti a conseguire la qualificazione; b) il cedente è invece un soggetto che possedeva i requisiti e che si presume continui a possederli sino a quando la SOA in sede di verifica non lo escluda, con il corollario che, ove invece la verifica confermi la permanenza dei requisiti, nessun dubbio dovrebbe porsi circa il diritto a spendere la qualificazione senza soluzione di continuità. L'accertamento in questa specifica ipotesi, seppur operato *ex post*, sostanzia - a differenza del caso del cessionario che aspira ad un *quid novi* - la conferma di una qualificazione già posseduta.

La plenaria ha aderito alla tesi "sostanzialista" sulla base di argomenti di carattere

³⁷ Cons. St., IV, 29.2.2016 nn. 811, 812 e 813.

³⁸ Cons. St., V, 18.10.2016 nn. 4347 e 4348; Id., III, 9.1.2017 n. 30.

³⁹ Cons. St., IV, 29.2.2016 nn. 811, 812 e 813.

letterale, logico-sistematico e teleologico.

Cons. St., ad. plen., n. 2/2017 azione risarcitoria per impossibilità di esecuzione del giudicato e danni risarcibili in caso di mancata aggiudicazione, legittimazione passiva nel giudizio risarcitorio davanti al giudice amministrativo

1) *Dal giudicato amministrativo, quando riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale, esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere, nasce ex lege, in capo all'amministrazione, un'obbligazione, il cui oggetto consiste nel concedere "in natura" il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza.*

2) *L'impossibilità (sopravvenuta) di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione nascente dal giudicato – che dà vita in capo all'amministrazione ad una responsabilità assoggettabile al regime della responsabilità di natura contrattuale, che l'art. 112, comma 3, c.p.a., sottopone peraltro ad un regime derogatorio rispetto alla disciplina civilistica – non estingue l'obbligazione, ma la converte, ex lege, in una diversa obbligazione, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica; l'insorgenza di tale obbligazione può essere esclusa solo dalla insussistenza originaria o dal venir meno del nesso di causalità, oltre che dell'antigiuridicità della condotta.*

3) *In base agli articoli 103 Cost. e 7 c.p.a., il giudice amministrativo ha giurisdizione solo per le controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione o un soggetto ad essa equiparato, con la conseguenza che la domanda che la parte privata danneggiata dall'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato proponga nei confronti dell'altra parte privata, beneficiaria del provvedimento illegittimo, esula dall'ambito della giurisdizione amministrativa.*

4) *Nel caso di mancata aggiudicazione, il danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto). Spetta, in ogni caso, all'impresa danneggiata offrire, senza poter ricorrere a criteri forfettari, la prova rigorosa dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.), e la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità - o di estrema difficoltà - di una precisa prova sull'ammontare del danno.*

5) *Il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato o potuto riutilizzare mezzi e manodopera per altri lavori, a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum.*

Si segnala che:

- la prima massima qualifica l'azione di risarcimento da impossibilità di esecuzione specifica del giudicato come di inadempimento contrattuale (prescrizione 10 anni), con il paradigma art. 1218 c.c. con deroga perché la sopravvenuta impossibilità di adempimento non imputabile non esonera da responsabilità; inoltre sarebbe una responsabilità oggettiva; sono necessari i parametri di nesso causale e antigiridicità. Non affronta il tema del limite del danno risarcibile: il danno prevedibile ex art. 1225 c.c., ma sembra un parametro da applicare se la responsabilità è qualificata come contrattuale;
- la terza massima esclude l'azione di danno di un privato verso altro privato nella giurisdizione amministrativa ed esclude lo spostamento della giurisdizione per connessione (in adesione alla tesi delle sez. un. su entrambi i profili);
- la quarta massima recepisce consolidati principi della giurisprudenza amministrativa;
- la quinta massima sebbene appaia tranciante e si presti alla lettura che il mancato utile sarebbe del tutto non risarcibile in difetto di prova del mancato aliunde perceptum o percipiendum, in concreto la decisione utilizza parametri forfettari ed equitativi, con una presunzione di aliunde perceptum o percipiendum parziale (e decurtazione del 25% del mancato utile effettivo).

Cons. St., ad. plen., n. 23/2016 contratto di avvalimento, natura forma e contenuto, intervento in giudizio

1) *Nel processo amministrativo non è ammesso l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le quaestiones iuris controverse nei due giudizi, diversamente si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di 'interesse' del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, in toto scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce.*

2) *L'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e l'articolo 88 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione all'articolo 47, paragrafo 2 della Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi (quale quella che qui rileva) in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile.*

In siffatte ipotesi, neppure sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica c.d. del 'requisito della forma/contenuto', non venendo in rilievo l'esigenza (tipica dell'enucleazione di tale figura) di assicurare una particolare tutela al contraente debole attraverso l'individuazione di una specifica forma di 'nullità di protezione'.

Le conclusioni di cui sopra trovano applicazione, non ravvisandosi ragioni in senso contrario, anche nel caso di categorie che richiedono particolari requisiti di qualificazione come la OS18A (riguardante "la produzione in stabilimento ed il montaggio in opera di strutture di acciaio").

3) *Il contratto di avvalimento è atipico e presenta elementi (i) del contratto di mandato di cui agli articoli 1703 e seguenti del codice civile, ii) dell'appalto di servizi, nonché iii) aspetti di garanzia atipica nei*

rapporti fra l'impresa ausiliaria e l'amministrazione aggiudicatrice per ciò che riguarda l'assolvimento delle prestazioni dedotte in contratto.

Il contratto di avvalimento presenta tipicamente un carattere di onerosità.

Il contratto di avvalimento deve avere forma scritta ad substantiam. La forma scritta del contratto di avvalimento sia prescritta ad substantiam.

Depongono in particolare in tal senso:

i) l'articolo 49, comma 2, lettera f) del previgente 'Codice' il quale, nel prevedere che il concorrente debba produrre ai fini della partecipazione alla gara "in originale o copia autentica il contratto [di avvalimento]", presuppone – sia pure in modo implicito – che il Legislatore richieda la forma scritta per la stessa stipula del contratto;

ii) la sussistenza nel caso di specie delle ragioni di responsabilizzazione del consenso che tipicamente presiedono alla scelta legislativa di imporre che il contratto sia stipulato con forma scritta prescritta ad substantiam.

L'ordinanza di rimessione del CGARS n. 52/2016 aveva sottoposto alla plenaria i seguenti quesiti:

1) se l'articolo 88 d.P.R. 207/2010 – nel richiedere che il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente, l'oggetto indicando le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico – riguarda unicamente la determinazione dell'oggetto del contratto (così legittimando anche interpretazioni di tipo estensivo) oppure, oltre all'oggetto, anche il c.d. requisito della forma-contenuto;

2) se nell'ipotesi di categorie che richiedono particolari requisiti – come nel caso di specie risulta per la categoria OS18A – tali particolari requisiti debbano essere indicati in modo esplicito nel contratto di avvalimento oppure possano essere desunti dall'interpretazione complessiva del contratto;

3) se l'istituto del soccorso istruttorio, come disciplinato dopo le novità introdotte dal d.l. 90/2014, possa essere utilizzato anche con riferimento ad incompletezze del contratto di avvalimento che, sotto un profilo civilistico, portano ad affermare la nullità del negozio per mancanza di determinatezza del suo oggetto.

Tale plenaria è stata resa con riferimento alla disciplina recata dal codice del 2006 ma è di perdurante attualità nel vigore del codice del 2016.

Cons. St., ad. plen., n. 22/2019 applicabilità del rito degli artt. 119 e 120 c.p.a. alle concessioni di servizi e concedibilità dell'errore scusabile

1) Gli artt. 119 e 120 del c.p.a. sono applicabili alle procedure di affidamento di servizi in concessione.

2) Dev'essere concesso il beneficio della rimessione in termini per errore scusabile, ai sensi dell'art. 37 c.p.a., in favore dell'impresa ricorrente che ha notificato il ricorso avverso l'affidamento di una concessione dopo la scadenza del termine di decadenza di trenta giorni previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a. (ma nel rispetto di quello, ordinario, di sessanta giorni).

Tale plenaria è di perdurante attualità nel vigore del codice dei contratti pubblici del 2016.

Così motiva la plenaria quanto all'applicabilità del rito speciale alle concessioni di servizi:

a) costituisce concessione di servizio il contratto con cui una pubblica amministrazione affida a un operatore economico, che assume in via esclusiva il rischio economico

dell'impresa, il diritto di installare e gestire un distributore automatico di alimenti e bevande, corrispondendo alla concedente un canone a titolo di corrispettivo, ed erogando il servizio nei confronti di terzi;

b) l'esegesi dell'art.119, c. 1, lett. a), c.p.a. e, segnatamente, della locuzione "provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture" (rispetto alla quale la prescrizione contenuta nell'art.120 c.p.a., c. 5, si rivela del tutto dipendente e conseguente), deve avvenire in base a criteri rigorosi e restrittivi trattandosi di una disposizione che introduce un regime derogatorio di naturale eccezionale, con la conseguenza che deve essere utilizzato esclusivamente il canone fondamentale della interpretazione letterale;

c) la nozione di "procedure di affidamento" ha ricevuto una definizione puntuale nella sede propria (ovvero il codice dei contratti pubblici), e come tale vincolante ove non emerga una diversa esplicita volontà della legge; l'art. 3, c. 36, d.lgs. n. 163/2006 (ma, poi, con le medesime parole, l'art.3, lett. rrr), d.lgs. n. 50/2016, recante il nuovo codice dei contratti pubblici) sancisce che "Le «procedure di affidamento» e l'«affidamento» comprendono sia l'affidamento di lavori, servizi, o forniture, o incarichi di progettazione, mediante appalto, sia l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione, sia l'affidamento di concorsi di progettazione e di concorsi di idee";

d) la parola "affidamento", se usata senza ulteriori precisazioni o limitazioni del suo oggetto (come nella fattispecie in esame), dev'essere decifrata come significativa dell'attività con cui, contestualmente, la pubblica amministrazione sceglie il suo contraente e gli attribuisce la titolarità del relativo rapporto; la valenza generale del termine, quindi, deve intendersi come comprensiva di tutte le tipologie contrattuali in relazione alle quali resta logicamente concepibile un affidamento e, quindi, sia degli appalti che delle concessioni; ancorché non decisivo perché cedevole rispetto a quello letterale, converge anche il criterio teleologico: la ratio del rito speciale in questione, agevolmente identificabile nell'esigenza della sollecita definizione dei giudizi aventi a oggetto provvedimenti amministrativi riferibili all'esercizio di funzioni pubbliche che implicano la cura di interessi generali particolarmente rilevanti (e che, come tali, non tollerano una prolungata situazione giudiziaria di incertezza), risulta riferibile nella stessa misura alle controversie relative agli appalti ed a quelle concernenti le concessioni;

e) ineludibili esigenze sistematiche di sicurezza giuridica e di coerenza ordinamentale impongono di assoggettare al rito speciale anche le procedure concernenti le concessioni, al fine di evitare ogni incertezza circa le regole processuali applicabili ai contratti misti, anche sotto il profilo che, altrimenti, le controversie relative a tale tipologia contrattuale, ampiamente conosciuta nella prassi e codificata dall'art.169 del codice dei contratti pubblici del 2016, soffrirebbero, infatti, di un'inammissibile instabilità regolativa.

Così motiva la plenaria quanto all'errore scusabile.

Il Collegio non ignora, e, anzi, condivide, i principi costantemente affermati in merito alla natura eccezionale del predetto beneficio, ma reputa che, nella fattispecie, ricorrano le

condizioni che autorizzano (anzi: impongono) la rimessione in termini dell'impresa ricorrente.

9.2- Se è vero, infatti, che la norma che disciplina l'istituto in esame deve intendersi di stretta interpretazione, in quanto si risolve in una deroga della regola relativa agli effetti decadenziali prodotti dall'inosservanza di un termine processuale perentorio (Cons. St., sez. V, 28 luglio 2014, n.3986) e che una somministrazione eccessivamente benevola del relativo beneficio "finirebbe per inficiare il principio, quantomeno di pari dignità rispetto all'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, della parità delle parti relativamente all'osservanza dei termini processuali perentori" (Cons. St., Ad. Plen., 19 novembre 2014, n.33), è anche vero che, al fine di garantire una qualche utilità alla norma in questione, risulta necessario riconoscerne l'applicabilità a situazioni in cui siano ravvisabili oggettive ragioni di incertezza in ordine alla durata del termine che la parte ha mancato di rispettare.

Ove, infatti, resti dimostrata un'obiettiva ambiguità in relazione alla stessa consistenza dell'onere processuale in relazione al quale si è verificata la decadenza, il beneficio in questione deve intendersi come il rimedio, ancorchè eccezionale, più appropriato ad assicurare l'effettività del diritto di difesa, in situazioni (si ripete) nelle quali il mancato rispetto del termine non può ritenersi rimproverabile alla parte.

9.3- Orbene, nel caso in esame si è verificata una situazione in cui, ancorchè la disposizione legislativa fosse testualmente interpretabile come comprensiva, nel suo ambito applicativo, anche delle controversie in materia di concessioni di servizi, non poche decisioni del Consiglio di Stato l'hanno letta, valorizzando il suo carattere eccezionale e derogatorio, come riferita solo ai ricorsi in materia di appalti, escludendo espressamente, dal suo perimetro operativo, i giudizi in materia di concessioni.

A fronte della controversa e incerta elaborazione giurisprudenziale appena descritta, appare, per un verso, arduo giudicare inescusabile l'errore in cui è incorsa la parte che, aderendo a un significativo e consistente indirizzo giurisprudenziale, ha (in buona fede) ritenuto che il termine per la proposizione del ricorso fosse di sessanta (e non di trenta) giorni e, per un altro, doveroso il riconoscimento in favore di quest'ultima del beneficio della rimessione in termini.

Una interpretazione eccessivamente rigorosa dell'art.37 c.p.a., che comportasse, cioè, il rifiuto del beneficio della rimessione in termini anche nella situazione in esame, finirebbe, a ben vedere, per vanificare la finalità dell'istituto e per privarlo di ogni utilità pratica (ove negato, appunto, anche a fronte di una palese incertezza giurisprudenziale sulla stessa misura del termine in relazione al quale si è consumata la decadenza).

Cons. St., ad. plen., n. 20/2016 oneri di sicurezza e soccorso istruttorio

Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi

minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio”.

Superata da ius superveniens, codice del 2016, v. sub plenarie nn. 1, 2, 3 del 2019.

Cons. St., ad. plen., n. 19/2016 oneri di sicurezza e soccorso istruttorio

Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio”.

Superata da ius superveniens, codice del 2016, v. sub plenarie nn. 1, 2, 3 del 2019.

Cons. St., ad. plen., n. 10/2016 regolarizzazione del durc

Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, l'accertamento inerente alla regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara. Tale accertamento viene effettuato, nei limiti del giudizio relativo all'affidamento del contratto pubblico, in via incidentale, cioè con accertamento privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale.

Rinviando al principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016, “Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto”.

i requisiti generali e speciali devono essere posseduti non solo alla data di scadenza del bando, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e al momento dell'aggiudicazione

sia provvisoria che definitiva (anche Cons. St., ad. plen., 15.4.2010 n. 2155; Cons. St., ad. plen., 7.4.2011 n. 4, par. 59; Cons. St., ad. plen., 20.7.2015 n. 8).

Ai fini della verifica per il rilascio del DURC, in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro nonché degli altri soggetti di cui all'art. 1, l. 11.1.1979 n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità (art. 31, c. 8, d.l. n. 69/2013).

Si tratta del c.d. "preavviso di DURC negativo" già previsto dal d.m. 24.10.2007 e ora legificato.

L'ampia formulazione di tale previsione, induce a ritenere che essa si applichi sia nei casi in cui il DURC è chiesto dall'interessato (al fine di fruire di benefici, finanziamenti, etc.), sia nei casi in cui il DURC è acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti.

Tuttavia, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con plurime decisioni, ha ritenuto che la previsione non trovi applicazione nel caso di DURC chiesto d'ufficio dalle stazioni appaltanti.

La plenaria ha in particolare sostenuto che anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, c. 8, d.l. n. 69/2013, non sarebbero consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa deve essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, c. 3, d.m. 24.10.2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, c. 8, d.l. n. 69/2013, potrebbe operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai fini della partecipazione alla gara d'appalto⁴⁰.

La soluzione non può essere condivisa stante la portata generale del citato art. 31, c. 8, d.l. n. 69/2013.

Tali plenarie erano state oggetto di *overruling* legislativo in quanto la versione originaria del nuovo codice, pur senza intervenire sull'art. 31, c. 4, d.l. n. 69/2013, prevedeva che per la dimostrazione della regolarità contributiva al fine della partecipazione alla gara di appalto il DURC non va acquisito d'ufficio, ma chiesto al concorrente (art. 86, c. 2, lett. b).

⁴⁰ Cons. St., ad. plen., 29.2.2016 nn. 5 e 6, la prima in UA, 2016, 787, nt. critica R. CARANTA, *La regolarizzazione dei debiti contributivi: la soluzione della plenaria*; Id., 25.5.2016 n. 10; Cons. St., V, 31.8.2016 n. 3751; Id., 16.8.2016 n. 3638; Id., V, 29.4.2016 n. 1650; Id., IV, 3.3.2017 n. 1006.
In termini Cass., sez. un., 29.3.2017 n. 8117.

Sicché, in caso di DURC chiesto dall'interessato, trova piena esplicazione l'art. 31, c. 8, d.l. n. 69/2013.

Il correttivo ripristina la regola che il DURC in gara è chiesto dalla stazione appaltante, e dunque riprende vita la tesi secondo cui non opera in materia di contratti pubblici il c.d. preavviso di DURC negativo.

Sicché le plenarie nn. 5, 6, 10 del 2016 sono di perdurante attualità nel vigore del codice del 2016.

Cons. St., ad. plen., n. 6/2016 regolarizzazione del durc

Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto”.

V. commento sub plenaria n. 10/2016.

Cons. St., ad. plen., n. 5/2016 regolarizzazione del durc

Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto”.

V. commento sub plenaria n. 10/2016.

Cons. St. n. 11/2015 necessità o meno della indicazione in gara dei nomi dei subappaltatori (idem plenaria n. 9/2015)

In conformità alla plenaria n. 9/2015 l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art. 107, comma 2, d.P.R. n. 207/2010.

Trattasi di pronuncia resa in relazione al codice del 2006. Superata in parte dal nuovo codice per i soli casi di terna obbligatoria in gara, istituto peraltro sospeso dal d.l. n. 32/2019 fino al 31.12.2020.

Nella disciplina anteriore al codice del 2016, i nomi dei subappaltatori non dovevano essere indicati in gara⁴¹.

La questione era stata chiarita in tal senso dall'adunanza plenaria sia in generale, sia con riferimento al c.d. subappalto necessario⁴², per il quale ultimo si era delineato un contrasto di giurisprudenza.

Osservava la plenaria che:

a) la validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare e che abbia, poi, trasmesso alla stazione appaltante il contratto di subappalto almeno venti giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati;

b) il subappalto è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talché il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice, tra le quali, ad esempio, l'incameramento della cauzione.

Anche l'ANAC aveva ripetutamente affermato il principio dell'obbligatorietà della sola indicazione in gara delle lavorazioni che si intendono affidare in subappalto e contestualmente escluso l'obbligatorietà dell'indicazione nominativa del subappaltatore⁴³.

Il codice e il decreto correttivo, in attuazione della delega, hanno previsto la obbligatoria indicazione in gara dei nomi dei subappaltatori, tramite la c.d. terna, con alcune deroghe.

L'istituto, molto controverso e di difficile applicazione pratica, è stato contestato dalla Commissione europea, nella citata procedura di infrazione, ed era stato abrogato dal d.l. n. 32/2016 nella sua versione originaria.

In sede di conversione, la terna non è stata abrogata ma solo sospesa, fino al 31.12.2020.

⁴¹ Cons. St., V, 19.6.2012 n. 3563; Id., VI, 26.5.2015 n. 2662.

⁴² Cons. St., ad. plen., 2.11.2015 n. 9, in *Foro it.*, 2016, III, 65, nt. di CONDORELLI; *UA*, 2016, nt. di V. GASTALDO 172 ss. e nt. di A. LONGO e E. CANZONIERI, 183 ss.; Id., 1.12.2015 n. 11; la questione era stata rimessa alla plenaria da Cons. St., IV, 3.6.2015 n. 2707 e da Cons. St., V, 17.6.2015 n. 3069; sulla questione della necessità o meno di indicazione dei nominativi dei subappaltatori in caso di c.d. subappalto necessario, prima di tale plenaria, v., nel senso della necessità di indicazione: Cons. St., IV, 3.3.2016 n. 879; Id., V, 21.7.2015 n. 3615; Id., IV, 4.5.2015 n. 2223; Id., V, 25.2.2015 n. 944; Id., V, 10.2.2015 n. 676; Id., III, 26.11.2014 n. 5856; Id., V, 28.8.2014 n. 4405; Id., IV, 26.8.2014 n. 4299; Id., IV, 26.5.2014 n. 2675; Id., IV, 13.3.2014 n. 1224; Id., III 5.12.2013 n. 5781; Id., III, 4.9.2013 n. 4431; Id., V, 21.11.2012 n. 5900; Id., VI, 2.5.2012 n. 2508; nel senso della non necessità di indicazione dei nominative in gara: Cons. St., IV, 4.5.2015 n. 2223; Id., V, 7.7.2014 n. 3449; Id., V, 19.6.2012 n. 3563.

⁴³ ANAC, determinazione 8.1.2015 n. 1; ANAC, parere 30.1.2014 n. 11; AVCP, determinazione 10.10.2012 n. 4.

Cons. St., n. 10/2015 il prezzo prevalente in caso di discordanza tra quello espresso in lettere e quello espresso in cifre

In base al codice n. 163/2006, in caso di discordanza tra prezzo in lettere e prezzo in cifre, nel criterio di aggiudicazione al prezzo più basso, prevale il prezzo espresso in lettere.

Si dubita che la previsione sia di perdurante attualità nel vigore del codice del 2016, atteso che è stata abrogata la previsione su cui la plenaria fonda il suo ragionamento (art. 119 dpr 207/2010) e viceversa è rimasta in vigore la previsione del 1924 (art. 72 r.d. n. 827/1924) secondo cui prevale il prezzo più vantaggioso per l'amministrazione.

Il **Cons. giust. sic. con l'ordinanza 11 maggio 2015 n. 390** ha rimesso alla plenaria la questione circa l'esatta individuazione del criterio utile a dirimere le incertezze derivanti dall'emersione di discordanze fra le offerte espresse in lettere e quelle espresse in cifre, in sede di esame delle offerte presentate dagli operatori partecipanti ad una gara finalizzata all'affidamento di un contratto pubblico di lavori, servizi o forniture.

La problematica sorge in conseguenza dell'eventuale sovrapposizione della disciplina contenuta, da un lato, nell'art. 72 r.d. n. 827/1924, mai abrogato, e, dall'altro lato, nell'art. 119 c. 2 d.P.R. n. 207/2010.

La prima delle disposizioni citate sancisce che “quando in una offerta all'asta vi sia discordanza fra il prezzo indicato in lettere e quello indicato in cifre, è valida l'indicazione più vantaggiosa per l'amministrazione”.

Diversamente, l'art. 119 d.P.R. n. 207/2010 prevede che “il prezzo complessivo offerto, rappresentato dalla somma di tali prodotti, è indicato dal concorrente in calce al modulo stesso, unitamente al conseguente ribasso percentuale rispetto al prezzo complessivo posto a base di gara. Il prezzo complessivo ed il ribasso sono indicati in cifre ed in lettere. In caso di discordanza prevale il ribasso percentuale indicato in lettere”. Al comma 3 dello stesso art. 119, si ribadisce che “nel caso di discordanza dei prezzi unitari offerti prevale il prezzo indicato in lettere”.

Il conflitto tra le disposizioni, dunque, potrebbe sorgere qualora l'operatore economico proponesse un'offerta in lettere discordante rispetto all'offerta in cifre e quest'ultima fosse maggiormente vantaggiosa per l'amministrazione.

La plenaria con la **decisione 13 novembre 2015 n. 10 (pres. Virgilio .- est. Russo)** afferma la prevalenza dell'art. 119 d.P.R. n. 207/2010 sull'art. 72, r.d. n. 827/1924, quale espressione di un principio generale, e dunque la regola secondo cui in caso di discordanza va data prevalenza al prezzo espresso in lettere.

Da un lato, la valorizzazione dell'offerta maggiormente vantaggiosa per l'amministrazione potrebbe creare delle problematiche nell'ambito delle gare in cui vi sia un meccanismo di esclusione delle offerte anomale; dall'altro lato, il cit. art. 119 risponde ad esigenze del tutto differenti rispetto all'art. 72 r.d. n. 827/924: la tutela della concorrenza, infatti, costituisce la più importante *ratio* ispiratrice dell'intera normativa del settore dei contratti della

Pubblica Amministrazione e, in quest'ottica, anche la giurisprudenza di settore deve necessariamente orientarsi. La effettiva parità tra gli operatori economici che partecipano ad una procedura finalizzata all'affidamento di un appalto, non può considerarsi secondaria rispetto ad altri e diversi interessi, seppur questi rivestano un'importanza considerevole. Il legislatore europeo, prima, e nazionale, poi, nel delineare il *corpus* normativo afferente alla materia dei contratti, si è orientato nel senso di valorizzare primariamente la *par condicio* fra operatori economici, quale strumento per rendere virtuoso il sistema economico nel suo complesso. Ciò posto, dunque, il criterio di cui all'art. 119 è indubbiamente orientato all'effettiva parità fra coloro che partecipano ad una gara pubblica, poiché impone alla commissione un comportamento univoco, non soggetto a interpretazioni virtualmente difformi.

Da un punto di vista sistematico, inoltre, nonostante sia vero che l'art. 119 si riferisce esclusivamente alle fattispecie di "aggiudicazione del prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari", non può escludersi che il criterio, in esso previsto, di superamento delle discrasie tra offerte espresse in lettere ed offerte espresse in cifre, dalle ipotesi in cui l'aggiudicazione venga definita in virtù del massimo ribasso sull'elenco prezzi o sull'importo dei lavori. Invero, questa possibilità va considerata pienamente ammissibile, anche solo comparando il dato testuale ricavabile dalle disposizioni che disciplinano tali fattispecie: in effetti, l'art. 119, a differenza dell'art. 118, prevede che "il prezzo complessivo ed il ribasso sono indicati in cifre ed in lettere"; inoltre, il criterio della prevalenza del prezzo indicato in lettere è affermato sia nel caso di discordanza riscontrata nel prezzo complessivo o nel ribasso percentuale (comma 2), sia nel caso di incongruenze presenti nei prezzi unitari (comma 3). Da ciò si ricava che il criterio della valorizzazione del prezzo indicato in lettere risponde ad un'esigenza di certezza tanto per i concorrenti, quanto per la stazione appaltante.

Altrettanto rilevante, secondo la plenaria, risulta il riferimento alla maggior ponderazione che richiede la scritturazione dell'offerta in lettere da parte del concorrente: questa affermazione, lungi dall'essere un'ipotesi astratta e soggettiva, trova riscontro anche in altri ambiti dell'ordinamento (art. 6 r.d. n. 1669 del 1933 e art. 9 r.d. n. 1736 del 1933), a dimostrazione della volontà di attribuire rilievo ad un'esigenza di certezza ed affidamento dei destinatari dei documenti su cui vengono apposti gli importi in cifre ed in lettere. A ben vedere, la stessa necessità di indicare anche in lettere un determinato importo, implica, a monte, la possibilità di errori di scritturazione della somma in cifre: non risponderebbe ad un criterio di ragionevolezza, ricostruire l'effettiva volontà dello scrivente in modo differente a seconda della tipologia dell'ambito in cui ci si trova; la priorità, in tal senso, attribuita all'indicazione dell'importo trascritto in lettere, consente di porre un criterio univoco ed imparziale, idoneo a superare ogni tipo di contrasto esegetico.

La previgente disciplina, articolata tra il codice del 2006 e il regolamento del 2010 (artt. 118 e 119 d.P.R. n. 207/2010), disciplinava in modo dettagliato le modalità di

formulazione dell'offerta quando il criterio di aggiudicazione fosse quello del prezzo più basso.

L'offerta poteva infatti essere espressa in termini di ribasso percentuale o di offerta di prezzi unitari, anche a seconda che l'appalto fosse a corpo o a misura, e secondo le prescrizioni del bando.

Il codice del 2016, limitandosi a recepire le direttive comunitarie, ben più generali e generiche sul punto, nulla dice su tali aspetti, né rinvia a una disciplina attuativa.

Si limita a stabilire che “le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione al criterio del prezzo più basso (...) indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta” (art. 95, c. 5).

Peraltro, tra le definizioni recate dall'art. 3 vi sono quelle di appalto a corpo e a misura. Spetta dunque al bando di gara indicare come l'offerta va formulata (se secondo il massimo ribasso percentuale o offerta di prezzi unitari), e come va espresso il prezzo (in lettere, in cifre), o risolto il caso di discordanza tra lettere e cifre ove il prezzo sia espresso in entrambi i modi.

In caso di discordanza tra l'indicazione in lettere e in cifre, una prassi consolidata, in prosieguo codificata dal regolamento del 2010, ora abrogato, vuole che prevalga quella in lettere.

Si tratta tuttavia di criterio solo tendenziale, perché il prezzo in lettere non può prevalere su quello in cifre quando la discrasia sia frutto di un evidente errore materiale⁴⁴, dovendosi in tal caso dare rilievo al valore effettivo dell'offerta quale desumibile da elementi di valutazione diretti ed inequivoci che rendono certa l'offerta stessa⁴⁵.

Pertanto, il rischio di errori di calcolo commessi nei prezzi unitari, resta a carico dell'offerente, non potendo gli stessi essere corretti⁴⁶.

La correzione dei prezzi unitari deve tuttavia ammettersi solo nell'ipotesi di discordanza tra prezzo complessivo risultante dalla verifica e prezzo dipendente dal ribasso percentuale offerto, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici⁴⁷.

Peraltro, il nuovo codice ha abrogato senza riproduzione la previsione contenuta nel regolamento n. 207/2010 circa la prevalenza del prezzo in lettere su quello in cifre.

Invece, resta in vigore l'art. 72 r.d. n. 827/1924, mai abrogato, secondo cui “quando in una offerta all'asta vi sia discordanza fra il prezzo indicato in lettere e quello indicato in cifre, è valida l'indicazione più vantaggiosa per l'amministrazione”.

Nel vigore del codice del 2006 era stata rimessa alla plenaria la questione se dovesse trovare applicazione l'art. 72, r.d. n. 827/1924 ovvero l'art. 119, d.P.R. n. 207/2010⁴⁸, e la plenaria

⁴⁴ Tar Calabria, Reggio Calabria, 6.5.1997 n. 278, in *Trib. amm. reg.*, 1997, I, 2809; *Urb. e app.*, 1997, 781; Tar Sicilia, Palermo, 1, 20.9.1999 n. 1782, in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, 4545.

⁴⁵ Cons. giust. sic., 3.2.2000 n. 25, in *Cons. Stato*, 2000, I, 417; *Id.*, 20.1.2003 n. 9; Cons. St., V, 19.6.2009 n. 4104.

⁴⁶ Cons. St., IV, 18.3.1997 n. 262, in *Giur. it.*, 1997, III, 1, 586; Cons. St., IV, **20.4.1999 n. 672**, in *Cons. Stato*, **1999, I, 606**; **Tar Abruzzo, Pescara, 4.10.2001 n. 815**, in *Trib. amm. reg.*, **2001, I, 4126**.

⁴⁷ Tar Lazio – Roma, III, 23.6.2006 n. 5092, segnalata in *Urb. e app.*, 2006, 983.

⁴⁸ Cons. giust. sic. con l'ordinanza 11.5.2015 n. 390.

aveva affermato la prevalenza del prezzo in lettere su quello in cifre anche ove in ipotesi quest'ultimo fosse più vantaggioso per l'amministrazione⁴⁹.

Peraltro, nel vigore del nuovo codice, in mancanza di un criterio che dia prevalenza al prezzo espresso in lettere, e essendo rimasto vigente solo l'art. 72, r.d. n. 827/1924, potrebbe addivenirsi alla opposta conclusione che in caso di contrasto dovrebbe darsi prevalenza al prezzo più vantaggioso per la stazione appaltante, facendo solo salvo il caso in cui sia palese che uno dei due prezzi è frutto di clamorosa svista e sia dunque possibile ricostruire in modo univoco la volontà del concorrente.

Cons. St., n. 9/2015 necessità o meno della indicazione in gara del nome del subappaltatore, oneri di sicurezza e overruling giurisprudenziale, intervento in giudizio

1) *L'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art. 107, comma 2, d.P.R. n. 207/2010.*

2) *Non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2015.*

3) *Al fine dell'intervento in giudizio di una associazione di categoria (nella specie ANCE e AISCAT) la legittimazione attiva obbedisce a due stringenti parametri:*

- *che la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati (Cons. St., sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6050);*

- *che l'interesse tutelato con l'intervento sia comune a tutti gli associati, che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati), che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio (v. anche plenaria n. 11/2010).*

V. sub plenarie n. 11/2015 per la prima massima e nn. 1, 2, 3 del 2019 per la seconda massima.

In relazione alla prima massima, il quadro normativo sulla cui scorta la plenaria perviene all'affermazione di tale principio è il seguente.

L'art. 92, c. 1 e 3, d.P.R. n. 207/2010, che disciplina i requisiti di partecipazione alla gara, stabilisce che, ai predetti fini, è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente (quando il concorrente, singolo o associato, non la possieda anche per le categorie scorporabili), purchè per l'importo totale dei lavori.

⁴⁹ Cons. St., ad. plen., 13.11.2015 n. 10, in *Urb. e app.*, 2016, 303, con nota di M. GIOVANNELLI, *Contrasto tra offerte in cifre e offerte in lettere*.

Il combinato disposto degli artt. 92, c. 7 e 109, c. 2, d.P.R. cit. e 37, c. 11, codice appalti chiarisce, poi, che il concorrente che non possiede la qualificazione per le opere scorporabili indicate all'art.107, c. 2 (c.d. opere a qualificazione necessaria) non può eseguire direttamente le relative lavorazioni ma le deve subappaltare a un'impresa provvista della relativa, indispensabile qualificazione.

L'art. 118 codice appalti (collocato sistematicamente entro la sezione V del codice, rubricata "principi relativi all'esecuzione del contratto") si occupa, invece, di definire le modalità e le condizioni per il valido affidamento delle lavorazioni in subappalto e prevede, per quanto qui rileva, che all'atto dell'offerta siano indicati (solo) i lavori che il concorrente intende subappaltare e che l'affidatario depositi, poi, il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di inizio delle relative lavorazioni (unitamente a tutte le attestazioni e dichiarazioni prescritte).

Dall'analisi delle regole positive si ricavano, quindi, i seguenti principi:

- a) per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili;
- b) le lavorazioni relative alle opere scorporabili nelle categorie individuate all'art.107, c. 2, d.P.R. cit. non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, se sprovvisto della relativa qualificazione (trattandosi, appunto, di opere a qualificazione necessaria);
- c) nell'ipotesi sub b) il concorrente deve subappaltare l'esecuzione delle relative lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione;
- d) la validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare e che abbia, poi, trasmesso alla stazione appaltante il contratto di subappalto almeno venti giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati;
- e) il subappalto è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talché il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice (tra le quali, ad esempio, l'incameramento della cauzione).

Si tratta come si vede di un apparato regolativo compiuto, coerente, logico e, soprattutto, privo di aporie, antinomie o lacune.

Ora, secondo la plenaria, a fronte di un sistema di regole chiaro e univoco, restano precluse opzioni ermeneutiche additive, analogiche, sistematiche o estensive, che si risolverebbero, a ben vedere, nell'enucleazione di una regola non scritta (la necessità dell'indicazione del nome del subappaltatore già nella fase dell'offerta) che (quella sì) configgerebbe con il dato testuale della disposizione legislativa dedicata alla definizione delle condizioni di validità del subappalto e che, nella catalogazione (esauriente e tassativa) delle stesse, non la contempla.

La prima regola di una corretta esegesi è quella che si fonda sul significato delle parole e che, quindi, là dove questo risulta chiaro ed univoco, quale deve intendersi il dato testuale della predetta disposizione, non è ammessa alcuna interpretazione che corregga la sua portata precettiva (per come desunta dal lessico ivi utilizzato, ove risulti privo di ambiguità semantiche). Ma anche in ossequio al canone interpretativo espresso nel brocardo *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit* si perviene alle medesime conclusioni.

Là dove, infatti, l'art.118, c. 2 codice appalti ha catalogato (articolandoli in quattro lettere) i requisiti di validità del subappalto, ha evidentemente inteso circoscrivere, in maniera tassativa ed esaustiva, a quei presupposti (e solo a quelli) le condizioni di efficacia del subappalto, sicché ogni opzione ermeneutica che si risolvesse nell'aggiunta di un diverso ed ulteriore adempimento (rispetto a quelli ivi classificati) dev'essere rifiutata in quanto finirebbe per far dire alla legge una cosa che la legge non dice (e che, si presume, secondo il suddetto canone interpretativo, non voleva dire).

La correttezza della soluzione appena enunciata risulta avvalorata e corroborata da convergenti argomenti:

l'evoluzione normativa: mentre la versione originaria della l. n. 109/1994 obbligava l'offerente a indicare, già nella fase dell'offerta, una rosa di imprese subappaltatrici (fino al numero di sei) entro le quali avrebbe poi dovuto essere scelta quella affidataria delle lavorazioni subappaltate, tale previsione fu successivamente abrogata già dalla l. n. 415/1998, e non riprodotta nel codice appalti; trattasi del più valido indice della consapevole ed univoca volontà del legislatore del 2006 di escludere, tra le condizioni di validità del subappalto, l'obbligo dell'indicazione nominativa in discussione;

anche nel disegno di legge di delega al Governo per il recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE può ricavarsi un ulteriore prezioso riscontro, là dove si ripristina l'obbligo dell'indicazione di una terna di subappaltatori, a ulteriore conferma che il silenzio serbato sul punto dal codice dei contratti pubblici in vigore non può essere trattato alla stregua di una lacuna colmabile in esito ad una complessa ed incerta operazione ermeneutica, ma costituisce una scelta chiara e cosciente (tanto che la legislazione precedente e, forse, quella successiva hanno operato e, probabilmente, opereranno una scelta diversa);

le determinazioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (l'AVCP, prima, e l'ANAC, poi) hanno ripetutamente affermato il principio dell'obbligatorietà della sola indicazione delle lavorazioni che si intendono affidare in subappalto e contestualmente escluso l'obbligatorietà dell'indicazione nominativa del subappaltatore (determinazione ANAC n. 1 dell'8 gennaio 2015; parere ANAC n. 11 del 30 gennaio 2014; determinazione AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012);

lo scrutinio delle direttive europee non conduce ad esiti differenti, avendo dette direttive rimesso alla discrezionale scelta degli Stati membri o, comunque, delle stazioni appaltanti l'opzione regolatoria attinente alla doverosità dell'indicazione del nome del subappaltatore,

ai fini della partecipazione alla gara, astenendosi, quindi, dall'imporre una qualsivoglia soluzione alla pertinente questione;

in difetto di un vincolo europeo all'introduzione (in via legislativa o amministrativa) dell'obbligo in discussione, la sua positiva affermazione esige una chiara, univoca ed esplicita sua previsione (con una specifica disposizione di legge), in mancanza della quale resta precluso all'interprete (che eserciterebbe inammissibilmente, in tal modo, in luogo del legislatore o della stazione appaltante, la potestà discrezionale assegnata allo Stato membro dalle direttive) il suo riconoscimento (in esito, peraltro, a un percorso ermeneutico di dubbio fondamento positivo);

la tesi contraria dev'essere rifiutata anche perché produrrebbe effetti distorsivi (rispetto al sistema) o, comunque, inutili (rispetto agli interessi che con la stessa si intendono tutelare);

la tesi favorevole all'affermazione dell'obbligo in questione comporterebbe, peraltro, una confusione tra avvalimento e subappalto, nella misura in cui attrae il rapporto con l'impresa subappaltatrice nella fase della gara, anziché in quella dell'esecuzione dell'appalto, con ciò assimilando due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse, ma senza creare il medesimo vincolo dell'avvalimento e senza assicurare, quindi, alla stazione appaltante le stesse garanzie contrattuali da esso offerte;

il relativo assunto si rivela distorsivo del mercato dei lavori pubblici, nella misura in cui costringe le imprese concorrenti a scegliere una (sola) impresa subappaltatrice, già nella fase della partecipazione alla gara, mediante l'imposizione di un onere partecipativo del tutto sproporzionato e gravoso;

si finirebbe per introdurre un requisito di qualificazione diverso ed ulteriore rispetto a quelli stabiliti, con disciplina completa ed autosufficiente.

In relazione alla seconda massima, la plenaria argomenta che non può accedersi alla tesi propugnata dalla difesa secondo cui, in applicazione del principio di cui alla A.P. n. 21 del 2012, dovrebbe affermarsi che la esclusione dalla gara per non avere indicato gli oneri di sicurezza aziendale potrebbe essere comminata solo per le procedure bandite successivamente alla pubblicazione della decisione della A.P. n. 3 del 2015.

L'Adunanza al riguardo approfondendo la questione, ritiene di dover riaffermare il tradizionale insegnamento in tema di esegesi giurisprudenziale, anche monofilattica, che attribuisce ad essa valore esclusivamente dichiarativo.

La diversa opinione finisce per attribuire alla esegesi valore ed efficacia normativa in contrasto con la logica intrinseca della interpretazione e con il principio costituzionale della separazione dei poteri venendosi a porre in sostanza come una fonte di produzione. anche le recenti aperture del giudice di legittimità in tema di prospective overruling siano rimaste confinate in ambito strettamente delimitato.

A far tempo dalla già citata pronuncia delle Sezioni unite n. 15144 del 2011 si è costantemente affermato che per attribuire carattere innovativo all'intervento nomofilattico occorre la concomitanza di tre precisi presupposti e cioè che l'esegesi incida su una regola del processo; che si tratti di esegesi imprevedibile susseguente ad altra

consolidata nel tempo e quindi tale da indurre un ragionevole affidamento, e che infine - presupposto decisivo – comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa (v. anche Cass. 28967/11; 12704/12 e, da ultimo, 19700/15; 20007/15).

Nel caso di specie nessuno degli anzidetti presupposti può ritenersi sussistente non trattandosi di norma attinente ad un procedimento di carattere giurisdizionale, non preesistendo un indirizzo lungamente consolidato nel tempo e non risultando precluso il diritto di azione o di difesa per alcuna delle parti in causa.

Cons. St., ad. plen. n. 8/2015 verifica triennale delle attestazioni di qualificazione SOA rilasciate prima dell'entrata in vigore del regolamento appalti n. 207/2010 e momento in cui devono essere posseduti i requisiti di qualificazione

1) Nel regime transitorio previsto dal comma 12, prima parte, dell'art. 375 del d.P.R. n. 207 del 2010 per le categorie non modificate dal nuovo regolamento, di validità delle attestazioni rilasciate nella vigenza del d.P.R. n. 34 del 2000 "fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse", è applicabile l'onere di verifica triennale imposto prima dall'art. 15-bis del d.P.R. n. 34 del 2000 e poi dall'art. 77 del d.P.R. n. 207 del 2010; nel regime transitorio dettato dall'art. 375, commi 13, 16 e 17, del d.P.R. n. 207 del 2010 e ss. mm. ii. per le categorie "variate" non sussiste, durante il regime di proroga, l'obbligo di verifica triennale, di cui agli artt. 15-bis del d.P.R. n. 34 del 2000 e 77 del d.P.R. n. 207 del 2010;

2) nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

La massima relativa alla verifica triennale riguarda il regime transitorio di cui all'art. 357, c. 12, 13, 16, 17, d.P.R. n. 207/2010, non più operante.

La seconda massima afferma il consolidato principio secondo cui i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (Cons. St., ad. plen., n. 10/2014; nn. 15 e 20/2013; nn. 8 e 27/2012; n. 1/2010).

Tale principio è di perdurante attualità nel vigore del nuovo codice del 2016.

Cons. St., ad. plen. n. 5/2015 domande e ordine di esame dei motivi di ricorso nel processo in materia di appalti

1) Nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, l'unicità o pluralità di domande proposte dalle parti, mediante ricorso principale motivi aggiunti o ricorso incidentale, si determina esclusivamente in funzione della richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti autonomamente lesivi.

2) Nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, la parte può graduare, esplicitamente e in modo vincolante per il giudice, i motivi e le domande di annullamento, ad eccezione dei casi in cui, ex art. 34, co. 2, c.p.a., il vizio si traduca nel mancato esercizio di poteri da parte dell'autorità per legge competente.

3) Nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, non vale a graduare i motivi di ricorso o le domande di annullamento il mero ordine di prospettazione degli stessi.

4) Nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, in mancanza di rituale graduazione dei motivi e delle domande di annullamento, il giudice amministrativo, in base al principio dispositivo e di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, è obbligato ad esaminarli tutti, salvo che non ricorrano i presupposti per disporre l'assorbimento nei casi ascrivibili alle tre tipologie precisate in motivazione (assorbimento per legge, per pregiudizialità necessaria e per ragioni di economia).

L'ordinanza di rimessione aveva sottoposto i seguenti quesiti:

a) se nel processo amministrativo, a fronte di un ricorso di annullamento avverso l'aggiudicazione, qualora si facciano valere diverse tipologie di censure, alcune che denunciano una radicale illegittimità della gara ed altre che denunciano l'illegittima mancata esclusione dell'aggiudicatario ovvero l'illegittima pretermissione del ricorrente, si sia dinanzi ad una o a più domande;

b) se nel processo amministrativo, il principio della domanda e quello dell'interesse al ricorso consentono di ritenere che il ricorrente possa graduare implicitamente i motivi di ricorso attraverso il mero ordine di prospettazione degli stessi;

c) se e in che termini il giudice amministrativo, in assenza di espressa indicazione della parte, sia vincolato ad osservare l'ordine di esame dei motivi di ricorso proposti all'interno della stessa domanda, utilizzando come parametro il massimo soddisfacimento dell'utilità ritraibile dal ricorrente;

d) se e in che termini il giudice amministrativo, in assenza di espressa indicazione della parte, sia vincolato ad osservare l'ordine di esame delle domande proposte all'interno di uno stesso giudizio da un'unica parte, utilizzando come parametro il massimo soddisfacimento dell'utilità ritraibile dal ricorrente;

e) se il vizio di incompetenza relativa, in quanto vizio dell'organizzazione e non della funzione amministrativa, sfugga alla facoltà di graduazione, esplicita o implicita, dei motivi di ricorso.

Cons. St., ad. plen. n. 3/2015 oneri di sicurezza

Nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara.

V. sub plenarie nn. 1, 2, 3 del 2019.

Cons. St., ad. plen., n. 34/2014 escussione della cauzione provvisoria nei confronti del non aggiudicatario per difetto dei requisiti generali

E' legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatarie,

*ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici*⁵⁰.

⁵⁰ Il Cons. giust. sic. ha deferito alla plenaria la questione se una stazione appaltante possa disporre l'incameramento della cauzione provvisoria soltanto nelle ipotesi specificamente previste dall'art. 48 d.lgs. n. 163/2006, relativa alla riscontrata carenza dei c.d. requisiti speciali, ovvero anche nei casi, come quello di specie, in cui un'impresa non aggiudicataria abbia omesso o reso in maniera difforme rispetto a quanto prescritto, una o più dichiarazioni circa il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del medesimo decreto" [Cons. giust. sic. 3 settembre 2014 n. 508].

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, dopo aver dato atto che l'indirizzo più rigoroso è condiviso soprattutto dalla giurisprudenza amministrativa di primo grado (non solo siciliana), ritiene sussistere i presupposti per rinviare la questione all'adunanza plenaria, atteso che i "contrasti giurisprudenziali" che possono giustificare la rimessione di cui all'art. 99, c. 1, c.p.a. - in assenza di difformi indicazioni ricavabili dalla citata previsione processuale e secondo una lettura estesa della previsione volta a valorizzare massimamente la funzione nomofilattica della plenaria - possono essere anche quelli relativi all'interpretazione fornita dai giudici di primo grado, qualora quest'ultima si presenti disallineata rispetto a quella espressa da quello d'appello, non imponendo la norma che il conflitto esegetico rilevante sia unicamente quello tra sezioni di tale secondo giudice.

Aggiunge che in ogni caso - qualora cioè non fosse condivisibile l'esegesi "ampliata" dell'art. 99 c.p.a. - la tesi, più rigorosa seguita in prevalenza dai T.a.r., è stata comunque condivisa, sia pure con isolate pronunce, anche dal Consiglio di Stato.

Si segnala che il tema era stato già affrontato dalla plenaria n. 8/2012 che aveva accolto l'indirizzo più rigoroso.

La plenaria 10 dicembre 2014 n. 34 (Pres. Giovannini - Est. De Felice) ha ribadito quanto già affermato dalle plenarie n. 8/2012 e n. 8/2005 esprimendo il seguente principio di diritto:

<<E' legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatarie, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici>>.

La plenaria riscontra che il contrasto di giurisprudenza si delinea tra sezioni del Consiglio di Stato e pur dando atto che vi è contrasto anche nella giurisprudenza di primo grado, non sembra estendere il presupposto applicativo dell'art. 99 c.p.a. al contrasto di giurisprudenza tra primo e secondo grado.

La plenaria dà anche atto che sulla questione si sono già pronunciate, a favore della tesi restrittiva, le plenarie n. 8/2012 e n. 8/2005.

La cauzione provvisoria assolve la funzione di garanzia del mantenimento dell'offerta in un duplice senso, giacché, per un verso, essa presidia la serietà dell'offerta e il mantenimento di questa da parte di tutti partecipanti alla gara fino al momento dell'aggiudicazione; per altro verso, essa garantisce la stipula del contratto da parte della offerente che risulti, all'esito della procedura, aggiudicataria.

In questo senso, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione n. 8 del 2005, ha affermato che la cauzione provvisoria, oltre ad indennizzare la stazione appaltante dall'eventuale mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario (funzione indennitaria), svolge (può svolgere) altresì una funzione sanzionatoria verso altri possibili inadempimenti contrattuali dei concorrenti.

Per quanto concerne le norme di riferimento vanno richiamati gli artt. 48, comma 1, e 75, commi 1 e 6, del D.Lgs. n. 163/2006 i quali, rispettivamente, dispongono per quanto d'interesse, quanto segue.

L'art. 48 prevede che "Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. ... Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11".

L'art. 75 al comma 1 prevede che "L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fidejussione, a scelta dell'offerente. ..."; al comma 6 prevede che: "La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo".

La prima disposizione si riferisce all'ipotesi di un controllo a campione che abbia sortito un esito negativo circa il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (ossia dei c.d. "requisiti speciali") dichiarati dal concorrente all'atto dell'offerta.

La seconda previsione concerne invece il caso del contratto che non venga sottoscritto per fatto dell'aggiudicatario.

Riprendendo nuovamente la prima disposizione di legge (perché riprodotta nella sostanza della regola dal disciplinare di gara) secondo il tenore testuale dell'art. 48, co. 1, secondo periodo, qualora l'impresa concorrente, in sede di controllo a campione «...non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità...».

Il disciplinare di gara, come ha chiarito la sentenza non definitiva di rimessione, a differenza di quanto ritenuto dal giudice di primo grado, prevedeva in modo chiaro ed espresso, che l'escussione della cauzione dovesse fare seguito alla esclusione dalla gara dei concorrenti per i quali non fosse stato confermato il possesso dei requisiti generali.

Il disciplinare disponeva che "a) all'esclusione dalla gara dei concorrenti per i quali non risulti confermato il possesso dei requisiti generali....; c) alla comunicazione di quanto avvenuto agli uffici della Amministrazione appaltante cui spetta di provvedere all'escussione della cauzione provvisoria".

Emerge evidente che, nella fattispecie, dalla disciplina di gara, tratta dal combinato disposto della norma primaria e della sua integrazione a mezzo del disciplinare, l'escussione della cauzione non presupponga in via esclusiva il fatto dell'aggiudicatario né si limita alle dichiarazioni sui requisiti speciali; essa, al contrario, trova spazio applicativo anche quando (come verificatosi nel caso di specie), per il concorrente (pur se non aggiudicatario), risulti non corrispondente al vero quanto dichiarato in occasione della rappresentazione di requisiti generali (in tal senso, i principi già affermati da ad. plen. su citata n.8 del 4 maggio 2012).

Le conclusioni alle quali si perviene risultano inoltre giustificate, se non imposte, sia dalla funzione della cauzione provvisoria e dalla previsione del suo incameramento, che dalla sua natura giuridica.

Secondo i principi elaborati dalla giurisprudenza e dall'Autorità di settore, strutturalmente la cauzione costituisce parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo della stessa (che la stazione possa liberamente richiedere e quantificare).

L'escussione della cauzione provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica.

La sua finalità è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, nonché di escludere da subito i soggetti privi delle richieste qualità volute dal bando.

La presenza di dichiarazioni non corrispondenti al vero altera di per sé la gara quantomeno per un aggravio di lavoro della stazione appaltante, chiamata a vagliare anche concorrenti inidonei o offerte prive di tutte le qualità promesse, con le relative questioni successivamente innescabili (come verificatosi nel caso di specie, con esigenze di ricalcolo e nuovo aggiudicatario).

L'escussione costituisce conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, tenuto conto che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, sottoscrivono e si impegnano ad osservare le regole della relativa procedura delle quali hanno piena contezza.

Si tratta di una misura autonoma ed ulteriore (rispetto alla esclusione dalla gara ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza), che costituisce, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dall'amministrazione, un distinto rapporto giuridico fra quest'ultima e l'imprenditore (tanto che si ammette l'impugnabilità della sola escussione se ritenuta realmente ed esclusivamente lesiva dell'interesse dell'impresa).

Sotto il profilo della natura giuridica, la plenaria ritiene che ferma restando la generale distinzione fra l'istituto della clausola penale (1383 c.c.) avente funzione di liquidazione anticipata del danno da inadempimento e della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.) avente la funzione di dimostrare la serietà dell'intento di stipulare il contratto sin dal momento delle trattative o del perfezionamento dello stesso, l'istituto della cauzione provvisoria debba ricondursi alla caparra confirmatoria, sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione risulta la più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno (per altra giurisprudenza, si veda in tal senso, Cons. Stato, V, 11 dicembre 2007, n.6362, la cauzione provvisoria svolge la funzione della clausola penale, diretta a predeterminare la liquidazione forfettaria del danno, tanto che non viene prevista la possibilità del danno eventualmente non coperto dalla cauzione incamerata).

In definitiva e in sostanza, si tratta di una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati.

Per replicare alle obiezioni sollevate alla tesi più restrittiva, la plenaria osserva che l'invocato principio di legalità riguarda le sanzioni in senso proprio e non già le misure di indole patrimoniale liberamente contenute negli atti di indizione, accettate dai concorrenti, non irragionevoli né illogiche, rispondenti all'autonomia patrimoniale delle parti, non contrarie a norme imperative e anzi agganciate alla ratio rinvenibile nelle disposizioni del codice.

Il principio di tassatività è, allo stesso modo, male invocato, essendo lo stesso riferibile alle sole cause di esclusione dalla gara (nel senso della legittimità della previsione di adempimenti a pena di esclusione, ma purché conformi ai casi tassativi indicati dall'articolo 46 del codice dei contratti pubblici, Consiglio di Stato, ad. plen. 25 febbraio 2014 n. 9) e non già ad altre misure di tipo patrimoniale contenute in clausole degli atti di indizione e riferibili a doveri di correttezza

Verifica di perdurante attualità di tale decisione nel nuovo codice; questione aperta.

Anzitutto si pone la questione, già affrontata dalla giurisprudenza nella disciplina previgente, se la garanzia provvisoria vada incamerata anche quando il concorrente venga escluso per difetto dei requisiti generali di cui all'art. 80, codice.

Nella disciplina previgente, si riteneva che se il difetto di requisiti generali venisse riscontrato in capo all'aggiudicatario, si verificava il <<fatto dell'affidatario>> impeditivo della stipulazione, che giustifica l'incameramento della cauzione; in tal senso si era pronunciata l'adunanza plenaria nel 2012⁵¹.

Una decisione successiva alla plenaria del 2012 aveva esaminato *funditus* la questione, aderendo alla tesi della plenaria sulla base anche di ulteriori argomenti⁵².

Nell'impianto del codice del 2016, essendovi una autonoma subfase che si conclude con il provvedimento che reca ammissioni e esclusioni, non dovrebbe in teoria verificarsi il caso che ad aggiudicazione avvenuta si riscontri il difetto di requisiti generali in capo all'aggiudicatario.

Il che però può verificarsi se la stazione appaltante si avvale della facoltà di differire l'esame dei requisiti a dopo l'aggiudicazione.

contrattuale.

Si aggiunga che – oltre ad una lettura evolutiva dell'art. 75 nel senso sopra riportato di far riferimento anche ai concorrenti e non solo all'aggiudicatario e non solo ai requisiti speciali di cui all'art. 48 ma anche ai requisiti generali di cui all'art. 38 – porta e concludere nel senso sostenuto anche la previsione contenuta nell'art. 49, che, sia pure nell'ambito della disciplina dell'avvalimento, ma con valenza sistematica (ai sensi degli articoli 1362 e seguenti codice civile) dal punto di vista interpretativo, al comma 3 prevede che “nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 38, lettera h nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente (non già il solo aggiudicatario) e esclude la garanzia”.

Per completezza, si deve rilevare che il recente inserimento, all'articolo 38, del comma 2-bis, (inserito dall'art. 39, comma 1, del D.L. 24 giugno 2014 n. 90, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 agosto 2014 n. 114) prevede che la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria (assegnando termine per regolarizzare e prevedendo altresì che le irregolarità non essenziali non rilevino). In caso di inutile decorso del termine il concorrente è escluso dalla gara.

Il legislatore, inoltre, proprio al fine di evitare gli inconvenienti determinati da “mancanze, falsità o incompletezze delle dichiarazioni”, prevede, in modo innovativo, che ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, non debba rilevare ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per la individuazione della soglia di anomalia delle offerte.

Al di là della irrilevanza *ratione temporis*, in virtù della disposizione intertemporale del comma 3 del su menzionato art. 39 (per il quale le nuove disposizioni si applicano solo alle procedure di affidamento indette successivamente al 24 giugno 2014), ciò che rileva per l'interprete, ove mai ve ne fosse bisogno, è la conferma della legittimità (della previsione nei bandi della “sanzione”) dell'incameramento della cauzione provvisoria in caso di mancanze relative ai requisiti generali di cui all'art. 38, riferibili a tutti i concorrenti e non al solo aggiudicatario.

⁵¹ Cons. St., ad. plen., 4.5.2012 n. 8; in termini, in precedenza, Cons. St., VI, 4.8.2009 nn. 4905 e 4907; V, 12.2.2007 n. 554; IV, 7.9.2004 n. 5792.

⁵² Cons. St., VI, 21.6.2012 n. 3646; v. inoltre Cons. St., V, 13.6.2016, n. 2531; Id., III, 13.4.2016 n. 1471; Id., V, 25.2.2016 n. 775; Id., V, 25.11.2015 n. 5356; Id., V, 26.5.2015 n. 2638; Id., IV, 24.3.2014 n. 1389.

Ove ciò dovesse accadere, si avrebbe una esclusione dell'aggiudicatario, che impedisce la stipula per fatto di quest'ultimo, e che non può che ritenersi imputabile a titolo di dolo o colpa grave, non potendo il soggetto ignorare cause di esclusione che lo riguardano.

Né può darsi una lettura restrittiva dell'art. 93, c. 6, codice, secondo cui i fatti dell'affidatario, impedienti la stipulazione del contratto, e che giustificano l'incameramento della garanzia provvisoria, sarebbero solo i comportamenti successivi all'aggiudicazione, quale il rifiuto di stipulare il contratto.

Siffatta limitazione non si desume in alcun modo: la *ratio* della garanzia provvisoria è di garantire la serietà dell'offerta e di coprire forfettariamente i costi che incontra la stazione appaltante se viene coinvolta in inutili trattative. Il che accade ogni qual volta non si possa far luogo a stipulazione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, ed è tale qualunque fatto che impedisce la stipulazione: non solo i fatti successivi all'aggiudicazione, e relativi dunque solo alla mancata stipulazione, ma anche i fatti che afferiscono all'aggiudicazione e che, imponendo il ritiro dell'aggiudicazione, impediscono consequenzialmente anche la stipulazione del contratto.

Nel vigore della previgente disciplina, era pacifico che l'esclusione per difetto di requisiti generali non giustificasse *ex lege* l'esclusione di concorrenti diversi dall'aggiudicatario⁵³, e tuttavia la plenaria aveva ritenuto legittima la clausola del bando che prevedesse l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatarie, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale⁵⁴.

Si deve riconoscere la perdurante attualità di tale plenaria nel vigore del nuovo codice.

Vero è che:

- a) l'art. 93, c. 6, delimita l'oggetto della garanzia alla mancata sottoscrizione per fatto dell'affidatario;
- b) non vi è nel nuovo codice una previsione analoga al previgente art. 48, codice del 2006, che indicava i casi di escussione della garanzia anche nei confronti dei concorrenti non aggiudicatari con riferimento al solo difetto dei requisiti speciali.

Tuttavia, il ragionamento della plenaria si fonda su una ricostruzione civilistica della garanzia provvisoria, quale misura patrimoniale diretta a responsabilizzare i concorrenti, che, in quanto tale, esula dalle misure sanzionatorie e si sottrae al principio di legalità e tassatività delle sanzioni.

Sicché anche nel vigore del nuovo codice il bando di gara potrebbe autonomamente prevedere la cauzione anche per il difetto di requisiti generali in capo ai concorrenti diversi dall'aggiudicatario.

Osserva la plenaria che l'istituto della cauzione provvisoria debba ricondursi alla caparra confirmatoria, sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione risulta la più coerente con l'esigenza, rilevante

⁵³ Cons. giust. sic., 26.3.2014 n. 159.

⁵⁴ Cons. St., ad. plen., 10.12.2014 n. 34.

contabilmente, di non vulnerare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno; *“in definitiva e in sostanza, si tratta di una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati; l'invocato principio di legalità riguarda le sanzioni in senso proprio e non già le misure di indole patrimoniale liberamente contenute negli atti di indizione, accettate dai concorrenti, non irragionevoli né illogiche, rispondenti all'autonomia patrimoniale delle parti, non contrarie a norme imperative e anzi agganciate alla ratio rinvenibile nelle disposizioni del codice. Il principio di tassatività è, allo stesso modo, male invocato, essendo lo stesso riferibile alle sole cause di esclusione dalla gara (nel senso della legittimità della previsione di adempimenti a pena di esclusione, ma purché conformi ai casi tassativi indicati ... e non già ad altre misure di tipo patrimoniale contenute in clausole degli atti di indizione e riferibili a doveri di correttezza contrattuale”.*

Cons. St., ad. plen., n. 30/2014 competenza territoriale in caso di impugnazione congiunta di informativa antimafia e provvedimento applicativo in materia di appalti

In caso di impugnazione congiunta di informativa antimafia e provvedimento applicativo in materia di appalti la competenza territoriale spetta al Tar competente per la informativa antimafia.

Si conforma ad ad. plen. n. 17/2014, decisione pilota.

E' decisione di perdurante attualità nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici che non ha inciso sulle norme processuali in parte qua.

V. sub plenaria n. 17/2014.

Cons. St., ad. plen., n. 29/2014

Idem come n. 30/2014

Cons. St., ad. plen., n. 27/2014 corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di esecuzione nelle a.t.i. per appalti di servizi

Ai sensi dell'art. 37, commi 4 e 13, nel testo antecedente alle modifiche apportate dall'art. 1, comma 2-bis, lett. a), d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito nella legge 7 agosto 2012 n. 135, negli appalti di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di imprese non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa (recte tra la quota di partecipazione) e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara.

La plenaria si pronuncia su una disciplina poi superata dalla legge sin dal 2014 e ora dal codice del 2016.

Si ricorderà che prima del codice del 2016 già il d.l. n. 47/2014 aveva abolito la regola sulla corrispondenza, per i lavori, tra quota di partecipazione all'a.t.i. e quota di esecuzione (previgente art. 37, c. 13, codice del 2006 che come novellato nel 2012 richiedeva tale

corrispondenza per servizi e forniture), con conseguente *overriding* della giurisprudenza formatasi su tale principio di corrispondenza⁵⁵.

Sull'ulteriore questione se occorra una triplice corrispondenza di quote di qualificazione, di partecipazione all'a.t.i. e di esecuzione si è espressa la plenaria in senso negativo, con principi di perdurante attualità nel vigore del nuovo codice⁵⁶.

Ha affermato la plenaria che per gli appalti di servizi e forniture si richiede ai concorrenti d'indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, fermo restando, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara.

Come noto, le plenarie nn. 22 e 26 del 2012 si sono pronunciate sulla questione della necessità o meno, in caso di a.t.i. sia orizzontali che verticali per gli appalti di servizi, della corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, ai sensi dell'art. 37, c. 13, codice appalti, giungendo alla conclusione della necessità di corrispondenza.

Tesi, peraltro, superata dal *ius superveniens*, l. n. 135/2012, che aveva delimitato la portata applicativa dell'art. 37, c. 13, citato, ai soli appalti di lavori.

In prosieguo, il d.l. n. 47/2014 conv. in l. n. 80/2014 ha soppresso integralmente il citato art. 37, c. 13.

Ulteriore e diversa questione, di cui le plenarie n. 22 e 26 del 2012 non si sono occupate, è se la corrispondenza, oltre che duplice (quote di partecipazione e quote di esecuzione), debba essere triplice, ossia estesa alle quote di qualificazione.

Sul punto si sono registrate soluzioni difformi, per cui la questione è stata rimessa alla plenaria. La plenaria, con la decisione in commento [Cons. St., ad. plen., 28 agosto 2014 n. 27, Pres. Giovannini – Est. Scola] ha correttamente escluso la necessità di tale triplice corrispondenza, con riguardo a fattispecie anteriore al *ius superveniens*, ma valevole a fortiori dopo, e ha anche fornito una esegesi della portata del *ius superveniens* con riguardo alla corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione.

La plenaria ha espresso i seguenti principi di diritto::

a) giusta il tenore letterale dell'art. 37, c. 13, codice appalti, come novellato dalla l. n. 135/2012, e la sua finalità di semplificare gli oneri di dichiarazione incombenti sulle imprese raggruppate operanti nel mercato dei contratti pubblici, l'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, sancito dal volte menzionato c. 13, è rimasto circoscritto ai soli appalti di lavori, fino all'entrata in vigore del d.l. n. 47/2014 (abrogante il cit. comma 13);

b) per gli appalti di servizi e forniture continua a trovare applicazione unicamente la norma sancita dal comma 4 dell'art. 37, che impone alle imprese raggruppate il più modesto

⁵⁵ Su tale previgente principio di corrispondenza tra quote di qualificazione, di partecipazione all'a.t.i. e di esecuzione v. Cons. St., ad. plen., 13.6.2012 n. 12; Id., 5.7.2012 n. 26.

⁵⁶ Cons. St., ad. plen., 28.8.2014 n. 27.

obbligo d'indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, fermo restando, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara;

c) rimane inteso, in entrambi i casi, che le norme in questione continuano ad esprimere un precetto imperativo da rispettarsi a pena di esclusione e sono dunque capaci di etero-integrare i bandi silenti;

d) ai sensi dell'art. 37, c. 4 e 13, codice appalti, nel testo antecedente alle modifiche apportate dall'art. 1, comma 2-bis, lett. a), d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito nella legge 7 agosto 2012 n. 135, negli appalti di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di imprese non vige *ex lege* il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della *lex specialis* della gara.

E, invero:

- l'art. 37, c. 13, prima della novella del 2012, poteva essere letto nel senso di imporre una corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, ma non si occupava di quote di qualificazione; dopo la novella, nemmeno più si richiede la corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione;

- a sua volta l'art. 37, c. 4, codice appalti, prevede solo che, in caso di a.t.i. orizzontale, debbano essere specificate nell'offerta le parti del servizio o della fornitura eseguibili dalle singole imprese associate o associande, ma non impone una rigida corrispondenza tra quota di qualificazione e quota di esecuzione, essendo rimessa alla stazione appaltante la determinazione dei requisiti di qualificazione con riguardo ad ogni singola gara [Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2013 n.2563], atteso che l'ordinamento non appresta un rigido sistema normativo di qualificazione per gli appalti di servizi, demandando alle stazioni appaltanti di fissare nei bandi i requisiti di qualificazione richiesti;

- il principio di triplice corrispondenza è affermato invece espressamente solo per gli appalti di lavori;

- la stessa plenaria n. 22/2012, sia pure in via di mero *obiter dictum* (la specifica questione esulava, per stessa precisazione dell'Adunanza, dai limiti oggettivi della vertenza), ha testualmente affermato: “giòva al riguardo rilevare che nel settore dei servizi, in mancanza di una predeterminazione normativa o regolamentare dei requisiti di capacità tecnico/organizzativa ed economico/finanziaria – la relativa disciplina non prescrive, quale quota percentuale dei requisiti di qualificazione e/o di capacità debba essere posseduta da ciascuna impresa componente il raggruppamento, affidando le relative determinazioni alla discrezionalità della singola stazione appaltante (cfr., oggi, l'art. 39, d.lgs. n. 163/2006, per i lavori, e gli artt. 40 e 41, stesso d.lgs., per le forniture ed i servizi) – per cui spetta alla stazione appaltante il compito di definire nella *lex specialis*, in relazione

al contenuto della prestazione, i requisiti d'idoneità che devono essere posseduti dalle imprese componenti il raggruppamento”;

- dunque, sia prima che dopo la novella dell'art. 37, c. 13, codice appalti, quanto ai requisiti di qualificazione gli appalti di servizi hanno sempre avuto una diversa disciplina, ed in particolare essi non soggiacciono al principio di corrispondenza fra percentuale dei requisiti di capacità e quote della prestazione da eseguire, salva diversa e specifica previsione della relativa disciplina di gara;

- non vi sono disposizioni che nei servizi impongono un requisito minimo di capacità correlato rigidamente all'esecuzione; il principio di corrispondenza è dunque tratto dal settore dei lavori e non può essere analogicamente a quello dei servizi;

- come già osservato dalla plenaria n. 7/2014, nemmeno può ritenersi che l'art. 37, c. 13, sia espressione di un principio generale, e pertanto esso non è estensibile analogicamente a casi non contemplati.

Cons. St., ad. plen. n. 17/2014 (e da n. 18 a n. 26) competenza territoriale in caso di impugnazione congiunta di informativa antimafia e provvedimento applicativo in materia di appalti

In caso di impugnazione congiunta di informativa antimafia e provvedimento applicativo in materia di appalti la competenza territoriale spetta al Tar competente per la informativa antimafia.

V. anche conformi plenarie 29 e 30 del 2014, v. inoltre n. 3/2013 e n. 4/2013, n. 33/2012 e n. 34/2012 superate da plen. n. 17/2014

E' decisione di perdurante attualità nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici che non ha inciso sulle norme processuali in parte qua.

L'ordinanza Cons. St., III, 17.4.2014, n. 1977 ha nuovamente deferita all'ad. plen. del Consiglio di Stato, per una rimediazione dell'orientamento sinora prevalso, la questione della competenza territoriale nel caso di contestuale impugnativa di un'informativa interdittiva antimafia e dell'atto consequenziale della stazione appaltante.

La plenaria, con la decisione pilota Cons. St., ad. plen., 31.7.2014 n. 17 e con le coeve ordinanze da n. 18 a n. 26/2014 ha rimeditato l'orientamento espresso dalle precedenti plenarie, affermando l'opposto principio di diritto secondo cui in caso di impugnazione sia dell'informativa prefettizia che dei consequenziali atti di gara (recesso, revoca aggiudicazione, esclusione), la competenza territoriale spetta al giudice competente per l'informativa, e non a quello competente per gli atti di gara. Il principio di diritto espresso è il seguente: “in caso di contestuale impugnativa dell'informativa prefettizia interdittiva e dei conseguenti atti applicativi adottati dalla stazione appaltante, il giudice competente deve essere individuato nel Tar nella cui circoscrizione si trova la Prefettura che ha adottato l'informativa” [Cons. St., ad. plen., 31.7.2014 da n. 17 a n. 26, ordd.; Id., 7.11.2014 nn. 29 e 30].

Tale principio supera il precedente fondandosi sulla nuova natura giuridica che è assegnata all'informativa antimafia dal d.lgs. n. 159/2011, quale atto ad effetti estesi su

tutto il territorio nazionale.

Per giungere a tale rimeditazione l'ad. plen. parte dalla premessa che tra i due criteri di competenza individuati dall'art. 13 c.p.a., quello della sede dell'autorità emanante l'atto e quello degli effetti dell'atto, ha carattere generale e principale il primo. Tali due criteri, poi, vanno coordinati con la regola recata dall'art. 13, c. 4-bis, c.p.a., in tema di connessione tra atti.

La plenaria ricorda poi come il precedente indirizzo della plenaria medesima, secondo cui la competenza sugli atti di gara attrae quella sulla informativa antimafia, si fonda sulla considerazione che l'informativa avrebbe effetti diretti circoscritti territorialmente.

Ciò nonostante, sembra pacifico in giurisprudenza che se l'informativa viene impugnata da sola, si segue il criterio della sede dell'autorità emanante.

Tale dato stempera l'affermazione dell'efficacia territorialmente limitata dell'informativa prefettizia, riconoscendo che *ex se* tale atto abbia un'efficacia ultraregionale, essendo pertanto competente, in caso di sola impugnazione dell'interdittiva (eventualmente anche seguita da impugnazione con motivi aggiunti degli atti applicativi adottati dalla stazione appaltante), il giudice del luogo ove ha sede l'autorità che ha adottato la stessa, *ex art. 13 c.p.a.*

Inoltre la stessa plenaria aveva evidenziato come l'interpretazione degli effetti territorialmente limitati e non di portata generale dell'interdittiva fosse da riferirsi al previgente assetto normativo e avrebbe potuto mutare a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 159/2011, che introduce "molteplici profili di novità, con riguardo, tra l'altro, agli effetti soggettivi, alla durata e alla pubblicità delle informative" [Cons. St., ad. plen. n. 3/2013 e n. 4/2013].

Infatti, l'art. 91, d.lgs. n. 159/2011 prevede che l'informazione interdittiva sia provvedimento da cui possono sorgere una serie di provvedimenti ulteriori, adottati da altri enti, e non tutti predeterminabili *a priori* nel loro contenuto.

Da quanto detto discende che l'informativa prefettizia spieghi i propri effetti su tutto il territorio nazionale.

Ne discende dunque che, avendo ora l'informativa effetti ultraregionali, sarà competente a conoscere dell'impugnazione della stessa il Tar del luogo ove ha sede la prefettura che ha adottato l'atto.

Detto Tar, rimane competente anche in caso di contestuale impugnazione dell'informativa e degli atti applicativi adottati dalla stazione appaltante. Infatti, non può trovare in tal caso applicazione il c. 4-bis dell'art. 13 c.p.a. che prevede che "la competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento, tranne che si tratti di atti normativi o generali". L'informativa prefettizia non può considerarsi "atto presupposto", poiché ai fini dell'applicazione del c. 4-bis, devono considerarsi tali solo quelli "non immediatamente lesivi e dunque non autonomamente impugnabili" [ad. plen. n. 29/2013]. Non è questo il caso dell'informativa prefettizia, di cui viene

pacificamente riconosciuta l'immediata lesività che la rende quindi suscettibile di autonoma impugnativa. Essa infatti è senza dubbio produttiva di immediati effetti negativi per l'impresa, sia in termini di pregiudizio morale, sia in considerazione delle conseguenze negative che produce in ordine ai contratti in essere con la p.a. ed alla possibilità di stipula di contratti futuri.

La plenaria verifica poi quale sia l'effettiva portata della previsione che si ottiene dal combinato disposto degli artt. 14, c. 3 e 119 c.p.a., per cui gli atti relativi alle procedure di affidamento di lavori servizi e forniture sono sottoposte alla disciplina della competenza funzionale inderogabile (che tali atti siano sottoposti a competenza funzionale è stato affermato dalle ad. plen. nn. 33/2012 e 4/2013).

Occorre capire se tale competenza funzionale, nel caso di contestuale impugnazione dell'interdittiva prefettizia e degli atti applicativi della stazione appaltante, prevalga sulla competenza territoriale individuata ai sensi dell'art. 13.

Il principio della prevalenza, in caso di connessione, della competenza funzionale rispetto a quello della competenza territoriale è stato chiaramente affermato dall'ad. plen. (ad. plen. nn. 4/2013, 23/2013, 29/2013) e si fonda sulla "stessa natura della competenza funzionale che, per avere carattere di specialità e per essere quindi espressione di esigenze affatto peculiari, necessariamente prevale o comunque non può essere assorbita da quella delineata in via generale dall'art. 13 c.p.a." [ad. plen. n. 33/2012].

Tuttavia, la plenaria ritiene di non poter seguire tale impostazione.

L'affermazione della prevalenza della competenza funzionale su quella territoriale, anche in caso di connessione, avrebbe come effetto, in caso di impugnazione congiunta dell'informativa prefettizia e degli atti applicativi della stazione appaltante (o anche nel caso di impugnazione di quest'ultimi con motivi aggiunti), quello di rendere competente il Tar del luogo ove ha sede la stazione appaltante.

In tal modo, sulla medesima informativa antimafia potrebbe variamente radicarsi la competenza di diversi Tar. Infatti, nel caso in cui il ricorrente impugni la sola informativa sarebbe territorialmente competente il Tar del luogo ove ha sede la Prefettura che ha adottato l'atto; se il ricorrente impugnasse contestualmente (o con motivi aggiunti), anche gli atti successivi adottati dalla stazione appaltante diventerebbe funzionalmente competente il Tar del luogo ove ha sede tale stazione appaltante. In questo modo, pertanto, potrebbe essere il comportamento del ricorrente a determinare il giudice competente, creando un'occasione di *forum shopping* che il nuovo c.p.a. ha inteso evitare. Inoltre, nel caso di informative analoghe, rilasciate a differenti stazioni appaltanti dalla medesima Prefettura sulla base delle medesime risultanze acquisite, si radicherebbe la competenza funzionale di differenti Tar a seconda di dove abbiano sede le stazioni appaltanti i cui atti applicativi vengono impugnati, unitamente alle informative, con differenti ricorsi.

Ciò contrasterebbe con le esigenze di concentrazione dei procedimenti e di realizzazione del *simultaneus processus*, anche al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale

secondo i principi di cui agli artt. 24 e 111 Cost. ed i principi comunitari.

Per tali motivi deve accogliersi la soluzione che propone una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 14 c.p.a.

Si deve valorizzare l'interesse a ricorrere, interesse che si appunta innanzitutto sull'informativa prefettizia prima ancora che sui conseguenti atti.

L'interesse principale del ricorrente è quello di contestare in radice la sussistenza dei presupposti che hanno condotto all'emissione dell'informativa, per cui il giudizio avente ad oggetto l'informativa avrebbe carattere principale, e il giudizio avente ad oggetto l'atto applicativo avrebbe carattere accessorio.

Pertanto, ritenendo applicabile, *ex art.* 39 c.p.a., l'art. 31 c.p.c. che disciplina i rapporti di connessione tra causa principale e causa accessoria si giunge a ritenere competente, in caso di contestuale impugnazione dell'informativa prefettizia e dell'atto applicativo, il giudice competente a conoscere della prima.

Tale articolo del c.p.c. può ritenersi espressione di un principio generale che può trovare ingresso anche nel processo amministrativo, in forza dell'art. 39 c.p.a., e ben si attaglia la caso di specie.

È pertanto da ritenere che la tendenziale prevalenza della competenza inderogabile funzionale affermata dalla giurisprudenza in ipotesi di connessione tra ricorsi, non può non tener conto del **particolare legame** esistente tra i ricorsi, quale emerge dalla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, e, in particolare, del nesso di dipendenza logico-giuridica tra domanda principale e domanda accessoria. Conseguentemente la *vis attractiva* della competenza funzionale sulla domanda accessoria, sul piano processuale, non può essere considerata tale da invertire, sul piano sostanziale, il vincolo di dipendenza logico-giuridica dalla domanda principale, sottraendo quest'ultima alla cognizione del giudice che invece sarebbe competente a conoscerne. Il che appunto avviene nel rapporto tra informativa tipica e atto consequenziale.

Si perverrebbe, altrimenti, alla conclusione che la competenza sulla domanda accessoria attraggia a sé quella sulla domanda principale, con un'inversione processuale che, per la sola formalistica preminenza aprioristicamente assegnata alla competenza funzionale di cui all'art. 119, c. 1, lett. a), c.p.a., non considera il vincolo di connessione che lega le domande sul presupposto della loro intrinseca e sostanziale dipendenza logico-giuridica. Alla luce di tali considerazioni deve, pertanto, ritenersi che nel caso di specie si realizzi una particolare forma di **connessione per accessorietà** in base a cui, ai fini della determinazione del giudice competente, la causa principale (avente ad oggetto l'impugnativa prefettizia) attrae a sé quella accessoria (avente ad oggetto gli atti applicativi adottati dalla stazione appaltante), senza che a ciò siano di ostacolo le norme sulla competenza funzionale.

Cons. St., n. 16/2014 dichiarazione sostitutiva in materia di requisiti generali

a) *La dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 può essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal legislatore.*

b) *La dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici.*

c) *Una dichiarazione sostitutiva confezionata nei sensi di cui alle precedenti lettere a) e b) è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio.*

Trattasi di decisione resa sul codice del 2006 ma di perdurante attualità nel nuovo codice.

L'ordinanza Cons. St., sez. III, 29 aprile 2014 n. 2214, ha rimesso alla plenaria la questione della dichiarazione sul possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 codice appalti, fatta da un unico rappresentante, anche per conto degli altri soggetti dell'impresa che devono possedere tali requisiti, e in particolare se in tale dichiarazione sia necessaria (anche) l'indicazione nominativa di tutti i soggetti per i quali il possesso dei requisiti di moralità è stato dichiarato, o invece possa ritenersi sufficiente una indicazione comunque comprensiva, per la formula utilizzata, di tutti i rappresentati legali dell'impresa anche non indicati nominativamente.

L'ordinanza di rimessione, pur dando atto di un orientamento a favore della prima soluzione, più restrittiva, aderisce alla seconda soluzione, aggiungendo che resterebbe fermo che, quando l'Amministrazione fa richiesta di comprovare l'effettivo possesso di tutti i requisiti autodichiarati (e quindi anche i requisiti di moralità di tutti i dirigenti e i legali rappresentanti dell'impresa), l'impresa medesima è tenuta a dimostrare che per tutti i soggetti interessati (peraltro individuabili anche attraverso la visura camerale) non vi sono cause di esclusione per la mancanza dei requisiti morali.

Quel che rileva è che chi fa domanda dichiarare, secondo quanto previsto dalla legge, che l'impresa ha il possesso di tutti i requisiti generali di cui all'art. 38, ovvero che non sussistono nell'impresa (e nei suoi rappresentanti) le cause di esclusione di cui all'art. 38. E rileva poi che chi ha fatto la dichiarazione si assuma ogni responsabilità sulla veridicità della stessa (a prescindere dalla analitica indicazione dei soggetti per i quali la stessa è resa e dalla analitica indicazione dei diversi requisiti elencati nell'art. 38).

Ma quello che è veramente rilevante è che l'impresa sia effettivamente in possesso di tutti i suddetti requisiti e che i requisiti morali siano posseduti da tutti i soggetti dotati di poteri di rappresentanza e di direzione dell'impresa, come richiesto dalla legge.

La Sezione ha ritenuto quindi di investire della questione l'Adunanza Plenaria affinché possa affermare il principio secondo il quale è possibile che un solo rappresentante legale dell'impresa possa autodichiarare che tutti i soggetti che occupano (o se del caso hanno occupato) nell'impresa le posizioni qualificate previste dalla norma sono in possesso dei

requisiti morali prescritti (o, se si preferisce, non si trovano in condizioni ostative) e che tale dichiarazione, come nella fattispecie esaminata, possa essere presentata anche con una formula inclusiva di tutti i soggetti dell'impresa, pur senza una loro elencazione nominativa. E fatta salva, ovviamente, la successiva necessità di dimostrare l'effettivo possesso di tutti i requisiti generali richiesti dall'art. 38 ed autodichiarati (anche con formula generica ma omnicomprensiva).

Tale soluzione più sostanzialistica appare inoltre più coerente con la recente nuova Direttiva in materia di appalti n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 che, proprio nell'ottica di una generale semplificazione del sistema, ha previsto la presentazione di un unico documento per la partecipazione alle gare, consistente in una unica autodichiarazione come prova documentale preliminare del possesso dei requisiti necessari per la partecipazione di una impresa ad una gara.

Ritiene, in conclusione, l'ordinanza che l'Adunanza Plenaria possa ridurre i motivi di grave incertezza che investono, sul punto, sia le stazioni appaltanti sia le imprese che partecipano alle gare pubbliche sia la stessa giurisprudenza, oscillante fra posizioni più formali e posizioni più sostanziali, affermando il principio che non sia necessaria una indicazione nominativa nell'autodichiarazione presentata dal rappresentante legale dell'impresa di tutti i soggetti per i quali deve essere dimostrato il possesso dei requisiti morali.

Le conseguenze di tale indirizzo sarebbero queste:

(a) nei rapporti fra l'ente appaltante e il singolo concorrente, sarebbe causa di esclusione solo l'accertata esistenza di cause ostative; ad essa si potrebbe equiparare la radicale assenza di una dichiarazione, pur generica, dell'inesistenza delle cause ostative; altrimenti, ove l'ente appaltante ritenesse necessario disporre di informazioni più dettagliate, dovrebbe avvalersi dello strumento di cui all'art. 46, comma 1, del codice dei contratti;

(b) il ricorso di altri concorrenti contro l'ammissione dell'aggiudicatario (e conseguentemente contro l'aggiudicazione) sarebbe ammesso solo in quanto si deduca positivamente l'esistenza delle cause ostative; in caso contrario, l'incompletezza delle dichiarazioni ovvero delle indagini spettanti all'amministrazione non potrebbe essere dedotta come motivo di annullamento dell'ammissione dell'aggiudicatario e dell'aggiudicazione in suo favore.

La plenaria ha espresso i seguenti principi di diritto aderendo alla soluzione meno severa propugnata dall'ordinanza di rimessione:

a) la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 d.lgs. n.163 del 2006 può essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal legislatore;

b) la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art. 38 d.lgs. n.163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici;

c) una dichiarazione sostitutiva confezionata nei sensi di cui alle precedenti lettere a) e b) è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio [Cons. St., ad. plen. 30 luglio 2014 n. 16, Pres. Giovannini – Est. Deodato].

La plenaria richiama anzitutto, per escluderne l'applicazione nel caso concreto, l'art. 39, d.l. n. 90/2014, comunque indicativo del *trend* legislativo contrario a soluzioni formalistiche di esclusione per vizi meramente formali.

La plenaria, poi, richiama i propri precedenti n. 21/2012, n. 23/2013, n. 9/2014, sul tema della tassatività delle cause di esclusione e precisa ulteriormente che:

a) la formulazione letterale dell'art.46, comma 1-bis, d.lgs. cit. impone di applicare la sanzione dell'esclusione alla violazione della prescrizione del codice (contenuta nell'art. 38, comma 2, d.lgs. cit.) relativa alla presentazione delle dichiarazioni attestanti l'assenza delle relative condizioni ostative (quand'anche queste fossero in concreto inesistenti);

b) la sanzione espulsiva dev'essere applicata anche nelle ipotesi in cui la *lex specialis* di gara la preveda come conseguenza della sola assenza oggettiva dei requisiti di moralità (e non anche della loro omessa attestazione);

c) in presenza di dichiarazioni radicalmente mancanti resta precluso all'Amministrazione l'uso del soccorso istruttorio (che si risolverebbe in una lesione del principio della *par condicio*).

provvedimenti concretamente adottati.

Si tratta, poi di verificare se l'art. 47, c. 2, d.P.R. n. 445/2000, là dove ammette l'attestazione di stati, qualità personali e fatti relativi a persone diverse dal dichiarante, imponga anche (ed a quali condizioni) la relativa identificazione nel corpo della dichiarazione.

A tal fine la plenaria opera una sintetica ricognizione dei principi che governano l'uso delle dichiarazioni sostitutive ai fini dell'attestazione dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici.

Una delle più rilevanti innovazioni legislative preordinate a semplificare i rapporti tra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni è stata quella che ha consentito ai primi di attestare il possesso di stati, qualità o fatti, mediante la presentazione di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà e fermo restando il compito dell'amministrazione di controllarne la veridicità (art.43 d.P.R. cit.).

Ovviamente le finalità pubblicistiche sottese alle verifiche relative alla produzione di documentazione amministrativa risultano presidiate e garantite dalle regole concernenti l'identificazione del dichiarante, la completezza delle informazioni contenute nella dichiarazione e la responsabilità penale del dichiarante per il caso di dichiarazioni false (art.76 d.P.R. cit.).

Occorre, quindi, verificare, ai fini di una corretta esegesi della disposizione in esame, se, nel tipo di dichiarazione controversa, le predette regole siano state rispettate e se, in

definitiva, gli interessi pubblicistici coinvolti siano stati pregiudicati o, al contrario, compiutamente realizzati.

Posto che l'identità dei dichiaranti non è in discussione, risultando nella fattispecie osservate le prescrizioni poste a presidio della loro identificazione, resta da stabilire se le dichiarazioni prodotte contenessero tutte le informazioni indispensabili al fine dell'accertamento d'ufficio della loro veridicità e se i soggetti che le hanno rese risultino o meno esposti a responsabilità penale per il caso di attestazioni mendaci.

Ora, posto che la dichiarazione deve contenere tutte le informazioni di cui necessita l'Amministrazione per verificarne d'ufficio la correttezza e la veridicità, anche ai sensi dell'art.43 d.P.R. cit., ritiene l'Adunanza che, mentre deve escludersi l'ammissibilità di dichiarazioni riferite a persone non identificate e non identificabili, deve, al contrario, giudicarsi consentita, anche in applicazione dei principi civilistici in punto di determinabilità del contenuto degli atti giuridici mediante rinvii *ob relationem* di semplice decifrazione, la presentazione di dichiarazioni riferite a persone (ancorché non identificate) agevolmente identificabili mediante la consultazione di registri pubblici o di banche dati ufficiali.

Mentre, infatti, nel primo caso, la finalità della disposizione, agevolmente identificabile nella semplificazione dell'attività dichiarativa (Cons. St., sez. VI, 12 luglio 2011, n.4206) ma senza alcun sacrificio delle esigenze di certezza e di completezza nell'acquisizione delle attestazioni da parte dell'Amministrazione, resterebbe irrimediabilmente frustrata (precludendo qualsivoglia accertamento d'ufficio circa la veridicità delle dichiarazioni), nella seconda ipotesi l'interesse pubblico sotteso alla disposizione resterebbe integro e compiutamente realizzato.

Se, infatti, come nel caso in esame, la dichiarazione sostitutiva consente all'Amministrazione (prima) l'identificazione dei soggetti a cui si riferisce e (poi) la verifica dell'esattezza e della veridicità delle attestazioni rese, la stessa non può che reputarsi del tutto conforme alla disposizione primaria che l'ha consentita e che realizza entrambi gli interessi a cui risulta preordinata: la semplificazione dell'attività dichiarativa e la conservazione dell'integrità delle necessità conoscitive dell'Amministrazione.

Diversamente opinando, invero, si perverrebbe alla paradossale e inaccettabile conseguenza di ritenere inammissibile (con il probabile corollario della necessità dell'esclusione dell'impresa che l'ha prodotta) una dichiarazione che l'Amministrazione ha potuto agevolmente verificare, sia in ordine all'identità dei soggetti ai quali si riferisce (mediante l'accesso a una banca dati ufficiale), sia in ordine alla corrispondenza al vero delle attestazioni che li riguardano.

In ordine, invece, alla configurabilità della responsabilità penale in capo al soggetto che dichiara falsamente qualità personali, stati o fatti di altri soggetti (che costituisce il più forte ed efficace presidio dell'affidabilità del sistema delle dichiarazioni sostitutive), ancorché non menzionati nominativamente nella dichiarazione, basti rilevare che la già riscontrata agevole identificabilità (mediante

l'accesso al registro delle imprese) delle persone a cui si riferisce la dichiarazione e (soprattutto) la logicamente presupposta loro conoscenza da parte del dichiarante implicano la sicura individuazione nella fattispecie considerata degli estremi (soggettivi ed oggettivi) del reato di falso.

Cons. St., ad. plen., n. 14/2014 il confine tra autotutela pubblicistica e privatistica in relazione all'appalto di lavori pubblici

Nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo di recesso regolato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006

Decisione di parziale perdurante attualità nel vigore del nuovo codice.

La plenaria nel vigore del codice del 2006, in linea con le sez. un., ha affermato che dopo la stipula del contratto, nel caso di appalti di lavori, lo *ius poenitendi* della pubblica amministrazione può esercitarsi solo mediante il recesso privatistico e non mediante la revoca, mentre la revoca pubblicistica resta possibile nelle concessioni di lavori e servizi e negli appalti di servizi e forniture, tanto alla luce dei previgenti artt. 134 e 158 codice del 2006.

Questa impostazione resta parzialmente attuale dopo il codice del 2016.

In materia di concessioni l'art. 176 del nuovo codice ricalca il previgente art. 158, continuando a prevedere la revoca pubblicistica per sopravvenienze.

Quanto agli appalti, il previgente art. 134, relativo al recesso, riguardava solo gli appalti di lavori; sicché la plenaria del 2014, nelle sue battute finali, affermò che la revoca pubblicistica non era possibile negli appalti di lavori, ma restava possibile nei contratti attivi, nei contratti di appalto relativi a servizi e forniture, e nelle concessioni.

Ora il nuovo art. 109, in tema di recesso, riguarda anche i servizi e le forniture, non solo i lavori, e dunque, seguendo il ragionamento della plenaria del 2014, si dovrebbe trarne la conclusione che anche per servizi e forniture non è ammessa la revoca per sopravvenienze, ma solo il recesso.

La plenaria si è occupata del confine tra autotutela privatistica e pubblicistica, anche senza trarne nel caso specifico le conseguenze in tema di riparto di giurisdizione, atteso che nel caso specifico la questione di giurisdizione era preclusa [Cons. St., ad. plen. 20 giugno 2014 n. 14, Pres. Giovannini – Est. Meschino].

L'ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2013 n. 5786 ha chiesto di chiarire il confine tra revoca pubblicistica incidente su rapporti contrattuali e recesso unilaterale, sia in base alla normativa sui contratti pubblici sia in base alle disposizioni in tema recate dalla l. n. 241/1990.

A tal fine l'ordinanza di rimessione ha ricordato il prevalente orientamento del giudice amministrativo, favorevole all'esercizio di poteri di autotutela pubblicistica pur dopo la stipula del contratto, e il contrario orientamento delle Sez. un. nel senso preclusivo di

siffatti poteri, e ha proposto una rimeditazione del prevalente orientamento del giudice amministrativo.

La plenaria, rimeditando il prevalente orientamento del g.a., ha affermato il principio di diritto secondo cui <<Nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo di recesso regolato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006.>>.

Questi, in sintesi, gli argomenti:

a) ai sensi del codice dei contratti pubblici, vi è una netta distinzione tra la fase della scelta del contraente, conclusa con l'aggiudicazione, e quella, successiva, della stipulazione e conseguente esecuzione del contratto, pur costituendone il necessario presupposto funzionale, considerato che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta e che, pur divenuta efficace l'aggiudicazione, prima della stipulazione resta comunque salvo "L'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti". Il vincolo sinallagmatico nasce perciò soltanto con il separato e distinto atto della stipulazione del contratto quando, essendo stata fino a quel momento irrevocabile soltanto l'offerta dell'aggiudicatario, l'amministrazione a sua volta si impegna definitivamente;

b) la fase conclusa con l'aggiudicazione ha carattere pubblicistico, in quanto retta da poteri amministrativi attribuiti alla stazione appaltante per la scelta del miglior contraente nella tutela della concorrenza, mentre quella che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l'attuazione del rapporto negoziale ha carattere privatistico ed è quindi retta dalle norme civilistiche;

c) nella fase privatistica l'amministrazione si pone quindi con la controparte in posizione di parità che però, è stato anche precisato, è "tendenziale" (Corte Cost. n. 53 e n. 43 del 2011), con ciò sintetizzando l'effetto delle disposizioni per cui, pur nel contesto di un rapporto paritetico, sono apprestate per l'amministrazione norme speciali, derogatorie del diritto comune, definite di autotutela privatistica (Ad. Plen. n. 6 del 2014); ciò, evidentemente, perché l'attività dell'amministrazione, pur se esercitata secondo moduli privatistici, è sempre volta al fine primario dell'interesse pubblico, con la conseguente previsione, su tale presupposto, di regole specifiche e distinte.

d) nel codice dei contratti pubblici sono previste norme con tratti di specialità riguardo specificamente alla fase dell'esecuzione del contratto per la realizzazione di lavori pubblici, in particolare la disciplina del recesso dal contratto e della sua risoluzione, della risoluzione per inadempimento e, specificamente, della revoca delle concessioni di lavori pubblici in finanza di progetto ai, ovvero della sospensione dei lavori;

e) in tale contesto la specialità della disciplina del recesso emerge non soltanto perché, a fronte della generale previsione civilistica (art. 1373 c.c.), il legislatore ne ha ritenuto necessaria una specifica nella legge sul procedimento (art. 21-sexies) ma in particolare perché l'art. 134, nel concretare il caso applicativo di tale previsione, lo regola in modo diverso rispetto all'art. 1671 c.c., prevedendo il preavviso all'appaltatore e, quanto agli

oneri, la forfezzazione del lucro cessante nel dieci per cento delle opere non eseguite e la commisurazione del danno emergente, fermo il pagamento dei lavori eseguiti, al “valore dei materiali utili esistenti in cantiere” mentre, per il citato art. 1671 c.c., il lucro cessante è dovuto per intero (“il mancato guadagno”) e per il danno emergente vanno rimborsate tutte le spese sostenute;

f) così ricostruito il quadro normativo, se ne desume che la posizione dell'amministrazione nella fase del procedimento di affidamento di lavori pubblici aperta con la stipulazione del contratto è definita dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di quest'ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono;

g) ne consegue che deve ritenersi insussistente, in tale fase, il potere di revoca, poiché: presupposto di questo potere è la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze; il medesimo presupposto è alla base del recesso in quanto potere contrattuale basato su sopravvenuti motivi di opportunità (Cass. n. 391 del 2011 cit.; Cons. St., Sez. V, 18 settembre 2008, n. 4455); la specialità della previsione del recesso di cui al citato art. 134 del codice preclude, di conseguenza, l'esercizio della revoca;

h) se, infatti, nell'ambito della normativa che regola l'attività dell'amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione del contratto di lavori pubblici, è stata in particolare prevista per gli appalti di lavori pubblici una norma che attribuisce il diritto di recesso, non si può ritenere che sul medesimo rapporto negoziale si possa incidere con la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze) e avente effetto analogo sul piano giuridico (la cessazione ex nunc del rapporto negoziale); richiamato anche che, quando il legislatore ha ritenuto di consentire la revoca “per motivi di pubblico interesse” a contratto stipulato, lo ha fatto espressamente, in riferimento, come visto, alla concessione in finanza di progetto per la realizzazione di lavori pubblici. In caso contrario la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, risultando nell'ordinamento, che per definizione reca un sistema di regole destinate a operare, una normativa priva di portata pratica, dal momento che l'amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca ovvero decidere di esercitare il diritto di recesso secondo il proprio esclusivo giudizio, conservando in tale modo nel rapporto una posizione comunque privilegiata; fermo restando, come anche richiamato dalla V Sezione, che per l'amministrazione la maggiore onerosità del recesso è bilanciata dalla mancanza dell'obbligo di motivazione e del contraddittorio procedimentale;

i) in conclusione, stipulato il contratto, non c'è più spazio per la revoca pubblicistica; resta però impregiudicata, nell'inerenza all'azione della pubblica amministrazione dei poteri di autotutela previsti dalla legge, la possibilità:

- i) della revoca nella fase procedimentale della scelta del contraente fino alla stipulazione del contratto;
- ii) dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione anche dopo la stipulazione del contratto, nonché concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso (Cass. sezioni unite, 8 agosto 2012, n. 14260; Cons. St.: sez III, 23 maggio 2013, n. 2802; sez. V: 7 settembre 2011, n. 5032; 4 gennaio 2011, n. 11, 9 aprile 2010, n. 1998);
- iii) del recesso della stazione appaltante quando si verificano i presupposti previsti dalla normativa antimafia che la giurisprudenza (Cass. n. n. 391 del 2011 cit.) ha riferito alla nozione dell'autotutela autoritativa, poiché potere "del tutto alternativo a quello generale di cui alla l. n. 2248 del 1865, art. 345, all. F" (oggi art. 134 del codice dei contratti pubblici); qualificazione questa che può ritenersi tuttora valida poiché le stazioni appaltanti, pur nel quadro della normativa oggi vigente in materia, devono comunque valutare l'esistenza delle eccezionali condizioni non comportanti l'altrimenti vincolato esercizio del diritto di recesso (art. 94, commi 2 e 3 del d.lgs. n. 159 del 2011).

In questo quadro si coordina e delimita, ad avviso della plenaria, la previsione della revoca di cui al comma 1-bis dell'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990, poiché dall'ambito di applicazione della norma risulta esclusa la possibilità di revoca incidente sul rapporto negoziale fondato sul contratto di appalto di lavori pubblici, in forza della speciale e assorbente previsione dell'art. 134 del codice (così, come, per la medesima logica, né è esclusa la revoca di cui all'art. 158 del codice), restando per converso e di conseguenza consentita la revoca di atti amministrativi incidenti sui rapporti negoziali originati dagli ulteriori e diversi contratti stipulati dall'amministrazione, di appalto di servizi e forniture, relativi alle concessioni contratto (sia per le convenzioni accessive alle concessioni amministrative che per le concessioni di servizi e di lavori pubblici), nonché in riferimento ai contratti attivi.

Cons. St., n. 13/2014 giurisdizione su atto di autotutela e atto prodromico a un contratto

Se l'atto prodromico a un contratto di swap non ha natura di atto pubblicistico, il ritiro di tale atto da parte della p.a. non ha natura di autotutela pubblicistica ed esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo.

Decisione di perdurante attualità nel vigore del nuovo codice appalti, afferendo a profili processuali non intaccati dal nuovo codice

La plenaria si occupa della giurisdizione su un annullamento in autotutela di una delibera a contrarre un contratto di *swap* così determinando la caducazione del contratto [Cons. St., ad. plen., 5 maggio 2014 n. 13, Pres. Giovannini – Est. Branca].

A tal fine la plenaria individua la nozione di "atto prodromico" di natura pubblicistica, come tale suscettibile di autotutela pubblicistica soggetta a giurisdizione del g.a.

Secondo la plenaria, affinché una determinazione amministrativa possa assumere la natura dell'atto prodromico, nel senso tecnico considerato dalla giurisprudenza, occorre che sia individuabile nell'atto stesso il compimento di un processo decisionale ossia la formazione della volontà di compiere un atto di diritto privato, di cui l'ente abbia valutato ed approvato il contenuto, e che ciò risulti verificabile in base al procedimento seguito. In tal caso l'atto assume dignità provvedimento e può essere autonomamente valutato sul piano della legittimità, e formare oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale ovvero di autotutela. In tal senso la Corte di Cassazione a SS.UU. 27 luglio 2013, n. 17780, che ha affermato la giurisdizione su un atto perché da considerarsi prodromico in quanto assunto a conclusione di un procedimento amministrativo e indirizzato a sintetizzare le valutazioni discrezionali dell'amministrazione. Per l'effetto la plenaria ha escluso la giurisdizione del giudice amministrativo su un atto di autotutela con cui una Regione – avendo ravvisato la violazione da parte degli istituti bancari degli obblighi di corretta e completa informazione - annulli d'ufficio una sua precedente deliberazione, che aveva autorizzato alla negoziazione ed alla stipula di contratti di derivati c.d. *swaps*, tanto sul presupposto che l'originaria autorizzazione regionale aveva demandato al responsabile del procedimento il proseguimento delle trattative e la successiva negoziazione. Secondo la plenaria, affinché un atto amministrativo sia qualificabile come atto prodromico alla stipula di un contratto e dunque sottoposto al potere di autotutela, occorre che esso abbia effettivamente deciso che abbia luogo la successiva stipula, il che va escluso quando l'atto abbia unicamente consentito l'attivazione di trattative e l'eventuale stipula di un contratto, nel caso in cui esso fosse risultato conveniente.

Nel caso specifico la plenaria esclude che l'atto prodromico abbia valenza pubblicistica e pertanto lo stesso non è suscettibile di autotutela pubblicistica. Analoghe questioni rimesse alla plenaria da altre ordinanze non sono state decise per sopravvenuta improcedibilità dell'appello (v. Ad. plen. ordinanze nn. 2 e 3 del 2014).

Cons. St., ad. plen., n. 10/2014 perentorietà o meno del termine per la dimostrazione del possesso dei requisiti dell'aggiudicatario

L'articolo, 48, comma secondo, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che l'aggiudicatario e il concorrente che lo segue in graduatoria, non compresi fra i concorrenti sorteggiati ai sensi del comma primo del medesimo articolo, devono presentare la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativa, di cui al comma primo, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla richiesta inoltrata a tale fine dalle stazioni appaltanti.

Tale plenaria riguarda una norma non riprodotta nel nuovo codice, esprime però un principio di diritto di perdurante attualità nel senso della perentorietà del termine imposto dalla s.a. all'aggiudicatario per produrre la prova del possesso dei requisiti

Nella nuova disciplina è previsto il controllo obbligatorio sul solo aggiudicatario, relativo sia ai requisiti generali che speciali. Nella versione originaria del codice era previsto il controllo obbligatorio anche sul secondo classificato, controllo soppresso dal decreto correttivo (art. 85, c. 5).

E' inoltre previsto, come facoltativo e non obbligatorio, e senza indicazione di un particolare procedimento il controllo sui candidati o offerenti, "in qualsiasi momento nel corso della procedura (...) qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura (art. 85, c. 5).

Inoltre, nei soli settori speciali, limitatamente alle procedure aperte, le stazioni appaltanti possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza dei motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi del codice (art. 133, c. 8 codice).

Tale previsione è stata estesa in via sperimentale anche ai settori ordinari, fino al 31.12.2020 (art. 1, c. 3, d.l. n. 32/2019 aggiunto dalla l. n. 55/2019).

Viene rimessa all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se abbia o meno natura perentoria il termine di dieci giorni, fissato dall'art. 48, c. 2, d.lgs. n. 163/2006 per la presentazione della documentazione richiesta dall'amministrazione, per la dimostrazione del possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario (Cons. St., sez. VI, 30 luglio 2013 n. 4023, ord., Pres. Maruotti – Est. Lopilato).

Mentre il termine per la dimostrazione del possesso dei requisiti, in sede di controllo a campione dei concorrenti, è pacificamente considerato perentorio, si riscontra invece un contrasto di giurisprudenza quanto al termine imposto ad aggiudicatario e secondo classificato: per la natura meramente sollecitatoria del termine, v. Cons. St., sez. V, 8 ottobre 2010 n. 6490, e, per la sua natura perentoria, Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1321; Cons. giust. amm., 13 dicembre 2010 n. 1465).

Viene poi per la terza volta nel corso dell'anno 2013 rimessa all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione su quale sia l'ordine di trattazione del ricorso principale e del ricorso incidentale, proposti dalle imprese avverso gli atti del procedimento di una gara d'appalto.

Sul punto la Sezione rimettente si limita a richiamare la propria precedente ordinanza 17 maggio 2013 n. 2681, senza aggiungere altri argomenti, evidenziando l'opportunità che, per esigenze di certezza del diritto, l'Adunanza Plenaria indichi quale sia il quadro normativo da applicare, in considerazione della sentenza della Corte di Giustizia 4 luglio 2013, in C-100/12.

Sulla prima questione la plenaria 25 febbraio 2014 n. 10 ha espresso il seguente principio di diritto: <<L'art. 48, c. 2, codice appalti si interpreta nel senso che l'aggiudicatario e il concorrente che lo segue in graduatoria, non compresi fra i concorrenti sorteggiati ai sensi del c. 1 del medesimo articolo, devono presentare la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativa, di cui al c. 1, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla richiesta inoltrata a tale fine dalle stazioni appaltanti>>.

Nell'argomentare, la plenaria muove dalla premessa che la giurisprudenza amministrativa costante nell'interpretare il c. 1 dell'art. 48, qualifica il termine di dieci giorni, assegnato agli offerenti sorteggiati per la presentazione della documentazione sui requisiti, come perentorio, pur non essendo definito formalmente come tale nella norma; ciò in ragione, in sintesi, della "esigenza di celerità insita nella fase specifica del procedimento" e della "automaticità della comminatoria prevista per la sua inosservanza", salva l'oggettiva impossibilità alla produzione della documentazione la cui prova grava sull'impresa.

L'individuazione del termine come perentorio è perciò anzitutto basata sulla *ratio* dello stesso in rapporto alla fase del procedimento in cui si colloca l'adempimento, in coerenza con la giurisprudenza prevalente, per cui l'art. 152 c.p.c., che definisce i termini processuali come ordinatori salvo quelli espressamente qualificati come perentori, "vale esclusivamente per i termini processuali, mentre con riguardo ai termini esistenti all'interno del procedimento amministrativo il carattere perentorio o meno va ricavato dalla loro *ratio*".

Ciò richiamato, la plenaria rileva che l'esigenza di celerità del procedimento è propria anche della fase specifica in cui si inserisce l'adempimento di cui all'art. 48, c. 2, che è quella, conclusiva della procedura, che inizia con l'aggiudicazione provvisoria, seguita: dalla verifica e approvazione di tale aggiudicazione; dall'emanazione, su questa base, del provvedimento di aggiudicazione definitiva; dalla verifica dei prescritti requisiti perché l'aggiudicazione sia efficace; dalla conseguente stipulazione del contratto, eventualmente sottoposto ad approvazione e controlli.

L'esigenza di celerità, e certezza, di tale fase è provata, sul piano normativo, dalla previsione del condizionamento sequenziale degli adempimenti e dalla preordinazione di termini per la verifica e approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, per l'inoltro della richiesta di verifica dei requisiti da parte dell'amministrazione e per la stipulazione, approvazione e controlli del contratto (art. 11, c. 9 e 10, art. 12, art. 48, c. 2, codice appalti), e, sul piano teleologico, dalla diretta strumentalità di questa fase al perfezionamento dello scopo dell'intero procedimento, consistente nella stipula del contratto per l'esecuzione della prestazione, assumendo particolare rilevanza i principi generali di tempestività ed efficacia delle procedure di affidamento, di cui all'art. 2 codice appalti, nel momento della conclusione utile della lunga e complessa attività svolta in precedenza per la scelta del contraente.

In questo quadro si deve ritenere la disciplina di ogni adempimento previsto in tale fase come finalizzata a renderla tempestiva e certa e non a rallentarne l'iter a tempo indefinito dovendosi perciò interpretare per quanto possibile in questo senso la *ratio* delle norme di riferimento pur se non letteralmente esplicitata.

E' fondato allora rapportare a questa logica procedimentale l'adempimento della verifica del possesso dei requisiti dell'aggiudicatario, e del secondo classificato, che l'art. 48, c. 2, codice appalti, inserisce nella fase conclusiva del procedimento, poiché con tale verifica si incide in modo diretto sull'esito operativo della procedura condizionando l'efficacia

dell'aggiudicazione definitiva, con il controllo dell'affidabilità tecnico – economica anzitutto dell'aggiudicatario, e l'accertamento, di conseguenza, della possibilità di stipulare o meno il contratto.

Si tratta quindi di un adempimento essenziale per la definizione del procedimento in connessione con il suo scopo poiché, se la verifica è positiva, viene stipulato il contratto, se manca, si procede al ricalcolo della soglia di anomalia e all'eventuale nuova aggiudicazione, con effetto determinante, in entrambi i casi, per la conclusione efficace della procedura.

Sarebbe allora in evidente contraddizione con questa logica se l'aggiudicatario potesse costringere l'Amministrazione "a tenere in piedi *sine die* per l'esame della documentazione la struttura organizzativa predisposta per la gara", così come potrebbe farlo anche il secondo classificato in caso di inadempimento del primo, con evidente pregiudizio per l'amministrazione, venendo con ciò sospesa a tempo indeterminato, a causa di tale inerzia, una procedura pubblica lunga e complessa nella fase in cui giunge all'esito per cui è stata attivata.

Ciò a fronte, inoltre: della produzione di documenti già in possesso degli interessati alla cui esibizione devono essere pronti fin dalla fase della verifica a campione; dell'incongruità di una norma che, mentre obbliga la stazione appaltante a inoltrare la richiesta per la verifica nel termine di dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, nella logica perciò della tempestiva sequenzialità degli atti, consentirebbe ai destinatari della richiesta di adempiervi senza alcuna perentoria scadenza; della immotivata differenza di trattamento, infine, tra il vincitore e il secondo classificato, da un lato, e gli altri concorrenti sorteggiati in precedenza, dall'altro, essendo obbligati questi e non quelli all'osservanza di un termine perentorio, in contrasto con il principio della par condicio fra i concorrenti.

Questa conclusione, basata sulla *ratio* della previsione normativa, è avvalorata anche dalla lettera della norma, in cui si specifica che la richiesta della documentazione all'aggiudicatario e al secondo classificato ha il medesimo contenuto ed è assistita dalle medesime sanzioni di quella di cui al c. 1, essendo testualmente previsto che si tratta della richiesta "di cui al comma 1" e che, se la prova del possesso dei requisiti non è fornita o confermata, si applicano le "suddette sanzioni", avendo richiamato la giurisprudenza sul comma primo, riguardo a tali sanzioni, che l'esclusione dalla gara si ha anche nella "ipotesi di mancata produzione di prove entro il termine perentoriamente previsto, salvo oggettiva impossibilità, il cui onere della prova grava sull'impresa...".

L'identità per tali profili del contenuto normativo dei due commi è confermata dal fatto che il secondo reca le sole previsioni integrative necessarie a causa della diversità della fase in cui si colloca la verifica, relative: a) al tempo della richiesta da parte della stazione appaltante della prova dei requisiti, da fare "entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara", essendo la richiesta successiva a tale conclusione al contrario di quella da inoltrare ai sensi del primo comma; b) alla modalità di prosecuzione del procedimento in caso di mancata verifica, che, in quanto successiva all'intervenuta aggiudicazione, non

può che dare luogo alla ridefinizione della soglia di anomalia per l'eventuale nuova aggiudicazione.

Per quanto sinora considerato si deve concludere non soltanto che la presentazione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti deve avvenire, da parte dell'aggiudicatario e del secondo classificato, entro un termine perentorio ma, anche, che questo termine è lo stesso, di dieci giorni dalla data della richiesta, previsto nel primo comma dell'articolo, non essendovi motivo per ritenere che le disposizioni dei due commi, fondate sulla stessa ratio e coordinate con il rinvio del secondo al primo, si differenzino poi per la durata del periodo fissato per l'adempimento, non emergendo alcuna specificità in tal senso nel comma secondo, attinente anzi, come detto, ad una fase del procedimento che ha raggiunto il proprio esito e tanto più, quindi, deve essere informata ad esigenze di celerità.

L'interpretazione dell'art. 48, c. 2, sopra indicata, non comporta alcun adempimento innovativo per i privati essendo già chiaro dal testo della norma il loro obbligo a comprovare il possesso dei requisiti; l'esclusione è prevista dall'art. 46, c. 1-bis, codice appalti "in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice...", essendo con ciò coerente quella del soggetto che non comprovi il possesso di requisiti essenziali per la prestazione oggetto del contratto da stipulare; la sanzione non è immotivata né irragionevole alla luce dello scopo del procedimento e dell'interesse pubblico con esso perseguito, non risultando rilevante, in questo quadro, il fatto che l'esclusione sia comminata in corso di gara o dopo la sua conclusione; né si introducono sanzioni non previste avendo chiarito la giurisprudenza, come già rilevato, che l'inutile scadenza del termine per la presentazione della documentazione comporta la sanzione dell'esclusione ai sensi del c. 1 dell'art. 48, alle cui sanzioni il c. 2 rinvia.

E' peraltro dirimente, anche per i profili ora considerati, la palese irragionevolezza della possibilità che l'efficace conclusione della gara resti sospesa a tempo indefinito a discrezione dei soggetti privati.

Sulla questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale la plenaria n. 10/2014 non si pronuncia, limitandosi a rinviare alle plenarie n. 7/2014 e n. 9/2014.

Cons. St. n. 9/2014 tassatività cause di esclusione, soccorso istruttorio, rapporto tra ricorso principale e incidentale

a) L'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011 n. 70 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - che ha aggiunto l'inciso <<Tassatività delle cause di esclusione>> nella rubrica dell'articolo 46, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1-bis - non costituisce una norma di interpretazione autentica e, pertanto, non ha effetti retroattivi e trova esclusiva applicazione alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano pubblicati (nonché alle procedure senza bandi o avvisi, i cui inviti siano inviati), successivamente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011.

b) Il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice.

c) Sono legittime ai sensi dell'art. 46, c. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se 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.

d) Nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, c. 1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali.

e) Nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 6, c. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990 n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima - per violazione dell'art. 6, c. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione - la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale.

f) Il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, c. 4, c.p.a. e 276, c. 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione.

g) Nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile.

h) Nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorquando non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale.

i) Nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo

concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione⁵⁷.

⁵⁷ Alla plenaria sono state rimesse le seguenti questioni, tra cui una sollecitazione ad un *revirement* sull'ordine di esame di ricorso principale e incidentale in materia di pubblici appalti (Cons. St., sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2681, ord.):

a) se, ed eventualmente in che misura, nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 4, c. 2, lett. d) del d.l. 11 maggio 2011, n. 70, convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106, possa già ritenersi vigente un principio di tassatività della cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di contratti pubblici;

b) se, in particolare, debbano ritenersi illegittime, per la violazione di tale principio, le clausole che impongono a pena di esclusione adempimenti documentali o formali privi di una base normativa espressa;

c) se, ed in che misura, ove si dovesse, al contrario, concludere per la validità di dette clausole "atipiche" di esclusione, sia comunque onere per la stazione appaltante, alla luce del generale principio del soccorso istruttorio di cui all'art. 46, c. 1, codice appalti, invitare il concorrente, prima di disporre l'esclusione, ad una "regolarizzazione" documentale, consentendogli l'eventuale produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la regolarizzazione della forma omessa, nei casi in cui l'omissione formale o documentale non incida sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione e sulla capacità tecnica ed economica del concorrente.

Quanto al soccorso istruttorio l'ordinanza di remissione evidenzia un contrasto di giurisprudenza tra tesi restrittiva e tesi estensiva, aderendo alla seconda, ritenendo che il soccorso istruttorio debba supplire al rigore delle forme e debba servire ad emendare errori formali.

Viene poi rimessa all'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99, c. 3, c.p.a., la questione – già esaminata dalla sentenza n. 4 del 2011 - della sussistenza o meno della legittimazione del soggetto escluso dalla gara per atto dell'Amministrazione (ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale) ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, al fine di dimostrare che anche questo doveva essere escluso dalla gara e soddisfare in tal modo l'interesse strumentale alla eventuale ripetizione della procedura.

In parte qua l'ordinanza di remissione ricorda le critiche giurisprudenziali e dottrinali alla plenaria n. 4/2011, che fa proprie e amplia con ulteriori argomenti.

In punto di fatto, giova premettere che il contenzioso non riguardava un contratto sottoposto al codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), bensì una gara per l'affidamento di concessione di bene pubblico (di specchio d'acqua), e il bando di gara non richiama il codice dei contratti pubblici.

La plenaria 25 febbraio 2014 n. 9 (Pres. Giovannini – Est. Poli) ha enunciato i seguenti principi di diritto, riferiti sia ai contratti soggetti al d.lgs. n. 163/2006 sia ad altri contratti pubblici:

a) <<l'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011 n. 70 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - che ha aggiunto l'inciso <<Tassatività delle cause di esclusione>> nella rubrica dell'articolo 46, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1-bis - non costituisce una norma di interpretazione autentica e, pertanto, non ha effetti retroattivi e trova esclusiva applicazione alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano pubblicati (nonché alle procedure senza bandi o avvisi, i cui inviti siano inviati), successivamente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011>>;

b) <<il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice>>;

c) <<sono legittime ai sensi dell'art. 46, c. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se 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>>;

d) <<nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, c. 1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali>>;

e) <<nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 6, c. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990 n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima - per violazione dell'art. 6, c. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione - la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale >>;

f) <<il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, c. 4, c.p.a. e 276, c. 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle

questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione>>;

g) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile>>;

h) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale>>;

i) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione>>.

In relazione alla prima questione e principio di diritto, inerente la retroattività o meno del principio di tassatività delle cause di esclusione, introdotto nel codice appalti dal d.l. n. 70/2011, la plenaria conclude per la non retroattività in base alla considerazione che la norma in esame non ha natura di interpretazione autentica.

Infatti non si rinviene alcuno degli indici rivelatori di tale peculiare categoria di norme, elaborati dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, europea ed amministrativa [Corte EDU, sez. II, 7 giugno 2011, Agrati; Corte cost., 11 giugno 2010 n. 209; 6 dicembre 2004 n. 376; Cons. St., ad. plen., 24 maggio 2011 n. 9].

In particolare:

a) manca il presupposto dell'incertezza applicativa della norma antecedente quella asseritamente di interpretazione autentica; addirittura, nel particolare caso di specie, non solo non si rinviene la presenza di alcuna situazione di incertezza presupposta, ma si registra, al contrario, la presenza di un principio generale consolidato in senso diametralmente opposto;

b) neppure si riscontra l'effetto tipico insito in tutte le norme di interpretazione autentica, ovvero l'incidere su rapporti pendenti; sul punto è dirimente l'art. 4, c. 3, d.l. n. 70 del 2011, secondo cui <<3. Le disposizioni di cui al comma 2, lettere b), d), e-bis), i-bis), i-ter), l), dd) e ll), numero 1-bis) si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte>>; dunque, la stessa fonte che ha introdotto il principio di tassatività, ha avuto cura di dettare una disposizione transitoria improntata al principio generalissimo *tempus regit actum* che esclude in radice ogni possibilità di applicazione del principio alle procedure in corso alla data della sua entrata in vigore (14 maggio 2011);

c) difetta, inoltre, anche il (pur non vincolante per l'interprete) requisito formale dato dalla auto qualificazione della norma come di interpretazione autentica.

In ordine alla seconda questione, inerente l'ambito applicativo del principio di tassatività delle cause di esclusione dettato dal codice appalti, la plenaria conclude per la sua portata limitata ai contratti soggetti al codice appalti, in base alla considerazione che la disciplina sulla tassatività è stata dettata dal codice con specifico riferimento ai contratti da esso disciplinati.

Con il terzo principio di diritto la plenaria precisa la portata e l'ambito oggettivo del principio di tassatività delle cause di esclusione riprendendo le precedenti plenarie n. 21/2012 e n. 14/2013, meglio precisando la casistica delle cause di esclusione e la portata dei bandi di gara e la nullità o mera illegittimità delle clausole del bando.

In relazione alle gare disciplinate dal codice dei contratti pubblici si potranno secondo la plenaria verificare le seguenti ipotesi:

a) legge di gara che esplicitamente recepisce (o rinvia) (al)le disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento attuativo o di altre leggi statali, che prevedono adempimenti doverosi a pena di esclusione; in tal caso la violazione dell'obbligo conduce de plano all'esclusione dell'impresa;

b) legge di gara silente sul punto; in tal caso la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell'art. 1339 c.c., alla etero integrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell'obbligo, all'esclusione del concorrente (cfr. sul punto ad. plen., 5 luglio 2012 n. 26; 13 giugno 2012 n. 22);

c) legge di gara che, in violazione del principio di tassatività, introduce cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; in tal caso la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice;

d) legge di gara che, in violazione dei precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, espressamente si pone in contrasto con essi ovvero detta una disciplina incompatibile; in tal caso occorre una impugnativa diretta della clausola invalida per potere dedurre utilmente l'esclusione dell'impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento.

In relazione a queste ultime statuizioni, si osserva che trattasi di conseguenze discendenti dall'applicazione di consolidati principi (espressi dalla plenaria e che si confermano in toto, cfr. Cons. St., ad. plen., 28 luglio 2011 n. 14; 24 maggio 2011 n. 9; 27 gennaio 2003 n. 1; 4 dicembre 1998 n. 1/ord.), secondo cui il bando: I) è un atto amministrativo generale, d'indole imperativa, recante il compendio delle regole (ed in particolare quelle afferenti alle cause di esclusione), cui devono attenersi sia i concorrenti che l'Amministrazione; II) è costitutivo di effetti eventualmente anche derogatori rispetto alla disciplina introdotta dalle fonti di rango primario o regolamentare e come tale non disapplicabile da parte dell'Amministrazione e del giudice amministrativo, potendo essere oggetto solo di specifica impugnativa; III) deve essere interpretato secondo il criterio formale (testuale ed oggettivo), con esclusione di letture ermeneutiche in chiave soggettiva ed integrativa, e con l'applicazione automatica e vincolata dell'esclusione laddove previsto dalla normativa di gara.

Con la quarta e quinta massima la plenaria si è occupata del potere di soccorso istruttorio e della sua diversa portata nel codice appalti e fuori dal codice appalti (per altri contratti o procedimenti amministrativi).

La plenaria conferma la costante rigorosa interpretazione da parte del Consiglio di Stato del potere di soccorso istruttorio [Cons. St., sez. V, 18 febbraio 2013 n. 974; sez. V, 5 dicembre 2012 n. 6248; sez. V, 25 giugno 2007 n. 3645; sez. VI, 23 marzo 2007 n. 1423; sez. V, 20 maggio 2002 n. 2717].

Tale impostazione risulta viepiù confermata dopo l'introduzione dell'autonomo principio di tassatività delle cause di esclusione che ha drasticamente diminuito le fattispecie escludenti (fra cui quelle incentrate su vizi meramente formali), riducendo, a monte, le occasioni di invocare l'esercizio del c.d. "potere di soccorso" in funzione sanante; ovviamente rimane ferma (ed è anzi implementata in considerazione della riduzione dell'area delle fattispecie escludenti), la piena operatività del "potere di soccorso" in funzione della mera regolarizzazione di adempimenti non più colpiti dalla sanzione dell'esclusione.

In dettaglio, i principi sul "soccorso istruttorio" disciplinato dal codice dei contratti pubblici, sono secondo la plenaria i seguenti:

a) il "soccorso istruttorio" si risolve, giusta il tenore letterale della norma (laddove afferma <<...invitano, se necessario...>>) e la sua *ratio essendi*, non in una facoltà, ma in un doveroso ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti che saranno appresso precisati;

b) il "soccorso istruttorio", dal punto di vista sistematico, rappresenta una applicazione legale del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3, l. 7 agosto 1990 n. 241 che impone all'amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara;

c) l'esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il c.d. "potere di soccorso", avuto riguardo ai valori in gioco, nasce dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo alteri la par condicio, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incida sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura;

d), l'esegesi rigorosa del "soccorso istruttorio" trova piena giustificazione anche in considerazione del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione;

e) per meglio definire il perimetro del "soccorso istruttorio" è necessario distinguere tra i concetti di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale": la linea di demarcazione discende *naturaliter* dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso"; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi;

f) giusta il tenore testuale dell'incipit del c. 1 in esame (<<1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45...>>), il "soccorso istruttorio" consente di completare dichiarazioni o documenti già presentati (ma, giova ribadirlo, non di introdurre documenti nuovi), solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa; esso non può essere mai utilizzato per supplire a carenze dell'offerta sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi;

g) il "soccorso istruttorio" ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento; in tal caso

non si sta discutendo della esistenza del requisito ma soltanto di una (consentita) precisazione che non innova e non altera la par condicio e la legalità della gara, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo, da un punto di vista formale, di una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita;

h) il “soccorso istruttorio”, infine, si sostanzia anche nella interpretazione di clausole ambigue onde favorire la massima partecipazione alle gare e, conseguentemente, nella possibilità di consentire, unicamente per questo limitato caso e nel rispetto della par condicio, la successiva integrazione documentale; siffatta attività di interpretazione, a fronte di clausole ambigue appare necessaria specie se sollecitata da appositi quesiti dei candidati; la relativa risposta, ovviamente, deve essere comunicata a tutti i partecipanti alla gara (c.d. *ruling* contrattuale).

In definitiva, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di una impresa concorrente, l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione o la completezza dell'offerta, da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, una dichiarazione o documentazione conforme al regolamento di gara.

In relazione alle procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici, l'introduzione della tassatività delle cause di esclusione e l'esatta individuazione dell'essenza del “potere di soccorso”, sanciti dal novellato art. 46 del medesimo codice, rendono evidenti, da un lato, il venir meno di talune criticità messe in luce dall'ordinanza di rimessione, dall'altro, l'inaccogliabilità di alcune suggestioni esegetiche prospettate dalla medesima ordinanza; in particolare:

a) l'innovativa novella al codice dei contratti pubblici, ha ridotto drasticamente la discrezionalità della stazione appaltante nella c.d. (auto)regolamentazione del soccorso istruttorio, atteso che l'Amministrazione ha perso la facoltà di inserire nel bando, al di fuori della legge, la previsione che un determinato adempimento sostanziale, formale o documentale sia richiesto a pena di esclusione;

b) in quest'ottica è stata eliminata in radice la lamentata stortura di un sistema che consentiva alla stessa Amministrazione di prescindere dall'onere di una preventiva interlocuzione e di escludere il concorrente sulla base della riscontrata carenza documentale, indipendentemente da ogni verifica sulla valenza “sostanziale” della forma documentale omessa;

c) parimenti non può trovare ingresso, al contrario di quanto suggerito dalla VI Sezione, l'applicazione del principio processuale civilistico della sanatoria dei vizi formali per il raggiungimento dello scopo, rispondendo tale istituto ad una logica diversa da quella che connota il procedimento amministrativo di evidenza pubblica contrattuale.

Quanto sin qui detto vale per le procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici.

Per le procedure di gara non regolamentate dal predetto codice opera, nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, la norma sancita dall'art. 6, c. 1, lett. b), l. n. 241/1990, in base alla quale <<...il responsabile del procedimento ...può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete...e ordinare esibizioni documentali>>.

E' evidente che il “potere di soccorso” costituisce un istituto di carattere generale del procedimento amministrativo, che, nel particolare settore delle selezioni pubbliche diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme. Un primo elemento di differenza sostanziale rispetto al “potere di soccorso” disciplinato dall'art. 46, c. 1, codice dei contratti pubblici, emerge dal raffronto fra il tenore testuale delle due disposizioni: invero, l'art. 6, l. n. 241/1990, si limita a prevedere la mera facoltà a che il responsabile del procedimento eserciti il “potere di soccorso”, mentre l'art. 46 codice obbliga la stazione appaltante a fare ricorso al “potere di soccorso”, sia pure nei precisi limiti derivanti dalla rigorosa individuazione del suo oggetto e della sua portata applicativa.

Inoltre, poiché il principio della tassatività delle cause di esclusione, giova ribadirlo, vige solo per le procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici, al di fuori di tale ambito:

a) il “potere di soccorso” nei procedimenti diversi da quelli comparativi, dispiega la sua massima portata espansiva, tendenzialmente senza limiti salvo quelli propri della singola disciplina di settore;

b) in relazione ai procedimenti comparativi (ferme le conclusioni cui si è giunti circa la necessità di una interpretazione rigorosa ed in ordine al suo contenuto ed ai suoi effetti stante l'*eadem ratio* con gare propriamente contrattuali), il “potere di soccorso” è utilmente invocabile anche ai fini del riscontro della validità delle clausole che introducono adempimenti a pena di esclusione; in quest'ottica integra il parametro di giudizio di manifesta sproporzione che il giudice amministrativo è chiamato ad effettuare, *ab externo* e senza sostituirsi all'Amministrazione, nel caso venga impugnata una clausola di esclusione per l'inadempimento di oneri meramente formali.

Tali conclusioni non sono però incondizionate dovendo essere temperate dalle ulteriori seguenti considerazioni che contribuiscono a precisare l'ambito del “soccorso istruttorio” al di fuori del codice dei contratti pubblici.

Nell'ambito del procedimento amministrativo e, in particolare, in relazione alle procedure comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti (ad es. reclutamenti di pubblici dipendenti):

a) si configurano in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza - specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'auto responsabilità - rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione: si pensi al dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti ecc. [cfr., *ex plurimis* e da ultimo, Cons. St., ad. plen., 23 marzo 2011 n. 3; successivamente, sez. V, 21 giugno 2013 n. 3408; sez. V, 15 novembre 2012, n. 5772; antecedentemente alla plenaria cfr. sez. IV, 27 novembre 2010 n. 8291];

b) il divieto del formalismo incontra il limite derivante dalla particolare importanza che assume l'esigenza di speditezza (e dunque di efficienza, efficacia ed economicità), dell'azione amministrativa: in questi casi l'imposizione di oneri formali a carico dei partecipanti alla procedura può essere funzionalmente correlata alla necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento a salvaguardia dell'interesse pubblico primario affidato dall'ordinamento alla cura dell'amministrazione procedente, nonché degli interessi secondari coinvolti (pubblici o privati che siano);

c) la compilazione di moduli o la produzione di fotocopie di validi documenti (di identità, ma non solo), di per sé non si configurano come adempimenti abnormi o eccessivi; dunque le clausole della legge di gara che li prevedono non sono *ex se* illegittime;

d) la manifesta irragionevolezza e sproporzione si coglie, invece, nella conseguenza dell'inadempimento dell'onere richiesto al privato, ovvero nella esclusione dalla procedura; tali clausole sono pertanto illegittime e, se ritualmente e tempestivamente impugnate, devono essere annullate.

Per completezza si evidenzia che queste clausole non possono ritenersi nulle e dunque inefficaci (e disapplicabili dall'Amministrazione procedente ovvero dal giudice amministrativo), a prescindere da una rituale impugnazione, perché:

a) la sanzione della nullità è prevista espressamente dall'art. 46 cit. solo per le procedure di gara disciplinate dal medesimo codice appalti;

b) la nullità dell'atto amministrativo è eccezionale e sono di stretta interpretazione, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, le norme che la prevedono;

c) non ricorrono le condizioni perché si possa configurare la nullità dell'atto amministrativo ai sensi dell'art. 21 *septies*, l. n. 241/1990, in quanto non si riscontrano, *ictu oculi*, gli indispensabili presupposti richiesti dalla norma: I) mancanza degli elementi essenziali del provvedimento; II) difetto assoluto di attribuzione; III) violazione o elusione del giudicato. Rimane inteso che l'Amministrazione ben potrà prevedere a carico del partecipante alla procedura, come conseguenza dell'inadempimento degli oneri formali previsti dalla legge di gara, altre, diverse, proporzionate misure di carattere organizzatorio ovvero pecuniario (ad es. rimborso dei costi sostenuti per il rallentamento della procedura anche forfettizzati in sede di bando), che traggono fondamento dai su richiamati doveri di solidarietà ed auto responsabilità.

Quanto al rapporto tra soccorso istruttorio e tassatività delle cause di esclusione, la plenaria osserva che da tutto quanto fin qui esposto, emerge con nettezza che il principio di tassatività non è un corollario del più ampio principio del soccorso istruttorio e, sotto tale angolazione, non può, pertanto, accogliersi la lettura sinottica dei due commi del più volte menzionato art. 46 prospettata dall'ordinanza di rimessione, in quanto il d.l. n. 70 del 2011 non ha innovato in alcun modo il comma 1 dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici.

L'interprete si trova di fronte a due diversi principi, ciascuno caratterizzato da autonomi presupposti ed ambiti operativi, pur se accomunati dal soddisfare esigenze di certezza, speditezza e semplificazione dell'azione amministrativa e delle imprese di settore.

Quanto al rapporto tra ricorso principale e incidentale, la plenaria premette che il problema del rapporto fra ricorso principale (proposto dallo sconfitto), e ricorso incidentale (proposto dal vincitore), anche se storicamente affermatosi nelle controversie aventi ad oggetto gare di appalto, si atteggia, nella sostanza, in modo analogo per tutti i giudizi concernenti procedure selettive, anche per quelli in relazione ai quali è certamente non applicabile il codice dei contratti pubblici ovvero il diritto dell'Unione europea.

Tale impostazione si spiega con l'esigenza, da sempre avvertita e praticata dalla prassi forense, che i principi di carattere processuale elaborati dalla Corte di giustizia nella materia delle controversie sulle gare di appalto (pur nei limiti che saranno oggetto di maggior approfondimento nel prosieguo), sebbene a rigore formalmente riferibili alle sole fattispecie in cui trova applicazione necessaria il diritto europeo (c.d. contratti sopra soglia), siano in realtà applicati a tutte le controversie, per manifeste ragioni di equità, semplicità e uguaglianza; ne discende la rilevanza della questione sollevata dalla VI Sezione anche se la procedura oggetto del giudizio riguarda la concessione di un bene demaniale (e dunque un rapporto contrattuale attivo per l'Amministrazione che percepisce un canone annuo).

La plenaria, dopo aver richiamato i principi espressi dalla nota plenaria n. 4/2011, passa all'approfondimento del punto specifico concernente l'asserita necessità che il ricorso incidentale sia sempre esaminato prima del ricorso principale (anche quando prospetti carenze oggettive dell'offerta della impresa non aggiudicataria o vizi procedurali), e opera una delimitazione dei principi espressi dalla plenaria n. 4/2011 da intendersi riferiti al caso in cui con il ricorso incidentale si contesta la mancata esclusione dalla gara del ricorrente principale, e non anche al caso in cui con il ricorso principale si deducano vizi della valutazione delle offerte, ossia attività a valle della fase di ammissione del concorrente e dell'offerta.

In proposito la plenaria n. 9/2014 osserva come dalla piana lettura della più volte menzionata sentenza n. 4 del 2011 (in particolare § 51), emerge in modo univoco che il discrimine è rintracciato nella introduzione, da parte del ricorso incidentale, di censure che colpiscono la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, del ricorrente principale (ovvero della sua offerta), a causa della illegittima partecipazione di quest'ultimo alla gara o della illegittimità dell'offerta; tale situazione *lato sensu* di invalidità della posizione del ricorrente principale, deve scaturire dalla violazione di doveri o obblighi sanzionati a pena di inammissibilità, di decadenza, di esclusione (a titolo esemplificativo si pensi all'intempestività della domanda di partecipazione alla gara, alla carenza di requisiti soggettivi generali, di natura tecnica o finanziaria, ovvero di elementi essenziali dell'offerta).

La situazione di contrasto fra la condotta dell'impresa che partecipa alla selezione e la legge di gara effettivamente rilevante per stabilire la priorità dell'esame del ricorso incidentale, è solo quella che produce, come ineluttabile conseguenza, la non ammissione *ab origine* alla gara del concorrente non vincitore, ovvero l'estromissione successivamente deliberata in apposite fasi (anche solo in senso logico) deputate all'accertamento della regolare partecipazione del concorrente: si pensi al caso classico in cui l'amministrazione proceda al riscontro della tempestività della presentazione delle domande di partecipazione cui seguono (soprattutto dal punto di vista logico, poiché sovente tali adempimenti sono effettuati in unico contesto temporale e procedurale), le ulteriori fasi relative all'accertamento dei requisiti soggettivi dell'imprenditore ovvero oggettivi dell'offerta.

Ne discende che tutte le criticità prospettate come incidenti su attività svolte a valle di quelle dedicate al riscontro dei suddetti requisiti, non impongono l'esame prioritario del ricorso incidentale perché, in tale ipotesi, esso non mira ad accertare l'insussistenza della condizione dell'azione rappresentata dalla legittimazione del ricorrente, in quanto soggetto escluso o che avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

In questi casi, infatti, il ricorso incidentale si appunta su vizi della valutazione operata dall'organo tecnico a ciò preposto e le relative censure presuppongono, in definitiva, il superamento di ogni questione inerente la regolare presenza dell'impresa (o della sua offerta) nella gara.

Si pensi alla contestazione del punteggio tecnico o economico nonché alla valutazione di anomalia dell'offerta che, secondo le approfondite conclusioni cui è giunta la plenaria, attiene a <<...scelte rimesse alla stazione appaltante, quale espressione di autonomia negoziale in ordine alla convenienza dell'offerta ed alla serietà e affidabilità del concorrente ...>> (cfr. ad. plen. 29 novembre 2012 n. 36).

Alle medesime conclusioni si perviene in tutti i casi in cui il ricorso incidentale prospetti vizi *lato sensu* procedurali, tali cioè da imporre, se riconosciuti fondati, la caducazione totale (ad es. per incompetenza dell'organo che ha indetto la gara o redatto il bando), o parziale (ad es. per l'erronea composizione della commissione), degli atti di gara.

La plenaria verifica la compatibilità della tesi da essa sposata con la decisione *Fatweb* della C. giust. UE, circoscrivendo prima la portata di tale decisione, in considerazione del fatto che il diritto dell'UE non contiene una disciplina generale del processo.

E' noto, infatti, che l'UE, si fonda, fra l'altro, sul principio delle tassative competenze di attribuzione (artt. 3, comma 6, e 4, co. 1, TUE); fra queste, vi rientrano la facilitazione dell'accesso alla giustizia attraverso il riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed extra giudiziarie (art. 67, co. 4, FUE), e la cooperazione giudiziaria nelle materie civili transfrontaliere (art. 81 FUE, già art. 65 TCE).

L'UE, pertanto, mira all'armonizzazione e non all'unificazione del diritto processuale; tuttavia, oltre ad avere realizzato, sulle richiamate basi giuridiche, una serie di regolamenti su specifici aspetti (si pensi al noto regolamento CE n. 44/2001 che ha assorbito la Convenzione di Bruxelles, a sua volta sostituito a far data dal 2015 dal regolamento n. 1215/12), detta solitamente, nei settori di sua competenza, alcuni canoni fondamentali relativi alla tutela giurisdizionale, da cui possono desumersi taluni principi processuali generali (la stessa tecnica di tutela è stata realizzata in relazione alla materia dei diritti fondamentali dell'uomo, cfr. art. 47 della Carta di Nizza che, nella sostanza, riproduce il contenuto dell'art. 6 CEDU).

In tali settori vale, dunque, il c.d. "principio di autonomia processuale nazionale", cui la stessa Corte di giustizia ha mostrato di aderire, riconoscendo e dunque lasciando, nei limiti della non discriminazione e della effettività della tutela, agli ordinamenti dei singoli Stati la disciplina delle modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali (cfr., ex plurimis, Corte giustizia UE, 22 dicembre 2010, C-507/08 Governo Slovacchia; 20 settembre 2010, C-314/09 Stadt Graz; sul versante italiano si vedano le conclusioni cui sono giunti Cons. St., Sez. V, 23 ottobre 2013, n. 51531; Sez. VI, 5 marzo 2012, n. 1244/ord.).

Anticipando quanto si dirà meglio in prosieguo e fatto salvo il rispetto della particolare regola iuris introdotta dalla sentenza della Corte di giustizia dell'UE, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 *Fastweb* (infra § 8.2.4.), giova evidenziare sin da ora che, nei casi come quello rimesso all'attenzione di questa Adunanza, non si possono certamente ritenere superati i limiti della non discriminazione e della effettività della tutela posto che si deve al fatto proprio del ricorrente principale l'impossibilità dell'esame della sua domanda di annullamento dell'aggiudicazione.

In materia di pubblici appalti di lavori, servizi e forniture, nonché di settori speciali, le direttive CEE 21 dicembre 1989, n. 665/89 e 25 febbraio 1992, n. 13/92 (modificate dalla direttiva n. 2007/66/CE), si sono proposte il fine di assicurare

garanzie giurisdizionali efficaci e rapide (onde evitare di scoraggiare le imprese europee dal concorrere in paesi stranieri), attraverso l'introduzione dei seguenti vincolanti principi:

- a) rapidità ed efficacia dei ricorsi;
- b) assenza di discriminazioni basate sulla nazionalità;
- c) accesso ai rimedi giurisdizionali a chiunque, avendo interesse all'aggiudicazione, sia stato leso, o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto comunitario;
- d) essenzialità della tutela cautelare ante causam;
- e) effetto sospensivo automatico della stipulazione del contratto, per un determinato lasso temporale, in caso di ricorso avverso l'aggiudicazione (c.d. stand still);
- f) essenzialità della tutela risarcitoria.

Le menzionate direttive sono state oggetto di una cospicua esegesi da parte della Corte di giustizia del Lussemburgo che ha elaborato i seguenti principi che, in sintesi e nella parte di interesse, si riportano (cfr., ex plurimis, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb; Sez. III, 20 settembre 2010, C-314/09 Stadt Graz; 28 gennaio 2010, n. 406/08 Uniplex; Sez. VI, 12 febbraio 2004, C-230/02, Grossman; 19 giugno 2003, C-249/01 Hackermüller; 27 febbraio 2003, C-327/00 Santex):

- a) lo scopo delle norme comunitarie in materia, è quello di realizzare il valore della massima rapidità nella definizione del contesto procedimentale prima e processuale poi;
- b) conseguentemente, l'impresa che non partecipa alla gara non può in nessun caso contestare l'aggiudicazione in favore di ditte terze (in senso analogo cfr. Ad. plen., n. 4 del 2011 cit.; 27 gennaio 2003, n. 1);
- c) è ammessa l'impugnativa diretta della legge di gara ma solo per le clausole discriminatorie escludenti (in senso analogo cfr. Ad. plen. n. 1 del 2003 cit.);
- d) sono ammessi termini processuali di impugnativa degli atti di gara particolarmente stringenti, salvo il limite della eradicazione del diritto di difesa (in senso analogo cfr. Corte cost. 10 novembre 1999, n. 427, relativamente all'art. 19, d.l. 25 marzo 1997, n. 67 norma fondamentale, dal punto di vista cronologico, in materia di dimezzamento dei termini del processo in materia di appalti);
- e) l'impresa che è stata esclusa (dalla stazione appaltante), ovvero che deve essere esclusa dalla gara (a tanto pervenendosi in forza del rilievo officioso del giudice ovvero per il tramite della proposizione di un ricorso incidentale), è priva di interesse ad agire contro l'aggiudicatario (in senso analogo cfr. Ad. plen. n. 4 del 2011 cit.).

La sentenza Fastweb, dopo aver richiamato e condiviso tutti i principi sopra riportati, ha così statuito: <<31. Nel procedimento principale, il giudice del rinvio, all'esito della verifica dell'idoneità delle offerte presentate dalle due società in questione, ha constatato che l'offerta presentata da Fastweb non era conforme all'insieme delle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni. Esso è giunto peraltro alla stessa conclusione in relazione all'offerta presentata dall'altro offerente, Telecom Italia.

32. Una situazione del genere si distingue da quella oggetto della citata sentenza Hackermüller, in particolare per essere risultato che, erroneamente, l'offerta prescelta non è stata esclusa al momento della verifica delle offerte, nonostante essa non rispettasse le specifiche tecniche del piano di fabbisogni.

33. Orbene, dinanzi ad una simile constatazione, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.>>.

In buona sostanza la sentenza Fastweb, una volta investita da parte del giudice a quo (sebbene in violazione della vincolante regola processuale che impone un rigido ordine di esame delle questioni –retro § 8.1. -), di una fattispecie all'interno della quale era stata accertata in concreto l'illegittimità di entrambe le offerte, non ha potuto fare a meno di somministrare la concreta *regula iuris* costruendola come una evidente eccezione al compendio delle norme e dei principi di sistema. Tanto è vero questo che ha limitato la possibilità dell'esame congiunto del ricorso incidentale e principale alle stringenti condizioni che: I) si versi all'interno del medesimo procedimento; II) gli operatori rimasti in gara siano solo due; III) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe.

Da quanto fin qui esposto discende la conferma dell'impianto teorico costruito dall'adunanza plenaria n. 4 del 2011, alla luce dei principi processuali europei in materia, al cui interno si innesta la particolare *regula iuris* introdotta dalla sentenza Fastweb, di cui ovviamente si deve tenere conto, ma muovendo dalla constatazione della sua circoscritta portata, trattandosi comunque di una eccezione.

Contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, in casi del genere non si ravvisa la lesione del principio della "parità delle armi" (la cui applicazione concreta, per altro, appare lontana da una chiara e stabile preventiva definizione del principio stesso e sembra spesso lambire l'ambito delle ragioni di opportunità sottese al caso contingente).

L'adunanza plenaria non intende discostarsi dalla nozione (e dai presupposti giustificativi), del principio di "parità delle armi" che si è andata affermando nella giurisprudenza costituzionale ed europea relativamente all'applicazione dei principi del giusto processo enucleabili dall'art. 6 della Cedu, secondo cui <<l'esigenza della parità delle armi comporta

l'obbligo di offrire ad ogni parte una ragionevole possibilità di presentare il suo caso, in condizioni che non comportino un sostanziale svantaggio rispetto alla controparte>> (cfr. da ultimo Corte cost., 26 gennaio 2012, n. 15; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 7 giugno 2011, Agrati; per un'analoga impostazione nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. St., Sez. VI, 14 giugno 2011, n. 3655). Del resto a risultati analoghi è pervenuta la giurisprudenza costituzionale quando ha affrontato il tema del principio della parità delle parti – sancito dall'art. 111, co. 2, Cost. e richiamato dall'art. 2 c.p.a. – nel processo amministrativo: si è ammessa la presenza di "legittime dissimmetrie" fra le parti del processo purché sorrette da una ragionevole giustificazione (cfr. Corte cost., 9 aprile 2009, n. 109).

Ebbene, il principio di "parità delle armi", come declinato dal giudice delle leggi e dalla Corte di Strasburgo:

- a) non avendo una portata precettiva puntuale - in quanto si limita ad esprimere una previsione fondata su una ragionevole possibilità di esternazione del proprio caso da parte di chi adisce il giudice - non comporta che il fascio di posizioni attive e passive di natura processuale, ricollegabile a ciascuna parte, sia assolutamente identico;
- b) non contrasta con una regola processuale di fonte legale che impone al giudice di rispettare la tassonomia propria delle questioni; siffatta regola, al contrario, garantisce ed attua il principio di "parità delle armi" perché predetermina, in astratto ed in via generale, per tutti i litiganti, le modalità di esercizio del potere giurisdizionale;
- c) la regola del processo italiano esige che la parte che introduce il giudizio, *inter alios*, superi il filtro costituito dalle condizioni dell'azione;
- d) nella specie, la parte che introduce effettivamente il giudizio instaurando il rapporto processuale, ovvero l'attore in senso sostanziale, è il ricorrente principale il soggetto, cioè, non risultato vincitore nella gara che, pur essendo consapevole di aver commesso un errore che lo priva della legittimazione e quindi di non poter risultare aggiudicatario della specifica gara cui ha partecipato (che costituisce il bene della vita immediato e diretto cui possa aspirare), in violazione del divieto di abuso del processo, propone ugualmente la domanda di annullamento;
- e) ed è proprio la riconducibilità della negligenza - che ha provocato (o avrebbe dovuto provocare), l'esclusione dalla gara - al ricorrente principale che costituisce una ragionevole giustificazione della dissimmetria processuale la quale impedisce al giudice di pronunciarsi sulla illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicatario.

I principi di "effettività" e "parità delle armi", pertanto, sebbene siano ricognitivi di preesistenti principi costituzionali ed europei, per la loro collocazione in testa al codice (artt. 1 e 2, c. 1, c.p.a.), ne assumono il ruolo di impalcatura e filo conduttore ma nei limiti del soddisfacimento della domanda di giustizia per i realmente bisognosi, senza incoraggiamento di azioni emulative o pretestuose.

L'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a tre condizioni fondamentali (titolo, interesse ad agire, legittimazione attiva/passiva), che devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione finale (sotto tale angolazione si esclude correttamente che sia possibile esperire una c.t.u. al fine di affermare o negare la sussistenza della legittimazione al ricorso o di altra condizione dell'azione, cfr. Cons. St., sez. V, 21 giugno 2013 n. 3404).

In aggiunta alle argomentazioni della sentenza n. 4 del 2011, sempre avuto riguardo alla prima delle condizioni dell'azione (ovvero il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione o legittimazione al ricorso), si osserva che la medesima non è configurabile allorché ricorrano le seguenti condizioni:

- a) soprattutto in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto e affidamenti di servizi, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata alla circostanza che l'instaurazione del giudizio non solo sia proposta da chi è legittimato al ricorso, ma anche che non appaia finalizzata a tutelare interessi emulativi, di mero fatto, pretese impossibili o *contra ius* (cfr. da ultimo, sul principio generale e sulla sua applicazione in materia di gare di appalto, Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2013 n. 6256; sez. V, 31 ottobre 2013 n. 5247; sez. V, 23 ottobre 2013 n. 5131; sez. V, 23 maggio 2011 n. 3084; sez. V, 12 febbraio 2010 n. 746; sez. V, 7 settembre 2009 n. 5244);
- b) nessuna posizione di interesse legittimo è enucleabile dall'esame della *causa petendi* di un ricorso principale che si risolve, all'evidenza, nella richiesta di tutela di un interesse materiale *contra ius*, (vedersi aggiudicata una gara cui non si aveva titolo a partecipare), se messo in relazione alle norme ed ai principi comunitari e nazionali che tutelano i valori della legalità, del libero mercato e della concorrenza;
- c) tale conclusione è coerente con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati come sono dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo; sul punto è sufficiente ricordare la prevalente tesi (corroborata dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, cfr. 22 aprile 2013, n. 9685), secondo cui tali condizioni (ed in particolare il c.d. titolo e l'interesse ad agire), assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, veicolati dalle clausole generali fondamentali sancite dagli artt. 24 e 111 Cost.; tale scrutinio di meritevolezza, costituisce, in quest'ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, lesivo del principio del giusto processo apprezzato come risposta alla domanda della parte secondo una logica che avversi ogni inutile e perdurante appesantimento del

giudizio al fine di approdare attraverso la riduzione dei tempi della giustizia ad un processo che risulti anche giusto (cfr. da ultimo, per il processo civile, Cass., Sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553; per il processo amministrativo, Cons. St., Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656; Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537; sul divieto di condotte processuali opportunistiche violative del dovere di mitigazione del danno ai sensi dell'art. 1227 c.c., cfr. Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3);

d) il punto di equilibrio fra la tutela dell'interesse pubblico e la tutela degli interessi privati, nel processo amministrativo dominato dal principio della domanda si coglie nei limiti delle norme che ne rappresentano il punto di emersione a livello positivo: non esiste una disposizione che esoneri l'attore dall'essere assistito dalle su menzionate condizioni dell'azione; pertanto, non è possibile sostenere una esegesi della disciplina delle condizioni dell'azione che dia vita ad una derogatoria giurisdizione di diritto oggettivo, contraria all'ordinamento ed al principio di legalità; sul punto è sufficiente porre mente alla circostanza che, accedendosi alla prospettazione dell'ordinanza di rimessione, si dovrebbe negare, in presenza dell'assodata invalidità dell'offerta aggiudicataria, la possibilità che il ricorrente principale rinunci al ricorso; una tale eventualità potrebbe ritenersi legittima solo in presenza di una espressa disposizione di legge capace di derogare al principio dispositivo: a tal proposito, è emblematica sul piano storico, la vicenda dell'art. 146, del codice dei beni culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), che, per un breve periodo (fino alla sostituzione del testo ad opera del d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63), ha stabilito che il ricorso avente ad oggetto l'autorizzazione paesaggistica è deciso anche se dopo la sua proposizione, ovvero in grado d'appello, il ricorrente dichiara di rinunciare o di non avervi più interesse; la breve esistenza della eccentrica disposizione conferma la necessità che la legge deroghi espressamente agli immanenti principi della domanda e dispositivo.

La sentenza Fastweb, come in precedenza illustrato, ha introdotto una eccezione all'interno del quadro unitario laboriosamente ricostruito dalla giurisprudenza (nazionale e comunitaria).

È indubbio che, se entrambe le offerte sono inficiate dal medesimo vizio che le rende inammissibili, apparirebbe *prima facie* contrario all'uguaglianza concorrenziale escludere solo l'offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso, e confermare invece l'offerta dell'aggiudicatario ricorrente incidentale, benché suscettibile di esclusione per la medesima ragione. Ma in realtà ciò avviene perché, essendo il vizio fatto valere da entrambi i contendenti il medesimo, in concreto neppure si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale: prioritario, in questo peculiare caso, è l'esame del vizio; se questo sussiste, entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste entrambi dovranno essere disattesi e l'aggiudicazione sarà confermata.

In apparenza, potrebbe ritenersi che la sentenza Fastweb abbia introdotto una giurisdizione di tipo oggettivo basata sul vizio dedotto e non sull'interesse a dedurlo. Al contrario, la ratio della decisione Fastweb si fonda sul principio di "parità delle armi": questo fa sì che, nel caso in cui il ricorrente incidentale deduca il medesimo motivo escludente dedotto dal ricorrente principale, venga meno l'asimmetria di origine procedimentale tra la legittimazione a resistere dell'aggiudicatario, certa perché fondata sul provvedimento impugnato, e la legittimazione a ricorrere del concorrente pretermesso dall'aggiudicazione, incerta perché fondata su una posizione legittimante che il ricorso incidentale può far venire meno.

L'identità del vizio, nella sua consistenza fattuale e nella sua speculare deduzione da ambedue le parti, comporta che il suo accertamento e la relativa decisione di accoglimento siano automaticamente e logicamente predicabili indifferentemente per l'una o per l'altra parte del processo.

In altri termini, l'unicità del vizio e l'unicità della verifica della sua sussistenza (coniugati al principio immanente della parità delle parti ex art. 111 Cost.), non consentono di trarre conseguenze opposte sia pure soltanto sul piano processuale.

In tutte le altre ipotesi (quelle cioè non caratterizzate dalla comunanza del motivo escludente), la caduta dell'interesse del ricorrente principale ad ottenere tutela, rende irrilevante esaminare (per lo meno in sede di ricorso giurisdizionale ad istanza di parte, rimanendo fermo il potere di autotutela della stazione appaltante il cui esercizio richiederà un vaglio rigoroso in presenza di una causa di esclusione dell'impresa aggiudicataria), se l'intervenuta aggiudicazione sia, sotto altri profili, conforme o meno al diritto ovvero se sussistano vizi della procedura (cui il ricorrente non aveva titolo a partecipare), capaci di travolgere l'intera gara.

Si tratta adesso di stabilire quando ricorre l'eccezione definita dalla sentenza Fastweb, ovvero quando si configuri l'identità del vizio (e quindi del motivo) escludente che affligge entrambe le offerte delle uniche due imprese rimaste in gara.

Sul punto la plenaria n. 9/2014 ritiene che si debba utilizzare un criterio che, nel rispetto delle vincolanti indicazioni provenienti dalla Corte del Lussemburgo, contemperi la natura eccezionale della *regula iuris* forgiata dalla sentenza Fastweb, le esigenze di uguaglianza ed equità sostanziali di cui sono portatrici le imprese in gara, le ragioni di certezza del diritto e di pronta soluzione dell'accertamento demandato al giudice, le caratteristiche dello sviluppo del procedimento amministrativo posto in essere dalla stazione appaltante e gli interessi sostanziali presidiati dalle varie cause di esclusione.

Facendo applicazione dei menzionati criteri, deve escludersi che il <<motivo identico>> possa essere individuato equiparando l'identità della causa (del vizio escludente) all'identità dell'effetto (escludente).

In questa esegesi, infatti, non rilevarebbe tanto il motivo o la causa per cui è stata disposta l'esclusione, quanto la conseguenza che ne è derivata e cioè appunto l'esclusione.

Questa conclusione in pratica ricondurrebbe la questione nell'alveo della teoria (rifiutata dalla Corte di giustizia e dall'Adunanza plenaria), dell'incondizionato riconoscimento dell'interesse strumentale.

Come in precedenza illustrato, l'esegesi basata sull'identità dell'effetto è da escludersi in base allo stesso testuale tenore della sentenza Fastweb la quale - ripetesi - non ripudia i propri precedenti ma, al contrario, si limita ad enunciare una singola eccezione.

L'eccezione è testualmente riconducibile quindi non già all'effetto (esclusione) bensì alla causa dell'esclusione, causa che deve essere identica sia per il ricorrente principale che per l'incidentale.

Che si tratti della causa generatrice dell'effetto non pare dubbio e ciò si evince anche esaminando il testo della decisione Fastweb in lingue diverse dall'italiano: nel testo francese si fa riferimento a <<motifs de nature identique>>; nel testo inglese si parla di offerta contestata nello stesso procedimento <<and on identical grounds>>; nel testo spagnolo si specifica <<por motivos de naturaleza idéntica>>.

Le parole <<motivo, motifs, grounds, motivos>> fanno riferimento non già all'effetto bensì alla causa che ha dato luogo all'esclusione.

Resta da stabilire il significato dell'identità e cioè se si tratti di identità in senso stretto (quasi una riproposizione speculare dello stesso motivo del ricorrente principale), ovvero se e in che misura possano variare i presupposti di fatto o di diritto.

Il testo italiano potrebbe legittimare l'identità in senso stretto, ma non così le versioni nelle altre lingue che sembrano ricollegare l'identità più che all'aspetto formale all'aspetto sostanziale ovvero alla <<natura del motivo>> ed all'interesse sottostante alla disposizione che lo prevede.

Pertanto, deve ritenersi comune la causa di esclusione che afferisce alla medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione alla gara dell'impresa e della sua offerta, correlando le sorti delle due concorrenti in una situazione di simmetria invalidante: in quest'ottica deve escludersi che si richieda l'assoluta identità causale del vizio.

Tale esegesi, da un lato, è conforme al tenore testuale della sentenza (anche nelle versioni in lingua francese, inglese, spagnola), ed al contesto procedimentale all'interno del quale è stata resa (due offerte accomunate dalla carenza di elementi tecnici essenziali, perché previsti a pena di esclusione, ma di differente contenuto); dall'altro, è coerente, sotto il profilo diacronico ed organizzativo, con l'attività posta in essere dalla stazione appaltante nelle sue varie articolazioni (in particolare responsabile del procedimento e commissione o seggio di gara).

Devono, in definitiva, considerarsi comuni, ai fini individuati dalla sentenza Fastweb, i vizi ricompresi esclusivamente all'interno delle seguenti tre, alternative, categorie:

- a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara);
- b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione);
- c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza).

Esemplificando, sono identici - e dunque consentono l'esame incrociato e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), con la conseguenziale esclusione dalla gara degli unici due contendenti - solo i vizi che afferiscono alla medesima categoria.

Si pensi all'ipotesi in cui tali vizi (ed i correlati motivi di impugnazione), scaturiscano entrambi dalla intempestività della domanda ovvero da quest'ultima e dalla non integrità del plico; all'ipotesi della mancanza della qualificazione per la richiesta categoria di lavori dell'impresa ricorrente principale che si confronti con la mancanza di un requisito di affidabilità morale dell'impresa aggiudicataria ricorrente incidentale.

Viceversa non soddisfano il requisito di simmetria escludente (perché non si pongono in una relazione di corrispondenza biunivoca), come richiesto dalla sentenza Fastweb, e dunque impediscono l'esame congiunto del ricorso principale ed incidentale, i vizi sussumibili in diverse categorie: ad esempio, la dedotta (nel ricorso incidentale) intempestività della domanda dell'impresa non aggiudicataria, a fronte della dedotta (nel ricorso principale) carenza di un requisito economico dell'impresa aggiudicataria.

Per completezza si evidenzia che nei casi come quello sottoposto alla Adunanza plenaria, non è configurabile neppure l'interesse ad agire sancito dall'art. 100 c.p.c., da sempre considerato applicabile al processo amministrativo ora anche in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39, co. 1, c.p.a.

L'interesse ad agire è scolpito nella sua tradizionale definizione di "bisogno di tutela giurisdizionale", nel senso che il ricorso al giudice deve presentarsi come indispensabile per porre rimedio allo stato di fatto lesivo; è dunque espressione di economia processuale, manifestando l'esigenza che il ricorso alla giustizia rappresenti *extrema ratio*; da qui i suoi caratteri essenziali costituiti dalla concretezza ed attualità del danno (anche in termini di probabilità), alla posizione

Per il rapporto tra ricorso principale e incidentale si rinvia a plenaria del 2018.

Per tassatività cause di esclusione e soccorso istruttorio la decisione è in buona parte superata dalla nuova disciplina recata dal codice del 2016 (e già dalla disciplina del soccorso istruttorio del 2014) (tranne laddove delimita il soccorso istruttorio per procedimenti esterni al codice appalti).

Cons. St., n. 8/2014 1) rapporto tra appello del dispositivo e della motivazione nel rito appalti; 2) modalità di custodia dei plichi nelle gare di appalto; 3) modalità di verbalizzazione delle operazioni di custodia dei plichi; 4) legittimazione ad impugnare la decisione della p.a. di non sottoporre le offerte successive alla prima alla verifica di anomalia, il confine dell'interesse strumentale e della giurisdizione di merito

La plenaria è di perdurante attualità nel vigore del nuovo codice. Le statuizioni sulle modalità di verbalizzazione conservano attualità, in difetto di norme espresse del nuovo codice su come si verbalizzano le operazioni di gara

L'ordinanza Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 761 aveva rimesso alla plenaria sei questioni (con una delle sei contenente una principale e una subordinata) in materia di pubblici appalti, alcune di carattere processuale altre di carattere sostanziale.

La plenaria 3 febbraio 2014 n. 8 (pres. Giovannini – est. Polito) ne ha esaminate solo alcune.

La prima questione, di carattere processuale, attiene al rapporto tra appello avverso il dispositivo e appello avverso la motivazione, e alla ammissibilità di un appello avverso la motivazione della sentenza che viene strutturato come “motivi aggiunti” - che fanno in parte rinvio all'appello avverso il dispositivo - , anziché come appello autonomo.

La plenaria n. 8/2014 ritiene che dal dato testuale dell'art. 119, c. 6, c.p.a., emerge il riferimento unitario al mezzo di impugnazione che trova disciplina negli artt. 91 e seguenti c.p.a.

Esso, in relazione alla peculiarità delle materie oggetto del contendere ed in vista dell'esigenza di assicurare la più celere tutela in sede giudiziale, può essere introdotto con immediatezza fin dalla pubblicazione del dispositivo della sentenza, salvo la definitiva determinazione del *thema decidendum* ad avvenuta pubblicazione della sentenza completa della motivazione.

soggettiva di cui si invoca tutela; esso resta logicamente escluso quando sia strumentale alla definizione di questioni correlate a situazioni future e incerte perché meramente ipotetiche.

In questi casi, posto che il ricorrente principale è privo della possibilità giuridica, per tutte le ragioni anzi dette, di risultare aggiudicatario della specifica gara cui ha in concreto partecipato (anche in caso di rinnovo pedissequo della medesima in quanto permarrrebbe il medesimo sbarramento), egli dovrebbe auspicare che l'Amministrazione indichi una nuova gara, mutandone termini e condizioni, in modo tale da consentirgli di partecipare; ma, di norma, la stazione appaltante non ha un obbligo di tal fatta anche in presenza dell'annullamento di tutti gli atti della procedura, sicché tale pretesa si rivela per quello che è, ovvero, una mera speranza al riesercizio futuro ed eventuale del potere amministrativo, inidonea a configurare l'interesse ad agire.

Su un piano sistematico non emerge che l'art. 119, c. 6, c.p.a. abbia inteso enucleare un mezzo di impugnazione tipizzato nell'ambito della generale disciplina dell'appello dettata agli artt. 100 e segg. c.p.a.

Non si determina, quindi, una scissione dell'azione impugnatoria nei due momenti in cui ne è ammesso l'esercizio, prima avverso il dispositivo e poi contro la sentenza. Si versa a fronte di due momenti che sono espressione del medesimo potere di impugnazione della parte, cui segue l'effetto devolutivo della controversia in un primo tratto limitatamente all'emissione di misure cautelari, nel secondo con effetto di cognizione piena del merito della controversia in relazione ai motivi di impugnativa che il ricorrente è posto in condizione di articolare.

L'impostazione suindicata permette di superare ogni questione meramente formale sugli elementi contenutistici del primo e del secondo atto di appello e dei limiti dell'effetto devolutivo in caso di parziale corrispondenza del secondo atto rispetto al primo.

Tale conclusione è, inoltre, coerente con la regola di sinteticità degli atti di parte nel processo amministrativo che - enunciata di massima all'art. 3, c. 2, c.p.a., e puntualizzata all'art. 120, c. 10, c.p.a. con riguardo al contenzioso relativo a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture - persegue l'intento di prevenire reiterazioni, ridondanze e duplicazioni dei contenuti degli atti di parte. In conclusione - l'art. 119 c. 6, c.p.a., non prefigura un *tertium genus* di tutela cautelare - oltre quella prevista dall'art. 62 c.p.a. nei confronti delle ordinanze cautelari e dall'art. 98 contro le sentenze del T.A.R. - ma, senza scissione dell'azione impugnatoria, in relazione alla specificità della materia per le quali è previsto il rito abbreviato, assicura l'anticipazione delle strumento cautelare in presenza della sola pubblicazione del dispositivo.

Stante, inoltre, il rapporto di simmetria fra tutela cautelare e possibile esito del giudizio di merito, la parte che abbia anticipato la tutela avverso il dispositivo della sentenza è onerata in prosieguo della compiuta deduzione dei motivi di appello, una volta perfezionatasi al pubblicazione della sentenza, onde non incorrere nella declaratoria di improcedibilità dell'impugnazione contro il dispositivo e nella perdita di efficacia di ogni misura cautelare eventualmente accordata.

Non incorrono, quindi, nella sanzione di inammissibilità i motivi aggiunti per la mancanza di una compiuta e separata esposizione in tale sede dei fatti su cui si innesta la controversia e per il parziale rinvio a considerazioni espresse nell'impugnazione del dispositivo.

Ulteriore questione esaminata dalla plenaria attiene alle modalità di custodia dei plichi in gara e alle relative modalità di verbalizzazione.

L'ordinanza rileva che non vi è sempre univocità di posizioni, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, in ordine alle formalità che la stazione appaltante, e per essa la commissione di gara, deve rispettare per assicurare la integrità dei plichi, e in ordine alle modalità di verbalizzazione di tali formalità.

La plenaria accoglie una soluzione non formalista.

Osserva che gli adempimenti della commissione in tema di modalità di conservazione e di custodia dei plichi a prevenzione di manomissioni da cui possa derivare l'alterazione di atti del procedimento quali inizialmente introdotti dai partecipanti alla gara, sono operazioni materiali che non coinvolgono la volontà negoziale dell'Amministrazione, ma sono finalizzate a garantire la genuinità dell'oggetto su cui la commissione è chiamata ad esprimersi.

Né il codice dei contratti pubblici, né il relativo regolamento di attuazione recano prescrizioni di dettaglio in ordine all'espletamento di dette operazioni. Il regolamento contiene un limitato riferimento alle sedute di gara per le quali è, in particolare, prevista la possibilità di sospensione e di aggiornamento a data successiva, con esclusione della fase di apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

In assenza, quindi, di specifiche regole procedurali a livello di disciplina generale – salvo i casi di una più puntuale regolamentazione da parte di atti generali delle singole amministrazioni aggiudicatrici, cui la commissione esaminatrice deve rigorosamente attenersi – secondo la plenaria non può essere elevato di per sé a vizio del procedimento (nel profilo della violazione di legge) l'omessa indicazione in verbale di operazioni singolarmente prese in considerazioni quali, a titolo di esemplificazione, l'identificazione del soggetto responsabile della custodia dei plichi, ovvero il luogo di custodia dei plichi stessi, nel tempo che separa ogni seduta dalla successiva.

L'attenzione si sposta, quindi, sugli adempimenti complessivamente osservati dalla commissione a salvaguardia della segretezza delle offerte, dell'integrità degli atti di gara e del pericolo di manomissione.

Il veicolo per l'espressione di un giudizio di sufficienza in ordine a dette operazioni - che investe cioè l'assenza di elementi e circostanze che possano viziare, sul piano sintomatico, per eccesso di potere la condotta del collegio giudicante in quanto contraria ai principi trasparenza, buon andamento e parità di trattamento dei concorrenti - è il verbale che deve accompagnare le operazioni di gara.

Il verbale è redatto in via ordinaria per ogni adunanza dell'organo collegiale ed ha funzione ricognitiva e documentale delle operazioni compiute e delle deliberazioni assunte.

L'art. 78 del codice degli appalti 2006 elenca, al c. 1, elementi informativi essenziali e minimali da cui deve essere assistito il verbale da redigersi per "ogni contratto". Essi non prendono, tuttavia, in considerazione le modalità di custodia dei plichi nella fase che intercorre fra una seduta e l'altra. Ancora una volta non si rinviene un puntuale dato normativo cui raccordare il giudizio di sufficienza della verbalizzazione, cui l'ordinanza di remissione raccorda l'effetto invalidante del concorso.

Deve quindi pervenirsi alla conclusione che - fermi di massima sul piano funzionale i principi di sufficienza ed esaustività del verbale - la mancata e pedissequa indicazione in ciascun verbale delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale, in tal modo collegandosi per implicito all'insufficienza della verbalizzazione il pregiudizio alla

segretezza ed all'integrità delle offerte. Ciò in anche in ossequio al principio di conservazione dei valori giuridici, il quale porta ad escludere che l'atto deliberativo possa essere viziato per incompletezza dell'atto descrittivo delle operazioni materiali, tecniche ed intellettive ad esso preordinate, salvo i casi in cui puntuali regole dettate dall'amministrazione aggiudicatrice indichino il contenuto essenziale del verbale.

Ogni contestazione del concorrente volta ad ipotizzare una possibile manomissione, o esposizione a manomissione dei plichi, idonea ad introdurre vulnus alla regolarità del procedimento di selezione del contraente non può, quindi, trovare sostegno nel solo dato formale delle indicazioni che si rinvergono nel verbale redatto per ogni adunanza della commissione preposta all'esame delle offerte, ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla c.d. genuinità dell'offerta, che va preservata in corso di gara. Peraltro per quanto le modalità di conservazione siano state accurate e rigorose (ad es. chiusura in cassaforte o altro) non si potrà mai escludere che vi sia stata una dolosa manipolazione (ad es. ad opera di chi conosceva la combinazione per aprire la cassaforte) e che chi sia interessato a farlo possa darne la prova. Viceversa, il fatto che le modalità di conservazione siano state meno rigorose non autorizza a presumere che la manipolazione vi sia stata, a meno che non vengano prodotte in tal senso prove o quanto meno indizi.

Si ha, quindi, un vizio invalidante qualora sia positivamente provato, o quanto meno vi siano seri indizi, che le carte siano state manipolate negli intervalli fra un'operazione e l'altra. In siffatto contesto l'annotazione a verbale delle modalità di conservazione ha semplicemente l'effetto di preconstituire una prova dotata di fede privilegiata (artt. 2699 e 2700 cod. civ.), e quindi di prevenire o rendere più difficili future contestazioni; ma così come tali annotazioni, per quanto accurate, non impediranno mai a chi vi abbia interesse a dare la prova dell'avvenuta manipolazione (passando anche attraverso il procedimento di querela di falso, ove necessario), allo stesso modo la mancanza o l'incompletezza delle stesse annotazioni, ovvero la scarsa (in ipotesi) efficacia delle modalità di custodia, avranno solo l'effetto di rendere meno arduo il compito di chi voglia raggiungere quella prova, o rappresentare quegli indizi.

Ulteriore questione rimessa riguarda la portata dell'interesse strumentale.

L'ulteriore questione di principio che la Sezione remittente sottopone all'esame dell'Adunanza Plenaria – nel quadro della disciplina per l'individuazione delle offerte anormalmente basse dettata dagli artt. 86, commi 2 e 3, e 88, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, nei casi di contratto da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa - che coinvolge l'interesse strumentale della terza classificata nella graduatoria ad introdurre il sindacato di legittimità dell'esito della gara in presenza di offerte che, pur non soggette all'esame obbligatorio di anomalia, avrebbero potuto indurre la stazione appaltante all'esame di congruità che il dato normativo qualifica come facoltativo.

Sottolinea in sintesi la Sezione remittente che la tutela del c.d. interesse strumentale deve essere conciliata con alcuni basilari principi del processo amministrativo quali:

a) il processo amministrativo realizza una giurisdizione di diritto soggettivo e non di diritto oggettivo;

b) la necessità di un interesse concreto e attuale al ricorso;

c) la necessità che il sindacato del giudice amministrativo si mantenga nei confini della legittimità, attesa la tassatività dei casi in cui il giudice amministrativo può esercitare la giurisdizione di merito sostituendosi alla pubblica amministrazione.

Muovendo da siffatte premesse il Collegio remittente ravvisa di limitare, alla luce dei principi generali in tema di attualità e concretezza dell'interesse all'impugnativa, la legittimazione e l'interesse a ricorrere nel processo amministrativo sui pubblici appalti:

a) al solo secondo classificato, se si deducono vizi dell'offerta aggiudicataria, che possono far cadere la sola offerta aggiudicataria;

b) a tutti i soggetti ammessi alla gara, se si deducono vizi del bando, o della costituzione della commissione, o vizi della gara nel suo complesso, che possono far cadere l'intera gara.

Conclude l'ordinanza di remissione che in capo ai soggetti classificati dal terzo posto a seguire, non sussiste la legittimazione e l'interesse a contestare l'aggiudicazione (per anomalia dell'offerta aggiudicataria), perché non possono essi stessi conseguire l'aggiudicazione, che andrebbe alla seconda classificata

Osserva la plenaria che l'utilità o bene della vita cui aspira il ricorrente – in una giurisdizione che si caratterizza di diritto soggettivo e non oggettivo, e cioè di mera tutela della legalità dell'azione amministrativa – deve porsi in rapporto di prossimità, regolarità ed immediatezza causale rispetto alla domanda di annullamento proposta e non restare subordinata da eventi, solo potenziali ed incerti, dal cui verificarsi potrebbe scaturire il vantaggio cui mira il contenzioso introdotto.

L'interesse strumentale alla caducazione dell'intera gara ed alla sua riedizione assume, quindi, consistenza sempre che sussistano in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta; esso deve cioè aderire in modo rigoroso e con carattere di immediatezza e di attualità all'oggetto del giudizio (Cons. St., IV, n. 3365 del 07 giugno 2012; n. 6151 del 22 nov. 2011; V, 2947 del 2 maggio 2012).

La collocazione al terzo posto in graduatoria non comporta di per sé - con carattere di automatismo - il difetto di legittimazione del concorrente terzo graduato ad introdurre contestazione sulle scelte operate dalla stazione appaltante in ordine all'opportunità di procedere o meno all'esame discrezionale di una supposta anomalia dell'offerta dei concorrenti collocati in posizione potiore, in presenza di evidenti e conclamati profili di eccesso di potere che inficino la fase di cognizione ed esame dell'offerta del secondo graduato, la cui possibile estromissione di gara consentirebbe lo scorrimento in posizione utile per poter aspirare all'aggiudicazione.

In tale ipotesi non si dà ingresso ad una tutela di c.d. diritto oggettivo, poiché la contestazione è introdotta nell'interesse di parte e, alla luce dell'art. 113 della costituzione, non può soffrire limiti in relazione alla singolarità della fattispecie provvedimentale.

Tantomeno si impinge nel merito di scelte della stazione appaltante, perché il sindacato si caratterizza come esterno e si attua nei limiti della verifica di eventuali vizi di eccesso di potere che possano aver inficiato il tratto procedimentale di verifica dell'anomalia delle offerte prima di procedere all'aggiudicazione.

Ove, tuttavia, siffatta evenienza, come nel caso di specie, non ricorra, l'impresa terza classificata non è portatrice di un interesse strumentale concreto e diretto all'annullamento degli atti impugnati ed alla rinnovazione della procedura, poiché dall'auspicato rinnovo non può derivare alcuna *chance* di vittoria stante la postergazione al secondo concorrente utilmente graduato.

Cons. St., n. 7/2014 rapporto tra ricorso principale e incidentale; *housing* sociale; distinzione tra concessione di lavori e di servizi, disciplina applicabile alla concessione di servizi

Nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, solo il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario – in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione - deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale; tale evenienza non si verifica allorché il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale.

Qualora un affidamento contempra l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori, nel senso che solo laddove la gestione del servizio sia servente rispetto alla costruzione delle opere è configurabile l'ipotesi della concessione di lavori pubblici; viceversa, l'inserimento dei lavori all'interno di un programma complesso rivolto alla gestione di servizi volti a soddisfare esigenze primarie di grande rilievo sociale ed economico (il disagio abitativo delle fasce deboli della popolazione), induce a ritenere che siano i lavori a porsi in termini obiettivamente accessori o secondari rispetto alla gestione delle strutture al servizio della collettività; alle medesime conclusioni è giunta l'Adunanza plenaria in relazione alla connessione ravvisata fra appalti di servizi (accessori e strumentali), rispetto a concessione di servizio pubblico ritenuta prevalente (cfr. Ad. plen. 6 agosto 2013, n. 19).

Tale impostazione è conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte giust. 14 novembre 2001, C-310/01; 18 novembre 1999, C-107/98; 19 aprile 1994, C-331/92), per l'individuazione della disciplina applicabile ai contratti di appalto misti, quando vengono in considerazione prestazioni di lavori e servizi: in tal caso, infatti, occorre avere riguardo all'oggetto principale della prestazione secondo la funzione prevalente o accessoria svolta da ciascuna componente (c.d. criterio qualitativo), a prescindere dal valore economico delle prestazioni medesime (c.d. criterio quantitativo). Per completezza si evidenzia che tali principi sono stati recepiti, con alcune peculiarità, dall'art. 14 del codice dei contratti (salvo il temperamento costituito dal criterio quantitativo, inteso come canone esegetico per la

determinazione delle prestazioni, che cede, però, a fronte del carattere meramente accessorio dell'una prestazione rispetto all'altra).

Con riguardo al c.d. housing sociale:

a) tutte le opere (sia quelle pubbliche, sia quelle di pubblica utilità sia quelle commerciali), sono destinate, nel loro complesso, ad assicurare il servizio di housing sociale garantendo condizioni di vita decorose a tutti i futuri utenti che saranno selezionati in base alle apposite graduatorie;

b) il valore delle opere pubbliche in senso proprio (alloggi di edilizia residenziale pubblica, scuola pubblica ed opere di urbanizzazione), è di gran lunga inferiore al valore dell'insieme delle opere di pubblica utilità e di quelle meramente private (secondo il dato riportato dalla difesa dell'A.t.i. Stile a pagina 14 del gravame incidentale, dato non contestato specificamente da controparte, solo il 15% degli alloggi complessivi è destinato a edilizia residenziale pubblica, mentre la restante parte, oltre il 75%, riguarda la realizzazione di alloggi privati, oltre agli immobili a destinazione commerciale);

c) la durata del rapporto esorbita dai tempi strettamente necessari alla realizzazione delle opere in quanto il servizio di assegnazione e gestione degli alloggi si sviluppa in un arco minimo di 25 anni;

d) l'housing sociale ha pertanto natura di concessione di servizio pubblico locale.

Quanto alle disposizioni del codice n. 163/2006 alle concessioni di servizi:

a) la regola generale, a mente dell'art. 30, co. 1. cit., è nel senso che alle concessioni di servizio pubblico non si applicano le disposizioni specifiche del codice dei contratti pubblici;

b) si deve tener conto del fatto che in linea teorica tutte le norme di dettaglio del codice costituiscono una derivazione, più o meno diretta, di principi (o più semplicemente di esigenze) generali;

c) in senso proprio costituiscono principi generali applicabili alle concessioni di servizio, non solo i c.d. super principi o valori di sistema, di solito espressamente indicati nelle parti iniziali dei codici di settore (nella specie art. 2 codice dei contratti pubblici), ma anche quelli che si traggono da talune specifiche norme;

d) tuttavia, l'applicabilità di talune disposizioni specifiche di tali codici è predicabile solo quando esse superino uno scrutinio rigoroso di indagine basato sull'accertamento della natura dell'interesse presidiato dal precetto e della sua ampiezza applicativa, trovando la propria ratio immediata e diretta nella tutela di valori immanenti al sistema (nella specie dei contratti pubblici di appalto di lavori, servizi e forniture), in funzione nomo genetica rispetto alle singole norme costitutive delle codificazioni di settore.

La norma sancita dall'art. 37, co. 13, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), che impone ai concorrenti riuniti, già in sede di predisposizione dell'offerta, l'indicazione della corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni (per i contratti di appalto di lavori, servizi e forniture fino al 14 agosto 2012 e per i soli contratti di appalto di lavori a decorrere dal 15 agosto 2012) - pur integrando un precetto imperativo capace di imporsi anche nel silenzio della legge di gara come requisito di ammissione dell'offerta a pena di esclusione - non esprime un principio generale desumibile dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ovvero dalla disciplina dei contratti pubblici di appalto e come tale, a mente dell'art. 30, co. 3, del medesimo codice, non può trovare applicazione ad una selezione per la scelta del concessionario di un pubblico servizio.

Decisione di perdurante attualità quanto alla qualificazione dell'housing sociale come concessione di servizi e quanto al discrimine tra concessione di servizi e di lavori.

Le statuizioni relative alla disciplina applicabile alle concessioni di servizi (solo i principi del codice del 2006) sono superate dal ius superveniens, in quanto le direttive europee del 2014 assoggettano a regole puntuali anche le concessioni di servizi e analogamente dispone il codice n. 50/2016.

Sul rapporto tra ricorso principale e incidentale v. sub plenaria n. 6/2018.

Cons. St. ad. plen. n. 1/2014

dà atto della rinuncia al ricorso e non decide la questione dell'obbligo di motivazione sul possesso dei requisiti morali

L'ordinanza Cons. St., sez. VI, 14 agosto 2013 n. 4173 (Pres. Baccarini – Est. Lopilato) aveva rimesso all'esame dell'adunanza plenaria la questione se l'art. 38, c. 2, lett. c), codice dei contratti pubblici, che impone ai partecipanti alla gara di dichiarare l'esistenza di sentenze o di decreti penali di condanna, imponga alla stazione appaltante l'obbligo di rendere una adeguata motivazione non solo nel caso di esclusione dalla gara, ma anche nel caso di ammissione, indicando le ragioni per cui non si può ritenere che i fatti di reato menzionati nella dichiarazione non incidano sulla moralità professionale.

La Sezione Sesta ha ritenuto di sollevare la questione, dubitando della condivisibilità dell'orientamento per il quale la stazione appaltante non è tenuta ad esplicitare le ragioni per le quali ritiene che il precedente penale, dichiarato dal concorrente, non incida sulla sua moralità professionale (in tal senso, Cons. St., sez. III, 11 marzo 2011 n. 1583; Id., sez. V, 30 giugno 2011 n. 3924; Id., sez. VI, 24 giugno 2010 n. 4019).

Tuttavia la plenaria con la decisione 17 gennaio 2014 n. 1 non ha deciso nel merito essendo sopravvenuta la rinuncia al ricorso, di cui la plenaria dà atto.

Cons. St. n. 29/2013 competenza territoriale per provvedimenti connessi

V. ora sub plenaria n. 7/2014

La plenaria 20 novembre 2013 n. 29 (Pres. Giovannini – Est. Cacace) (resa su ricorso per regolamento di competenza su istanza di parte) si è occupata di competenza per concessione con riferimento al caso specifico di competenza sull'atto amministrativo sopravvenuto in corso di giudizio, e impugnato con motivi aggiunti, in una fattispecie in cui, impugnata una informativa antimafia ostativa e la consequenziale risoluzione di un contratto di appalto, veniva con motivi aggiunti impugnato il successivo mancato invito a gara di appalto, motivato dall'esistenza di tale informativa.

Ha ritenuto la plenaria che, in presenza di profili di connessione con il giudizio già instaurato, alla stregua dei principii della concentrazione e della pregiudizialità cronologica e logico-giuridica, debba affermarsi l'attrazione del ricorso per motivi aggiunti, con il quale

sia impugnato un atto sopravvenuto nel corso del giudizio stesso, alla competenza cognitoria del T.A.R. già adito [Cons. St., ad. plen., 20 novembre 2013 n. 29].

In particolare, l'atto applicativo, o consequenziale, rientrando nella competenza di un determinato T.A.R. sulla base degli ordinari criteri di cui all'art. 13 c.p.a., risulterà attratto per connessione in quella del T.A.R. competente, sulla base degli stessi criteri, per l'atto presupposto già fatto oggetto di impugnazione; ciò salva l'ipotesi in cui l'atto sopravvenuto nel corso del giudizio sul primo rientri in una delle tipologie di competenza funzionale, di cui all'art. 14 c.p.a., la cui particolare valenza comporta l'inapplicabilità ad esse delle regole di spostamento per ragioni di connessione.

Né depone in senso contrario la disciplina di cui all'art. 13, c. 4-bis, c.p.a. (in base alla quale la competenza territoriale in ordine all'atto "da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti"), che va riferita esclusivamente alle fattispecie di contestuale impugnazione dell'atto presupposto di carattere pregiudiziale (con esclusione, in ogni caso, come specificato dalla stessa disposizione, degli "atti normativi o generali") e dell'atto consequenziale; il che attiene di regola ai casi di atti presupposti non immediatamente lesivi e dunque non autonomamente impugnati, né impugnabili.

Dunque, in fattispecie di sopravvenuta impugnazione dell'atto connesso (o, meglio, di introduzione nel processo pendente di una nuova e più ampia azione, connessa alla prima esercitata), si deve ritenere che la competenza relativa all'atto applicativo impugnato con motivi aggiunti - che non sono configurabili come autonomo atto impugnatorio e non fanno le veci di un separato, secondo, ricorso - venga attratta da quella relativa ai provvedimenti presupposti originariamente impugnati, valendo così a vanificare la competenza territoriale del Giudice in ordine al primo ordinariamente competente sulla base dei criteri, di cui all'art. 13 c.p.a.

Conclusione, questa, che trova fondamento nei principi di economia dei giudizi e di razionalità del sistema processuale, senz'altro applicabili nella misura in cui determinano un ragionevole coordinamento tra i principi recati dagli artt. 13 e 43 c.p.a., peraltro nel solco del generale favor che il nuovo codice accorda al *simultaneus processus*; e che la concentrazione dei processi, nell'alternativa tra diverse competenze per territorio, sia tendenzialmente favorita a livello sistematico con l'attrazione alla causa principale, risulta evidente anche dal dato testuale dell'art. 42 c.p.a., il quale pure dispone, salvo che concorra un profilo di competenza funzionale, che la cognizione del ricorso incidentale è attribuita al giudice competente per quello principale.

Nel caso specifico, impuginate in via principale una informativa prefettizia ostativa e la risoluzione di un contratto in essere, con motivi aggiunti veniva impugnato il consequenziale mancato invito a altra gara di appalto. Osserva la plenaria che in siffatta ipotesi l'interesse del ricorso per motivi aggiunti va circoscritto al mancato invito a partecipare alla gara, sicché risultano palesi i profili di connessione delle diverse impugnative, tenuto conto del carattere sostanzialmente unitario della vicenda, in cui le

ragioni del provvedimento da ultimo gravato (di reiezione dell'istanza della ricorrente volta alla rinnovazione della gara effettuata all'esito della estinzione sopravvenuta in corso di causa del precedente contratto in corso di esecuzione tra le due parti, con inclusione della stessa fra le ditte invitate) trovano corpo negli effetti delle pregresse statuizioni fatte oggetto del ricorso principale ed in particolare in quelli dell'informativa interdittiva prefettizia, così implicitamente ma chiaramente sottolineandosi il carattere di causa ostantiva della informativa prefettizia anche riguardo alla partecipazione alla nuova gara attribuito dall'Amministrazione all'informativa prefettizia medesima; dall'altro la stessa Amministrazione resistente, nelle difese svolte in primo grado, richiama più volte, a giustificazione del mancato invito della ricorrente a detta gara, la pendenza a suo carico dell'interdittiva antimafia di cui si tratta.

Del resto in termini unitari si sostanzia lo stesso petitum mediato del giudizio, complessivamente inteso a garantire l'identico bene della vita, costituito, a seguito della perseguita ammissione alla nuova gara, dalla possibilità per la ricorrente di ricostruzione del rapporto contrattuale, prima risolto a seguito della sopravvenienza di detta informativa e poi risolto per la nuova, intervenuta, ipotesi di revoca.

Non è infine inutile considerare, secondo la plenaria, il vero e proprio rapporto di pregiudizialità giuridica, oltre che logica, che lega tra loro le due serie di impugnative che è testimoniato dal fatto che la verifica della permanenza dell'interesse a ricorrere in ciascuna di esse è condizionato dalla decisione dell'altra.

Cons. St. n. 24/2013 nozione di socio di maggioranza al fine della verifica dei requisiti generali

L'espressione "socio di maggioranza" di cui alle lett. b) e c) dell'art. 38, c. 1, d.lgs. n. 163/2006, e alla lett. m-ter) del medesimo comma, si intende riferita, oltre che al socio titolare di più del 50% del capitale sociale, anche ai due soci titolari ciascuno del 50% del capitale o, se i soci sono tre, al socio titolare del 50%.

La pronuncia è stata resa con riferimento a norma che prevedeva la verifica nei cfr del socio di maggioranza in caso di società con meno di 4 soci.

Tale è stata anche la disciplina recata dal nuovo codice fino al d.l. n. 32/2019. Dopo il d.l. n. 32/2019, l'art. 80 c. 3 codice del 2016 prevede la verifica nei confronti del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro.

La plenaria resta attuale nel caso di due o tre soci, e il ragionamento si attaglia anche al caso di 4 soci.

Il Cons. giust. amm. sic., con sentenza parziale e ordinanza 17 giugno 2013 n. 590 ha rimesso alla plenaria una questione di interpretazione in ordine alla nozione di "socio di maggioranza" nelle società di capitali con meno di quattro soci, ai fini delle dichiarazioni da rendere ai sensi dell'art. 38 codice appalti.

Osserva l'ordinanza di remissione che il concetto di maggioranza "indefettibilmente implica la possibilità di una quantificazione" dovendosi perciò ritenere che "il legislatore

abbia voluto alludere a una “maggioranza di diritto” (differentemente dalla nozione di controllo che può anche non essere “di diritto”), ossia a una “maggioranza di azioni”, nelle società con capitale suddiviso in azioni, e a una “maggioranza di quote”, nelle società con capitale suddiviso in quote.”.

In questo quadro il dubbio interpretativo sorge poiché non è chiarito nella norma se tale maggioranza sia quella “assoluta” (partecipazione comunque superiore al 50% del capitale sociale) ovvero quella “relativa”.

Considerato che la norma prevede espressamente l’obbligo del socio unico di rendere le previste dichiarazioni e che esclude dall’obbligo il socio di maggioranza di società con quattro o più soci, i problemi applicativi emergono quando i soci siano due o tre (nessuno dei quali disponga di una partecipazione superiore al 50%).

Nell’ordinanza si indica quindi che due casi peculiari, rilevanti nell’ipotesi di interpretazione della maggioranza come “relativa”, sono quelli:

- a) dei due soci aventi ciascuno una partecipazione esattamente pari al 50% del capitale;
- b) dei tre soci aventi una partecipazione pressoché identica e pari al 33% “e in cui, tuttavia, uno solo dei soci abbia una partecipazione – nel caso della società a responsabilità limitata, per intuitive esigenze matematiche (non essendo possibile attribuire a una quota una consistenza pari a un numero periodico) – di pochissimo superiore al 33% (*exempli gratia*, un’azione in più nella s.p.a. o un decimale di quota in più nella s.r.l.)”.

L’ordinanza di rimessione propende per la tesi per cui l’espressione “socio di maggioranza” deve intendersi nel senso di “socio titolare di azioni e quote in misura superiore al 50%” poiché, in sintesi:

- scopo della normativa è impedire l’illecita interferenza, nella gestione delle imprese partecipanti alle gare o esecutrici degli appalti, di soggetti connessi con sodalizi criminali aventi un effettivo potere giuridico di condizionamento dell’attività dell’impresa;
- nelle società di capitali composte da due o tre soci (assimilabili, per tale ristretto numero di soci, alle società di persone, alle quali soltanto l’obbligo dichiarativo era imposto fino al 13 maggio 2011) tale autonomo potere di condizionamento è esercitabile soltanto dal socio titolare di più del 50% del capitale poiché, nel caso di due soci al 50%, ciascuno ha soltanto un potere negativo, di veto, ma non di controllo sulla società, e, se i soci sono tre ciascuno con meno del 50%, nessuno di essi può controllare da solo la società;
- questa interpretazione, consentita dalla lettera della norma, elimina le difficoltà applicative che altrimenti si porrebbero, è la più coerente con i valori costituzionali ed eurounitari di buon andamento dell’amministrazione, di proporzionalità e di massima partecipazione alle procedure di gara e di tutela dell’affidamento dei concorrenti, nonché con la ratio dell’art. 38 che è norma di stretta interpretazione, poiché limitativa della partecipazione alle gare, e da interpretare alla luce del principio di tipizzazione delle cause di esclusione introdotto in materia dal medesimo d.l. n. 70 del 2011.

Tuttavia anche altre tesi sono emerse nell’elaborazione giurisprudenziale e amministrativa:

- a) per una tesi, nel caso di due soci al 50% la dichiarazione deve essere fatta da entrambi poiché ciascuno può impedire scelte non concordate e permettere soltanto quelle che condivide, venendo richiamata per le s.r.l., a sostegno di questa interpretazione, la previsione dell'art. 2479-bis c.c. che, nel fissare i quorum costitutivi e deliberativi dell'assemblea in ogni caso non superiori alla "metà del capitale sociale", determina così un potere di condizionamento della gestione in capo al socio titolare della metà delle quote (Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2013 n. 513; in tal senso anche i pareri dell'A.V.C.P. n. 58 e n. 105 del 2012 in relazione anche ai soci titolari di un terzo della partecipazione);
- b) per un'altra tesi (affiorata nella giurisprudenza amministrativa siciliana di primo grado) assumono rilevanza le partecipazioni di maggioranza relativa (in particolare riguardo ai casi, più controversi, di partecipazione al 50 e al 33 per cento) quando la disciplina di gara preveda la misura espulsiva, dovendo allora la stazione appaltante chiedere alla concorrente, in sede di soccorso istruttorio, di fornire elementi per chiarire se sussista o meno il requisito non dichiarato.

Secondo la plenaria la soluzione del contrasto di giurisprudenza deve essere idonea:

- a realizzare lo scopo della normativa dell'art. 38 codice appalti che, attraverso l'obbligo delle dichiarazioni per "il socio di maggioranza", vuole garantire che le stazioni appaltanti possano verificare l'affidabilità morale delle società concorrenti con un ristretto numero di soci e che sussistano perciò i relativi requisiti in capo al socio che esercita un potere decisionale condizionante la gestione;
- ad assicurare l'osservanza del principio della tassatività e tipizzazione delle cause di esclusione, posto con l'art. 46, comma 1-bis codice appalti, evitando perciò che la nozione di "socio di maggioranza" sia possibilmente diversa a seconda della valutazione discrezionale delle stazioni appaltanti.

Secondo la plenaria 6 novembre 2013 n. 24 (pres. Giovannini – est. Meschino), le dichiarazioni richieste dall'art. 38, lettere b), c) ed m-ter codice appalti, devono essere rese da entrambi i soci partecipanti al 50% e, nel caso di tre soci, dal solo socio partecipante al 50%, per le ragioni di seguito esposte.

La plenaria enuncia il seguente principio di diritto:

“L'espressione “socio di maggioranza” di cui alle lett. b) e c) dell'art. 38, c. 1, d.lgs. n. 163/2006, e alla lett. m-ter) del medesimo comma, si intende riferita, oltre che al socio titolare di più del 50% del capitale sociale, anche ai due soci titolari ciascuno del 50% del capitale o, se i soci sono tre, al socio titolare del 50%.”.

La lettera della legge non è chiara non essendo completata l'espressione “socio di” con la precisazione del tipo di maggioranza richiamata, se assoluta o relativa, e risultando perciò giustificato il conseguente dubbio interpretativo.

Riguardo all'espressione letterale il riferimento al “socio” e non “ai soci” di maggioranza non è dirimente poiché “l'impiego del singolare non è decisivo, potendosi esso spiegare in funzione della portata dell'obbligo dichiarativo, che fa evidentemente capo al singolo esponente societario, non senza trascurare che la formulazione della norma non reca la

specificazione che deve trattarsi di maggioranza assoluta” (Cons. St., sez. V, 30 agosto 2012 n. 4654).

Per risolvere il dubbio è quindi necessario basarsi sulla finalità della normativa che, come detto, è quella di assicurare che non partecipino alle gare, né stipulino contratti con le amministrazioni pubbliche, società di capitali con due o tre soci per le quali non siano attestati i previsti requisiti di idoneità morale in capo ai soci aventi un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società; dovendosi accedere ad un’interpretazione teleologica delle disposizioni de qua che, senza fermarsi al dato meramente letterale, si armonizzi con la ratio specifica della normativa sugli appalti pubblici, per la quale è ostativo il mancato possesso dei requisiti morali da parte di soci idonei a influenzare, in termini decisivi e ineludibili, le decisioni societarie.

Un socio ha un tale potere quando per adottare le decisioni non si può prescindere dal suo apporto, assumendo di conseguenza questo potere efficacia determinante non soltanto in negativo, in funzione di veto, ma anche in positivo, in funzione di codeterminazione, poiché il socio che ha il potere di interdire l’adozione di una decisione è anche quello che deve concorrere perché sia adottata.

Questa situazione si riscontra nel caso di due soci al 50% poiché nessuna decisione può essere presa se uno dei due è contrario mentre entrambi devono concordare su ciascuna decisione.

Ciò rilevato risulterebbe contrastante con la ratio della normativa che nessuno dei due soci provveda alle dichiarazioni richieste dalla legge necessarie per il controllo dell’idoneità morale della società, pur potendo ciascuno dei due condizionare, da solo, le decisioni societarie, dovendosi quindi concludere che entrambi i soci devono rendere le dichiarazioni prescritte.

Nella situazione di una società con tre soci la conclusione è diversa a seconda che nessuno dei tre soci partecipi al 50% ovvero ve ne sia uno titolare di tale partecipazione.

Nel primo caso la percentuale della partecipazione di ciascun socio è variabile secondo le diverse situazioni concrete inclusa l’ipotesi che un socio sia titolare del 49% e gli altri due concorrano, con la propria partecipazione, a raggiungere il restante 51%.

Ne consegue che nessun socio ha potere determinante poiché ognuno può essere sostituito da uno degli altri due per raggiungere la maggioranza decisionale; ciascun socio può perciò concorrere ad adottare la decisione ma non è mai esclusivamente e sempre da solo determinante, poiché se uno dei tre soci è contrario a una decisione questa può essere comunque assunta per accordo tra gli altri due, potendo ogni socio accordarsi con ciascuno degli altri in quanto non costretto a consentire con uno solo di essi data la ripartizione del capitale sociale (cfr. anche Cons. St., sez. V, 25 luglio 2013 n. 3963).

Nessuno dei soci ha perciò l’obbligo delle dichiarazioni poiché nessuno esercita un potere decisionale condizionante in quanto imprescindibile, tale perciò da farne qualificare la relativa posizione sostanziale come quella di un socio di maggioranza; il concorso alle decisioni di volta in volta possibile da parte di ciascun socio non autorizza infatti la

conclusione che ognuno di essi debba rendere le previste dichiarazioni, poiché la latitudine interpretativa consentita dalla norma, che comunque si riferisce al “socio di maggioranza”, non è tale da giustificare l’obbligo delle dichiarazioni per il socio che non sia di maggioranza neanche nel significato sostanziale di cui si è detto.

Neppure varrebbe perciò, contro quanto esposto, affermare che ciascun socio sarebbe, in tesi, dotato di potere condizionante in quanto nessuno di essi concordi con nessun altro sulle decisioni da adottare, dovendosi ritenere che la normativa sia riferita all’ipotesi fisiologica della gestione attiva della società, che esiste per operare, come appunto provato dal riferimento al “socio di maggioranza”, cioè a un soggetto in posizione tale da condizionare la gestione nell’adozione di scelte operative.

Il caso della società con tre soci in cui uno sia partecipante al 50%, variando le partecipazioni degli altri due a concorrenza del restante 50%, risulta diverso sulla base delle medesime considerazioni sinora svolte.

Il socio al 50% condiziona infatti, da solo, le decisioni sociali poiché in nessun caso possono essere adottate senza il suo consenso, che è quindi sempre necessario e imprescindibile mentre egli può accordarsi con l’uno o l’altro dei due restanti soci senza l’obbligo di farlo con uno solo di essi, nessuno dei quali esercita perciò un potere determinante.

Ne consegue che nel caso in esame obbligato a rendere le previste dichiarazioni è soltanto il socio al 50% in quanto titolare di potere condizionante le decisioni della società.

Queste conclusioni, idonee a risolvere i dubbi interpretativi originati dalla normativa in modo coerente con la sua ratio, risultano anche adeguate allo scopo di evitare margini di discrezionalità e incertezza nell’azione amministrativa (e quindi per i concorrenti alle gare), essendo individuati preventivamente i soci obbligati alle dichiarazioni -i due soci al 50% e, se i soci sono tre, il socio al 50%, poiché in posizione determinante- oltre, pacificamente, il caso del socio che possiede la maggioranza economica del capitale (socio al più del 50%). Esse appaiono anche coerenti con la normativa sulla tassatività e tipizzazione delle cause di esclusione. Infatti, da un lato, la mancata dichiarazione da parte dei soggetti sopra indicati si configura quale ragione di esclusione per “mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice appalti, ponendosi l’inadempimento in questione in contrasto con le dette prescrizioni secondo il loro fine sostanziale di salvaguardia delle garanzie di affidabilità dei contraenti, e, dall’altro, la precisazione di fattispecie certe preclude nell’applicazione della normativa l’individuazione di cause di esclusione non preordinate, in coerenza con la prescrizione della loro tipizzazione.

La certezza delle cause di esclusione non sarebbe conseguita se, nel caso di tre soci, fosse qualificato socio di maggioranza chi possiede la maggioranza relativa del capitale (da più del 33% a meno del 50%) poiché ritenuto, per ciò solo, capace di un’influenza dominante sulla società.

Considerato infatti che le restanti partecipazioni sociali non sono diffuse ma concentrate negli altri due soci, il cui accordo è quindi agevole, il socio di maggioranza relativa potrà

prevenire, o condizionare, la maggioranza decisionale contraria soltanto se la sua posizione è rafforzata da ulteriori fattori di influenza, da riscontrare di volta in volta in concreto alla luce di specifiche statuizioni o accordi societari; sulla scorta perciò di valutazioni amministrative complesse e opinabili, tali da ingenerare margini di incertezza sull'operatività delle cause di esclusione: rischio questo che non si profila invece riguardo al socio al 50%, titolare effettivo, per quanto sopra detto, di una posizione di certo determinante apprezzabile sulla base di un dato oggettivo e incontrovertibile.

In riferimento specificamente alle s.r.l. le dette conclusioni risultano infine in linea con la nuova normativa posta con il d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 (riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative), e successive modifiche, che ha avvalorato l'elemento personale di tale tipo di società, rendendole le s.r.l. società a base personale con responsabilità limitata, e in cui è stabilito, per quanto qui più interessa, che l'assemblea dei soci è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno "la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta" (art. 2479, bis, c.c., comma terzo), con la conseguenza che "il titolare di tale porzione del capitale sociale è in grado di assumere tutte le decisioni necessarie per il funzionamento della società".

Cons. St., n. 23/2014 gli obblighi di dichiarazione ai fini dei requisiti generali a carico di procuratori diversi dagli amministratori con poteri di rappresentanza

L'obbligo di dichiarazione ai fini dei requisiti generali si estende al procuratore ad negotia che abbia in concreto poteri di rappresentanza del concorrente all'appalto.

Decisione di perdurante attualità nel vigore del codice appalti del 2016.

Nel vigore del codice del 2006, sulla posizione dei procuratori speciali si era registrato un contrasto di giurisprudenza, risolto dall'adunanza plenaria.

Vi erano, in sintesi, tre tesi, una sostanzialista, una formalista e una intermedia.

Secondo la tesi sostanzialista seguita dalla VI sezione e parte della V sezione del Consiglio di Stato, nel novero degli amministratori rientrerebbero i "soggetti che abbiano avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale societario", e "i procuratori" ai quali siano conferiti poteri di partecipare a pubblici appalti formulando le relative offerte⁵⁸, nonché colui che in qualità di procuratore *ad negotia*, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali⁵⁹, trattandosi di poteri di rappresentanza di rilevanza sostanziale e di contenuto economico tali da giustificare l'assoggettamento all'obbligo di dichiarazione⁶⁰.

Secondo la tesi intermedia si impone una indagine casistica volta a verificare, al di là della qualifica formale, quale sia la posizione sostanziale del soggetto nell'impresa, includendo nel novero degli amministratori le persone che hanno il potere di impegnare la società verso i terzi, e dunque i procuratori *ad negotia* solo laddove, a prescindere dal *nomen*,

⁵⁸ Cons. St., VI, 8.2.2007 n. 523.

⁵⁹ Cons. St., V, 9.3.2010 n. 1373; Id., V, 21.2.2011 n. 1078; Id., IV, 1.4.2011 n. 2068; Id., VI, 28.9.2012 n. 5150.

⁶⁰ Cons. St., VI, 18.1.2012 n. 178; Id., 24.11.2009 n. 7380.

l'estensione dei loro poteri induca a qualificarli come amministratori di fatto⁶¹. Invero la locuzione usata dal codice del 2006 di "amministratori muniti con potere di rappresentanza" impone che per i procuratori deve porsi il problema della verifica in concreto dei loro poteri⁶²; solo l'obbligo di dichiarazione sussiste ove i procuratori speciali risultino per statuto titolari di poteri gestionali generali e continuativi ricavabili dalla procura, non essendo invece sufficiente il mero conferimento del potere di rappresentanza negoziale della società, ivi compresa la facoltà di partecipare a gare e stipulare i contratti con la pubblica amministrazione⁶³.

Secondo la tesi formalista, seguita in modo prevalente dalla V e III sez. del Consiglio di Stato, la sussistenza dell'obbligo di dichiarazione va circoscritta ai soli amministratori muniti di potere di rappresentanza e ai direttori tecnici, e non anche a tutti i procuratori della società, sia perché il c.c. distingue nettamente, nell'ambito delle società, tra amministratori e procuratori, sia perché la previsione è disposizione di carattere eccezionale che non può essere estesa a soggetti diversi da quelli espressamente contemplati⁶⁴.

Tanto in base alla considerazione che ai sensi dell'art. 2380-*bis* c.c., la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e può essere concentrata in un unico soggetto (amministratore unico) o affidata a più persone, che sono i componenti del consiglio di amministrazione (in caso di scelta del sistema monistico *ex* artt. 2380 e 2409-*sexiesdecies* c.c.) o del consiglio di gestione (in caso di opzione in favore del sistema dualistico *ex* artt. 2380 e 2409-*octies* c.c.): ad essi, o a taluni tra essi, spetta la rappresentanza istituzionale della società. A sua volta il codice richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza (che può essere limitato per gli amministratori *ex* art. 2384, c. 2, c.c.) e non vi è alcuna possibilità per estendere l'applicabilità della disposizione a soggetti, quali i procuratori, che amministratori non sono.

Peraltro, anche l'applicazione analogica sarebbe opinabile, in presenza di una radicale diversità della situazione dell'amministratore, cui spettano compiti gestionali e decisionali di indirizzi e scelte imprenditoriali e quella del procuratore, il quale, benché possa essere munito di poteri di rappresentanza, è soggetto dotato di limitati poteri rappresentativi e gestionali, ma non decisionali (nel senso che i poteri di gestione sono pur sempre circoscritti dalle direttive fornite dagli amministratori). Si deve, quindi, affermare che l'art. 38 codice del 2006 - nell'individuare i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione - fa riferimento soltanto agli "amministratori muniti di potere di rappresentanza": ossia, ai soggetti che siano titolari di ampi e generali poteri di amministrazione, senza estendere l'obbligo ai procuratori. La soluzione accolta, oltre ad essere maggiormente rispondente al dato letterale del citato art. 38, evita che l'obbligo della dichiarazione possa dipendere da

⁶¹ Cons. St., V, 20.10.2010 n. 7578.

⁶² Cons. St., IV, 3.12.2010 n. 8535; Id., III, 16.3.2012 n. 1471.

⁶³ Cons. St., IV, 12.1.2011 n. 134.

⁶⁴ Cons. St., V, 25.1.2011 n. 513, in *Urb. e app.*, 2011, 711, nt. I. PAGANI, *I soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni di "ordine pubblico" nelle gare di appalto* (713 – 720); Cons. St., V, 10.1.2013 n. 95; Id., 17.5.2012 n. 2818; Id., 6.6.2012 n. 3340; Id., 23.5.2011 n. 3069; Tar Basilicata, I, 22.4.2009 n. 131; Tar Liguria, II, 11.7.2008 n. 1485.

sottili distinzioni circa l'ampiezza dei poteri del procuratore, inidonee a garantire la certezza del diritto sotto un profilo di estrema rilevanza per la libertà di iniziativa economica delle imprese, costituito dalla possibilità di partecipare ai pubblici appalti. L'interpretazione imperniata dunque sulla stretta nozione tecnica di "amministratore", tanto più si raccomanda in presenza di aziende dotate di una organizzazione capillarmente articolata sul territorio⁶⁵.

In tale prospettiva si è in modo inequivoco osservato che i procuratori *ad negotia* sebbene possano avere poteri di rappresentanza societaria non sono amministratori "e ciò a prescindere dall'esame dei poteri ad essi assegnati"⁶⁶ e dalla relativa ampiezza, perché al fine dell'obbligo di dichiarazione occorre la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza⁶⁷.

La questione è stata rimessa alla plenaria nei seguenti termini:

*"Deve essere deferita all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, stante il contrasto giurisprudenziale in atto, la questione se l'onere di presentazione della dichiarazione di cui all'art. 38, c. 1, lett. b) e c) del codice dei contratti sussista anche per i procuratori speciali, quantomeno ogniqualvolta ricorrano poteri rappresentativi e decisionali che li pongano in una posizione assimilabile a quella di un amministratore di fatto, o, invece, valga solamente per gli amministratori delle società muniti di poteri di rappresentanza e per i direttori tecnici"*⁶⁸.

L'ordinanza di rimessione, oltre a riportare in rassegna i contrastanti orientamenti giurisprudenziali, muoveva motivate critiche alla tesi sostanzialista.

La plenaria ha deciso la questione muovendo da una duplice premessa:

a) i principi enunciati dall'art. 1 l. n. 241/1990 di trasparenza, e cioè con riguardo al caso di specie, di chiarezza ex ante degli oneri adempitivi del privato, nonché di efficacia, postulano scelte provvedimentali garanti, su un piano di effettività, del *favor participationis* al concorso, con prevenzione di reprimende occulte del diritto di accesso alle pubbliche gare;

b) il principio di proporzionalità di matrice comunitaria (avuto riguardo alle conseguenze espulsive che seguono alla verifica di segno negativo dei requisiti di ammissione alla gara) induce a ripudiare una scelta interpretativa dell'art. 38 c. 1, lett. c), codice del 2006, disancorata da margini di certezza.

Fatte tali premesse, la plenaria afferma che:

a) con la locuzione di "amministratori muniti del potere di rappresentanza" l'art. 38 lett. c) codice del 2006 ha inteso riferirsi ad un'individuata cerchia di persone fisiche che, in base alla disciplina del codice civile e dello statuto sociale, sono abilitate ad agire per l'attuazione degli scopi societari e che, proprio in tale veste qualificano in via ordinaria, quanto ai requisiti di moralità e di affidabilità, l'intera compagine sociale;

⁶⁵ Cons. St., V, 21.11.2011 n. 6136; Id., 21.10.2011 n. 5638; Id., 24.3.2011 n. 1782.

⁶⁶ Cons. St., III, 21.12.2011 n. 6777.

⁶⁷ Cons. St., V, 29.2.2012 n. 1186.

⁶⁸ Cons. St., V, 9.4.2013 n. 1943, ord.

b) in diverso modo si atteggia la posizione del procuratore *ad negotia*.

Questa figura è eventuale e non necessaria nell'assetto istituzionale delle società di capitali. Elemento differenziale fra gli amministratori ed i procuratori *ad negotia* è che ai primi è, di norma, affidata l'attività gestoria dell'impresa con potere di rappresentanza generale, mentre i secondi, oltre a derivare il proprio potere dalla volontà (di regola) degli amministratori, operano di massima nell'interesse societario per oggetto limitato e soggiacciono al controllo di chi ha conferito la procura.

Nella modulazione degli assetti societari la prassi mostra tuttavia l'emersione, in talune ipotesi, di figure di procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori. Anche in questo caso, come sottolineato nella stessa ordinanza di remissione, si pone l'esigenza di evitare, nell'ottica garantista, che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale, che si giovino dello schermo di chi per statuto riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza.

A ben vedere, in altre parole, in tal caso il procuratore speciale finisce col rientrare a pieno titolo nella figura cui si richiama il codice, poiché da un lato si connota come amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, c. 1, cod. civ. e, d'altro lato, in forza della procura rilasciatagli, somma in sé anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti.

Detta conclusione non è smentita dall'art. 45 direttiva CE 2004/18, il quale anzi, facendo riferimento, come già innanzi riportato, a "qualsiasi persona" che "eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo" dell'impresa, sembra mirare, conformemente del resto all'orientamento generale del diritto dell'Unione, ad una interpretazione sostanzialista della figura.

Tuttavia, in aderenza a quanto affermato dalla adunanza plenaria n. 10/2012 a proposito delle fattispecie relative alla cessione di azienda o di ramo di azienda, stante la non univocità della norma circa l'onere dichiarativo dell'impresa nelle ipotesi in esame (cui va aggiunta, per il passato, l'incertezza degli indirizzi giurisprudenziali) deve intendersi che, qualora la *lex specialis* non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione⁶⁹.

In definitiva, secondo gli ultimi approdi della giurisprudenza formatasi nel vigore del precedente codice, la dichiarazione sull'assenza di condanne penali deve riferirsi pure ai

⁶⁹ Cons. St., ad. plen., 16.10.2013 n. 23, in *Urb. e app.*, 2014, 49, nt. M. DIDONNA, *I procuratori ad negotia potrebbero essere "amministratori muniti di potere di rappresentanza": il non liquet della Plenaria* (52-58). In termini Cons. St., III, 17.11.2015 n. 5240, in *Urb. e app.*, 2016, 292, nt. A. NICODEMO, *Il requisito della moralità professionale tra le intemperanze interpretative*.

cosiddetti non rappresentanti legali, ovverosia quei procuratori speciali muniti di poteri talmente ampi da essere equiparati nella sostanza a dei veri e propri amministratori⁷⁰.

Ora il codice del 2016 sembra usare una locuzione più ampia, facendo riferimento ai “membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza”, e poi menzionando soggetti titolari di poteri di “di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo”.

Sebbene la formulazione non sia molto chiara, sembrerebbe che si sia inteso accogliere una nozione sostanziale, e non formale, del potere di rappresentanza, direzione, vigilanza, controllo.

Secondo il comunicato del presidente ANAC 26.10.2016 nel vigore del nuovo codice per «soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo», si intendono i soggetti che, benché non siano membri degli organi sociali di amministrazione e controllo, risultino muniti di poteri di rappresentanza (come gli institori e i procuratori *ad negotia*), di direzione (come i dipendenti o i professionisti ai quali siano stati conferiti significativi poteri di direzione e gestione dell'impresa) o di controllo (come il revisore contabile e l'organismo di vigilanza di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231/2001 cui sia affidato il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati).

In caso di affidamento del controllo contabile a una società di revisione, la verifica del possesso del requisito di cui all'art. 80, c. 1, non deve essere condotta sui membri degli organi sociali della società di revisione, trattandosi di soggetto giuridico distinto dall'operatore economico concorrente cui vanno riferite le cause di esclusione.

Cons. St., ad. plen. n. 20/2013 e n. 15/2013 nozione di violazione fiscale definitivamente accertata e rateizzazione del debito fiscale

Non è ammissibile la partecipazione alla procedura di gara del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione del debito fiscale⁷¹.

⁷⁰ Cons. St., V, 31.3.2016 n. 1264.

⁷¹ La plenaria n. 15/2013 e la plenaria n. 20/2013: la causa di esclusione delle violazioni gravi, definitivamente accertate, agli obblighi fiscali

Sono esclusi dalle gare di appalto coloro che hanno commesso violazioni definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, secondo la legislazione italiana ovvero quella dello Stato in cui sono stabiliti (art. 38, c. 1, lett. g), codice appalti).

La causa di esclusione, fino alla novella recata dal d.l. n. 70/2011 non era circoscritta alle sole violazioni <<gravi>>, come è invece nel caso di violazione di norme giuslavoristiche o in materia di previdenza e assistenza.

Qualsivoglia violazione di norme fiscali, a prescindere dalla sua gravità, era dunque causa di esclusione obbligatoria.

Il d.l. n. 70/2011 nella lett. g) in commento aggiunge che le violazioni rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti, che sono causa di esclusione, sono quelle “gravi”. Nel novellato c. 2 dell'art. 38 vengono individuati parametri normativi di determinazione della gravità, la cui valutazione resta pertanto sottratta alla discrezionalità delle stazioni appaltanti. In particolare, ai fini del c. 1, lett. g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'art. 48-bis, c. 1 e 2-bis, d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602.

Tale modifica è entrata in vigore il 14 maggio 2011, essendo stata introdotta dal d.l. e non toccata dalla l. di conversione.

Sono comunque causa di esclusione solo le violazioni <<definitivamente>> accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, sicché nel caso in cui la sanzione tributaria sia stata impugnata, mancando la definitività dell'accertamento, non vi è causa di esclusione dalla gara.

Solo con il d.l. n. 16/2012 conv. in l. n. 44/2012 è stata data una definizione normativa di "definitività" dell'accertamento, essendosi stabilito che "costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili".

Prima di tale novella, l'Autorità di vigilanza aveva ritenuto che la definitività dell'accertamento dell'irregolarità tributaria, conseguisse o a una decisione giurisdizionale o a un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile: il provvedimento di accertamento non definitivo perché ancora impugnabile non può comportare l'esclusione dall'appalto [Autorità di vigilanza, deliberazione 18 aprile 2007 n. 120 e precedenti deliberazioni 29 marzo 2007 n. 87 e 4 aprile 2007 n. 102].

Inoltre, l'Autorità ha espresso l'avviso, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, che non ricorre la predetta definitività nel caso in cui l'impresa si sia avvalsa di ricorsi giurisdizionali o amministrativi avverso atti di accertamento del debito o abbia usufruito di condono previdenziale o infine, abbia ottenuto una rateizzazione del debito [Autorità di vigilanza, deliberazione n. 28/2007].

Ai fini dell'esclusione, la definitività dell'accertamento deve sussistere al momento della presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione (per il certificato dei carichi pendenti risultanti al sistema informativo dell'anagrafe tributaria si veda la circolare n. 34/E dell'Agenzia delle Entrate del 25 maggio 2007).

Resta da risolvere, anche dopo il *ius superveniens* del 2012, la questione di diritto se, al fine della regolarità fiscale, entro il termine di presentazione dell'offerta o della domanda di qualificazione, sia sufficiente che sia stata presentata domanda di rateizzazione del debito fiscale, o che siano ancora pendenti i relativi termini, oppure occorre che il concorrente (alla gara di appalto, al procedimento di qualificazione) sia già stato ammesso al beneficio della rateizzazione.

Sul punto la giurisprudenza non è univoca e l'evoluzione del quadro normativo non è del tutto chiara.

La questione è stata pertanto rimessa all'esame della plenaria (da Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 766, ord.).

Questi gli argomenti dell'ordinanza di rimessione.

Solo con il d.l. n. 16/2012 conv. in l. n. 44/2012 (art. 1, c. 5) è stata data una definizione normativa di "definitività" dell'accertamento, essendosi stabilito che "costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili".

Inoltre, al c. 6 dell'art. 1 del citato decreto-legge, viene precisato che sono fatti salvi i comportamenti già adottati, alla data di entrata in vigore del decreto (2 marzo 2012), dalle stazioni appaltanti in coerenza con la disposizione di cui al c. 5 sopra riportata.

Prima della novella legislativa del 2012, si riteneva che la definitività dell'accertamento dell'irregolarità tributaria, conseguisse o a una decisione giurisdizionale o a un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile: il provvedimento di accertamento non definitivo perché ancora impugnabile non può comportare l'esclusione dall'appalto [Autorità di vigilanza, deliberazione 18 aprile 2007 n. 120 e precedenti deliberazioni 29 marzo 2007 n. 87 e 4 aprile 2007 n. 102].

Si era inoltre ritenuto che non ricorre la predetta **definitività** nel caso in cui l'impresa si sia avvalsa di ricorsi giurisdizionali o **amministrativi avverso atti** di accertamento del debito o abbia usufruito di condono previdenziale o infine, abbia **"ottenuto"** una rateizzazione del debito [Autorità di vigilanza, deliberazione n. 28/2007].

Sia l'Autorità di vigilanza che la giurisprudenza del Consiglio di Stato avevano ritenuto, prima della novella del 2012, che non basta l'istanza di rateizzazione presentata entro il termine di presentazione dell'offerta (o della domanda di qualificazione), ma occorre anche che sia stata accolta entro tale data.

In tal senso si è espressa l'Autorità con la determinazione n. 1 del 2010 e con la successiva n. 1 del 2012.

A sua volta la giurisprudenza del Consiglio di Stato fa riferimento a istanza di rateizzazione accolta entro il termine sopra indicato [Cons. St., sez. V, 28 settembre 2011 n. 5406].

Più nel dettaglio, si legge nella determinazione n. 1/2012 dell'Autorità di vigilanza: "A riguardo si ribadiscono le indicazioni fornite dall'Autorità nella determinazione n. 1/2010 e confermate dalla giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084), secondo cui non si intendono scaduti ed esigibili i debiti per i quali sia stato concordato un piano di rateazione ed il contribuente sia in regola con i relativi pagamenti, a condizione che il concorrente provi di aver beneficiato di tale misura entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara ovvero di presentazione dell'offerta".

A sua volta la decisione n. 6084/2011 del Consiglio di Stato, invocata dalla determinazione n. 1/2012 afferma che l'accoglimento della istanza di rateizzazione deve in ogni caso precedere l'autodichiarazione circa il possesso della regolarità, perché non pare ammissibile una dichiarazione che attesti il possesso di un requisito in data futura, a maggior ragione se tale requisito dipende, non dalla presentazione dell'istanza, ma dall'accoglimento della stessa. E' quindi al momento dell'effettiva presentazione dell'offerta che l'impresa deve dichiarare la sua effettiva posizione nei confronti degli obblighi fiscali a nulla rilevando che tale situazione possa essere accertata e dimostrata solo in un momento

successivo alla scadenza del termine, pur se con riferimento ad una data anteriore a tale scadenza. La circostanza che dei debiti sia intervenuta una richiesta di rateizzazione non escluderebbe, anzi confermerebbe, il carattere della definitività del debito, proprio perché la rateizzazione implica la certezza dell'ammontare e dell'esistenza della pretesa erariale, la quale non può essere più contestata in sede giudiziale, e non è comunque pienamente certo il suo accoglimento prima della adozione del relativo atto, sicché la dichiarazione di non aver commesso infrazioni definitivamente accertate prima dell'effettivo accoglimento della domanda di rateizzazione suddetta deve ritenersi che non sia validamente proponibile.

Peraltro tale decisione non è chiarissima, facendo a volte riferimento, nella motivazione non al debito tributario ma al debito contributivo (per contributi previdenziali) che ricade sotto altra previsione dell'art. 38, codice (art. 38, c. 1, lett. i) e non art. 38, c. 1, lett. g), codice).

Tuttavia secondo altra giurisprudenza del Consiglio di Stato, non può essere considerata irregolare la posizione fiscale dell'impresa partecipante a gara pubblica qualora sia ancora pendente il termine di sessanta giorni per l'impugnazione della cartella esattoriale (o per l'adempimento) ovvero, qualora sia stata proposta impugnazione, non sia passata ancora in giudicato la pronuncia giurisdizionale [Cons. St., sez. V, 20 aprile 2010 n. 2213].

Inoltre la citata novella legislativa del 2012, come visto, stabilisce che "costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili".

Inoltre, al c. 6 dell'art. 1 del citato decreto-legge, viene precisato che sono fatti salvi i comportamenti già adottati, alla data di entrata in vigore del decreto (2 marzo 2012), dalle stazioni appaltanti in coerenza con la disposizione di cui al c.5 sopra riportata; secondo la determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 1/2012 "il c.6 conferisce carattere retroattivo alla disposizione di cui al comma 5".

Si potrebbe anche ritenere che se la cartella esattoriale assegna un termine per il pagamento, fino alla scadenza di tale termine il debito non può essere ritenuto definitivamente accertato, né scaduto né esigibile, sicché, se alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, o dell'offerta, o dell'istanza di qualificazione, il termine assegnato per pagare il debito tributario è ancora in corso, non sembrerebbe potersi ritenere sussistente una violazione definitivamente accertata.

Tale interpretazione, valevole anche per il passato, sembra suffragata dal *ius superveniens* e cioè dalla citata novella del 2012, che fa riferimento a debiti tributari scaduti ed esigibili.

Il riferimento a debiti "scaduti ed esigibili" sembrerebbe da interpretare nel senso che se la cartella esattoriale non è scaduta, il debito non è scaduto ed esigibile, ed è pertanto corretta una dichiarazione di non aver commesso violazioni tributarie gravi definitivamente accertate.

Però questa interpretazione non sembra l'unica plausibile, atteso che la cartella esattoriale ingiunge il pagamento di un debito già insorto ed esigibile, e solo se l'istanza di rateizzazione viene accolta il debito viene differito e dunque non è esigibile immediatamente per intero; sicché, si potrebbe pensare che la novella legislativa non innova il pregresso orientamento giurisprudenziale secondo cui entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione, dell'offerta, dell'istanza di qualificazione, al fine della regolarità fiscale non basta che sia stata presentata istanza di rateizzazione, occorrendo anche l'accoglimento di essa.

Infine, si potrebbe anche ipotizzare una terza soluzione esegetica, in virtù della quale, se alla data di presentazione della domanda di partecipazione, dell'offerta, dell'istanza di qualificazione, è stata notificata al concorrente una cartella esattoriale di cui pendono i termini (di impugnazione, pagamento, di istanza di rateizzazione), l'impresa non può limitarsi a dichiarare di non avere violazioni gravi definitivamente accertate, ma deve dichiarare che è pendente cartella di pagamento, e che ha presentato impugnazione o istanza di rateizzazione, al fine di consentire alla stazione appaltante di verificare se l'istanza di rateizzazione venga accolta, e l'impugnazione respinta, alla data di aggiudicazione e stipulazione (momenti in cui comunque i requisiti di cui all'art. 38 codice appalti devono essere posseduti):

Si tratta poi di comprendere se la novella del 2012 abbia una portata retroattiva, come afferma la determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 1/2012, atteso che l'art. 1, c. 6, del citato art. 1 del d.l. afferma che "sono fatti salvi i comportamenti già adottati, alla data di entrata in vigore del decreto (2 marzo 2012), dalle stazioni appaltanti in coerenza con la disposizione di cui al comma 5 sopra riportata".

Invero, non sembrerebbe trattarsi di portata retroattiva, ma piuttosto di sanatoria di condotte pregresse delle stazioni appaltanti, che siano coerenti con il *ius superveniens*, il che sembrerebbe l'esatto contrario di una portata retroattiva, perché se la norma fosse retroattiva, non ci sarebbe bisogno di una sanatoria espressa di condotte pregresse conformi al *ius superveniens*, per converso la sanatoria si impone se in passato la regola era diversa, ma la condotta della p.a., posta in essere in contrasto con la regola pregressa, è invece conforme al *ius superveniens* che però non è retroattivo. D'altro canto, il *ius superveniens*, se sana condotte pregresse conformi al *ius superveniens*, certo non pone nel nulla condotte pregressi non conformi al *ius superveniens*. Sicché, per argomento *a contrario*, sembrerebbe che la regola pregressa è contraria a quella dettata dal *ius superveniens*.

La plenaria con la decisione **5 giugno 2013 n. 15** (Pres. Giovannini – Est. Caringella) ha osservato che sul concetto di "violazione definitivamente accertata", l'art. 38 citato è direttamente attuativo dell'articolo 45 della direttiva 2004/18,

norma volta ad accertare la sussistenza dei presupposti di generale solvibilità dell'eventuale futuro contraente della pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2013, n. 1332).

L'attribuzione di un effetto rigidamente preclusivo all'inadempimento fiscale legislativamente qualificato risponde all'esigenza di temperare la tendenza dell'ordinamento ad ampliare la platea dei soggetti ammessi alle procedure di gara alla stregua del canone del *favor participationis* con la necessaria tutela dell'interesse del contraente pubblico ad evitare la stipulazione con soggetti gravati da debiti tributari che incidono in modo significativo sull'affidabilità e sulla solidità finanziaria degli stessi.

Si tratta, allora, di stabilire se, ai fini dell'integrazione del requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38 cit., sia sufficiente che, entro il termine di presentazione dell'offerta, sia stata presentata da parte del concorrente istanza di rateazione del debito tributario oppure occorra che il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole.

La plenaria sposa la tesi più rigorosa secondo cui, ai fini della regolarizzazione della posizione fiscale, sia necessaria la positiva definizione del procedimento di rateazione con l'accoglimento dell'istanza del contribuente prima del decorso del termine fissato dalla *lex specialis* per la presentazione della domanda di partecipazione.

La giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte giust. CE, Sez. I, 09 febbraio 2007, n. 228/04 e 226/04) e quella nazionale (cfr., ex multis, Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2013 n. 1633; sez. III, 5 marzo 2013 n. 1332; sez. VI, 29 gennaio 2013 n. 531; sez. V, 18 novembre 2011 n. 6084), al pari dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (cfr. determinazione 16 maggio 2012, n. 1; determinazione 12 gennaio 2010, n. 1; parere 12 febbraio 2009, n. 23; deliberazione 18 aprile 2007, n. 120), hanno anche di recente ribadito, sulla scorta di argomentazioni suscettibili di condivisione, l'adesione alla tesi più rigorosa secondo cui il requisito della regolarità fiscale può dirsi sussistente solo qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo.

Si è a tale stregua subordinata l'ammissione alla procedura alla condizione che "l'istanza di rateizzazione sia stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e preceda l'autodichiarazione circa il possesso della regolarità, essendo inammissibile una dichiarazione che attesti il possesso di un requisito in data futura" (Cons. Stato sez. VI n. 531/2013 cit.; vedi anche, ex plurimis, Cons. St., sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084, che mette l'accento sulle condizioni di ammissione date dall' "ottenimento della rateizzazione" o dalla "dimostrazione di aver beneficiato di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti").

La bontà della tesi sposata dalla giurisprudenza pressoché univoca di questo Consiglio trova riscontro nella conformazione nella disciplina dell'istituto della rateizzazione fiscale ex art. 19 del d.P.R. n. 602/1973.

Sul piano teleologico la rateizzazione del debito tributario è espressione del favore legislativo verso i contribuenti in temporanea difficoltà economica, ai quali viene offerta la possibilità di regolarizzare la propria posizione tributaria senza incorrere nel rischio di insolvenza. Pertanto, condizione per la concessione del beneficio è la dimostrazione dell'obiettiva situazione di temporanea difficoltà in cui versa il debitore impossibilitato a pagare in un'unica soluzione il debito iscritto a ruolo e, tuttavia, in grado di sopportare l'onere finanziario derivante dalla ripartizione dello stesso debito in un numero di rate congruo rispetto alle sue condizioni patrimoniali.

Sul versante tecnico la rateizzazione si traduce in un beneficio che, una volta accordato, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, secondo un meccanismo di stampo estintivo-costitutivo che dà la stura a una novazione dell'obbligazione originaria (cfr. Cons. St., Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633).

L'ammissione alla rateizzazione, rimodulando la scadenza dei debiti tributari e differendone l'esigibilità, implica quindi la sostituzione dell'originaria obbligazione a seguito dell'insorgenza di un nuovo rapporto obbligatorio secondo i canoni della novazione oggettiva di cui agli artt. 1230 e seguenti del codice civile.

Il risultato è la nascita di una nuova obbligazione tributaria, caratterizzata da un preciso piano di ammortamento e soggetta a una specifica disciplina per il caso di mancato pagamento delle rate.

La configurazione del meccanismo novativo fa sì che, nell'arco di tempo che precede l'accoglimento della domanda, resta in vita il debito originario, la cui esistenza è ammessa dallo stesso contribuente con la presentazione della domanda di dilazione del pagamento delle somme iscritte a ruolo.

Il debito che grava sul contribuente prima dell'accoglimento dell'istanza, in caso di istanza di rateizzazione non ancora accolta all'atto della scadenza dei termini di presentazione delle domande di partecipazione, è quindi unicamente quello originario, in quanto tale certo (tanto nella sua esistenza quanto nel suo ammontare), scaduto ed esigibile nei sensi richiesti dal comma 2 dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

A sostegno dell'assunto depone viepiù la considerazione che l'art. 19 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, nel regolamentare l'istituto della dilazione del pagamento, al comma 1-quater, pone quale unico limite all'attività forzosa dell'agente della riscossione, una volta ricevuta la richiesta di rateazione, l'inibizione all'iscrizione di ipoteca ex art. 77. Ne deriva che, salva questa specifica prescrizione di favore a tutela del debitore richiedente, la presentazione dell'istanza non incide ex se sull'esigibilità del credito originario e sulla conseguente possibilità per il creditore pubblico di dare impulso alle procedure finalizzate alla relativa riscossione *in executivis*.

Va soggiunto che l'inidoneità della mera presentazione dell'istanza di dilazione a soddisfare il requisito della regolarità contributiva è corroborata dalla considerazione che l'ammissione alla rateazione non costituisce, di norma (fa eccezione l'art. 38 del d.lgs. 31 ottobre 1990 n. 346, relativo all'imposta di successione), atto dovuto, in quanto l'art. 19 del d.P.R. n. 602/1973 conferisce all'Amministrazione il potere discrezionale di valutare quell'"obiettiva difficoltà economica" che si è in precedenza visto essere presupposto per la concessione del beneficio. Ne deriva che l'ammissione alla procedura del concorrente che non abbia ancora ottenuto il provvedimento favorevole, oltre a sancire una deroga atipica al principio secondo cui i requisiti di partecipazione alle gare vanno verificati al momento della scadenza dei termini fissati per la presentazione delle domande, innesterebbe nello svolgimento della procedura di evidenza pubblica il fattore di incertezza legato all'accertamento di un requisito in fieri, collegato alla variabile della valutazione discrezionale dell'amministrazione tributaria.

Tali considerazioni, secondo la plenaria, ostano alla praticabilità anche della tesi mediana secondo cui l'istante che abbia presentato richiesta di rateazione dovrebbe essere ammesso a condizione del conseguimento del beneficio nel corso della procedura di gara.

A sostegno della soluzione in esame non può, infatti, militare in modo decisivo la valorizzazione del principio del *favor participationis*, in quanto la preferenza per un ampliamento del novero dei partecipanti non è un valore assoluto ma deve essere ricondotta nel suo alveo naturale, dato dalla sua funzione di strumento volto al conseguimento dell'obiettivo di assicurare la scelta del miglior contraente in una gara celere e trasparente alla stregua del codice dei contratti pubblici.

Il *favor admissionis* non può pertanto giustificare l'ammissione di un contraente, sprovvisto al momento della domanda del requisito della regolarità tributaria, in forza di una riserva il cui scioglimento sarebbe caratterizzato da profili di aleatorietà sia sul piano dell'an che sul versante del quando.

Il principio della certezza del quadro delle regole e dei tempi della procedura di evidenza pubblica impone, infatti, che i requisiti di partecipazione siano verificati in modo compiuto al momento della scadenza dei termini di presentazione delle domande e impedisce un'ammissione condizionata che si rifletterebbe negativamente sui valori dell'efficienza e della tempestività dell'azione amministrativa, subordinando l'aggiudicazione e la successiva stipulazione a fattori caratterizzati dagli esposti profili di imponderabilità.

L'adesione all'orientamento più rigoroso non è scalfito, ai fini che in questa sede rilevano, dalla citata novella normativa secondo cui "costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili" (art. 1, comma 5, del decreto legge n. 16/2012).

Si è già osservato in precedenza che la presentazione di un'istanza di ripartizione del debito in rate, dando la stura ad un meccanismo volto alla produzione di un fenomeno novativo, non incide, alla luce della disciplina tributaria e della normativa civilistica, sulla sussistenza dei suddetti requisiti del credito nelle more della definizione della procedura.

Detto assunto è confermato dal tenore dei lavori preparatori.

In particolare, dall'esame della relazione tecnica (A.S. 3184) di accompagnamento al d.l. sulle semplificazioni fiscali si ricava come l'intenzione del legislatore fosse quella di intendere non scaduti ed esigibili i debiti per i quali sia stato "concordato un piano di rateazione" rispetto al quale il contribuente è in regola con i pagamenti. Di tenore ancor più inequivocabile è la scheda di lettura (n. 625/4) redatta dall'Ufficio Studi della Camera dei Deputati in data 15 giugno 2012 in cui si afferma che i commi 5 e 6 sono volti a non escludere dalle gare pubbliche il contribuente "ammesso alla rateizzazione" del proprio debito tributario.

È pertanto chiara la volontà di considerare in regola con il fisco unicamente il contribuente cui sia stata accordata la rateizzazione e la conferma del principio secondo cui la mera presentazione dell'istanza di rateazione o dilazione non rileva ai fini della dimostrazione del requisito della regolarità fiscale.

Non può infine essere valorizzato, in senso contrario alla tesi rigorosa fin qui esposta, l'argomento secondo cui sarebbe iniquo che la tardiva definizione della procedura finalizzata alla concessione della rateazione o della dilazione si riflettesse negativamente sulla sfera giuridica dell'istante, sub specie di esclusione dalla procedura di evidenza pubblica regolate dal codice dei contratti pubblici. Si deve infatti osservare, in direzione opposta, che l'inibizione legale trova fondamento nella condizione di illiceità fiscale imputabile al concorrente e che il beneficio della rateazione è previsto da una normativa eccezionale i cui effetti favorevoli non possono superare i confini delle espresse previsioni legislative, riflettendosi nell'ammissione alla gara di un soggetto gravato da un debito tributario liquido, scaduto ed esigibile.

In conclusione, non è ammissibile la partecipazione alla procedura di gara, ex art. 38, comma 1, lett. g, del codice dei contratti pubblici, del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione.

La stessa questione è stata inoltre rimessa alla plenaria da **Cons. St., sez. V, 15 aprile 2013 n. 2031**, Pres. Pajno – Est. Atzeni, ord., che oltre a fare propri gli argomenti dell'ordinanza di rimessione della VI, aggiunge:

a) in giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 19 giugno 2012 n. 3556; Id., sez. III, 3 agosto 2012 n. 4424) sono stati sollevati dubbi sulla effettiva estensione del principio secondo il quale l'ammissione del contribuente alla rateazione del pagamento comporta la regolarità della sua posizione retributiva; è stato infatti rilevato che da un lato si colloca la posizione di quanti di fronte ad una difficoltà finanziaria chiedono di essere ammessi a dilazionare il pagamento e

Tali decisioni della plenaria sono di perdurante attualità nel vigore del codice dei contratti pubblici del 2016.

Anche in presenza di violazione grave e definitivamente accertata, la causa di esclusione non opera se il concorrente abbia ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte dovute, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario sia comunque integralmente estinto per altra via, si pensi al condono fiscale e alla rottamazione di cartelle esattoriali, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande. Dunque rileva come esimente non solo il pagamento del debito fiscale, ma anche l'impegno vincolante o l'estinzione dello stesso.

In tutti i casi la *dead line* è costituita dalla scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto.

Si pone la questione di come vada inteso "l'impegno vincolante" e in particolare se, entro il termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, sia sufficiente che sia stata presentata domanda di rateizzazione del debito fiscale, o che siano ancora pendenti i relativi termini, oppure occorre che il concorrente sia già stato ammesso al beneficio della rateizzazione.

Conserva validità l'elaborazione formatasi nel vigore della precedente disciplina.

Sia l'Autorità di vigilanza che la giurisprudenza del Consiglio di Stato avevano ritenuto che non basta l'istanza di rateizzazione presentata entro il termine di presentazione della domanda di partecipazione, ma occorre anche che sia stata accolta entro tale data⁷².

In tal senso si è espressa l'Autorità con la determinazione n. 1/2010 e con la successiva n. 1/2012.

L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha sposato la tesi più rigorosa secondo cui, ai fini della regolarizzazione della posizione fiscale, sia necessaria la positiva definizione del procedimento di rateazione con l'accoglimento dell'istanza del contribuente prima del

dall'altra quella di chi avendo evaso un'imposta ottenga di poter pagare ratealmente il dovuto, osservando come a voler premiare quest'ultima posizione verrebbe privilegiato chi pur essendo evasore fiscale – tanto che gli vengono applicate le relative sanzioni - ottiene di poterla pagare in termini temporali più favorevoli rispetto a quelli imposti ai contribuenti diligenti.

b) L'ammissione alla rateazione non costituisce, di norma (fa eccezione l'art. 38 d.lgs. 31 ottobre 1990 n. 346, relativo all'imposta di successione), atto dovuto, in quanto l'art. 19 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, conferisce all'Amministrazione la discrezionalità di valutare "l'obiettivo difficoltà economica", determinante per l'eventuale concessione della rateazione di somme iscritte a ruolo.

Tale osservazione fa propendere, ad avviso di questa seconda ordinanza di rimessione, per la soluzione più rigorosa, affermando quindi che anche nell'ipotesi in cui l'ammissione a rateazione possa essere presa in considerazione per affermare la regolarità contributiva ai sensi dell'art. 38 codice appalti questa rilevi solo ove il relativo procedimento si sia concluso accogliendo l'istanza del contribuente prima del termine per la presentazione della domanda di partecipazione – in questo caso – alla gara di appalto.

Con la pronuncia **20 agosto 2013 n. 20** (Pres. Virgilio – Est. Caringella) la plenaria ribadisce tal quali i principi espressi dalla plenaria n. 15/2013, al cui commento si rinvia.

⁷² Cons. St., V, 12.2.2018 n. 856.

decorso del termine fissato dal bando di gara per la presentazione della domanda di partecipazione⁷³.

Occorre, pertanto, che prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo, tesi ormai consolidata anche nella giurisprudenza successiva alla citata plenaria⁷⁴.

Cons. St., ad. plen., n. 19/2013, disciplina applicabile alle concessioni di servizi

Non è applicabile alle concessioni di servizi l'art. 69 codice n. 163/2006 relativo alle condizioni particolari di esecuzione⁷⁵.

Trattasi di plenaria superata dal codice del 2016, il cui art. 164 richiama implicitamente, per le concessioni di servizi, anche l'art. 100 corrispondente al previgente art. 69.

Cons. St., ad. plen., n. 16/2013, n. 8/2013 n. 13/2011 pubblicità delle sedute di gara

Il principio di pubblicità delle sedute di gara si estende alla fase preliminare di verifica e riscontro dei plichi presentati e dei documenti in essi contenuti in relazione alle offerte tecniche, svolgendosi in seduta riservata solo la fase successiva di esame delle offerte tecniche.

L'art. 12, d.l. n. 52/2012 non ha una portata di recepimento ricognitivo dell'orientamento della plenaria n. 13/2011 ma una portata specifica transitoria di salvezza delle gare anteriori alla sua entrata in vigore

⁷³ Con la decisione 5.6.2013 n. 15 e con la decisione 20.8.2013 n. 20, entrambe in *Urb. e app.*, 2013, 1049 e 1052, nt. F. MANGANARO, *Esclusione dalle gare di appalto per violazioni tributarie definitivamente accertate* (1055-1058). In termini Cons. St., III, 5.3.2013 n. 1332, in *Urb. e app.*, 2013, 669, nt. M. GIOVANNELLI, *Partecipazione alle gare d'appalto e violazioni fiscali*, 672 – 681; Cons. St., IV, 22.3.2013 n. 1633; III, 5.3.2013 n. 1332; VI, 29.1.2013 n. 531; V, 18.11.2011 n. 6084; Cons. St., V, 28.9.2011 n. 5406.

⁷⁴ Cons. St., V, 26.7.2016 n. 3375.

⁷⁵ In primo luogo, la plenaria afferma che il valore della concessione, su cui commisurare l'importo della garanzia di cui all'art. 75, codice appalti, è l'intero valore del rapporto, affinché sia assicurata la copertura del rischio di mancata formalizzazione dell'accordo (come di successiva non corretta gestione del servizio), e non solo l'utile per il concessionario.

In secondo luogo, afferma che se è ben vero che l'art. 30, c. 3, codice appalti, prescrive che la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità; e tuttavia, come chiarito dall'adunanza plenaria con la sentenza n. 13 del 2013, non potrebbe sostenersi, a norma del ricordato comma 1, l'applicabilità di tutte le disposizioni del codice, in quanto tutte le norme di dettaglio costituiscono una più o meno immediata applicazione di principi generali.

L'applicabilità delle disposizioni legislative specifiche, di per sé estranee alla concessione di servizi, è predicabile quando esse trovino la propria ratio immediata nei suddetti principi, sia pure modulati al servizio di esigenze più particolari, ma sempre configurandosi come estrinsecazioni essenziali dei principi medesimi.

Tale carattere non può essere attribuito all'art. 69 codice appalti, se inteso come volto a comminare l'illegittimità di una condizione particolare di esecuzione, attinente ad esigenze sociali, perché non prevista nel bando ma nella lettera di invito.

In realtà la norma è destinata a salvaguardare il principio, questo certamente non eludibile, e che il concorrente sia messo in condizione di conoscere, prima della presentazione dell'offerta, quali oneri assume con la partecipazione alla gara.

nelle quali si sia proceduto all'apertura dei plichi in seduta riservata, per evitare che vengano travolte in applicazione del principio espresso dalla citata plenaria n. 13/2011.

Il principio espresso dalla plenaria n. 13/2011 è di perdurante attualità nel vigore del codice del 2016, che non disciplina espressamente l'ambito della pubblicità delle sedute di gara. Le plenarie nn. 8/2013 e 16/2013 affrontano questioni transitorie ormai superate.

L'orientamento espresso dalla plenaria n. 13/2011 era stato tradotto in norme positive dall'art. 12, d.l. n. 52/2012, mediante modifica degli artt. 120 e 283, d.P.R. n. 207/2010 (regolamento), dove si era stabilito che la commissione apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti.

Tali previsioni non sono state riprodotte dal codice del 2016.

Con il decreto correttivo, è stato demandato alle LG sui commissari di gara anche il compito di disciplinare le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici, prevedendo, di norma, sedute pubbliche, nonché sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche e per altri eventuali adempimenti specifici (art. 78, c. 1-bis).

Restano di perdurante attualità i principi espressi dalla plenaria, che traggono il loro fondamento direttamente dal principio comunitario di pubblicità.

Cons. St., ad. plen., n. 14/2013 le designazioni “a cascata”

In caso di partecipazione alla gara di consorzio fra cooperative di produzione e lavoro ai sensi della l. n. 422/1909, non è consentita la c.d. designazione a cascata, ossia che il consorziato indicato dal consorzio per l'esecuzione designi a sua volta altro operatore, altrimenti potendosi innescare un meccanismo di designazioni a catena destinato a beneficiare non (secondo la ratio legis) il Consorzio concorrente e le imprese cooperative in esso associate, ma, in ipotesi anche soggetti terzi, non concorrenti direttamente alla gara, né in questa puntualmente designati, secundum legem, dal concorrente risultato aggiudicatario, quali materiali esecutori dei lavori.

Tale decisione è stata resa in relazione all'art. 37, c. 7, codice del 2006, che corrisponde all'art. 48, c. 7, codice del 2016, ed è perciò di perdurante attualità.

La decisione affronta il problema della legittimità della designazione di secondo grado, o “a cascata”, che si verifichi quando alla gara per l'affidamento di lavori pubblici partecipi un consorzio tra società cooperative di produzione e lavoro costituito a norma della l. n. 422/1909; ciò quando nella gara accade che la società consorziata indicata per l'esecuzione dei lavori dal consorzio aggiudicatario, anziché provvedervi direttamente, affidi le opere ad un diverso imprenditore non consorziato né legato al consorzio da alcun diverso rapporto.

La plenaria ha aderito alla tesi giurisprudenziale che afferma la non conformità alla legge della designazione di secondo grado, rilevando che l'art. 37, c. 7, codice appalti del 2006 (corrispondente all'art. 48, c. 7, codice del 2016), al fine di salvaguardare una specifica categoria di imprese e di incentivare la mutualità, ha inteso assegnare rilievo funzionale

solo al rapporto organico che lega il consorzio concorrente alle imprese o altri consorzi in esso direttamente consorziati e che ne costituiscono, come detto, una sorta di *interna corporis* (sicché l'attività compiuta dai soggetti consorziati è imputata organicamente al consorzio concorrente, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi); ma non anche al rapporto, di secondo grado, che finirebbe per collegare il consorzio aggiudicatario ad un soggetto terzo (ancorché preventivamente designato, in sede di gara, dalla società chiamata ad eseguire i lavori dal consorzio concorrente, poi risultato aggiudicatario), che con il primo ha solo un rapporto mediato dall'azione di un altro soggetto (che, tra l'altro, come si ripete, neppure risulta dotato, nella specie, almeno stando a quanto emerge dagli atti versati in giudizio, delle prescritte categorie d'iscrizione), associato a quello designato dall'aggiudicatario⁷⁶.

In tal modo il consorzio aggiudicatario finirebbe per avvalersi, invero, dell'attività svolta da un soggetto terzo rispetto al medesimo e non da esso direttamente designato come esecutore dei lavori.

Di fatto, la potestà assegnata dal legislatore al consorzio concorrente di designare, sulla base di un ordinario rapporto di fiducia, l'impresa - ad esso consorziata - quale materiale esecutrice delle opere verrebbe a trasferirsi sul soggetto a tal fine designato dal consorzio concorrente; ciò che il legislatore non ha inteso consentire allorché ha eccezionalmente previsto che i consorzi di cui si tratta indichino, nell'offerta, per quali loro consorziati essi concorrano e non ha, invece, esteso anche ai soggetti (eventualmente costituiti in forma consortile) così designati di indicare, a loro volta, a cascata, i propri consorziati chiamati ad eseguire i lavori stessi.

Trattandosi, inoltre, di situazione eccezionale, non direttamente disciplinata dal legislatore, la stessa amministrazione, nel silenzio della norma, verrebbe a trovarsi in una situazione di obiettiva incertezza in merito all'esercizio delle proprie potestà operative nei confronti del soggetto beneficiario dell'affidamento di secondo grado di cui si tratta e, in particolare, in ordine alla verifica di sussistenza o meno, in capo ad essa impresa sub-designata, di tutti i requisiti di legge che legittimano l'applicabilità della disciplina speciale e di favore di cui si è detto.

Questa consente, in definitiva, al consorzio concorrente ed aggiudicatario di avvalersi delle prestazioni di un'impresa cooperativa in esso associata e specificamente designata in sede di gara; e, in tal caso, l'impresa indicata può eseguire i lavori pur essendo priva, per le ragioni dianzi indicate, dei requisiti di qualificazione tecnica; ma non anche, a quest'ultima, di avvalersi di un'ulteriore impresa - a sua volta, in essa associata - altrimenti potendosi innescare un meccanismo di designazioni a catena destinato a beneficiare non (secondo la *ratio legis*) il consorzio concorrente e le imprese cooperative in esso associate, ma, in ipotesi (come nel caso di specie) anche soggetti terzi, non concorrenti direttamente alla gara, né

⁷⁶ Cons. St., VI, 22.6.2007 n. 3477; Cons. St., ad. plen., 20.5.2013 n. 14, in *Urb. e app.*, 2013, 907, con nota di S. INGEGNATTI, *Designazione "a cascata" nei consorzi: il punto della plenaria* (909-914); *Foro it.*, 2014, III, 14, con nota di richiami.

in questa puntualmente designati, *secundum legem*, dal concorrente risultato aggiudicatario, quali materiali esecutori dei lavori.

Ciò posto, la designazione della sub-affidataria cade ma non rende illegittima l'offerta del consorzio, sicché designata per l'esecuzione dei lavori rimane la consorziata originariamente indicata dal consorzio stesso.

Cons. St., ad. plen., n. 13/2013 disciplina applicabile alle concessioni di servizi

In sede di affidamento di una concessione di servizi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono applicabili le disposizioni di cui all'art. 84, comma 4 (relativo alle incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice) e 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione) del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto espressive dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, richiamati dall'art. 30, comma 3, del medesimo d.lgs.

Il codice del 2016 estende espressamente alle concessioni di servizi anche la disciplina dei commissari di gara.

Cons. St., ad. plen., n. 5/2013 necessità di gara per la concessione di spazi pubblicitari

E' legittima la previsione di una procedura competitiva ad evidenza pubblica per la concessione degli spazi pubblici da utilizzare per la collocazione di impianti pubblicitari per affissione commerciale da parte di operatori economici privati.

Decisione di perdurante attualità nel vigore del codice dei contratti pubblici del 2016, che estende ai "contratti attivi" i principi del codice in tema di pubblicità, concorrenza, trasparenze e par condicio (art. 4 codice).

Con la decisione **25 febbraio 2013 n. 5** (pres. Coraggio - Est. Meschino) la plenaria ha da un lato ritenuto legittimo sottrarre al libero mercato e al mero regime autorizzatorio l'utilizzo di spazi e aree pubblici per affissioni pubblicitarie, e legittimo il regime concessorio (che presuppone la riserva all'ente locale); dall'altro ha ritenuto che tale concessione va affidata con gara nel rispetto dei principi di evidenza pubblica.

La decisione non riguarda esattamente i pubblici appalti, ma i contratti attivi della p.a., con cui essa si procura una entrata (dismissioni, concessioni di suolo pubblico).

L'importanza della decisione sta nell'aver ritenuto che anche i contratti attivi, e pur in difetto di una normativa sistematica come quella dettata per gli appalti, devono essere affidati nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; e a tanto la decisione perviene invocando i principi comunitari di non discriminazione, trasparenza, parità di trattamento degli operatori economici.

La plenaria, dopo aver ricordato i due contrastanti indirizzi espressi dalle sezioni semplici, nel senso della sufficienza del regime autorizzatorio (Cons. St., sez. V, n. 44 del 2007; Cons. giust. sic. n. 762 e n. 976 del 2009; n. 1306 del 2010) ovvero della necessità del regime concessorio (Cons. St., sez. V, 2 febbraio 2009 n. 529), aderisce a questa seconda impostazione in base ai seguenti argomenti:

- alla definizione della disciplina della collocazione degli impianti pubblicitari concorrono la normativa sulla viabilità, che sottopone gli impianti, per la sicurezza del traffico veicolare, ad autorizzazione comunale se collocati nei centri abitati [art. 23, comma 4, del codice della strada (d.lgs. n. 285 del 1992)], quella sulla tutela dei beni culturali e paesaggistici [articoli 49 e 153 del codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42 del 2004)], se gli impianti incidano su tali profili, e la normativa tributaria, posta in particolare dal d.lgs. n. 507 del 1993 (e poi dal d.lgs. n. 446 del 1997);

- in fatto la collocazione degli impianti pubblicitari commerciali su aree pubbliche urbane, che qui interessa, è vincolata dalla naturale limitatezza degli spazi disponibili all'interno del territorio comunale, ulteriormente ristretta per effetto dei vincoli sia di viabilità sia di tutela dei beni culturali gravanti sul territorio. Ciò motiva la statuizione di cui all'art. 3, comma 3, del citato d.lgs. n. 507 del 1993, per cui ciascun Comune “*deve*” determinare, oltre la tipologia, anche “*la quantità*” degli impianti pubblicitari e approvare un “*piano generale degli impianti*”, con la delimitazione della superficie espositiva massima dei diversi tipi di impianti (nella prassi ripartita tra le zone del territorio urbano), definendosi con ciò un mercato contingentato;

- la normativa sulla installazione degli impianti a tutela della sicurezza stradale, e dei valori culturali, si raccorda così a quella ulteriore basata sul presupposto, necessitato e condizionante, del contingentamento dell'attività in questione poiché comportante l'uso di una risorsa pubblica scarsa qual è il suolo pubblico;

- si configura con ciò un rapporto tra l'ente locale e il privato il cui modello di riferimento, alla luce della sua qualificazione sostanziale, è quello concessorio “*atteso che è giustappunto una concessione di area pubblica il provvedimento iniziale che conforma il rapporto*”, potendo disciplinare il regolamento comunale anche “*le modalità per ottenere il provvedimento per l'installazione*” (art. 3, comma 3, d.lgs. n. 507 del 1993), confluendo nel quadro di tale rapporto, di conseguenza, la regolazione unitaria dei profili di tutela della sicurezza stradale e dei valori culturali.

Ciò posto, la plenaria sottolinea l'esigenza dell'affidamento di tale concessione con gara, dovendosi altrimenti ricorrere all'unico criterio alternativo dell'ordine cronologico di presentazione delle domande accoglibili, che è di certo meno idoneo ad assicurare l'interesse pubblico all'uso più efficiente del suolo pubblico e quello dei privati al confronto concorrenziale.

Il procedimento di gara non contrasta infatti con la libera espressione dell'attività imprenditoriale di cui si tratta, considerato, in linea generale, che la procedura ad evidenza pubblica è istituto tipico di garanzia della concorrenza nell'esercizio dell'attività economica privata incidente sull'uso di risorse pubbliche e che, in particolare, la concessione tramite gara dell'uso di beni pubblici per l'esercizio di attività economiche private è istituto previsto nell'ordinamento, essendo perciò fondata la qualificazione della gara come strumento per assicurare il principio costituzionale della libera iniziativa economica anche

nell'accesso al mercato degli spazi per la pubblicità (Cons. Stato, V, n. 529 del 2009, cit.; VI, 9 febbraio 2011 n. 894).

Quanto sopra è peraltro coerente con i principi comunitari, in particolare di non discriminazione, di parità di trattamento e di trasparenza; questo Consiglio ha infatti chiarito da tempo che, sul presupposto per cui con la concessione di un'area pubblica si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato (come è nella specie), si impone di conseguenza una procedura competitiva per il rilascio della concessione, necessaria per l'osservanza dei ricordati principi a presidio e tutela di quello, fondamentale, della piena concorrenza.

Cons. St., n. 4/2013 competenza territoriale in caso di atti connessi
V. sub plen. n. 17/2014

Cons. St., n. 3/2013 competenza territoriale in caso di atti connessi
V. sub plen. n. 17/2014

Cons. St., ad. plen. n. 1/2013 composizione della commissione di gara in caso di rinnovo della valutazione dell'offerta dopo un giudizio, nel metodo del confronto a coppie

Pronunciandosi in sede di ricorso per revocazione proposto nei confronti della decisione della plenaria n. 30/2012, la plenaria **10 gennaio 2013 n. 1** ha ribadito il principio che anche nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in caso di annullamento giurisdizionale dell'esclusione, l'offerta deve essere valutata dalla medesima commissione di gara. Ha precisato che tale principio si applica anche ove il metodo di valutazione sia quello del confronto a coppie, che è soltanto un peculiare metodo attuativo proprio del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (in virtù del quale, in particolare, ogni elemento qualitativo dell'offerta è oggetto di valutazione attraverso la determinazione di coefficienti all'interno di una tabella triangolare, nella quale le offerte di ogni concorrente sono confrontate a due a due e per ogni coppia di offerte ogni commissario indica l'elemento preferito, attribuendo un punteggio di 1, che esprime parità; 2, che esprime la preferenza minima; 3, per l'ipotesi di preferenza piccola; 4, che contraddistingue una preferenza media; 5, che individua una preferenza grande; 6, che indica la preferenza massima). Proprio la particolare caratteristica del confronto a coppie non osta in via di principio alla possibilità che un'offerta originariamente esclusa dalla valutazione possa essere poi effettivamente confrontata con le altre, stante la autonomia delle singole valutazioni a coppie.

La decisione è di perdurante attualità nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici. l'art. 77, c. 11, codice del 2016, ribadisce che in caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione. Viene

però eccettuato il caso in cui l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione⁷⁷, con ciò consolidato un orientamento della giurisprudenza.

Cons. St., ad. plen. n. 36/2012 competenza del RUP a condurre la verifica di anomalia delle offerte

Nelle gara d'appalto da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è legittima la verifica di anomalia dell'offerta eseguita, anziché dalla commissione aggiudicatrice, direttamente dal responsabile unico del procedimento avvalendosi degli uffici e organismi tecnici della stazione appaltante. Infatti, anche nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 121 del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, è attribuita al responsabile del procedimento facoltà di scegliere, a seconda delle specifiche esigenze di approfondimento richieste dalla verifica, se procedere personalmente ovvero affidare le relative valutazioni alla commissione aggiudicatrice⁷⁸.

⁷⁷ Cons. St., V, 5.3.2019 n. 1512.

⁷⁸ L'ordinanza di rimessione alla plenaria Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2012 n. 5270 ha rilevato esservi un contrasto di giurisprudenza sulla questione dell'ufficio competente a svolgere la verifica di anomalia delle offerte; due tesi si contendono il campo, quella secondo cui è competente il r.u.p., quella secondo cui è competente la commissione di gara.

Rileva, infatti, l'ordinanza di rimessione quanto segue.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la verifica in ordine dell'anomalia dell'offerta presentata dall'impresa partecipante alla gara d'appalto non rientra nella competenza del responsabile del procedimento, ma della commissione di gara, la quale non può limitarsi a prendere atto della relazione tecnica redatta dal detto responsabile, ma deve procedere ad una autonoma valutazione dell'offerta e degli specifici contenuti della stessa, in quanto, in forza di quanto previsto dall'art. 84 d.lgs. n. 163/2006, in siffatto tipo di gara tutte le operazioni a carattere valutativo (compresa l'attività di verifica delle eventuali anomalie dell'offerta) devono essere compiute dalla apposita commissione giudicatrice. Secondo tale orientamento, è illegittima la valutazione dell'anomalia delle offerte in una gara di appalto compiuta dal responsabile unico del procedimento invece che dalla commissione di gara, unica competente in tal senso, nel caso in cui non risulti, comunque, che la commissione abbia operato alcun proprio, diretto apprezzamento della relazione tecnica redatta dal responsabile del procedimento e degli specifici contenuti della stessa, in quanto, sebbene l'ufficio ed il responsabile del procedimento possono dare pareri tecnici, ragguagli o altri elementi utili alla valutazione delle offerte presentate in sede di gara, agli stessi non è invece rimesso il giudizio definitivo sulla congruità dell'offerta in presenza di un'apposita commissione di gara, non essendo sufficiente del resto neppure una mera presa d'atto dell'operato dell'ufficio o del responsabile del procedimento (v. Cons. St., sez. V, 10 settembre 2012 n. 4772; Id., sez. III, 15 luglio 2011 n. 4332; Id., VI, 15 luglio 2010 n. 4584, quest'ultima con specifico richiamo all'art. 88, co. 1-bis, e dunque tenendo conto della novella del 2009).

Secondo un contrario orientamento, il responsabile del procedimento nell'attuale sistema, alla luce di una combinata lettura degli artt. 86, 88 d.lgs. n. 163/2006 e 121 d.P.R. n. 107 del 2010, costituisce il "motore" del subprocedimento di valutazione di congruità delle offerte sospette di anomalia, sicché deve escludersi un vizio di incompetenza con riferimento all'attività da questi compiuta nella fase di valutazione della congruità dell'offerta (v. Cons. St., sez. III, 16 marzo 2012 n. 1467, di reiezione del motivo d'appello, con cui è stata dedotta l'incompetenza del responsabile del procedimento ad esprimere un giudizio definitivo sul carattere anomalo o meno delle offerte, sotto il profilo – assunto dall'appellante – che si trattava di attività di competenza della commissione giudicatrice).

La plenaria, con la decisione **29 novembre 2012 n. 36** (Pres. Coraggio – Est. Greco), ha ritenuto esservi la competenza del r.u.p. esprimendo il seguente principio di diritto: "*Nelle gara d'appalto da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è legittima la verifica di anomalia dell'offerta eseguita, anziché dalla commissione aggiudicatrice, direttamente dal responsabile unico del procedimento avvalendosi degli uffici e organismi tecnici della stazione appaltante. Infatti, anche nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 121 del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, è attribuita al responsabile del procedimento facoltà di scegliere, a seconda delle specifiche esigenze di approfondimento richieste dalla verifica, se procedere personalmente ovvero affidare le relative valutazioni alla commissione aggiudicatrice*".

In motivazione la plenaria osserva che l'art. 88, c. 1-bis, codice appalti, laddove prevede la possibilità che la verifica di anomalia sia demandata ad una specifica commissione, non si riferisce al solo criterio di aggiudicazione al prezzo

più basso, ma anche a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ritiene, invece, la plenaria, che dall'art. 121 regolamento n. 207/2010 si desumerebbe che vi sarebbe una disciplina diversificata per le due tipologie di procedure, essendo limitato il possibile ricorso alla speciale commissione di cui all'art. 88, c. 1-bis, in alternativa alle altre opzioni rimesse al r.u.p., alle sole gare da aggiudicare col criterio del prezzo più basso; mentre per quelle da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il legislatore, evidentemente per ragioni di economicità dell'azione amministrativa, ha ritenuto che, laddove il r.u.p. non ritenga di procedere direttamente alla verifica, debba sempre essere incaricata la commissione di cui all'art. 84 codice, ossia la commissione di gara.

Tale punto peraltro sembra non condivisibile atteso che l'art. 121, comma 10, regolamento, richiama, per l'offerta economicamente più vantaggiosa, i commi da 3 a 6 dello stesso art. 121, che prevedono la possibilità di costituire una speciale commissione.

La questione è stata pertanto rimessa in tali termini alla plenaria da Cons. St., sez. VI, ord. n. 761/2013, riportata oltre.

La plenaria fonda la tesi della competenza primaria del r.u.p. sul ruolo del r.u.p. quale vero e proprio "motore" della procedura selettiva, e osserva che tale soluzione non è necessariamente in contraddizione con il tradizionale insegnamento che, con riferimento alle gare da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individua in capo alla commissione una sorta di "monopolio" delle valutazioni tecniche.

Osserva la plenaria che lo stesso r.u.p. deve necessariamente possedere competenze adeguate in relazione ai compiti cui è deputato, fra i quali vi è indubbiamente anche il controllo dell'attività della commissione aggiudicatrice (e in determinati casi, come per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, deve essere egli stesso un tecnico).

Inoltre, è al r.u.p. che è affidata la gestione integrale della procedura di gara, svolgendo egli il fondamentale ruolo di fornire alla stazione appaltante ogni elemento informativo idoneo a una corretta e consapevole formazione della volontà contrattuale dell'Amministrazione committente; pertanto, nelle gare da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non v'è dubbio che spetti al r.u.p. in ogni caso il ruolo di "filtro" tra le valutazioni tecniche della commissione di cui all'art. 84 codice e le scelte della stazione appaltante.

Per converso, la commissione giudicatrice è come noto un organo straordinario, cui ai sensi dell'art. 84 codice appalti sono devolute le valutazioni sulle offerte sul presupposto che, in considerazione del peso preponderante che in questo tipo di gare è attribuito alle offerte tecniche, si ravvisa la necessità che le predette valutazioni siano compiute da soggetti in possesso di più specifiche cognizioni e competenze in relazione all'oggetto dell'appalto.

Non è però contestabile che la discrezionalità valutativa della commissione si espliciti in modo massimo nella fase di valutazione dell'offerta tecnica, laddove di regola l'attribuzione dei punteggi alle offerte economiche avviene sulla base di meccanismi matematici di tipo sostanzialmente automatico, con ovvio ridimensionamento dell'apporto ritraibile dalle competenze di cui è in possesso la commissione.

Soprattutto rileva che, allorché si apre la fase di verifica delle offerte anormalmente basse, la commissione giudicatrice ha ormai esaurito il proprio compito, essendosi in tale momento già proceduto alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, all'assegnazione dei relativi punteggi ed alla formazione della graduatoria provvisoria tra le offerte; una possibile riconvocazione della commissione, di regola, è ipotizzabile solo laddove in sede di controllo sulle attività compiute emergano errori o lacune tali da imporre una rinnovazione delle valutazioni. Pertanto, è del tutto fisiologico che sia il r.u.p., che in tale fase interviene ad esercitare la propria funzione di verifica e supervisione sull'operato della commissione, il titolare delle scelte, e se del caso delle valutazioni, in ordine alle offerte sospette di anomalia.

Inoltre, ben diverse sono le valutazioni da compiersi nell'ambito del subprocedimento di verifica di anomalia, rispetto a quelle compiute dalla commissione aggiudicatrice in sede di esame delle offerte.

Infatti, mentre alla stregua dell'art. 84 codice appalti la commissione è chiamata soprattutto a esprimere un giudizio sulla qualità dell'offerta, concentrando pertanto la propria attenzione soprattutto sugli elementi tecnici di essa, il giudizio di anomalia si concentra invece sull'offerta economica, e segnatamente su una o più voci di prezzo considerate non in linea con i valori di mercato o comunque con i prezzi ragionevolmente sostenibili; inoltre, mentre la valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti è compiuta dalla commissione su base comparativa, dovendo i punteggi essere attribuiti attraverso la ponderazione di ciascun elemento dell'offerta, al contrario il giudizio di congruità o non congruità di un'offerta economica è formulato in assoluto, avendo riguardo all'affidabilità dei prezzi praticati *ex se* considerati.

Naturalmente, è ben possibile che la verifica delle offerte a rischio di anomalia chiami in causa anche l'apprezzamento di elementi dell'offerta tecnica, e quindi richieda anch'essa il possesso di determinate cognizioni e competenze: ciò si ricava dalla disciplina dell'art. 87, codice appalti, laddove è previsto che le giustificazioni fornite dal concorrente possano riguardare anche "le soluzioni tecniche adottate" (c. 2, lett. b).

Per questo, il legislatore ha rimesso al r.u.p. ogni valutazione innanzi tutto in ordine al soggetto cui affidare la verifica, non escludendo che, a seconda dei casi, possa ritenere sufficienti e adeguate le competenze degli uffici e organismi

Tale decisione esprime un principio di perdurante attualità, consolidato dal nuovo codice e soprattutto dalle LG dell'ANAC.

Nella disciplina del codice del 2006, la verifica di anomalia veniva intestata alla stazione appaltante, ed era perciò ritenuta di competenza del responsabile del procedimento, che però poteva avvalersi di una commissione a supporto.

Anche il codice del 2016 prevede la competenza della “stazione appaltante” e pertanto è da ritenere che sia competente il RUP (art. 97, c. 1 e 5), che ha competenza residuale ogni qualvolta i compiti non siano intestati ad altri organi della stazione appaltante.

Da notare che il d.l. n. 32/2019 non sembra incidere sulla questione di quale organo sia competente a condurre la verifica di anomalia, posto che i c. 2 e 2-bis dell'art. 97, come novellati, sembrano prevedere la competenza alternativa del RUP e della commissione di gara solo con riferimento al calcolo della soglia di anomalia, ossia l'operazione matematica prodromica che serve a stabilire quali sono le offerte da sottoporre a verifica; sicché, una volta che sia stata individuata (a cura del RUP o della commissione di gara) la soglia di anomalia e dunque le offerte da sottoporre a verifica, resta aperta la questione di quale sia l'organo competente a condurre la verifica di anomalia.

In termini generali, l'art. 31, c. 7 codice prevede che nel caso di appalti di particolare complessità in relazione all'opera da realizzare ovvero alla specificità della fornitura o del servizio, che richiedano necessariamente valutazioni e competenze altamente specialistiche, il responsabile unico del procedimento propone alla stazione appaltante di conferire appositi incarichi a supporto dell'intera procedura o di parte di essa, da

della stazione appaltante, o invece concludere nel senso della necessità di un nuovo coinvolgimento della commissione giudicatrice anche per la fase *de qua*.

In definitiva, l'opzione interpretativa della competenza del r.u.p. risulta maggiormente in linea con la logica complessiva del sistema normativo *in subiecta materia*: è il giudizio sulla complessiva attendibilità dell'offerta economica meno agganciato a valutazioni di natura tecnico-scientifica e più direttamente connesso con scelte rimesse alla stazione appaltante, quale espressione di autonomia negoziale in ordine alla convenienza dell'offerta ed alla serietà e affidabilità del concorrente che dell'Amministrazione è destinato a divenire l'interlocutore contrattuale. La plenaria compie anche altre importanti affermazioni sulla natura e finalità del giudizio di verifica di anomalia.

Osserva che:

- a) il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di verifica di anomalia delle offerte è limitato ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più ampio margine di apprezzamento;
- b) la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, e non concentrarsi esclusivamente e in modo “*parcellizzato*” sulle singole voci di prezzo, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è accertare l'affidabilità dell'offerta nel suo complesso, e non delle sue singole componenti;
- c) il concorrente, al fine di illustrare la propria offerta e dimostrarne la congruità, è ammesso a fornire spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento dell'offerta, e quindi anche su voci non direttamente additate dalla stazione appaltante siccome incongrue, e dunque non è rigidamente limitato dalle specifiche voci indicate dalla stazione appaltante nella richiesta di giustificazioni, e può *sponte* fornire elementi informativi anche in ordine a qualsiasi altra voce o elemento costitutivo dell'offerta;
- d) se un concorrente non è in grado di dimostrare l'equilibrio complessivo della propria offerta attraverso il richiamo di voci ed elementi diversi da quelli individuati nella richiesta di giustificazioni, in via di principio ciò non può essere mai ascritto a responsabilità della stazione appaltante per erronea o inadeguata formulazione della richiesta di giustificazioni.

individuare sin dai primi atti di gara. Può inoltre essere prevista una struttura stabile a supporto del RUP ai sensi dell'art. 31, c. 9.

Pertanto è da ritenere che il RUP possa avere un organo di supporto per condurre la verifica di anomalia.

In tal senso le Linee guida dell'ANAC sul RUP n. 3/2016 affermano che nel bando di gara la stazione appaltante indica se, in caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, la verifica di congruità delle offerte è rimessa direttamente al RUP e se questi, in ragione della particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, debba o possa avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell'art. 31, c. 9, codice, o di commissione nominata *ad hoc*. Nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la verifica sulle offerte anormalmente basse è svolta dal RUP con il supporto della commissione nominata ex art. 77 codice.

Analogamente, secondo le Linee guida dell'ANAC sulle commissioni di gara, a queste ultime, pur avendo per legge il solo compito di valutare l'OEPV, potrebbero attribuirsi ulteriori compiti e segnatamente quello di valutare la congruità delle offerte tecniche in collaborazione con il RUP.

Nel vigore del codice del 2006 si era registrato un contrasto di giurisprudenza sul riparto di competenza tra RUP e commissione di gara, in ordine alla verifica di anomalia, sottoposto all'adunanza plenaria⁷⁹.

Anche secondo la prima giurisprudenza successiva al nuovo codice, posto che l'art. 31, oltre a indicare alcuni specifici compiti del RUP, delinea la sua competenza in termini residuali, e posto che tra i compiti espressamente attribuiti alla commissione giudicatrice di cui all'art. 77 non figura la verifica dell'anomalia dell'offerta, e avuto anche riguardo a quanto prevedono le LG ANAC n. 3/2016 in tema di compiti del RUP, se ne desume che:

- a) nel criterio del prezzo più basso la verifica di anomalia compete al RUP, se del caso con una struttura di supporto o una commissione nominata *ad hoc*;
- b) nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, la verifica di anomalia compete al RUP con il supporto della commissione giudicatrice.

In sostanza, per gli appalti in cui, per il criterio di selezione, la valutazione dell'offerta dal punto di vista tecnico si presenta più complessa, viene indicata la necessità di un "intervento" da parte della commissione esaminatrice che ha già esaminato l'offerta anche nelle sue componenti tecniche.

Il riferimento al "supporto" da parte della commissione esaminatrice nella valutazione di anomalia contenuto nelle LG ANAC palesa, quindi, l'esigenza che il RUP, prima di assumere le valutazioni definitive in ordine al giudizio di anomalia, chieda il parere non vincolante della commissione esaminatrice, con conseguente illegittimità del

⁷⁹ L'ordinanza di rimessione è Cons. St., VI, 12.10.2012 n. 5270, ord.

provvedimento di esclusione disposto dal RUP in piena autonomia senza consultare la commissione esaminatrice⁸⁰.

Cons. St., ad. plen., n. 34/2012 competenza territoriale in caso di atti connessi
V. sub plen. n. 17/2014

Cons. St., ad. plen., n. 33/2012 competenza territoriale in caso di atti connessi
V. sub plen. n. 17/2014

Cons. St., ad. plen., n. 31/2012 decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione e pubblicità delle sedute di gara nelle procedure negoziate e

1) Anche per le gare d'appalto indette in epoca anteriore all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva da parte dei concorrenti non aggiudicatari inizia a decorrere dal momento in cui essi hanno ricevuto la comunicazione di cui all'art. 79, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 163 del 2006, e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la stazione appaltante abbia concluso con esito positivo la verifica del possesso dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 11, comma 8, dello stesso decreto.

2) I principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici comportano che, qualora all'aggiudicazione debba procedersi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dei documenti in esse contenuti vadano effettuate in seduta pubblica anche laddove si tratti di procedure negoziate, con o senza previa predisposizione di bando di gara, e di affidamenti in economia nella forma del cottimo fiduciario, in relazione sia ai settori ordinari che ai settori speciali di rilevanza comunitaria⁸¹.

⁸⁰ Tar Campania – Napoli, VIII, 19.10.2017 n. 4884.

⁸¹ L'ordinanza della VI Sezione 8 maggio 2012 n. 2633 ha rimesso alla plenaria tre questioni in materia di gare di appalto.

Una prima questione attiene alla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione, se dalla sua comunicazione, ai sensi dell'art. 79, codice appalti, o dalla sua efficacia ai sensi dell'art. 11 codice appalti.

L'ordinanza di rimessione ricorda il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il termine per impugnare l'aggiudicazione, da parte dei non aggiudicatari, decorre dalla ricevuta comunicazione o piena conoscenza.

Secondo una diversa tesi, sostenuta nella sentenza del Tar oggetto di appello, il termine di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva non decorrerebbe da tale comunicazione, fatta ai sensi dell'art. 79, codice appalti, ma da quando l'aggiudicazione definitiva diviene efficace, con il controllo del possesso dei requisiti, ai sensi dell'art. 11, co. 8, codice appalti.

L'ordinanza di rimessione osserva che il quadro normativo, per come si presentava prima dell'entrata in vigore dell'art. 120, co. 5, cod. proc. amm., poteva prestarsi al dubbio esegetico che si rimette alla plenaria, in quanto:

- da un lato, l'art. 79, codice appalti, prevede la comunicazione individuale dell'aggiudicazione definitiva, il che induce a far ritenere che da tale comunicazione decorresse il termine di impugnazione;

- dall'altro lato, l'art. 11, co. 8, codice appalti, àncora l'efficacia dell'aggiudicazione ad un momento diverso e successivo rispetto alla comunicazione dell'aggiudicazione.

Sicché, effettivamente si poteva porre il dubbio se il termine di impugnazione decorresse dalla comunicazione o dall'inizio di efficacia.

Ad avviso dell'ordinanza di rimessione, la questione esegetica non ha ragione di porsi nel vigore del cod. proc. amm., atteso che l'art. 120, co. 5, cod. proc. amm., dispone espressamente che il termine di impugnazione decorre dalla comunicazione dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 79, codice appalti.

Tale previsione deve pertanto ritenersi prevalente sull'art. 11, co. 8, codice appalti.

Ad avviso dell'ordinanza di rimessione anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 120, co. 5, cod. proc. amm., si

doveva ritenere che il termine di impugnazione dell'aggiudicazione decorresse dalla comunicazione ai sensi dell'art. 79, codice appalti, e non dal momento di inizio dell'efficacia dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 11, co. 8, codice appalti.

A favore di tale soluzione militano molteplici considerazioni:

- in base alle norme processuali vigenti *ratione temporis*, (art. 21, l. Tar) il termine di impugnazione decorre dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza;
- l'art. 79, codice appalti, nel prevedere la comunicazione dell'aggiudicazione ai controinteressati, mira a individuare una data certa da cui decorre il termine di impugnazione;
- l'art. 11, co. 8, codice appalti, nel prevedere l'acquisto di efficacia dell'aggiudicazione dopo il controllo del possesso dei requisiti, lo fa al fine specifico di individuare un dies a quo di decorrenza del termine di stipulazione del contratto; ma di tale momento di inizio di efficacia non è data alcuna comunicazione ai non aggiudicatari;
- la lesività dell'aggiudicazione per i terzi discende pertanto dalla sua definitività, non anche dall'inizio di efficacia fissato al diverso fine della decorrenza del termine di stipulazione del contratto;
- l'apparente contraddittorietà tra l'art. 79 e l'art. 11, co. 8, codice appalti, va risolta nel senso che l'aggiudicazione definitiva è atto di per sé lesivo e immediatamente impugnabile, anche prima del controllo del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario;

- invero il termine di impugnazione non può che decorrere da una data certa e conoscibile, e certa e conoscibile è la data di comunicazione dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 79, codice appalti, e non la data di inizio di efficacia, ai sensi dell'art. 11, co. 8, codice appalti, data di cui non è prevista comunicazione alcuna ai terzi non aggiudicatari.

L'ordinanza di rimessione rinvia alla plenaria la questione dell'impugnazione immediata o differita del bando di gara, ricordando la tesi della plenaria n. 1/2003 e portando argomenti in contrario, negli stessi termini in cui la questione era stata rimessa alla plenaria (ma da questa non decisa), dall'ordinanza 18 gennaio 2011 n. 351.

Infine, l'ordinanza solleva la questione della pubblicità o meno delle sedute di gara anche nelle procedure negoziate nei settori speciali, ricordando che la plenaria n. 13/2011 sembra aver affermato in termini generali un principio di pubblicità delle sedute di gara, peraltro con riguardo ai settori ordinari.

L'ordinanza ricorda che la giurisprudenza si è sinora espressa in senso contrastante, con riguardo specifico ai settori speciali, ora nel senso della necessità della pubblicità delle sedute di gara [Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2008 n. 1856], ora nel senso della non necessità della pubblicità [Cons. St., sez. V, 19 settembre 2008 n. 4520].

Pertanto l'ordinanza chiede alla plenaria di chiarire se i principi espressi da Cons. St., ad. plen., 28 luglio 2011 n. 13 in tema di pubblicità delle sedute di gara si estendano o meno ai settori speciali, e, segnatamente, alle procedure negoziate, con e senza bando, nei settori speciali, nonché alle procedure negoziate, con e senza bando, nei settori ordinari, nonché agli affidamenti in economia, nei settori ordinari e speciali.

La plenaria, con la decisione 31 luglio 2012 n. 31 (Pres. Coraggio – Est. Greco), ha omesso di esaminare la questione relativa all'impugnazione immediata o differita del bando di gara, ritenendola non rilevante ai fini del decidere.

Sulle altre due questioni ha espresso i seguenti principi di diritto:

1) anche per le gare d'appalto indette in epoca anteriore all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva da parte dei concorrenti non aggiudicatari inizia a decorrere dal momento in cui essi hanno ricevuto la comunicazione di cui all'art. 79, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 163/2006, e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la stazione appaltante abbia concluso con esito positivo la verifica del possesso dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 11, co. 8, dello stesso decreto.

2) I principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici comportano che, qualora all'aggiudicazione debba procedersi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dei documenti in esse contenuti vadano effettuate in seduta pubblica anche laddove si tratti di procedure negoziate, con o senza previa predisposizione di bando di gara, e di affidamenti in economia nella forma del cottimo fiduciario, in relazione sia ai settori ordinari che ai settori speciali di rilevanza comunitaria.

Quanto in particolare al principio di diritto espresso in ordine alla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione, la plenaria osserva che l'art. 79 codice appalti andava interpretato, anche prima dell'entrata in vigore del cod. proc. amm., nel senso che oggetto di comunicazione è l'aggiudicazione definitiva, e non quella provvisoria, atteso che quest'ultimo è atto endoprocedimentale per il quale non vi è onere ma al più facoltà di immediata impugnazione.

Inoltre il termine di impugnazione decorre dalla comunicazione ex art. 79 dell'aggiudicazione, e non da quando essa diviene efficace ex art. 11, codice appalti.

Infatti l'aggiudicazione definitiva fa sorgere per l'aggiudicatario l'aspettativa alla stipulazione del contratto e determina per gli altri concorrenti una lesione immediata.

L'opposto avviso, che ricollegli la lesività delle determinazioni della stazione appaltante, anche per i concorrenti non aggiudicatari, solo all'esito positivo della verifica dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario, porterebbe all'assurda conseguenza di attribuire all'aggiudicazione definitiva una diversa valenza provvedimentale (e una diversa attitudine

lesiva) a seconda che la verifica suindicata sia condotta dopo la conclusione della gara, secondo il modello dell'art. 11, c. 8, e dell'art. 48, c. 2, d.lgs. n. 163/2006, ovvero – come pure può accadere – sia stata già effettuata in un momento anteriore, essendo stata l'impresa poi risultata aggiudicataria sorteggiata fra i concorrenti da sottoporre a verifica “a campione” ai sensi del primo comma del medesimo art. 48; nel primo caso, l'impugnabilità dell'aggiudicazione definitiva sarebbe differita all'esito della verifica, mentre nel secondo caso sarebbe immediata.

Con riferimento alla seconda questione la plenaria ha affermato che al principio di pubblicità delle gare va assicurata la massima latitudine applicativa, sia pure con alcune precisazioni.

Quanto ai settori speciali, la plenaria osserva l'art. 206, d.lgs. n. 163/2006, nell'elencare le norme del codice dei contratti pubblici dettate per i settori ordinari che sono applicabili anche alle procedure relative ai settori speciali, opera tra l'altro un richiamo generalizzato alla parte I dello stesso decreto, rendendo quindi *de plano* applicabili i principi generali indicati all'art. 2, fra i quali vi è appunto quello di pubblicità.

Quanto alle procedure negoziate e agli affidamenti in economia, i possibili dubbi interpretativi (testimoniati da una ondivaga e contraddittoria giurisprudenza) dipendono, da un lato, dalla maggiore speditezza e flessibilità che connota la *ratio* stessa della previsione di siffatte procedure, e per altro verso dal fatto che il citato art. 2, al co. 1, nell'individuare il principio di pubblicità tra i principi che le stazioni appaltanti sono tenute a rispettare aggiunge che tale rispetto deve essere assicurato “con le modalità indicate dal presente codice”: precisazione dalla quale è legittimo inferire che il principio *de quo* è suscettibile di essere diversamente declinato, e quindi di subire deroghe o attenuazioni, in ragione del perseguimento di altri interessi e valori aventi almeno pari rilevanza e dignità (è precisamente questa, ad esempio, la *ratio* per la quale pacificamente si reputa legittimo, nelle procedure da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che l'esame e la valutazione delle offerte tecniche avvenga in seduta riservata).

Malgrado ciò, non può obliterarsi che il principio in esame, con le sue puntuali applicazioni, costituisce a sua volta corollario del più generale principio di trasparenza direttamente ricollegabile alle esigenze di tutela della concorrenza e di corretto funzionamento del mercato che costituiscono la base stessa della disciplina comunitaria *in subiecta materia*; ciò è evidente, nella direttiva 2004/18/CE, non solo nella previsione generalissima contenuta all'art. 3 (“*Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza*”), ma anche già dal suo secondo *considerando*, laddove si afferma: “*L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza*”.

Alla luce dei rilievi che precedono, non può negarsi che le esigenze di informazione dei partecipanti alla gara a tutela dei ricordati principi di trasparenza e *par condicio*, richiamate nella decisione n. 13 del 2011 della plenaria a sostegno della necessità che l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche avvenga in seduta pubblica, si pongano in termini sostanzialmente identici anche in relazione alle procedure negoziate, pur nel rispetto delle peculiarità riconosciute a queste ultime dal legislatore in piena coerenza col complesso dei principi appena richiamati.

Più specificamente, la necessità che si svolga pubblicamente la fase procedimentale consistente nell'accertamento di quali e quante siano le offerte da esaminare, nonché nella verifica dello “*stato di consistenza*” di esse (e, cioè, di quali e quanti siano i documenti prodotti e allegati da ciascun concorrente ammesso alla procedura) si pone in tutti i casi in cui, per effetto di disposizioni di legge o della *lex specialis* ove esistente, risulti in qualche modo “*procedimentalizzata*” la fase dell'acquisizione delle offerte tecniche delle imprese interessate, con l'indicazione di prescrizioni sui tempi e le modalità di presentazione delle stesse e sui loro contenuti.

Così, nell'ipotesi di cui all'art. 56 (procedure negoziate previa pubblicazione di bando di gara) sarà evidentemente la stessa *lex specialis* a disciplinare le materie suindicate, mentre nel caso di cui all'art. 57 (procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara) è la stessa norma, al co. 6, a introdurre la “*procedimentalizzazione*” della fase *de qua*, laddove dispone che: “*...Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta*”.

Esigenze non diverse si pongono in relazione agli affidamenti in economia disciplinati dall'art. 125 del codice appalti, e segnatamente al cottimo fiduciario, che viene espressamente definito come una “*procedura negoziata*” (co. 4) e per il quale è esplicitato l'assoggettamento delle relative procedure ai principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento (co. 8 e 11).

In tutti questi casi, la necessità di assicurare il controllo sul rispetto da parte della stazione appaltante delle regole che la stessa è tenuta a rispettare, *ex lege* o sulla scorta delle sue stesse pregresse determinazioni, comporta che la fase dell'accesso delle offerte e dei documenti connessi nella disponibilità dell'amministrazione, in vista delle successive valutazioni tecniche ed economiche, debba sempre svolgersi pubblicamente.

Resta pacifico, in ogni caso, che nelle ipotesi testé richiamate l'obbligo di seduta pubblica va rigorosamente circoscritto alla suindicata fase di verifica preliminare alla valutazione delle offerte, restandone esclusa la successiva

La prima massima è di perdurante attualità nel vigore del codice del 2016 (v. Cons St., V, 24.7.2019 n. 5234).

La seconda massima richiama la plenaria n. 13/2011, anche essa di perdurante attualità. V. sub plenarie n. 8/2013 e n. 16/2013.

Cons. St., ad. plen., n. 30/2012 le modalità di rinnovo della gara a seguito del suo annullamento giurisdizionale

Nella gara per l'affidamento di contratti pubblici l'interesse fatto valere dal ricorrente che impugna la sua esclusione è volto a concorrere per l'aggiudicazione nella stessa gara; pertanto, anche nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in presenza del giudicato di annullamento dell'esclusione stessa sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura.

Trattasi di decisione di perdurante attualità nel vigore del codice del 2016, che ribadisce il principio del rinnovo della gara ad opera della medesima commissione.

L'ordinanza della VI sezione 2 maggio 2012 n. 2515 ha rimesso alla plenaria una questione in ordine alle modalità del rinnovo della gara di appalto a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione o di un'esclusione di un concorrente.

L'ordinanza di rimessione ricorda che secondo la giurisprudenza finora pronunciata, in linea di principio, nelle ipotesi in cui l'azione amministrativa si articola in diversi segmenti procedimentali, ciascuno connotato dall'emanazione di veri e propri provvedimenti (come ad esempio le esclusioni, nel caso delle procedure di affidamento di appalti pubblici), il vincolo derivante dalla statuizione di annullamento consiste nella riedizione della sola fase procedurale colpita dal *dictum* di illegittimità, fatto, comunque, salvo il potere di annullamento d'ufficio dell'intera procedura, e quindi nella ripetizione delle operazioni di gara affette dal vizio riscontrato in sede giudiziaria (Cons. St., sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 692).

Tuttavia occorre tener conto dell'esigenza di segretezza degli autori delle offerte fino a che queste non sono state valutate, onde stabilire se sia possibile rinnovare la sola valutazione delle offerte medesime, dopo che esse sono state conosciute dalla commissione, nel corso del procedimento poi annullato in sede giurisdizionale.

In giurisprudenza è stato specificamente affrontato il caso di annullamento della gara per illegittima esclusione di un concorrente.

fase di negoziazione, per la quale il legislatore ha stabilito che il rispetto del principio di trasparenza vada garantito con diverse modalità: ad esempio, assicurando la non discriminazione e la parità di trattamento fra gli offerenti coinvolti in tale fase (art. 56, co. 2) ovvero rispettando principi di concorrenza e rotazione nella scelta dei propri interlocutori (art. 57, co. 6, primo periodo).

Del pari pacifico, per quanto si è più sopra rilevato, è che gli evocati principi sono destinati a trovare applicazione, nei limiti tracciati e con le precisazioni fatte, con riguardo sia ai settori ordinari che a quelli speciali.

La soluzione dipende dal criterio di aggiudicazione.

Nel caso di criterio del prezzo più basso, dovendo la commissione di gara svolgere solo valutazioni di ordine aritmetico, la avvenuta conoscenza degli autori delle offerte non impedirebbe, in sede di rinnovo della procedura di gara, di partire dall'ultimo atto annullato, anziché rinnovare l'intero procedimento; pertanto sarebbe possibile mantenere ferma la fase di presentazione delle offerte e rinnovare solo la fase di esame comparativo delle offerte (Cons. St., sez. V, 9 giugno 2008, n. 2843; Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5372).

Invece, nel caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dove la commissione deve compiere valutazioni discrezionali, una volta annullata l'aggiudicazione, posto che gli autori delle offerte sono già conosciuti, e ciò potrebbe influire sulle valutazioni della commissione, occorrerebbe rinnovare l'intera procedura a partire dalla fase di presentazione delle offerte medesime (Cons. St., sez. V, 11 maggio 2006 n. 2612).

Più di recente sono state ulteriormente precisate le ragioni a fondamento di tale orientamento, osservandosi che l'annullamento del provvedimento di esclusione di un concorrente intervenuto dopo la fase integrale presa di cognizione e valutazione delle offerte tecniche ed economiche degli altri offerenti implica la necessità di una rinnovazione della gara sin dalla fase della presentazione delle offerte, a tutela della *par condicio* dei concorrenti e dell'imparzialità ed obbiettività del giudizio della commissione, potendo invero la conoscenza del prezzo influenzare i componenti della commissione stessa nella formazione dei giudizi, improntati a discrezionalità, sulla qualità delle offerte tecniche, nonché a garanzia dell'esigenza di contestualità del giudizio comparativo, attesa la possibilità - pure astratta - che la ditta riammessa abbia a modificare la propria offerta una volta presa cognizione di quelle avversarie (Cons. St., sez. V, 25 ottobre 2010, n. 8230).

Connessa con la problematica del rinnovo delle operazioni di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di un concorrente, è quella della possibilità di ricostituzione della precedente commissione, ovvero di nomina di una nuova commissione.

Secondo l'ordinanza di rimessione, non si dovrebbe consentire che, in caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ad offerte già valutate e conosciute, si proceda solo alla valutazione dell'offerta originariamente esclusa, mettendola a confronto con offerte già note. E, tanto indipendentemente dal minore o maggior peso dell'offerta tecnica rispetto a quella economica, e dal metodo di valutazione dell'offerta tecnica (che è sempre un metodo discrezionale), e dalla sussistenza o meno in concreto di vizi della nuova valutazione. In siffatta evenienza, infatti, i principi di trasparenza, imparzialità, *par condicio*, sembrerebbero minati in radice e per presunzione assoluta, se la stessa commissione che ha già valutato e conosciuto alcune offerte, debba valutare quella esclusa confrontandola, sulla base di criteri discrezionali, con le offerte già note.

Pertanto l'ordinanza di rimessione in linea di principio ritiene che non è del tutto appagante la tesi che impone il rinnovo delle operazioni di gara a partire dalla presentazione delle offerte. Si tratta di una soluzione che allunga a dismisura i tempi dell'azione amministrativa e che non garantisce *par condicio* e trasparenza, perché i concorrenti riammessi a ripresentare l'offerta, lo fanno dopo aver conosciuto le offerte altrui.

Nel tentativo di una ragionevole mediazione tra i principi di conservazione, segretezza, trasparenza e imparzialità, si potrebbe anche prospettare una soluzione unica a prescindere dal tipo di atto annullato (aggiudicazione, esclusione) e che consenta, anche quando le offerte sono state già valutate e conosciute, e anche quando il criterio di valutazione è discrezionale, di non ripetere la procedura dalla fase di presentazione delle offerte, ma dalla fase di loro valutazione, e sempre che il vizio non riguardi il bando di gara o i criteri di valutazione delle offerte predeterminati.

Si potrebbe infatti ipotizzare che, anche nel caso di criteri di aggiudicazione non automatici, si possa rinnovare la sola fase di valutazione delle offerte, ma previa richiusura delle buste contenenti le offerte, e con una commissione di gara in diversa composizione.

In tal modo si garantirebbe meglio l'effettività della tutela giurisdizionale, che sarebbe frustrata se il ricorrente vittorioso dovesse presentare una nuova offerta, anziché ottenere la rivalutazione di quella già presentata, nonché la stessa *par condicio* dei concorrenti.

La plenaria, con la decisione **26 luglio 2012 n. 30** (Pres. Coraggio – Est. Leoni), ha disatteso la prospettazione dell'ordinanza di rimessione nonché la tesi del rinnovo dell'intera gara in caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, enunciando il seguente principio di diritto:

“Nella gara per l'affidamento di contratti pubblici l'interesse fatto valere dal ricorrente che impugna la sua esclusione è volto a concorrere per l'aggiudicazione nella stessa gara; pertanto, anche nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in presenza del giudicato di annullamento dell'esclusione stessa sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura”.

Nella motivazione, la plenaria afferma che i principi di continuità e segretezza delle gare devono essere contemperati con il più generale principio di conservazione degli atti giuridici, enunciato sia nel diritto civile (art. 1419 c.c.) che in quello amministrativo (art. 21- *octies*, l. n. 241/1990) e con il principio di economicità e efficienza dell'azione amministrativa (art. 1, l. n. 241/1990 e art. 2, codice appalti), di cui è espressione la regola di ragionevole speditezza dei procedimenti, contemplata dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La plenaria ritiene che i principi già espressi dalla giurisprudenza in ordine al rinnovo parziale della gara quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso,

debbano estendersi anche al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Impongono tale soluzione, da una parte la rilevanza determinante della situazione soggettiva azionata, rilevanza insita nel carattere soggettivo del giudizio amministrativo, ribadito con forza dalla sentenza dell'adunanza plenaria n. 4/2011 (relativa al rapporto fra ricorrente principale e ricorso incidentale), dall'altra, il principio di effettività della relativa tutela.

Invero, non vi è dubbio che la pretesa fatta valere dal ricorrente sia quella di concorrere nella gara cui ha chiesto di partecipare per ottenere la relativa aggiudicazione; ed è altrettanto evidente che tale pretesa non può che essere soddisfatta dalla valutazione della sua originaria offerta in comparazione con le altre coevamente presentate.

Affermare dunque che, viceversa, dopo il giudicato favorevole debba aprirsi una fase di presentazione di nuove offerte sia da parte sua sia da parte degli altri concorrenti, significa mutare l'interesse finale riconosciutogli in sede giurisdizionale in un evanescente interesse strumentale (così l'adunanza plenaria citata) alla partecipazione ad una gara sostanzialmente nuova. Il che non appare all'evidenza aderente al reale portata della pronuncia da lui ottenuta.

Con tale forte posizione giuridica non appare comparabile il mero rischio della lesione di altri interessi vuoi pubblici vuoi di terzi, pure rilevanti nel giudizio amministrativo.

Ciò vale in particolare per la prospettata alterazione della *par condicio* dei concorrenti.

Invero, detta valutazione interviene allorché i giudizi sulle altre offerte sono ormai del tutto definiti. Essa si inserisce, perciò, in un quadro complessivo nel quale emergono con compiutezza, unitamente ai criteri di valutazione stabiliti dalla *lex specialis* ed alle ulteriori specificazioni eventualmente determinate dalla commissione (nei limiti consentiti dall'art. 83 codice appalti), anche le linee concretamente seguite da quest'ultima nella loro applicazione. Opera in tal modo, una fitta rete di riferimenti che, da un lato, consentono di assicurare l'omogeneità della valutazione postuma da parte della stazione appaltante della offerta illegittimamente pretermessa e d'altro lato, in caso di impugnazione, rendono particolarmente stringente il sindacato giurisdizionale di legittimità circa l'effettivo rispetto di tale omogeneità di giudizio e quindi, in definitiva, della *par condicio* del soggetto precedentemente escluso rispetto agli altri concorrenti già valutati.

D'altro canto la riapertura della fase di presentazione delle offerte comporta essa stessa un'alterazione del canone della concorrenza, perché le nuove proposte sarebbero formulate da concorrenti che sono a conoscenza o che possono aver conosciuto almeno nei tratti essenziali le originarie offerte degli altri partecipanti alla gara, giusta i meccanismi di pubblicizzazione previsti, ora, dall'art. 120, d.P.R. n. 207/2010 e, in passato, dall'art. 91 d.P.R. n. 554/1999 e sui quali si è esercitata copiosa giurisprudenza. Sussiste quindi in tale situazione il ben fondato rischio che le nuove proposte siano il frutto non di scelte di carattere meramente imprenditoriale, come le regole del mercato vogliono, ma anche di raffronti con le altre precedenti offerte e che, pertanto, siano volte

all'ottenimento dell'aggiudicazione anche a scapito del loro complessivo equilibrio economico. Non per nulla presumibilmente anche per evitare tale pericolo, nell'ordinario svolgimento delle procedure vige la disposizione dell'art. 13 codice appalti, secondo cui è fatto divieto di accesso alle offerte fino all'approvazione dell'aggiudicazione.

Quanto infine alla soluzione "mediana" suggerita dalla ordinanza di remissione, secondo cui la rinnovazione degli atti potrebbe consistere nella mera chiusura delle buste con le originarie offerte e nel loro successivo esame da parte di una commissione di gara in diversa composizione, l'adunanza non ritiene di potervi aderire.

Una tale soluzione urta anzitutto contro il disposto dell'art. 84, c. 12, codice appalti per il quale, come è noto, per il rinnovo delle procedure di gara "...è riconvocata la medesima commissione".

Detta soluzione, inoltre, non appare neppure idonea a porre rimedio al venir meno della segretezza delle offerte, atteso che il contenuto essenziale di queste e financo le relative valutazioni sono ormai resi noti nella ricordata fase di pubblicizzazione prescritta dalle norme regolamentari e riportati poi in verbale, onde per tale via essi sarebbero o potrebbero essere agevolmente conosciuti dalla nuova commissione.

Cons. St., ad. plen., n. 27/2012 portata costitutiva o meno della verifica triennale dell'attestazione SOA

1) La proroga a cinque anni dell'efficacia delle attestazioni SOA disposta dall'art. 7, co. 1, della legge 1° agosto 2002, n. 166 e dall'art. 1 del d.P.R. 10 marzo 2004, n. 93, è subordinata alla richiesta di verifica triennale ed al suo positivo esito.

2) L'impresa che abbia richiesto in termini la verifica triennale del proprio attestato SOA può partecipare alle gare indette dopo il triennio anche se la verifica sia compiuta successivamente, fermo restando che l'efficacia dell'aggiudicazione è subordinata, ai sensi dell'art. 11, co. 8, del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163, all'esito positivo della verifica stessa. Viceversa l'impresa che abbia presentato la richiesta fuori termine può partecipare alle gare soltanto dopo la data di positiva effettuazione della verifica".

La prima massima riguarda una disciplina anteriore al codice del 2006 e non è più attuale.

La seconda massima riguarda anche la disciplina della attestazione SOA nel codice del 2006 ed è di perdurante attualità nel vigore del codice del 2016, applicandosi ancora transitoriamente la disciplina della qualificazione SOA anteriore, fino all'entrata in vigore del regolamento "unico" che disciplinerà anche la qualificazione per gli appalti di lavori.

L'ordinanza della sez. VI 14 febbraio 2012 n. 2025 aveva rimesso alla plenaria una questione, su cui c'era contrasto di giurisprudenza, inerente alla revisione triennale delle attestazioni SOA nella disciplina anteriore al codice appalti; a sua volta tale disciplina anteriore prevedeva norme a regime e norme transitorie; il quesito riguarda, per il caso di specie, il regime transitorio, ma è stato esteso alla disciplina a regime. Si chiede alla plenaria se la revisione triennale abbia valenza costitutiva, con l'effetto che il titolare di

attestazione SOA per la quale è decorso il triennio senza revisione va considerato titolare di attestazione SOA scaduta, e dunque non possa partecipare alle gare di appalto, o non abbia tale valenza costitutiva, con la conseguenza che soltanto se il controllo viene effettuato d'ufficio o comunque richiesto il suo esito negativo incide sull'efficacia.

Il quesito era il seguente: a) se il sistema a regime previsto dagli artt. 15 (in particolare co. 5) e 15-*bis* (in particolare co. 1 e 5), d.P.R. n. 34/2000, nella versione modificata dal d.P.R. n. 93/2004, nello stabilire la durata quinquennale dell'attestazione soa, attribuisca alla verifica triennale valenza costitutiva, con la conseguenza che se la stessa non viene chiesta l'attestazione perde efficacia, ovvero valenza non costitutiva, con la conseguenza che soltanto se il controllo viene effettuato d'ufficio o comunque richiesto il suo esito negativo incide sull'efficacia; b) se il sistema transitorio previsto dall'art. 15, co. 5, secondo periodo, del d.P.R. n. 34/2000, nel prevedere la proroga sino a cinque anni della durata delle attestazioni già rilasciate, imponga anch'esso una verifica triennale e, se la risposta è positiva, se tale verifica debba avere valenza costitutiva o non costitutiva nel senso sopra indicato.

La plenaria 18 luglio 2012 n. 27 si è pronunciata sia sulla disciplina transitoria che su quella a regime enunciando i due seguenti principi di diritto:

“La proroga a cinque anni dell'efficacia delle attestazioni SOA disposta dall'art. 7, co. 1, della legge 1° agosto 2002, n. 166 e dall'art. 1 del d.P.R. 10 marzo 2004, n. 93, è subordinata alla richiesta di verifica triennale ed al suo positivo esito.

L'impresa che abbia richiesto in termini la verifica triennale del proprio attestato SOA può partecipare alle gare indette dopo il triennio anche se la verifica sia compiuta successivamente, fermo restando che l'efficacia dell'aggiudicazione è subordinata, ai sensi dell'art. 11, co. 8, del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163, all'esito positivo della verifica stessa. Viceversa l'impresa che abbia presentato la richiesta fuori termine può partecipare alle gare soltanto dopo la data di positiva effettuazione della verifica”.

Il secondo principio di diritto è stato esteso anche alla disciplina del codice appalti e relativo regolamento, e argomentato come segue.

Non vi è ragione di penalizzare l'impresa che pure ha adempiuto all'onere di provvedere alla presentazione in termini della domanda di verifica: l'impresa verrebbe così esclusa pur in mancanza del dichiarato esito negativo della verifica, in contrasto con il principio del favore verso la più ampia partecipazione alle gare.

L'impresa perciò, esibita alla stazione appaltante, insieme con la domanda di partecipazione alla gara, quella proposta in termini per la verifica, potrà concorrere nella procedura di affidamento.

Peraltro la legittimazione alla partecipazione alla gara è cosa diversa dalla legittimazione all'aggiudicazione.

A quest'ultimo fine, infatti, rimane indispensabile il possesso effettivo della qualificazione, e pertanto fra i titoli da presentare, ai sensi dell'art. 11, co. 8 del d.lgs. n. 163/2006, perché l'aggiudicazione sia efficace rientra anche l'attestazione dell'esito positivo della verifica.

Ciò non risulta incoerente con il principio consolidato in giurisprudenza della sussistenza dei requisiti lungo la procedura di gara e fino alla sua conclusione poiché la loro verifica positiva, in quanto richiesta entro la scadenza del triennio, decorre appunto da tale scadenza.

Quanto all'impresa che abbia chiesto la verifica fuori termine, non vi è alcuna preclusione a chiederla successivamente, non essendo previste nella normativa sanzioni né decadenze per tale comportamento. Tuttavia, come correttamente previsto nella Determinazione n. 6 del 2004 dell'Autorità di vigilanza nonché nella sentenza Sez. V, n. 6506 del 2010 cit., l'impresa non può partecipare alle gare nel periodo intercorrente tra tale scadenza e la data della verifica con esito positivo.

Queste conclusioni vengono estese dalla plenaria alla normativa del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione e attuazione del codice dei contratti pubblici), ritenuta sostanzialmente ricognitiva della evoluzione della disciplina precedente, pur con qualche modificazione (articoli 76 e 77).

Sancito l'obbligo per l'impresa di sottoporsi alla verifica triennale in data non antecedente a novanta giorni prima della scadenza del triennio stipulando apposito contratto con la SOA che deve eseguire la verifica nei quarantacinque giorni successivi (con termini perciò diversi dai precedenti), è stata in particolare codificata la disciplina del caso della richiesta tardiva, prevedendo che "Qualora l'impresa si sottoponga a verifica dopo la scadenza del triennio di validità dell'attestazione, la stessa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio sino alla data di effettuazione della verifica con esito positivo" (art. 77, co. 1).

Ciò, fra l'altro, fa dedurre, *a contrario*, che l'impresa possa partecipare alle gare nel diverso caso della richiesta in termini secondo la disciplina esposta più sopra, e, di conseguenza, che l'ulteriore previsione, quasi identica alla precedente, per cui l'efficacia della verifica positiva decorre dalla data di scadenza del triennio di validità dell'attestazione ma l'efficacia di quella compiuta dopo tale scadenza decorre dalla data di adozione della verifica (art. 77, co. 7, secondo periodo), sia da interpretare nel senso che tale ritardata efficacia si colleghi al presupposto della richiesta di verifica presentata fuori termine.

In ultima analisi l'esame combinato dei co. 1 e 7 dell'art. 77 avvalorava la conclusione che distingue il regime applicabile in base alla tempestività, o meno, della richiesta di verifica triennale. Nel caso in cui la richiesta venga formulata dopo che sia spirato il termine triennale di efficacia della verifica, viene meno la possibilità di saldare, sul piano temporale e concettuale, la vigenza originaria dell'attestazione rispetto alla scansione della procedura di verifica, con la conseguenza che, ai sensi del co. 7, la verifica positiva opererà *ex nunc* mentre nelle more, in forza del co. 1, scatterà il divieto di partecipazione. A tale regime fa eccezione il caso della richiesta tempestiva che, in una logica di incentivazione di comportamenti virtuosi, consente l'ultravigenza dell'attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura e, in caso di esito positivo, la saldatura del relativo esito con la scadenza del triennio. Una diversa interpretazione, che impedisse

L'ammissione alla procedura di gara anche in caso di presentazione di domanda tempestiva di verifica, oltre a sortire l'effetto irragionevole di sanzionare l'impresa diligente che confidi nella tempestiva evasione della procedura da parte della SOA, condurrebbe ad una *interpretatio abrogans* del co. 1 dell'art. 77, che, solo con riguardo alla richiesta tardiva, ha sancito l'effetto preclusivo di cui si è detto.

Va soggiunto che l'interesse pubblico ad evitare l'affidamento in favore di imprese che non diano adeguate garanzie di affidabilità è perseguito, in modo più equilibrato e pienamente efficiente, nel rispetto del *favor participationis* piuttosto che con la drastica esclusione di imprese che abbiano in corso una procedura tempestivamente attivata, con la subordinazione dell'eventuale aggiudicazione all'esito positivo della verifica. Infine, la caratterizzazione retroattiva della verifica richiesta per tempo consente di ritenere la procedura adeguata al principio generale che impone il possesso dei requisiti di ammissione a partire dall'atto della presentazione delle domande di partecipazione.

Cons. St., ad. plen., n. 22/2012 e n. 26/2012 la specificazione delle parti del servizio da parte delle a.t.i. orizzontali e verticali negli appalti di servizi

Sia nelle ati orizzontali che verticali è necessario specificare le parti di prestazione di ciascun associato; l'obbligo di specificazione deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini schiettamente descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione quantitativa, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle rammentate finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta ed a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate⁸².

⁸² L'ordinanza della VI Sezione 31 gennaio 2012 n. 1227 aveva rimesso alla plenaria un contrasto esegetico in ordine all'art. 11, co. 2, d.lgs. n. 157/1995, secondo cui negli appalti di servizi, in caso di a.t.i., "l'offerta congiunta deve essere sottoscritta da tutte le imprese raggruppate e deve specificare le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese si conformeranno alla disciplina prevista nel presente articolo".

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, la previsione in commento non contiene alcuna distinzione tra a.t.i. orizzontali e verticali, al fine dell'obbligo di specificare le parti di servizio che saranno eseguite da ciascuna impresa.

Secondo un contrario orientamento, l'art. 11, co. 2, d.lgs. n. 157/1995, andrebbe riferito solo alle a.t.i. verticali e non anche a quelle orizzontali.

L'ordinanza di rimessione mostra adesione alla prima soluzione, osservando che la disposizione in commento non contiene alcuna distinzione tra a.t.i. orizzontali e verticali, al fine dell'obbligo di specificare le parti di servizio che saranno eseguite da ciascuna impresa.

In termini analoghi dispone la disciplina del codice del 2006, che dopo aver operato la distinzione tra a.t.i. orizzontale e verticale, per i servizi (art. 37, c. 2, codice appalti), dispone che "nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti" (art. 37, co. 4, codice appalti), e aggiunge che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento (art. 37, co. 13, codice appalti).

Da tale gruppo di disposizioni si desume che quale che sia il settore dell'appalto (lavori, servizi, forniture), l'a.t.i. offerente deve indicare sia le quote di partecipazione all'a.t.i. di ciascun componente, sia le quote di esecuzione dell'appalto, e vi deve essere corrispondenza tra quota di partecipazione all'a.t.i. e quota di esecuzione dell'appalto.

Dal punto di vista sostanziale la necessità di indicare nell'offerta le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese risponde alle seguenti esigenze pubbliche:

-
- a) conoscenza preventiva, da parte della stazione appaltante, di chi sarà il soggetto che esegue il servizio e la parte specifica del servizio ripartito e svolto dalle singole imprese al fine di rendere più spedita l'esecuzione del rapporto individuando il responsabile;
- b) agevole verifica, da parte del responsabile del procedimento, della competenza tecnica dell'esecutore comparata con la documentazione prodotta in sede di gara;
- c) rendere effettiva la composizione del raggruppamento e rispondente alle esigenze di unire insieme capacità tecniche e finanziarie integrative e complementari e non a coprire la partecipazione di imprese non qualificate, aggirando così le norme di ammissione stabilite dal bando.

La questione è stata decisa nel senso della necessità di specificazione delle parti di servizio in tutte le a.t.i., da parte di Cons. St., ad. plen., **13 giugno 2012 n. 22** (Pres. Giovannini – Est. Lageder).

Ha osservato la plenaria che a favore di tale tesi milita, anzitutto, l'argomento letterale che la disposizione in esame non contiene alcuna distinzione tra a.t.i. orizzontali e verticali, al fine dell'obbligo di specificare le «parti» di servizio che saranno eseguite da ciascuna impresa, talché tale obbligo deve ritenersi operante per entrambe le forme di raggruppamenti di imprese (peraltro, la disposizione normativa, non distinguendo tra imprese già raggruppate o imprese che dichiarano di volersi riunire, è applicabile sia alle a.t.i. già costituite, sia alle a.t.i. costituende; del resto, la questione non è controversa tra le parti).

Il dato letterale è inoltre suffragato da una serie di argomenti di natura sistematica e teleologica, tenuto conto del contesto normativo, della *ratio legis* e delle finalità perseguite dalla norma:

- a) la previsione sull'obbligo di indicare in sede di presentazione dell'offerta le «parti» di servizio imputate a ciascun operatore raggruppato, in primo luogo persegue la finalità di consentire alla stazione appaltante l'accertamento dell'impegno e dell'idoneità delle imprese, indicate quali esecutrici delle prestazioni di servizio in caso di aggiudicazione, a svolgere effettivamente le «parti» di servizio indicate, in particolare consentendo la verifica della coerenza dell'offerta con i requisiti di qualificazione, e dunque della serietà e dell'affidabilità dell'offerta. L'offerta contrattuale, che non contiene la specificazione delle «parti» di servizio che saranno eseguite dalle singole imprese associate o associate, deve infatti ritenersi parziale e incompleta, non permettendo di ben individuare l'esecutore di una determinata prestazione nell'ambito dell'a.t.i., e rimanendo dunque indeterminato il profilo soggettivo della prestazione offerta. Poiché l'aggregazione economica di potenzialità organizzative e produttive per la prestazione oggetto dell'appalto, connotante l'istituto delle associazioni di imprese, non dà luogo alla creazione di un soggetto autonomo e distinto dalle imprese che lo compongono, né ad un loro rigido collegamento strutturale, grava su ciascuna impresa, ancorché mandante, l'onere di documentare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria richiesti per l'affidamento dell'appalto. L'indicazione delle «parti» di servizio imputate alle singole imprese associate o associate si rende dunque necessaria per evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto da parte di soggetti sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti;
- b) nel settore dei servizi, in mancanza di una predeterminazione normativa o regolamentare dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria – infatti, la relativa disciplina, a differenza di quanto previsto per il settore dei lavori non prescrive, quale quota percentuale dei requisiti di qualificazione e/o di capacità dovesse essere posseduta da ciascuna impresa componente del raggruppamento, affidando le relative determinazioni alla discrezionalità della singola stazione appaltante; spetta alla stazione appaltante il compito di definire nella *lex specialis*, in relazione al contenuto della prestazione, i requisiti di idoneità che devono essere posseduti dalle imprese componenti il raggruppamento. È proprio in funzione del controllo (alla stregua dei criteri determinati nel bando) dell'idoneità delle imprese raggruppate a svolgere il servizio oggetto dell'affidamento, che si rende necessaria la determinazione delle «parti» di servizio che ciascuna impresa raggruppata o raggruppanda intende svolgere;
- c) le evidenziate esigenze, di controllo e di trasparenza, si pongono, peraltro, maggiormente nei raggruppamenti a struttura orizzontale, dove – a differenza da quelle a struttura verticale, connotate dalla circostanza che l'impresa mandataria esegue le prestazioni di servizio indicate (nel bando o nella lettera d'invito) come principali e le imprese mandanti eseguono le prestazioni indicate come secondarie – tutti gli operatori riuniti eseguono il medesimo tipo di prestazioni, per cui, in difetto di specificazione delle «parti» di servizi che saranno eseguite dalle singole imprese, è preclusa una verifica in ordine alla coerenza dei requisiti di qualificazione con l'entità delle prestazioni di servizio dalle stesse assunte, mentre per le a.t.i. di tipo verticale tale controllo è reso agevole già sulla base della sola indicazione del ruolo dalle stesse svolte nell'ambito del raggruppamento (mandataria e rispettivamente mandante), definito con riguardo alle prestazioni rispettivamente principali e secondarie prestabilite nel bando (sempre che, ovviamente, a loro volta le parti secondarie scorporate non siano destinate ad essere svolte da più d'una delle imprese appartenenti alla complessiva a.t.i.);
- d) ne deriva che è proprio per le a.t.i. orizzontali che l'indicazione delle «parti» di servizio imputabili alle singole imprese costituisce presupposto indefettibile per poter operare le menzionate verifiche, onde evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto da parte di soggetti sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti, la cui previsione (nel settore dei lavori con disposizioni legislative e regolamentari, nel settore dei servizi con la *lex specialis*) risponde all'imprescindibile esigenza, a sua volta imposta dal principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa, di ottenere,

La plenaria n. 22/2012 afferma il suddetto principio in relazione alla disciplina recata dall'art. 11, d.lgs. n. 157/1995; la plenaria n. 26/2012 ribadisce il medesimo principio in relazione alla disciplina recata dall'art. 37 d.lgs. n. 163/2006.

La plenaria n. 22/2012 dichiara di non occuparsi della diversa questione della triplice corrispondenza tra quote di qualificazione, di partecipazione e di esecuzione, non

nel complesso, una garanzia qualitativa di un determinato ed atteso livello, riferita all'esecuzione dell'intero rapporto contrattuale, considerato in ciascuna delle singole fasi di svolgimento;

e) la conoscenza preventiva del soggetto, che in concreto eseguirà il servizio, consente una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, essendo individuato il responsabile della prestazione delle singole parti dell'appalto. Anche tale esigenza è individuabile, indifferentemente, in relazione entrambe le forme di a.t.i.;

f) l'obbligo di indicare le parti del servizio esige che sia assegnato un ruolo operativo a ciascuna delle imprese associate in a.t.i., onde evitare che esse si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione stabilite dal bando e consentire così la partecipazione di imprese non qualificate, con effetti negativi sull'interesse pubblico che il servizio è destinato a soddisfare;

g) quanto al principale argomento addotto a suffragio del contrario orientamento, secondo cui in caso di raggruppamento di tipo orizzontale non sarebbe necessario indicare le «parti» di servizio da eseguire da ciascuna impresa, né le percentuali, perché la distribuzione del lavoro per ciascuna impresa non rilevarebbe all'esterno e tutte le imprese sarebbero responsabili in solido dell'intero, è sufficiente rilevare che le questioni inerenti al regime di responsabilità delle imprese associate o associande nei confronti della stazione appaltante si muovono su un piano diverso dal sopra delineato contesto finalistico in cui si iscrive la disposizione in esame, persistendo invero le evidenziate esigenze sottese all'obbligo di specificare le «parti» di servizio imputate alle singole imprese a prescindere dal regime di responsabilità connotante le diverse forme di a.t.i.;

h) né tale soluzione comporta un'indebita compressione del *favor participationis* in quanto la violazione dell'obbligo della specificazione delle «parti» di servizio imputate alle singole imprese del raggruppamento non si risolve in una violazione meramente formale, ma incide, in modo sostanziale:

- sulla serietà, affidabilità, determinatezza e completezza, e dunque sugli elementi essenziali dell'offerta, la cui mancanza, pena la violazione dei principi della *par condicio* e della trasparenza, non è suscettibile di regolarizzazione postuma;

- sui poteri di verifica della stazione appaltante attorno alla coerenza dei requisiti di capacità degli operatori raggruppati con riguardo alla natura della prestazione, in funzione della garanzia della qualità delle prestazioni oggetto dell'appalto;

- su un corretto assetto concorrenziale, evitando l'elusione delle norme di ammissione stabilite dai bandi e impedendo la partecipazione fittizia di imprese, non chiamate (o chiamate in modo inappropriato) ad effettuare le prestazioni oggetto della gara.

L'obbligo di specificazione delle parti del servizio, va, secondo la plenaria, assolto a pena di esclusione al più tardi in sede di formulazione dell'offerta – mentre una dichiarazione successiva, in sede di esecuzione del contratto, non potrebbe assolvere allo stesso modo alle esigenze di trasparenza ed affidabilità che caratterizzano la gara, sicché la sanzione dell'esclusione rispetta i criteri della proporzionalità e dell'adequatezza.

Tale obbligo è espressione di un principio generale che non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie).

Ai fini del vaglio dell'ottemperanza all'obbligo di specificare le «parti» del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese, in ossequio al principio della tassatività delle cause di esclusione – sancito dall'art. 46, c. 1-*bis*, codice, dovrà adottarsi un approccio ermeneutico di natura sostanzialistica, nel senso che l'obbligo deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi oggetto della prestazione e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta ed a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate.

La stessa questione è stata rimessa alla plenaria dall'ordinanza della III Sezione 13 aprile 2012 n. 2097, peraltro con riferimento alla disciplina dettata dall'art. 37, codice appalti; l'ordinanza propende per la tesi secondo cui l'obbligo di indicare le parti del servizio si riferisce sia ad a.t.i. e consorzi verticali che ad a.t.i. e consorzi orizzontali.

La plenaria **5 luglio 2012 n. 26** (Pres. Coraggio – Est. Caringella) ha ribadito anche con riguardo alla disciplina vigente i principi espressi dalla plenaria n. 22/2012.

sollevata nel giudizio.

Il principio di specificazione delle parti di prestazione di ciascun partecipante all'ati, sia per servizi e forniture che per lavori e indipendentemente dal tipo di ati è di perdurante attualità in relazione al codice del 2016 (v. art. 48, c. 4 codice del 2016).

Cons. St., ad. plen. n. 21/2012 la eredità dei requisiti morali in caso di fusione societaria; il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare

“1) in caso di incorporazione o fusione societaria sussiste in capo alla società incorporante, o risultante dalla fusione, l'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006 anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la società incorporata o le società fuse nell'ultimo triennio ovvero che sono cessati dalla relativa carica in detto periodo (dopo il d.l. n. 70 del 2011: nell'ultimo anno). Resta ferma la possibilità di dimostrare la c.d. dissociazione.

2) l'art. 38, co. 2, d.lgs. n. 163/2006, sia prima che dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011, impone la presentazione di una dichiarazione sostitutiva completa, a pena di esclusione, e tale dichiarazione sostitutiva deve essere riferita, quanto all'art. 38, co. 1, lett. c), anche agli amministratori delle società che partecipano ad un procedimento di incorporazione o di fusione, nel limite temporale ivi indicato;

3) nel contesto di oscillazioni della giurisprudenza e di conseguente incertezza delle stazioni appaltanti, fino alla plenaria n. 10/2012 e alla plenaria odierna, i concorrenti che omettono la dichiarazione di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, relativamente agli amministratori delle società partecipanti al procedimento di fusione o incorporazione, possono essere esclusi dalle gare - in relazione alle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. c) fino alla data di pubblicazione della presente decisione - solo se il bando espliciti tale onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione; in caso contrario, l'esclusione può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali”.

La terza massima risulta superata dalla successiva plenaria n. 9/2015.

La prima e la seconda massima sono di perdurante attualità nel vigore del codice del 2016, che non la affronta espressamente; la giurisprudenza nel vigore del codice del 2016 non ha affrontato la questione ancora funditus.

La V sez., con ordinanza 31 marzo 2012 n. 1886 ha disposto il deferimento all'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm. della questione se la dichiarazione ex art. 38, lett. c), codice appalti, in ordine all'esistenza o meno di amministratori cessati dalla carica nel triennio e all'assenza di pregiudizi penali per essi riguardi anche gli amministratori di società fuse per incorporazione, trattandosi di profilo particolarmente controverso in giurisprudenza.

Il caso differisce da quello deciso dalla plenaria n. 10/2012, sotto profili significativi in fatto e in diritto:

a) in diritto, non si tratta di cessione di azienda ma di fusione societaria;

b) in fatto, l'omessa dichiarazione non riguarda un amministratore in carica del soggetto ceduto/incorporato, ma di un amministratore già cessato anche dalla società incorporata; c) sempre in fatto mentre nel caso deciso dalla plenaria n. 10/2012 l'amministratore dell'azienda ceduta aveva pregiudizi penali, in tale vicenda l'amministratore cessato della società incorporata era incensurato.

La sentenza della plenaria 7 giugno 2012 n. 21 (Pres. Coraggio – Est. De Nictolis) ha ribadito i principi espressi dalla plenaria n. 10/2012, confutando gli ulteriori argomenti proposti nell'ordinanza di rimessione; applicando i principi al caso di specie, ha ritenuto in concreto insussistente la causa di esclusione, che non risultava espressamente dal bando di gara, avuto anche riguardo alle oscillazioni della giurisprudenza.

L'ordinanza di rimessione sosteneva l'assenza di una successione universale nella fusione.

Invece, ad avviso della plenaria, si tratta infatti comunque di una vicenda che ha comportato la continuità del precedente soggetto confluito nel nuovo.

In dettaglio, l'ordinanza di rimessione assumeva che il novellato art. 2504-*bis* cod. civ. configura le operazioni di trasformazione o fusione societaria non come successione universale, ma come vicenda evolutiva dei medesimi soggetti originari partecipanti alla operazione societaria; di tal che, gli amministratori cessati della società incorporata o fusa, non sarebbero mai stati amministratori della nuova società.

Osserva la plenaria che secondo l'art. 2504-*bis*, co. 1, cod. civ., nel testo anteriore alla novella recata dal d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310, “la società che risulta dalla fusione o quella incorporate assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte”.

La giurisprudenza ne traeva la pacifica conseguenza che la trasformazione o fusione danno luogo ad una vicenda di successione a titolo universale, con quel che ne consegue quanto all'interruzione del processo (Cass. civ., sez. un. 28 dicembre 2007, n. 27183; Id. sez. II, 25 febbraio 2011 n. 4740).

Il novellato art. 2504-*bis*, co. 1, cod. civ., non fa più menzione delle società “estinte” ma di società “partecipanti” all'operazione societaria, disponendo che “la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione”.

La giurisprudenza ha conseguentemente ritenuto che la fusione per incorporazione di una società in un'altra, alla stregua di quanto dispone il novellato art. 2504-*bis*, co. 1, cod. civ., non è causa d'interruzione del processo del quale quella società sia parte, trattandosi di un evento da cui consegue non già l'estinzione della società incorporata, bensì l'integrazione reciproca delle società partecipanti all'operazione, ossia di una vicenda meramente evolutiva del medesimo soggetto, che conserva la propria identità pur in un nuovo assetto organizzativo (Cass. civ. [ord.], sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637).

Siffatta ricostruzione è stata operata dalle Sezioni unite della Cassazione al precipuo fine di escludere l'interruzione dei processi in caso di fusione o incorporazione, ma non

sposta i termini della questione sottoposta alla plenaria.

E, invero, anche a voler aderire alla prospettazione secondo cui non vi è estinzione delle società partecipanti all'operazione societaria, ma loro continuità nel nuovo soggetto, a maggior ragione perdura, per le società che proseguono sotto la nuova identità della società incorporante o risultante dalla fusione, l'onere di rendere la dichiarazione relativa ai propri amministratori cessati.

Infatti la società incorporante o risultante dalla fusione, - se non è, in base a tale ricostruzione, un successore universale, - tuttavia nemmeno è un soggetto "altro" e "diverso", ma semmai un soggetto composito in cui proseguono la loro esistenza le società partecipanti all'operazione societaria. Per l'effetto non si possono considerare "altrui" gli amministratori che sono amministratori di un soggetto che è parte del tutto, e che conserva la sua identità originaria sotto una diversa forma giuridica.

Diversamente opinando, si arriverebbe alla paradossale conclusione che date due società A e B aventi ciascuna amministratori con pregiudizi penali, a seguito di fusione esitante nella società C, quest'ultima non sarebbe tenuta a rendere dichiarazione né per gli amministratori della società A né per quelli della società B.

Passando a verificare l'applicabilità di tali principi al caso di specie, la plenaria chiarisce la portata della prescrizione dell'art. 38, co. 2, codice appalti, in ordine alla dichiarazione sostitutiva del possesso dei requisiti.

Secondo la plenaria la prescrizione della dichiarazione sostitutiva deve intendersi imposta a pena di esclusione, e tanto sia nel testo originario del codice, sia dopo il d.l. n. 70/2011 che ha imposto il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Secondo la plenaria l'art. 46, co. 1-*bis*, codice appalti, laddove dispone che "*La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti*" va interpretato nel senso che la esclusione dalle gare possa essere disposta, oltre che nei casi in cui disposizioni del codice o del regolamento la prevedano espressamente, anche nei casi in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione.

La tesi è stata seguita anche dall'Autorità di vigilanza nella delibera di adozione del bando tipo (determinazione 10 ottobre 2012 n. 4).

Avuto riguardo al caso di specie, in cui l'amministratore era incensurato e già cessato dalla società incorporata prima ancora dell'operazione di fusione societaria, la plenaria osserva che l'omessa dichiarazione è del tutto innocua.

La legge di gara comminava l'esclusione in caso di omissione della dichiarazione di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, tuttavia la clausola del bando non menzionava espressamente l'onere di dichiarazione per gli amministratori di società partecipanti ad un procedimento di fusione, e tanto in un contesto di incertezza interpretativa in ordine alla portata del citato art. 38, co. 1, lett. c), incertezza chiarita solo con la plenaria n. 10/2012 e con la plenaria odierna.

In una situazione siffatta, di oscillazione della giurisprudenza e di clausola del bando che non prevede espressamente l'onere di rendere la dichiarazione relativamente agli amministratori delle società partecipanti alla fusione o incorporate, le stazioni appaltanti sono tenute ad esercitare un potere di soccorso nei confronti dei concorrenti, ammettendoli a fornire la dichiarazione mancante, sicché i concorrenti potranno essere esclusi solo se difetti il requisito sostanziale (nel senso che vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali), ovvero se essi non rendano, nel termine indicato dalla stazione appaltante, la dichiarazione mancante.

La plenaria enuncia i principi di diritto individuando anche una sorta di “regime transitorio” per le dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. c), codice, prima della soluzione del contrasto di giurisprudenza ad opera della plenaria.

Cons. St., ad. plen., n. 10/2012 la eredità dei requisiti morali in caso di cessione di azienda

La dichiarazione relativa al possesso dei requisiti degli amministratori va resa, in caso di cessione di azienda, dalla cessionaria anche in relazione agli amministratori della cedente.

La decisione è di perdurante attualità nel vigore del codice del 2016, che non la affronta espressamente; la giurisprudenza nel vigore del codice del 2016 non ha affrontato la questione ancora funditus.

La sez. V del Consiglio di Stato, con ord. 14 febbraio 2012 n. 711 ha rimesso alla plenaria la questione se la dichiarazione andasse resa riguardo agli amministratori di società che ha trasferito l'azienda, da parte della società cessionaria dell'azienda medesima.

Su tale ordinanza di rimessione si è pronunciata la plenaria con la sentenza 4 maggio 2012 n. 10.

Con l'ordinanza di rimessione erano state prospettate due tesi:

quella di interpretare in senso restrittivo l'art. 38, co. 1, lett. c) citato, senza possibilità di estensione a casi non espressamente contemplati, quale quello degli amministratori di azienda ceduta, tesi sostenuta in prevalenza dalla V sez. del Consiglio di Stato;

quella, seguita dal Cons. giust. amm. sic., e talora dalla III e VI sez. del Consiglio di Stato, che estende a siffatta ipotesi la norma in commento.

La plenaria aderisce, con alcune puntualizzazioni, al secondo orientamento, in funzione antielusiva.

I principi di diritto enunciati dalla plenaria si riferiscono non solo al caso specifico dell'art. 38, co. 1, lett. c), ma anche agli altri requisiti morali indicati nel citato art. 38.

Non è, secondo la plenaria, dubitabile che, stante il principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione, la norma recata dall'art. 38, co. 1, lett. c), al pari delle altre preclusive della partecipazione del concorrente alle procedure di gara, non sia suscettibile di interpretazione tale da introdurre ulteriori e non previste cause ostative. Si tratta, invece, di chiarire se il contenuto della stessa norma già di per sé comprenda o meno ipotesi non

testuali, ma pur sempre ad essa riconducibili sotto il profilo della sostanziale continuità del soggetto imprenditoriale a cui si riferiscono, sicché il soggetto cessato dalla carica sia identificabile come interno al concorrente.

In tale quadro, l'Adunanza è dell'avviso che nella causa di esclusione in esame non possa non ricadere anche l'ipotesi in cui affiori l'intento di eludere la norma in relazione a vicende in atto o prevedibili. Diversamente opinando si finirebbe infatti col disattendere lo scopo stesso della preclusione di legge, da individuarsi sicuramente in quello di impedire anche solo la possibilità di inquinamento dei pubblici appalti di lavori, servizi e forniture derivante dalla partecipazione alle relative procedure di affidamento di soggetti di cui sia accertata la mancanza di rigore comportamentale con riguardo a circostanze gravemente incidenti sull'affidabilità morale e professionale.

In questo senso, a fronte di tale scopo essenziale e preminente non possono militare in senso contrario l'esigenza di certezza giuridica, intesa in termini impeditivi di ogni interpretazione non strettamente letterale, e la tutela della libertà d'impresa, laddove agiscano a scapito dello scopo stesso.

La plenaria ricorda allo scopo la giurisprudenza prevalente secondo cui la disposizione è applicabile anche nelle ipotesi di fusione o di incorporazione di società, ancorché venute in essere antecedentemente all'avvio della gara (Cons. St., III, 15 luglio 2011 n. 4323; Tar Abruzzo, 15 dicembre 2011 n. 681; Tar Sardegna, I, 22 luglio 2011 n. 845; T.r.g.a. Trentino Alto-Adige, 18 luglio 2011 n. 202; Tar Sicilia, I, 29 giugno 2011 n. 1243; Tar Veneto, I, 27 gennaio 2011 n. 115; cfr. anche Cons. St., sez. VI, 9 maggio 2011 n. 2662, che nega l'applicazione della norma qualora la fusione o incorporazione comporti l'estinzione del soggetto incorporato).

La plenaria coglie e supera la differenza intercorrente tra fusione/incorporazione da un lato e cessione di azienda dall'altro.

Vero è che in caso di fusione/incorporazione, a differenza di quanto avviene nella cessione, la vicenda realizza una successione a titolo universale fra i soggetti interessati ovvero, alla luce della riforma del diritto societario disposta dal d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, la loro mera trasformazione e lascia dunque ferma, per definizione, la continuità dell'attività imprenditoriale. Non è peraltro nel contempo da sottacere che quest'ultimo fenomeno ben può verificarsi pur in ipotesi di cessione di azienda o di ramo di azienda: sebbene infatti per suo tramite si realizzi una successione a titolo particolare, essa tuttavia assume una forma del tutto peculiare, consistente nel passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia (tanto da farsi riferimento in giurisprudenza al concetto di trasferimento di *universitas*, v. Cass., 12 giugno 2007 n. 13765; Cass., 13 giugno 2006 n. 13676; Cass., 19 luglio 2000 n. 9460). Il che rende la vicenda ben suscettibile di comportare pur essa la continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale.

La responsabilità per fatto di soggetto giuridico terzo a cui soggiace il cessionario trova risposta nel principio *ubi commoda, ibi incommoda*: il cessionario, come si avvale dei requisiti

del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente.

All'operazione interpretativa in argomento non osta il dato normativo in ordine alla condizione di rilevanza della causa d'esclusione riferita ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente al bando, costituita dalla mancata dimostrazione "*di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata*".

La plenaria risponde all'obiezione che l'impresa cessionaria ben potrebbe senza colpa ignorare i precedenti penali dei vertici della cedente, sicché si troverebbe ad essere assoggettata a responsabilità per fatto altrui, in contrasto con i principi della personalità della responsabilità individuale e della tutela dell'affidamento, sulla base di un meccanismo attributivo di responsabilità oggettiva e senza potersi avvalere dello strumento di garanzia della dissociazione.

Osserva la plenaria che da un lato la cessione di azione non può di per sé essere riguardata come "dissociazione", e che dall'altro lato il segnalato inconveniente può essere agevolmente superato dal cessionario attraverso l'adozione di opportune cautele, quali il pretendere dall'impresa che si intenda acquisire l'attestazione circa intervenute condanne o indagini penali già in corso sui rispettivi vertici amministrativi e tecnici per reati che incidano sull'affidabilità morale e professionale, nonché prevedendo penali o garanzie o risoluzione della cessione al verificarsi di tali fatti, suscettibili di risolversi negativamente per tali soggetti entro il successivo triennio (ora entro il successivo anno).

Ad ogni modo, proprio nella logica del cennato fenomeno della dissociazione, al cessionario va riconosciuta la possibilità di comprovare che la cessione si è svolta secondo una linea di discontinuità rispetto alla precedente gestione, tale da escludere alcuna influenza dei comportamenti degli amministratori e direttori tecnici della cedente. In conclusione, sussiste in capo al cessionario l'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, c. 2, lett. c), codice appalti anche in riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la cedente nell'ultimo triennio (ora nell'ultimo anno); resta fermo che è comunque dato al cessionario comprovare l'esistenza nel caso concreto di una completa cesura tra vecchia e nuova gestione, tale da escludere la rilevanza della condotta dei precedenti amministratori e direttori tecnici operanti nell'ultimo triennio e, ora, nell'ultimo anno, presso il complesso aziendale ceduto; resta altresì fermo – tenuto anche conto della non univocità delle norme circa l'onere del cessionario – che in caso di mancata presentazione della dichiarazione e sempre che il bando non contenga al riguardo una espressa comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione.

Cons. St., ad. plen., n. 8/2012 durc irregolare, a.t.i. a geometria variabile, garanzia dell'offerta e difetto di requisiti generali, iscrizione nel casellario informatico e garanzie partecipative

1) Ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 163/2006, anche nel testo vigente anteriormente al d.l. n. 70 del 2011, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale, la nozione di "violazione grave" non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto⁸³.

⁸³L'ordinanza della VI sezione del Consiglio di Stato 5 marzo 2012 n. 1245 ha rimesso all'esame della plenaria la questione della corretta interpretazione dell'art. 38, co. 1, lett. e), codice appalti in tema di esclusione per gravi violazioni previdenziali, prima della novella recata dal d.l. n. 70/2011, atteso il contrasto di giurisprudenza delineatosi. La plenaria, con la decisione **4 maggio 2012 n. 8** (Pres. Giovannini – Est. De Nictolis), ha risolto il contrasto esegetico e si è soffermata anche su altre importanti questioni in materia di pubblici appalti.

Sul contrasto la plenaria ha espresso il seguente principio di diritto: "ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 163/2006, anche nel testo vigente anteriormente al d.l. n. 70 del 2011, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale, la nozione di "violazione grave" non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto".

Ricorda la plenaria che l'art. 38, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 163/2006, considera causa di esclusione non qualsivoglia violazione in materia di obblighi contributivi, ma solo le <<violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali>>.

La plenaria ha esaminato i presupposti in presenza dei quali il d.u.r.c. attesta la regolarità contributiva, e quando invece viene attestato che difetta la regolarità contributiva, ricordando l'evoluzione della normativa sul punto.

Attualmente vige il d.m. 24 ottobre 2007, emanato in attuazione dell'art. 1, co. 1176, l. n. 296 del 2006.

Tale d.m., come si evince dalla sua premessa, disciplina il d.u.r.c. in termini generali, quale che sia lo scopo per cui il d.u.r.c. è richiesto, chiarendosi così un equivoco che poteva insorgere da una esegesi letterale della norma primaria (si legge nel preambolo: <<Considerata l'esigenza di una disciplina uniforme in ordine alle modalità di rilascio ed ai contenuti analitici del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC), sia per la concessione di agevolazione «normative e contributive», sia per gli appalti di lavori servizi e forniture pubbliche che per i lavori privati dell'edilizia, nonché per la fruizione di benefici e sovvenzioni previsti dalla disciplina comunitaria>>).

Non è perciò dubbio che il d.m. in questione riguarda anche il d.u.r.c. necessario per l'affidamento di appalti pubblici. Secondo detto d.m.:

a) ai fini specifici della partecipazione a gare di appalto, viene fissata una soglia di <<gravità>> delle violazioni, ritenendosi le violazioni al di sotto di tale soglia di gravità non ostative al rilascio del d.u.r.c.: non si considera, in particolare, grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore a 100 euro, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del d.u.r.c. (art. 8, co. 3, d.m. citato);

b) la pendenza di qualsivoglia contenzioso amministrativo impedisce di ritenere il soggetto in posizione irregolare; fino alla decisione che respinge il ricorso, può essere dichiarata la regolarità contributiva (art. 8, co. 2, lett. a), d.m. citato);

c) non costituisce causa ostativa al rilascio del d.u.r.c. l'aver beneficiato degli aiuti di stato specificati nel d.P.C.M. emanato ai sensi dell'art. 1, co. 1223, l. n. 296 del 2006, sebbene non ancora rimborsati o depositati in un conto bloccato (art. 8, co. 4, d.m. citato).

Sia le previgenti circolari, sia il d.m. ritengono non ostative della dichiarazione di regolarità contributiva le pendenze processuali, fino alla sentenza definitiva.

2) *In caso di Consorzio fra società cooperative di produzione e lavoro costituito a norma della l. 25 giugno 1909 n. 422, soggetto ammesso ai pubblici appalti ai sensi dell'art. 34, co., 1, lett. b) d.lgs. 163/2006 e dotato di soggettività giuridica autonoma, i requisiti morali di cui all'art. 38 codice appalti del 2006 vanno verificati sia in capo al consorzio che in capo ai consorziati che concorrono, con conseguente esclusione dell'intero consorzio in caso di difetto di requisiti generali in capo ad un consorziato.*

3) *Il Consorzio non potrebbe utilmente sostituire, in corso di gara, il consorziato privo dei requisiti; la*

Dopo il d.m. del 2007, si può affermare che il d.u.r.c. attesta solo le irregolarità contributive <<definitivamente accertate>>, e solo quelle che superano una <<soglia di gravità>>, fissata autonomamente dal citato d.m.

Così ricostruito il quadro normativo rilevante, la plenaria osserva che, se prima del d.m. del 2007 poteva essere dubbio se vi fosse o meno automatismo nella valutazione di gravità delle violazioni previdenziali da parte della stazione appaltante (v. i casi decisi da Cons. St., sez. VI, 4 agosto 2009 nn. 4905 e 4907), dopo il d.m. del 2007, risulta chiaro che la valutazione di gravità o meno della infrazione previdenziale è riservata agli enti previdenziali.

Invero, se la violazione è ritenuta non grave, il d.u.r.c. viene rilasciato con esito positivo, il contrario accade se la violazione è ritenuta grave.

Secondo la plenaria la valutazione compiuta dagli enti previdenziali sia vincolante per le stazioni appaltanti e precluda, ad esse, una valutazione autonoma.

Tanto, alla luce delle seguenti considerazioni:

a) gli enti previdenziali sono istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali;

b) il d.u.r.c. è il documento pubblico che certifica in modo ufficiale la sussistenza o meno della regolarità contributiva, da ascrivere al novero delle dichiarazioni di scienza, assistite da fede pubblica privilegiata ai sensi dell'art. 2700 c.c., e facenti piena prova fino a querela di falso;

c) le stazioni appaltanti non sono gli enti istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali;

d) il codice degli appalti deve essere letto e interpretato non in una logica di separatezza e autonomia, ma come una parte dell'ordinamento nel suo complesso, e nell'ambito dell'ordinamento giuridico la nozione di "violazione previdenziale grave" non può che essere unitaria e uniforme, e rimessa all'autorità preposta al rispetto delle norme previdenziali; pertanto, l'art. 38, co. 1, lett. i), laddove menziona le "violazioni gravi" delle norme previdenziali, intende riferirsi alla nozione di "violazione previdenziale grave" esistente nell'ambito dell'ordinamento giuridico, e in particolare nello specifico settore previdenziale;

e) ne consegue che le stazioni appaltanti non hanno né la competenza né il potere di valutare caso per caso la gravità della violazione previdenziale, ma devono attenersi alle valutazioni dei competenti enti previdenziali.

La soluzione accolta dalla plenaria, già seguita da numerose decisioni delle sezioni del Consiglio di Stato, nonché dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici relativi a lavori, servizi forniture [Autorità, determinazione n. 1/2010], è stata fatta propria anche dal legislatore nel 2011.

Come ricorda anche l'ordinanza di rimessione, il d.l. n. 70 del 2011, senza modificare formalmente l'art. 38, co. 1, lett. 1, d.lgs. n. 163/2006, ha inserito nel co. 2 dell'art. 38 una previsione volta a dare rilevanza al d.u.r.c. e ad escludere ogni discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione della gravità delle violazioni previdenziali e assistenziali.

In particolare, ai fini del co. 1, lett. i), dell'art. 38, si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'art. 2, co. 2, d.l. 25 settembre 2002, n. 210, convertito in legge 22 novembre 2002, n. 266.

Pertanto dopo la novella legislativa resta definitivamente chiarito che la mancanza di d.u.r.c. comporta una presunzione legale *iuris et de iure* di gravità delle violazioni previdenziali.

Tale previsione è stata introdotta dal d.l. n. 70 del 2011 e non è stata toccata dalla legge di conversione, per cui è in vigore dal 14 maggio 2011.

E' vero che disposizione si applica, *ratione temporis*, a procedure i cui bandi o avvisi, ovvero, nelle procedure senza bando, inviti, siano successivi al 14 maggio 2011 (art. 4, co. 3, d.l. n. 70 del 2011 e che pertanto non riguarda le gare derivanti da bandi pubblicati anteriormente (come è il caso di specie).

Si tratta, peraltro, di una disposizione che si limita a recepire e consolidare un orientamento interpretativo già formatosi in precedenza, e che pertanto si pone in linea di continuità, e non di innovazione, rispetto all'assetto ad essa previgente.

plenaria pone precisi limiti alla c.d. a.t.i. o consorzio “a geometria variabile”, affermando che la sostituzione dell’impresa esecutrice in corso di gara non è ammissibile se finalizzata a sanare ex post il difetto di un requisito di partecipazione, in violazione della par condicio.

4) La cauzione provvisoria a corredo dell’offerta (art. 75, codice appalti del 2006), copre tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell’affidatario, intendendosi per fatto dell’affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all’art. 38 citato.

5) La segnalazione all’Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale.

6) Quanto alle garanzie partecipative in caso di iscrizione nel casellario informatico della notizia dell’esclusione da una gara di appalto, occorre l’avviso di avvio del procedimento se l’iscrizione avviene ai sensi dell’art. 27, co. 2, lett. t), d.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, a tenore del quale vanno iscritte nel casellario informatico <<tutte le altre notizie riguardanti le imprese che, anche indipendentemente dall’esecuzione dei lavori, sono dall’Osservatorio ritenute utili ai fini della tenuta del casellario>>, trattandosi di una iscrizione previa valutazione e non di una iscrizione automatica.

La prima massima esprime un principio di perdurante attualità e ormai normato espressamente.

La nuova disciplina dell’art. 80 codice appalti in materia di DURC, che recepisce la più recente evoluzione normativa (v. d.l. n. 69/2013 e ultima versione dell’art. 38, codice del 2006), stabilisce con presunzione *iuris et de iure* quando la violazione previdenziale è grave, senza lasciare margine a valutazioni discrezionali da parte delle stazioni appaltanti.

La seconda massima in tema di necessaria verifica dei requisiti generali sia in capo al consorzio che in capo al consorziato è di perdurante attualità nel vigore del codice del 2016.

La terza massima in ordine alle modifiche dell’a.t.i. in corso di gara è di perdurante attualità e i relativi principi risultano codificati dall’art. 48, c. 19 codice del 2016, che ammette a certe condizioni il recesso di un componente dell’a.t.i.

Il recesso consentito può, secondo l’art. 48, c. 19, riguardare un qualsiasi operatore partecipante all’a.t.i., dunque non solo un mandante ma anche lo stesso mandatario.

Inoltre con il d.lgs. correttivo è stato chiarito che il recesso è possibile anche se il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto.

Occorre però che gli operatori rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi e forniture, non quelli originariamente previsti, ma quelli ancora da eseguire. Il recesso deve dipendere esclusivamente da esigenze organizzative del raggruppamento, e la modifica soggettiva mediante recesso non è consentita se posta in essere con intento elusivo, ossia per eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

La quarta massima in materia della escussione della cauzione provvisoria in caso di mancata stipulazione per difetto di requisiti generali in capo all’aggiudicatario deve ritenersi di perdurante attualità nel vigore del codice del 2016.

La quinta massima sembra superata dall'art. 80 c. 12 codice del 2016 che prevede la segnalazione all'ANAC per difetto di requisiti generali solo in caso di falsa dichiarazione o falsa documentazione e non per il solo fatto del difetto dei requisiti.

La sesta massima è di perdurante attualità. Il contraddittorio è ora previsto dal regolamento ANAC 13.6.2018 sul casellario informatico. Si segnala peraltro il comunicato presidente ANAC 10.7.2019 “Sospensione dei procedimenti di annotazione delle notizie utili, non costituenti false dichiarazioni, ex art. 213, c. 10, d.lgs. n. 50/2016.

Cons. St., ad. plen., n. 1/2012 gli atti impugnabili nel *project financing*

Nel procedimento di project financing, articolato in più fasi, la prima delle quali si conclude con la scelta, da parte della stazione appaltante, del promotore, l'atto di scelta del promotore determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti; tale atto è pertanto lesivo e deve essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l'esito degli ulteriori subprocedimenti di aggiudicazione della concessione⁸⁴.

Il principio espresso dalla plenaria non sembra più valido alla luce della nuova disciplina recata dal codice del 2016 (art. 183, c. 10), dove la procedura si conclude con la scelta del promotore, cui segue l'approvazione del suo progetto definitivo e la stipula del contratto.

Cons. St., ad. plen., n. 16/2011 gli obblighi di evidenza pubblica per le imprese pubbliche nei settori speciali

L'art. 27, codice appalti del 2006, letto alla luce della giurisprudenza della C. giust. CE, impone il rispetto dei principi del Trattato a tutela della concorrenza, ai soggetti tenuti al rispetto del codice appalti, in relazione ai contratti “esclusi” ma non anche ai contratti del tutto “estranei” agli scopi e all'oggetto del codice e delle direttive comunitarie.

Si deve escludere che agli appalti “estranei” ai settori speciali, di cui all'art. 217, codice appalti del 2006 (art. 20, direttiva 2004/17/CE), posti in essere da imprese pubbliche, siano estensibili “i principi dei Trattati” a tutela della concorrenza.

⁸⁴ La plenaria **28 gennaio 2012 n. 1** (Pres. de Lise – Est. De Nictolis) ha risolto la questione controversa se l'atto di scelta del promotore, ove i controinteressati intendano contestarlo, possa o debba essere impugnato da questi immediatamente, o solo in esito alla conclusione dell'intero procedimento, che sfocia nella selezione di un concessionario, e che postula lo svolgimento di una gara e di una successiva procedura negoziata senza bando (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2010 n. 7277).

La plenaria si è pronunciata nel senso della immediata impugnabilità, da parte dei terzi controinteressati, della selezione di una proposta come di pubblico interesse, affermando, anzi, un onere di immediata impugnazione; tanto, sia avuto riguardo alla procedura originaria di *project financing*, come disciplinata dalla l. n. 109/1994 e poi importata nella versione originaria del codice appalti, sia avuto riguardo alle vigenti procedure di *project financing*.

La plenaria ha enunciato il seguente principio “nel procedimento di *project financing*, articolato in più fasi, la prima delle quali si conclude con la scelta, da parte della stazione appaltante, del promotore, l'atto di scelta del promotore determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti; tale atto è pertanto lesivo e deve essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l'esito degli ulteriori subprocedimenti di aggiudicazione della concessione”.

Decisione resa sul codice dei contratti pubblici del 2006, esprime principi di perdurante attualità. Invero l'art. 4, codice del 2016, come già il previgente art. 27 codice del 2006 (come novellato nel 2011), fa riferimento a contratti esclusi «dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice».

La previsione va intesa nel senso che i principi enunciati dall'art. 4 sono applicabili ai contratti esclusi se ed in quanto posti in essere da “soggetti inclusi” ossia rientranti nel novero dei soggetti tenuti, in base al codice, al rispetto di procedure di evidenza pubblica. La plenaria **1 agosto 2011 n. 16** (Pres. de Lise – Est. De Nictolis) ha chiarito l'ambito degli obblighi di evidenza pubblica a carico delle imprese pubbliche nei settori speciali (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 29 aprile 2011 n. 2543).

Nel caso di specie si disputava se rientrasse o meno nell'ambito di applicazione del codice appalti un servizio di vigilanza affidato dall'ENI – società operante nel settore speciale del gas e dell'energia, a tutela di un edificio amministrativo, e dunque non connesso in via diretta con il settore speciale in questione.

Secondo l'adunanza plenaria, la sottoposizione o meno dell'appalto al regime pubblicistico diviso dal d.lgs. n. 163/2006 discende dalle caratteristiche oggettive dell'appalto e soggettive della stazione appaltante, e dunque dall'esistenza di un vincolo “eteronomo” e non dalla dichiarazione della stazione appaltante (c.d. autovincolo). Se è vero che l'art. 133, c. 1, lett. e), n. 1), cod. proc. amm., fa riferimento, al fine di stabilire l'ambito della giurisdizione amministrativa, al soggetto “comunque tenuto” al rispetto di procedure di evidenza pubblica, tuttavia siffatta ampia espressione non può che riferirsi pur sempre ad un vincolo eteronomo, e non autonomo, di rispetto delle dette procedure.

Il c.d. autovincolo, se è idoneo a rendere applicabili le regole richiamate, è inidoneo a determinare spostamenti della giurisdizione.

La plenaria ha escluso la natura di organismo di diritto pubblico dell'ENI-Ente nazionale idrocarburi s.p.a., da qualificarsi invece come impresa pubblica, con la conseguenza che tale Ente soggiace alla disciplina dei settori speciali e non anche a quella dei settori ordinari, e che gli appalti di tale Ente estranei ai settori speciali, ricadono nel diritto privato e nella giurisdizione del giudice ordinario.

Per le imprese pubbliche operanti nei settori speciali si era posta la questione se siano o meno soggette all'osservanza del codice appalti, e conseguentemente alla giurisdizione del giudice amministrativo, in caso di affidamento di appalti estranei ai settori speciali.

La questione ha avuto risposta negativa, da parte della plenaria, sulla scorta dei seguenti argomenti:

- a) le imprese pubbliche sono “soggetti” dei settori speciali, ma non anche dei settori ordinari (artt. 207 e 32, d.lgs. n. 163/2006);
- b) il diritto comunitario ha delimitato in modo rigoroso non solo l'ambito soggettivo dei settori speciali (art. 207, d.lgs. n. 163/2006; artt. 2 e 8, direttiva 2004/17/CE), ma anche quello oggettivo, descrivendo in dettaglio l'ambito di ciascun settore speciale;
- c) la stessa giurisprudenza comunitaria afferma che le previsioni della direttiva

2004/17/CE devono essere applicate restrittivamente, con conseguente inapplicabilità della c.d. teoria del contagio di cui alla giurisprudenza *Mannesman* [C. giust. CE 15 gennaio 1998, C-44/96], che estende il regime applicabile all'organismo di diritto pubblico a tutti i suoi appalti [C. giust. CE 10 aprile 2008, C-393/06, *Aigner*, parr. 26, 27, 30];

d) ai sensi dell'art. 217, d.lgs. n. 163/2006 (che riproduce fedelmente l'art. 20, direttiva 2004/17/CE), la disciplina dei settori speciali non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213 o per l'esercizio di tali attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità; se ne desume che l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale [in termini anche Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2011 n. 2919];

e) acclarato che un dato appalto è processo è "escluso" dall'ambito di applicazione dei settori speciali, per la individuazione della disciplina ad esso applicabile, sono in astratto possibili quattro soluzioni: (i) applicazione della disciplina dei settori ordinari; (ii) applicazione dell'art. 27, d.lgs. n. 163/2006; (iii) applicazione dei principi a tutela della concorrenza contenuti nei Trattati dell'Unione europea; (iv) applicazione del diritto privato;

f) per le imprese pubbliche, un appalto, escluso dai settori speciali, non ricade nella disciplina dei settori ordinari, dovendosi differenziare, nel novero degli enti aggiudicatori, le amministrazioni aggiudicatrici e le imprese pubbliche; nel caso di amministrazioni aggiudicatrici, che sono soggetti di diritto pubblico, non vi sono ostacoli ad ammettere che, per i loro appalti estranei ai settori speciali, si riespande l'applicazione della disciplina degli appalti dei settori ordinari [come si argomenta dalla C. giust. CE 10 aprile 2008, C-393/06, *Aigner*, che, esclusa in un caso l'applicazione della disciplina dei settori speciali, ha ritenuto applicabile quella dei settori ordinari in quanto la stazione appaltante poteva essere qualificata come organismo di diritto pubblico]; diversamente, nel caso delle imprese pubbliche, che sono enti aggiudicatori nei settori speciali (art. 2, direttiva 2004/17/CE), ma non sono contemplati tra le amministrazioni aggiudicatrici nei settori ordinari (artt. 1 e 2, direttiva 2004/18/CE), per gli appalti "estranei", aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/CE), la sottrazione alla direttiva 2004/17/CE non comporta l'espansione della direttiva 2004/18/CE, ma piuttosto la sottrazione ad entrambe le direttive comunitarie;

g) nemmeno è applicabile l'art. 27, d.lgs. n. 163/2006, che enuncia i principi applicabili ai contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del codice appalti, per due ordini di considerazioni:

g.1) una di ordine soggettivo, ed è che l'art. 27 citato estende i principi ai "contratti

esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione *oggettiva* del presente codice"; l'applicazione dei principi ai contratti esclusi dal codice, postula dunque che si tratti di contratti posti in essere dai soggetti contemplati dal codice, e dunque rientranti nell'ambito di applicazione soggettiva del codice e del diritto comunitario; sarebbe infatti sproporzionato imporre l'applicazione di principi di evidenza pubblica a soggetti del tutto estranei all'ambito del codice, e dunque ad appalti retti dal diritto privato;

g.2) una di ordine oggettivo, ed è che nel novero dei contratti esclusi occorre distinguere tra contratti "esenti" e contratti affatto "estranei"; i principi si applicano ai contratti esenti, non anche a quelli estranei;

h) in definitiva, il citato art. 27 non contempla un "terzo settore" dei pubblici appalti, quelli "esclusi in tutto o in parte", che si aggiunge ai settori ordinari e ai settori speciali, ma si riconnette pur sempre agli appalti dei settori ordinari o speciali, e ai soggetti appaltanti di tali settori.

In altre parole, i "contratti esclusi in tutto o in parte" sono pur sempre quelli che si agganciano ai settori ordinari o speciali di attività contemplati dal codice. Si tratta in definitiva di contratti che in astratto potrebbero rientrare nel settore di attività, ma che vengono eccettuati con norme di esenzione, per le ragioni più disparate.

Emblematici sono i casi, di cui si sono occupate la C. giust. CE e la Commissione europea, degli appalti sotto soglia, delle concessioni di servizi e degli appalti di servizi dell'allegato II B, che astrattamente rientrano nei settori di attività contemplati, ma che vengono esentati dal diritto comunitario per ragione di soglia o di oggetto, per lasciare, negli appalti ritenuti meno rilevanti, maggiore libertà ai legislatori nazionali.

Ad avviso della plenaria diverso è il caso dei contratti di cui all'art. 217, codice appalti (art. 20, direttiva 2004/17), ossia gli appalti posti in essere dagli enti aggiudicatori dei settori speciali in ambiti diversi dalle attività dei settori speciali, che sono i soli di interesse della direttiva 2004/17CE.

In siffatta ipotesi, si è in presenza di una diversa categoria, o meglio di una diversa nozione di "appalto escluso".

Infatti mentre nelle altre ipotesi di appalti esclusi si tratta di specifiche tipologie (appalti segreti, appalti di servizi o forniture aventi specifici oggetti e in astratto rientranti nel settore di attività; v. artt. da 16 a 24, codice appalti), in questo caso non si tratta di appalti aventi uno specifico oggetto, bensì di una categoria residuale, che comprende qualsiasi tipo di appalto estraneo al settore speciale.

Non si tratta pertanto di appalti semplicemente "esclusi", - ossia rientranti in astratto nell'ambito di applicazione delle direttive ma specificamente "esentati" -, bensì di appalti del tutto "estranei" all'ambito di azione della direttiva 2004/17/CE.

A tale soluzione la plenaria perviene alla luce delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, che operano una distinzione tra tre categorie:

- a) appalti che non ricadono nelle direttive per ragioni di soglia;
- b) appalti del tutto "esclusi";

c) appalti e concessioni di servizi cui si applicano solo poche previsioni delle direttive, e dunque esclusi in (maggior) parte e inclusi in (minor) parte.

In particolare, nel “*genus*” esclusioni possano individuarsi almeno due tipologie, aventi una diversa “*ratio*”, gli appalti “esenti” e gli appalti “estranei”.

Gli appalti “esenti” sono quelli in astratto rientranti nei settori di intervento delle direttive, ma che ne vengono esclusi per ragioni *latu sensu* di politica comunitaria, quali, ad es., gli appalti segreti, o i servizi di arbitrato e conciliazione, o acquisto o locazione di terreni e fabbricati, e le stesse concessioni di servizi.

È tale anche il caso degli appalti “sotto soglia” e degli appalti di servizi di cui all’allegato II B direttiva 2004/18/CE e XVII B direttiva 2004/17/CE.

Quanto agli appalti “sotto soglia” è noto che la soglia è “mobile” e viene frequentemente aggiornata con regolamento comunitario avente efficacia diretta negli Stati membri; l’aggiornamento avviene verso “il basso” nel senso di ridurre progressivamente l’importo della soglia e specularmente estendere l’applicazione del diritto comunitario dei pubblici appalti.

È dunque chiaro che gli appalti “sotto soglia” rientrano negli scopi del diritto comunitario dei pubblici appalti, ma fruiscono di un regime di (temporanea) esenzione. Lo stesso è a dirsi per i citati appalti e concessioni di servizi, che rientrano negli scopi del diritto comunitario, ma fruiscono di un regime di parziale esenzione.

Gli appalti “estranei” sono quelli esclusi perché sono del tutto al di fuori dei settori di intervento delle direttive o dello stesso ordinamento comunitario, quali gli appalti da eseguirsi al di fuori del territorio dell’Unione (art. 15, direttiva 2004/18/CE e art. 22, direttiva 2004/17/CE), o quali gli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori dei settori speciali per fini diversi dall’esercizio delle attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/CE).

Non sembra, allora, che il rispetto dei principi dei Trattati si imponga alle imprese pubbliche anche per appalti esclusi perché paiono estranei ai settori di intervento delle direttive e dell’Unione.

Avuto riguardo agli appalti di cui all’art. 217, codice appalti, aggiudicati per scopi diversi dalle attività dei settori speciali, delle due l’una:

a) o l’ente aggiudicatore è un’amministrazione aggiudicatrice, e in tal caso l’appalto, estraneo al settore speciale, ricade nei settori ordinari e dunque nel raggio di azione della direttiva 2004/18/CE;

b) o l’ente aggiudicatore è un’impresa pubblica, ossia un soggetto di diritto privato, e in tal caso l’appalto, estraneo al settore speciale, non ricade nei settori ordinari e dunque nel raggio di azione della direttiva 2004/18/CE, che non contempla tra le stazioni appaltanti le imprese pubbliche; e neppure ricade sotto i principi dei Trattati, al cui rispetto devono ritenersi tenuti i medesimi soggetti tenuti all’osservanza delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE in relazione agli appalti da esse “esclusi”, ma non anche in relazione agli appalti ad esse del tutto estranei.

Cons. St., ad. plen., n. 13/2011 pubblicità delle sedute di gara
V. sub. Plenarie n. 8/2013 e n. 16/2013

**Cons. St., ad. plen., n. 10/2011 ambito di applicazione del rito dell'art. 119 c.p.a.,
legittimazione ad agire degli Ordini professionali, giurisdizione sulle società
pubbliche e sulla sorte del contratto di società**

1) *Al fine della verifica se una determinata controversia rientri o meno nel rito dell'art. 119 c.p.a., è del tutto irrilevante il comportamento processuale delle parti, e segnatamente la circostanza che una delle parti abbia depositato il ricorso entro il termine dimezzato di 15 giorni anziché entro quello ordinario di 30; è del pari irrilevante la condotta processuale tenuta dal giudice nel corso del giudizio di primo grado, trattandosi di evenienza che non esclude ex se la doverosa applicazione del rito (ordinario o speciale), effettivamente stabilito dalla legge.*

2) *Quanto alla legittimazione ad agire in giudizio degli Ordini professionali in presenza di un interesse non omogeneo degli iscritti, occorre avere riguardo all'interesse istituzionale dell'Ordine. tra gli interessi istituzionali dell'Ordine vi è anche quello di assicurare il pieno aspetto della par condicio nell'esercizio dell'attività professionale, sicché non può negarsi la legittimazione a far valere in giudizio tale interesse anche nei confronti di iscritti che, rivestendo ruoli particolari (pubblici dipendenti o docenti), si ritiene possano operare professionalmente in dispregio di tale principio di parità.*

3) *In relazione a una società partecipata da ente pubblico, la giurisdizione amministrativa sussiste per gli atti che, incidendo sulla organizzazione dell'ente, sono espressione di potestà pubblica, atti tra i quali rientrano certamente quelli di costituzione, modificazione ed estinzione della società, ivi compresa evidentemente la scissione, che comporta la costituzione di una nuova società. Per converso, resta fermo il modello privatistico, e la conseguente giurisdizione ordinaria, sugli atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzo o meno del modello societario (e salve specifiche espresse attribuzioni di giurisdizione al giudice amministrativo, come nel caso di cui all'art. 2, d.l. n. 332/2004): in tal caso, infatti, l'ente pubblico esercita i poteri ordinari dell'azionista che si traducono in atti societari sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo, coerentemente con i principi di diritto comunitario che non ammettono poteri speciali da parte dell'azionista pubblico.*

4) *Nei casi in cui un negozio di diritto privato posto in essere da una pubblica amministrazione è preceduto da un procedimento amministrativo, l'annullamento degli atti del procedimento amministrativo non comporta, di regola, l'automatica caducazione del negozio giuridico a valle (c.d. effetto caducante), producendo piuttosto una invalidità derivata (c.d. effetto viziante), che deve essere dedotta davanti al giudice avente giurisdizione sull'atto negoziale.*

5) *Al di fuori dei casi in cui l'ordinamento attribuisce espressamente al giudice amministrativo la giurisdizione sulla "sorte del contratto" che si pone a valle di un procedimento amministrativo viziato (v. art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, c.p.a., in tema di contratti pubblici relativi a lavori, servizi, e forniture), secondo l'ordinario criterio di riparto di giurisdizione spetta al giudice amministrativo conoscere dei vizi del procedimento amministrativo, e al giudice ordinario dei vizi del contratto, anche quando si tratti di invalidità derivata dal procedimento amministrativo presupposto dal contratto; per l'effetto il giudice*

amministrativo non ha giurisdizione sulla sorte del contratto di società a seguito dell'annullamento degli atti amministrativi prodromici ad esso.

Esprime principi di perdurante attualità. Per la quinta massima v. Cass. sez. un. 30.12.2011 n. 30167; Cass., sez. un., 20.9.2013 n. 21588.

La plenaria 3 giugno 2011 n. 10 (Pres. de Lise – Est. De Nictolis) ha affrontato il tema della giurisdizione sugli “atti prodromici” rispetto ad un negozio societario, quale la costituzione di una società, la sua modifica, estinzione, nonché i negozi societari posti in essere durante la vita della società, quali nomine e revoche di amministratori, approvazione di bilanci (ordinanza di rimessione Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2011 n. 970).

In particolare si poneva la questione se le delibere dell'ente pubblico (di scelta di dare vita ad una società, o di modificarla, etc.), atti unilaterali, avessero natura provvedimento, ovvero partecipassero della natura convenzionale dei negozi societari.

Ad avviso della plenaria sussiste la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo sugli atti unilaterali prodromici ad una vicenda societaria, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima.

Tali atti prodromici vanno, sul piano logico, cronologico e giuridico, tenuti, secondo la plenaria, nettamente distinti dai successivi atti negoziali, sempre imputabili all'ente pubblico, con cui l'ente, spendendo la sua capacità di diritto privato, pone in essere un atto societario (costituzione di una società, acquisto o vendita di quote societarie, modifica o scioglimento di una società).

Gli atti prodromici attengono al processo decisionale, che da ultimo si esterna nel compimento di un negozio giuridico societario.

Mentre per un soggetto privato il processo decisionale resta ordinariamente relegato nella sfera interna del soggetto, e ciò che rileva è solo il negozio giuridico finale, per un ente pubblico esso assume la veste del procedimento amministrativo, e ciò sotto un duplice profilo.

La plenaria fonda il suo ragionamento sulla disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, in cui la stipulazione del contratto (appalto, locazione finanziaria, *project financing*, etc.), è preceduta da un procedimento amministrativo (c.d. evidenza pubblica), che inizia con la delibera a contrarre, in cui la pubblica amministrazione evidenzia le ragioni di interesse pubblico che giustificano il contratto: tale paradigma è estensibile a tutti gli altri casi in cui la pubblica amministrazione pone in essere un qualsivoglia negozio giuridico di diritto privato. Ebbene, è pacifico che tale deliberazione a contrarre è mezzo di cura dell'interesse pubblico e quindi è provvedimento amministrativo.

Ulteriore e specifico profilo di rilevanza pubblicistica è costituito dal fatto che nel caso della costituzione di una società vengono in evidenza aspetti organizzatori, essendo evidente l'incidenza della relativa scelta sulla struttura dell'ente.

A maggior ragione, dunque, in questa fattispecie si impone una chiara separazione del momento pubblicistico, rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo, e quello privatistico, tipicamente riservato al giudice ordinario.

Tale soluzione ha il conforto di numerosi dati normativi, dalla cui interpretazione sistematica si desume che la scelta, da parte di un ente pubblico, di dare vita ad una società, o di modificarla o estinguerla, è una scelta organizzativa afferente al perseguimento dell'interesse pubblico, che si esercita mediante un atto di natura pubblicistica, rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo.

L'art. 244, co. 1, d.lgs. n. 163/2006, in cui è confluito l'art. 6, l. n. 205/2000, applicabile *ratione temporis* (ora art. 133, co. 1, lett. l), cod. proc. amm.), assegna alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, ivi comprese quelle relative alla scelta del socio.

Allorquando un ente pubblico decide di costituire una società con la forma del partenariato pubblico-privato, la scelta del socio privato è considerata dall'ordinamento una vicenda pubblicistica, tanto che tale scelta deve avvenire con procedura di evidenza pubblica [persino nel caso in cui il socio pubblico sia socio di minoranza: v. Cass., sez. un., 29 ottobre 1999 n. 754], procedura soggetta alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

Se ne desume per argomento a fortiori che è ascritta alla sfera pubblicistica la scelta, a monte, dell'utilizzo del modello societario, anche se per tale scelta non è prevista una giurisdizione esclusiva, sicché si ricade nell'ordinaria giurisdizione generale di legittimità.

Sussiste poi una giurisdizione di legittimità, con competenza territoriale del Tar Lazio - Roma, con riguardo a taluni poteri speciali riservati allo Stato in società da esso partecipate: la stessa è prevista dal d.l. n. 332/1994, conv. in l. n. 474/1994, all'art. 2, nel testo novellato dall'art. 4, co. 227, l. n. 350/2003.

Da tali previsioni si desume che la partecipazione di un ente pubblico a una società è ispirata alla cura dell'interesse pubblico, al punto che è consentito l'esercizio di poteri pubblicistici interferenti con la vita della società, e il cui sindacato è attribuito al giudice amministrativo.

Dalla disamina delle norme sopra commentate, si evince che la scelta, da parte di un ente pubblico, di costituire o partecipare ad una società, è considerata una scelta organizzativa discrezionale, che differisce logicamente e cronologicamente rispetto al negozio societario che costituisce attuazione di tale scelta, e che radica una diversa giurisdizione rispetto a quella prevista per il negozio societario.

In tale prospettiva vanno menzionati i seguenti precedenti valorizzati dalla plenaria:

a) quello della V sezione secondo cui gli atti di costituzione di una società o quelli, successivi, di acquisizione della partecipazione sono i provvedimenti concretamente idonei a sottrarre dal mercato di riferimento la possibilità di accesso alla contrattazione con l'amministrazione che ha optato per quella forma di gestione diretta del servizio, sicché la lesione effettiva ed immediata degli interessi delle imprese che aspirano alla gestione del servizio rimonta all'adozione delle delibere di costituzione della società o di adesione a

società esistente, tenuto conto del carattere conclusivo della determinazione organizzatoria che implicano [Cons. St., sez. V, 23 marzo 2004 n. 1543];

b) quello delle sezioni unite della Corte di cassazione secondo cui “in tema di società per azioni a partecipazione maggioritaria del comune, le delibere comunali con le quali sono decise la riduzione della partecipazione azionaria, l’emissione di un prestito obbligazionario, nonché le modifiche da adottarsi nello statuto rispetto alla nomina dei componenti del consiglio di amministrazione costituiscono provvedimenti di natura autoritativa, preliminari e prodromici rispetto alle successive deliberazioni societarie, espressione della funzione di indirizzo e di governo del comune rispetto agli organismi preposti alla produzione, gestione ed erogazione dei servizi pubblici di pertinenza del medesimo ente; ne consegue che le controversie relative all’annullamento delle suddette delibere (nella specie proposte da azionisti di minoranza e da associazioni di azionisti e consumatori) spettano alla giurisdizione del giudice amministrativo” [Cass., sez. un., 3 novembre 2009 n. 23200];

c) quelli della quinta sezione che hanno attratto alla giurisdizione amministrativa l’atto di autotutela pubblicistico di ritiro della delibera di costituzione di una società mista [Cons. St., sez. V, 1 luglio 2005 n. 3672; Cons. St., sez. V, 4 maggio 2004 n. 2714; in senso opposto Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6867].

Conclusivamente, la giurisdizione amministrativa sussiste per gli atti che, incidendo sulla organizzazione dell’ente, sono espressione di potestà pubblica, atti tra i quali rientrano certamente quelli di costituzione, modificazione ed estinzione della società, ivi compresa evidentemente la scissione, che comporta la costituzione di una nuova società.

Per converso, secondo la plenaria resta fermo il modello privatistico, e la conseguente giurisdizione ordinaria, sugli atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzo o meno del modello societario (e salve specifiche espresse attribuzioni di giurisdizione al giudice amministrativo, come nel caso di cui all’art. 2, d.l. n. 332/2004): in tal caso, infatti, l’ente pubblico esercita i poteri ordinari dell’azionista che si traducono in atti societari sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo, coerentemente con i principi di diritto comunitario che non ammettono poteri speciali da parte dell’azionista pubblico [C. giust. CE, 6 dicembre 2007 C-463/04 e C-464/04, che ha dichiarato illegittimo l’art. 2449 c.c.; Cass., sez. un., 31 luglio 2006 n. 17287; Cass., sez. un., 15 aprile 2005 n. 7799; Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2008 n. 5787 ord.; Cons. St., sez. V, 13 giugno 2003 n. 3343; Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2003 n. 708].

La plenaria in commento affronta anche, nei limiti della materia del contendere, il tema della giurisdizione sulla sorte del contratto che ha dato vita alla società *in house*.

Osserva la plenaria che la “sorte del contratto” non rientra nella giurisdizione del g.a. al di fuori dei casi contemplati dall’art. 133 cod. proc. amm., ossia quando il contratto stipulato da una p.a. non consegua ad una procedura di evidenza pubblica; il che accade, quando viene costituita una società *in house*.

In senso ancora più restrittivo si sono pronunciate in prosieguo le sez. un. della Cassazione, secondo cui la giurisdizione esclusiva del g.a. sulla “sorte del contratto” prevista dall’art. 133 cod. proc. amm. va riferita ai soli contratti di affidamento di lavori, servizi, forniture, e non anche al contratto di società anche se preceduto da procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio [Cass., sez. un., 30 dicembre 2011 n. 30167, che ha cassato Cons. St., sez. V, 3 giugno 2010 n. 3489]. Secondo le sez. un. la direttiva 2007/66/CE, che fonda l’attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione sulla sorte del contratto, si riferisce solo agli appalti, e non ai contratti di società, e che l’art. 244 codice appalti, ora trasfuso nell’art. 133 cod. proc. amm., nell’attribuire al g.a. la giurisdizione sulla sorte del contratto, pur usando la generica locuzione “contratto” intende riferirsi solo ai contratti relativi a lavori, servizi, forniture, e non ai contratti costitutivi di società miste.

Sostengono le S.U., richiamando espressamente Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011 n. 10, che al di fuori dei casi tassativi in cui una legge attribuisca al g.a. la giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito di annullamento del presupposto procedimento amministrativo, la giurisdizione su detta sorte spetta al giudice ordinario. In caso di contratto di società, poi, osta alla caducazione automatica conseguente all’annullamento degli atti di gara, la circostanza che con il contratto di società si dà vita ad un soggetto giuridico, e che l’art. 2332 c.c. individua casi tassativi di nullità delle società, una volta avvenutane l’iscrizione nel registro delle imprese.

A maggior ragione, secondo le sez. un., non compete al g.a. ma al g.o. la giurisdizione sugli atti societari successivi alla stipula del contratto di società.

Cons. St., ad. plen., n. 4/2011 ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di pubblici appalti; momento in cui devono essere posseduti i requisiti generali e speciali nelle gare di pubblici appalti

1) Il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l’interesse strumentale alla rinnovazione dell’intera procedura.

Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall’amministrazione resistente.

L’esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.

2) I requisiti generali e speciali devono essere posseduti non solo alla data di scadenza del bando, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e al momento dell’aggiudicazione sia provvisoria che definitiva.

La prima massima affronta l’annosa questione dell’ordine di esame di ricorso principale e incidentale in relazione a gara di appalto. Tale decisione supera la plenaria n. 11/2008 ed è stata a sua volta “ridimensionata” da successive plenarie e dalla C. giust. UE. Da ultimo

si è pronunciata la plenaria n. 6/2018 che ha rimesso nuovamente la questione alla C. giust. UE, che a sua volta con la decisione 5.9.2019 C-333/18 ha ribadito i propri precedenti. V. sub plenaria n. 6/2018.

La seconda massima afferma la necessaria continuità del possesso dei requisiti per tutto l'arco della gara, principio di perdurante attualità.

Cons. St., ad. plen., n. 2155/2010 termine per proporre i motivi aggiunti nel rito appalti, project financing

1) Per la proposizione dei motivi aggiunti nel rito abbreviato dell'art. 23-bis l. n. 1034/1971 non si applica il dimezzamento dei termini, a cui, essendo sottratto il ricorso introduttivo, si sottraggono pure i motivi aggiunti.

2) I requisiti generali devono essere posseduti dal concorrente alla scadenza del termine della domanda di partecipazione e continuativamente per tutta la procedura di gara, anche nel procedimento di project financing.

3) Nelle a.t.i. i detti requisiti devono essere posseduti da tutti i partecipanti al raggruppamento.

4) La procedura di concordato preventivo si deve ritenere "in corso" con il deposito della domanda di concordato.

5) Il difetto di un requisito generale in capo a un componente dell'a.t.i. comporta l'esclusione dalla gara dell'intero raggruppamento e non può trovare rimedio nel recesso dall'a.t.i. del componente privo di requisiti, che non può giovare a sanare ex post il difetto di un requisito essenziale.

La prima massima è superata dal ius superveniens in relazione al rito appalti (d.lgs. n. 53/2010) che ha previsto il dimezzamento del termine anche per la proposizione del ricorso introduttivo (e dunque anche dei motivi aggiunti).

La seconda, terza e quinta massima sono di perdurante attualità.

La quarta massima è superata dalla nuova disciplina che indica a quali condizioni il concordato preventivo non è ostativo della partecipazione alla gara.

Cons. St., ad. plen., n. 12/2008 giurisdizione sulla sorte del contratto di appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione

E' sussistente la giurisdizione del giudice civile sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto di appalto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo, senza che ne derivi una diminuzione di tutela della parte che ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione, essendovi da un lato l'obbligo della stazione appaltante di conformarsi al giudicato, e dall'altro il rimedio del giudizio di ottemperanza nell'ambito del quale il giudice amministrativo può adottare le misure di esecuzione conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione.

Tale decisione è resa nel seguito del medesimo giudizio deciso dalla plenaria n. 9/2008 (a seguito di parziale interruzione e successiva riassunzione) che viene integralmente richiamata quanto al principio di diritto sulla sorte del contratto.

Decisione superata dal ius superveniens, e segnatamente dal d.lgs. n. 53/2010.

Si tratta dell'annosa questione della giurisdizione sulla sorte del contratto di appalto, risolta con il citato d.lgs. n. 53/2010 nel senso che si rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Cons. St., ad. plen., n. 11/2008 ordine di esame di ricorso principale e incidentale nelle gare di appalto con due sole imprese ammesse

Nel caso di gara di appalto con due sole imprese ammesse, e proposizione di ricorso principale e incidentale da parte delle due imprese, i principi della parità delle parti e di imparzialità impediscono che le scelte del giudice abbiano rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi.

Nel rispetto dei principi processuali sull'interesse e sulla legittimazione a ricorrere, il giudice:

a) per ragioni di economia processuale, può esaminare con priorità il ricorso principale (quando la sua infondatezza comporta l'improcedibilità di quello incidentale), ovvero quello incidentale (la cui infondatezza comporta l'esame di quello principale);

b) in base al principio della parità delle parti, non può determinare una soccombenza anche parziale in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni;

c) qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato (principale o incidentale), deve tenere conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e deve esaminare anche l'altro, quando la fondatezza di entrambi comporta l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, col conseguente obbligo dell'amministrazione di indirne una ulteriore.

Trattasi dell'annosa questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale in relazione a gara di appalto con due sole imprese ammesse. La plenaria n. 11/2008 è stata superata dalla plenaria n. 4/2011, e poi "riabilitata" in parte da successive plenarie e varie pronunce della C. giust. UE; v. ora sub plenaria n. 6/2018 che ha rimesso nuovamente la questione alla C. giust. UE, che a sua volta con la decisione 5.9.2019 C-333/18 ha ribadito i propri precedenti.

Cons. St., ad. plen., n. 9/2008 giurisdizione sulla sorte del contratto di appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione

E' sussistente la giurisdizione del giudice civile sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto di appalto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo, senza che ne derivi una diminuzione di tutela della parte che ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione, essendovi da un lato l'obbligo della stazione appaltante di conformarsi al giudicato, e dall'altro il rimedio del giudizio di ottemperanza nell'ambito del quale il giudice amministrativo può adottare le misure di esecuzione conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione.

Decisione superata dal *ius superveniens*, e segnatamente dal d.lgs. n. 53/2010.

Si tratta dell'annosa questione della giurisdizione sulla sorte del contratto di appalto, risolta con il citato d.lgs. n. 53/2010 nel senso che si rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Cons. St., ad. plen., n. 1/2008 società *in house* e società mista

I requisiti della società in house vanno interpretati restrittivamente; va escluso il controllo analogo e dunque l'in house in caso di partecipazione privata al capitale, in quanto il capitale pubblico deve essere totalitario. La società mista rientra nel PPPI.

Il socio privato della società mista deve essere scelto con gara.

Una volta che il socio privato della società mista sia scelto con gara, è consentito a determinate condizioni, l'affidamento diretto di prestazioni alla società mista: in particolare se la gara per la scelta del socio abbia definito le condizioni di prestazioni del servizio (c.d. socio operativo o industriale) e vi siano limiti temporali all'affidamento.

La prima massima è parzialmente superata dal ius superveniens in quanto il diritto europeo consente ora una partecipazione minoritaria al capitale sociale della società in house.

La seconda massima è di perdurante attualità.

La società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori missioni che non siano già previste nel bando originario.

La società mista, comunque, rientra nella nozione di operatore economico che può partecipare, come offerente, a procedure pubbliche per l'affidamento di appalti o concessioni.

Può, pertanto, partecipare anche a procedure volte ad affidare appalti o concessioni che costituiscono modifica o ampliamento dell'originario appalto o concessione affidato alla società mista, modifica o ampliamento che, per non essere previsto nel bando originario, non può essere affidato in via diretta, senza gara, alla società mista.

Se, peraltro, indetta una gara di tale genere, ad essa vi partecipa la società mista, occorrerà adottare particolari cautele per assicurare la trasparenza e la *par condicio* con gli altri concorrenti, e per garantire che nessuna informazione confidenziale passi dalla stazione appaltante alla società mista.

Del tema della gara unica o doppia si è occupata prima del codice del 2016 la plenaria, che, nel ricordare il precedente della sez. II del Consiglio di Stato n. 456/2007, precedente che si è mostrato possibilista ponendo tuttavia precisi paletti, ha rilevato che il modello ivi previsto è una delle possibili soluzioni, ma non l'unica⁸⁵.

Tale modello presuppone la fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale, e si fonda sulla necessità che la gestione del servizio venga prevista allorquando si costituisce la società, con una sorta di società di <<missione>> e con la previsione di un socio <<d'opera>>. La plenaria ritiene che, allo stato e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione

⁸⁵ Cons. St., ad. plen., 3.3.2008 n. 1, in *DPA*, 2008, fasc. 4, 10, con nota di F.G. SCOCA, *Gli affidamenti diretti sotto la scure del giudice amministrativo* (10-14); *Urb. e app.*, 2008, 1008, con nota di R. ROTIGLIANO, *Le società miste secondo la plenaria e la Corte europea* (1017-1024).

univoca o un modello definitivo, diversamente si corre il rischio di dar luogo a interpretazioni *praeter legem*, che potrebbero non trovare l'avallo della C. giust. CE.

Nel caso specifico, poi, la plenaria rileva che la fattispecie al suo esame differisce da quella esaminata dal citato parere della II sez.: manca, infatti, un socio d'opera, e l'affidamento del servizio contestualmente alla costituzione della società. Vi è invece una società da tempo costituita, e *multiutilities*, a cui è stato affidato senza gara un ulteriore servizio socio-sanitario.

La plenaria ha ritenuto illegittimo tale affidamento senza gara, atteso che per lo stesso andavano rispettati i principi del Trattato e che non vi erano i presupposti, indicati dalla II sez., per l'affidamento diretto alla società mista.

Cons. St. n. 11/2007 accesso alla relazione riservata del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo

Sono sottratte all'accesso le relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo rese nel procedimento di accordo bonario, anche dopo il fallimento dello stesso, afferendo alla strategia difensiva della stazione appaltante in un contenzioso potenziale o in atto.

La pronuncia è stata resa in relazione all'art. 31-bis l. n. 109/1994 ed è di perdurante attualità, sia in relazione al codice dei contratti pubblici del 2006 che in relazione a quello del 2016. L'art. 53 c. 5, lett. c.) codice del 2016 qualifica espressamente come "riservate" tali relazioni, e dunque sottratte all'accesso.

Cons. St., ad. plen., n. 8/2005 cauzione provvisoria in caso di a.t.i. costituenda

Posto che nella fideiussione il soggetto garantito non è parte necessaria, in caso di cauzione provvisoria in favore di a.t.i. costituenda, non è necessario che la stessa sia sottoscritta da tutti i componenti dell'a.t.i.

Tuttavia, devono essere determinati o determinabili sia il debito garantito che i debitori garantiti, e in particolare non solo la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dall'aggiudicatario, ma anche il mancato assolvimento dell'obbligo propedeutico di costituire l'a.t.i.; il fidejussore deve dunque richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.

Trattasi di decisione resa in relazione alla l. n. 109/1994 e di perdurante parziale attualità. Si è successivamente precisato che nel caso di partecipazione alla gara di appalto di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, l'atto di fideiussione bancaria mediante il quale viene costituita la garanzia provvisoria, deve essere intestato non solo alla società capogruppo ma anche alle mandanti: ciò al fine di evitare il configurarsi di una carenza di garanzia per la stazione appaltante con riferimento a quei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata ma dalle future mandanti (in particolare per omesso conferimento del mandato in caso di aggiudicazione, oppure, in

caso di controllo a campione, nel caso di mancata prova e conferma delle dichiarazioni rese, in ordine ai requisiti, nella domanda di partecipazione o nell'offerta)⁸⁶.

Giova ricordare che nel vigore del codice del 2006 la giurisprudenza ha affermato che, in caso di raggruppamenti temporanei, la prestazione di garanzia a corredo dell'offerta nella misura prescritta dal bando, ma non riferibile soggettivamente anche all'impresa mandante, non è di per sé causa di esclusione, ma impone l'attivazione del potere di soccorso istruttorio⁸⁷.

Per converso, in caso di gruppi societari, se a partecipare è solo una società del gruppo, non è ammissibile che la garanzia sia rilasciata a favore della società capogruppo non partecipante alla gara⁸⁸.

In base al nuovo codice la cauzione provvisoria copre la mancata stipulazione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, il che implicitamente include anche il rifiuto, in caso di a.t.i. costituenda, di costituire l'a.t.i., se ciò determina la mancata stipulazione del contratto.

Cons. St., ad. plen., n. 6/2005, giurisdizione e responsabilità precontrattuale

1) *Ai sensi dell'art. 6, l. n. 205/2000, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento anche il contenzioso sulla responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, che è tenuta al rispetto, oltre che delle regole di evidenza pubblica, anche dei doveri di correttezza e buona fede nelle trattative negoziali, secondo il codice civile.*

2) *In caso di revoca dell'aggiudicazione di una gara di appalto, ancorché legittima, la stazione appaltante è tenuta al risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale se ha ingenerato nella controparte l'incolpevole affidamento nel conseguimento del contratto.*

3) *Il mancato utile spetta nella misura del 10%.*

La decisione è stata resa con riferimento ad un appalto sottoposto al d.lgs. n. 157/1995. La prima e la seconda massima sono di perdurante attualità (sulla responsabilità precontrattuale della s.a. v. pure plen. n. 5/2018). La terza è superata dalla giurisprudenza successiva, anche della plenaria, che per il risarcimento del mancato utile fa riferimento all'utile effettivo conseguibile e non al criterio forfettario del 10% (v. plen. n. 2/2017).

Cons. St., ad. plen., n. 3/2005 bando di gara e criterio di determinazione della media nel criterio del prezzo più basso

Il bando è atto di gara che se non impugnato dalle parti non può essere disapplicato dal giudice.

Nel merito affronta una questione sulla base di calcolo della media al loro o al netto degli oneri di sicurezza.

Decide una questione insorta nel vigore della l. n. 109/1994 su un criterio di calcolo delle medie in base a legislazione degli anni '70. La prima massima è di perdurante attualità, la seconda fa riferimento a criteri di calcolo delle medie non più vigenti.

⁸⁶ Cons. giust. sic., 8.5.2006 n. 180.

⁸⁷ Cons. St., III, 14.1.2015 n. 57.

⁸⁸ Cons. St., V, 15.5.2019 n. 3151.

Cons. St., ad. plen., n. 9/2004 organismo di diritto pubblico e appalto di servizi nei settori speciali

La disciplina applicabile ad una gara di appalto è quella indicata nel bando di gara, a meno che questo non sia specificamente contestato; se il bando di gara non individua la disciplina normativa applicabile, questa va individuata in base all'oggetto specifico dell'appalto.

Il servizio di pulizia delle stazioni ferroviarie è sottoposto al d.lgs. n. 158/1995.

Grandi Stazioni s.p.a. costituisce impresa pubblica tenuta, per le proprie gare di appalto, al rispetto del d.lgs. n. 158/1995.

La giurisprudenza è stata oscillante sulla natura giuridica di Grandi Stazioni e sul suo assoggettamento o meno al diritto europeo (settori speciali) per gli appalti di pulizia delle stazioni. Le sez. un. lo hanno escluso (Cass., sez. un., 4.5.2006 n. 10218).

Cons. St., ad. plen., n. 2/2003 onere della prova del danno in materia di appalti pubblici

In materia di risarcimento del danno da mancata illegittima aggiudicazione l'onere della prova incombe sul danneggiato.

La ordinanza di rimessione aveva sollevato una questione più generale sulla natura contrattuale o aquiliana della responsabilità della stazione appaltante per mancata illegittima aggiudicazione ma la plenaria ha ritenuto esserle precluso l'esame di tale questione per ragioni processuali. Il principio di cui alla massima sull'onere della prova del danno è di perdurante attualità (v. Plen. n. 2/2017).

Cons. St., ad. plen., n. 1/2003 impugnazione immediata o differita del bando di gara, interesse al ricorso

L'onere di immediata impugnazione del bando di gara deve, normalmente, essere riferito alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione. Non può essere escluso un dovere di immediata impugnazione delle clausole del bando in quei limitati casi in cui gli oneri imposti all'interessato ai fini della partecipazione risultino, manifestatamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale.

L'esecuzione, in tutto o in parte, dell'opera pubblica oggetto di una gara indetta dall'Amministrazione non determini il venir meno, in capo al partecipante non aggiudicatario, dell'interesse a ricorrere avverso gli atti della procedura concorsuale. Tale esito appare, peraltro, riferibile non tanto al semplice interesse morale all'accertamento dell'illegittimità della gara, quanto, piuttosto, alla persistenza, pur dopo l'esecuzione della opera pubblica, dell'interesse a conseguire l'eventuale risarcimento dei danni volti a ristorare il pregiudizio patito per effetto dell'illegittimità della gara e della sua conclusione.

Costituisce una pietra miliare ed esprime principi di perdurante attualità ribaditi dalle successive plenarie.

Cons. St., ad. plen., n. 6/2002 servizio di tesoreria e contratto accessorio di sponsorizzazione

In una gara per l'affidamento del servizio di tesoreria di ente locale può legittimamente prevedersi l'assegnazione di un punteggio a favore di quei concorrenti che si dichiarino disposti a farsi carico anche di un contratto accessorio di sponsorizzazione. Presupposto di legittimità di tale operazione è che il pagamento di un corrispettivo in denaro per la sponsorizzazione ed i criteri di attribuzione dei punteggi siano previsti espressamente nella lettera di invito, a tutela della par condicio dei partecipanti alla gara.

L'attribuzione dei punteggi dovrà privilegiare, essenzialmente, gli aspetti relativi alla capacità tecnica, operativa e organizzativa del concorrente ed all'economia del servizio di tesoreria in sé considerato, dovendo l'Amministrazione individuare in proposito criteri in grado, almeno potenzialmente, di differenziare in modo significativo le offerte sotto i profili più strettamente funzionali ora detti; mentre il punteggio conferibile in relazione alle sponsorizzazioni dovrà essere modulato in termini più che altro residuali e tali da non costituire l'elemento discriminante principale e – per la sua oggettiva portata – tendenzialmente risolutivo dell'iter concorsuale.

Ne consegue che il conferimento di punteggio per tale voce dovrà muoversi – anche ad evitare che si alterino i principi della concorrenza e della trasparenza dell'azione amministrativa e che, in definitiva, si venga a disincentivare surrettiziamente una seria partecipazione alla gara medesima – nell'ambito di una forcella esattamente definita dalla lex specialis della gara ed ivi resa nota ai concorrenti, tale da non comportare in alcun caso l'attribuzione di punteggi aggiuntivi direttamente e illimitatamente proporzionali al crescere dell'entità dell'offerta per la voce stessa.

Ciò anche al fine di evitare che, per tale via, la procedura concorsuale venga convertita in una sorta di gara con offerte illimitate in aumento, essenzialmente legate alla sponsorizzazione, con aggiudicazione al soggetto disposto ad offrire, per essa, il rialzo più elevato, senza la previa definizione, a tal fine, di un ragionevole e bilanciato tetto massimo, coerente con gli effettivi benefici sinallagmaticamente ritraibili dal concorrente attraverso la sponsorizzazione, ma anche e soprattutto con il limitato rilievo che può assumere nella gara un elemento non costituente, come si ripete, indice di particolari capacità nell'espletamento dei servizi di tesoreria.

Cons. St., ad. plen., n. 2/2001 e n. 1/2001 termini e atti impugnabili nel rito appalti

Nel rito appalti di cui all'art. 19, d.l. n. 67/1997 è dimezzato anche il termine di proposizione del ricorso introduttivo.

Il rito appalti si applica, oltre che agli atti delle procedure di affidamento espressamente menzionati, anche agli atti di secondo grado, quali annullamento, ritiro, o revoca, incidenti su detti atti delle procedure di affidamento.

La prima massima riguarda un rito in prosieguo modificato dall'art. 23-bis, l. Tar e poi dal d.lgs. n. 53/2010 (la prima previsione riportò a sessanta giorni il termine per il ricorso di primo grado, la seconda ritornò alla regola, oggi vigente, dei trenta giorni).

La seconda massima è di perdurante attualità.

Cons. St., ad. plen., n. 10/1990 qualificazione, a.t.i.

E' illegittima, per violazione dell'art. 21 della legge n. 584 del 1977, l'aggiudicazione a licitazione privata della costruzione di un'opera pubblica ad un raggruppamento d'impresе iscritte all'albo nazionale costruttori per una cifra complessiva che, senza l'aumento del quinto, non raggiunge l'importo dei lavori.

L'orientamento della Adunanza Plenaria, nel quadro normativo di cui alla legge n. 584 del 1977, è stato condiviso da Cons. St., Sez. V, 22 marzo 1999 n. 52.

La soluzione opposta, peraltro con riferimento alla disciplina di cui al d.lgs. n. 406 del 1991, è stata affermata da Cons. St., Sez. V, 6 dicembre 1999 n. 815.

Attualmente, è consentita l'applicazione dell'aumento del quinto a ciascuna impresa partecipante al raggruppamento, con alcuni temperamenti (v. art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010; in precedenza, v. l'art. 3, comma 2, del d.P.R. n. 34 del 2000).

Cons. St., ad. plen., n. 3/1985 giurisdizione, revisione prezzi

Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia sorta col ricorso dell'impresa appaltatrice contro gli atti con i quali l'amministrazione ha accolto solo parzialmente la sua domanda di revisione dei prezzi, e l'ha accolta in base ad un criterio la cui legittimità viene contestata.

La decisione in commento segue la tesi secondo cui in materia di revisione prezzi degli appalti il contenzioso sull'an (spettanza o meno della revisione) rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, mentre il contenzioso sul quantum rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

Tale tesi è stata seguita fino all'entrata in vigore del codice appalti (d.lgs. n. 163/2006) che ha invece attribuito tutto il contenzioso sulla revisione prezzi (sia an che quantum), al giudice amministrativo (v. ora art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a.).

V. anche Cass., sez. un., 15 giugno 2009 n. 13892, ord.; Cons. St., sez. III, 12 luglio 2011 n. 4165.

Cons. St., ad. plen., n. 18/1984 revisione prezzi

In tema di revisione dei prezzi d'appalto di opere pubbliche, l'art. 17 l. 10 dicembre 1981, n. 741, va interpretato nel senso che la dichiarazione del ricorrente di voler attendere l'esito del parere della commissione consultiva prevista dall'art. 4 d.lgs. 6 dicembre 1947, n. 1501, anche oltre il novantesimo giorno prima di adire il giudice amministrativo ha l'effetto di spostare a dopo la comunicazione dell'emissione del detto parere (che diventa adempimento necessario) la decorrenza del termine di novanta giorni per la comunicazione della decisione del ricorso amministrativo, per cui dall'inutile decorso di tale data inizia a decorrere, poi, quello ulteriore di sessanta giorni per la proposizione del ricorso giurisdizionale contro il provvedimento impugnato in sede amministrativa.

Il trasferimento alle province di Trento e Bolzano delle materie dei lavori pubblici regionali e dell'edilizia residenziale pubblica non ha comportato anche il trasferimento alle stesse della potestà decisoria prevista in tema di revisione prezzi dei contratti d'appalto di opere pubbliche dagli artt. 4 e ss. d.lgs. 6 dicembre 1947, n. 1501, che è rimasta nella sfera di competenza dello Stato; pertanto è inammissibile il ricorso

contro le determinazioni negative dell'istituto trentino per l'edilizia abitativa sulla domanda di revisione dei prezzi dell'appalto per la costruzione di alloggi economici e popolari, che sia stato proposto alla provincia di Trento e non al ministro dei lavori pubblici.

È illegittimo il rifiuto dell'amministrazione di calcolare la revisione dei prezzi di appalto sulla base dei maggiori costi della mano d'opera previsti da tabella resa nota successivamente alla data della presentazione delle offerte, anche se applicabile con effetto retroattivo a partire da un momento anteriore a tale data.

Il principio di cui alla prima massima è stato seguito dalla successiva giurisprudenza: v. Cons. St., sez. IV, 17 dicembre 2003, n. 8323.

L'art. 17 della legge n. 741 del 1981 recava una disciplina speciale del ricorso amministrativo in materia di revisione prezzi, rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 6, d.lgs. n. 1199 del 1971.

Peraltro l'art. 17 della legge n. 741 del 1981 è stato abrogato dal codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006).

Cons. St., ad. plen., n. 1/1969 e n. 2/1969 concessione di servizi

Nel regime di nazionalizzazione dell'energia elettrica, la cui produzione e distribuzione è per legge riservata all'ENEL, sono previste deroghe legislative mediante la concessione da parte dell'ENEL agli enti locali del servizio di distribuzione e vendita (art. 10, d.P.R. n. 36/1963); trattasi di concessione discrezionale nel cui procedimento di rilascio o di diniego costituisce condizione procedimentale prodromica la previa autorizzazione ministeriale, il cui difetto inficia il diniego di concessione.

Cons. St., ad. plen., n. 3/1961, giurisdizione, atto impugnabile, trattativa privata, autotutela

La giurisdizione generale di legittimità del Consiglio di Stato è radicata dalla impugnazione di un atto amministrativo lesivo di interesse legittimo anche se adottato non in esito a un procedimento normato dalla legge ma ad un procedimento posto in essere dall'Amministrazione in via di autolimitazione della propria potestà.

Nel procedimento che precede la stipula del contratto, anche se la scelta del contraente avviene in seguito a trattativa privata, le dichiarazioni di volontà che l'Amministrazione emette con le forme dell'atto amministrativo sono soggette al sindacato giurisdizionale.

La revoca di un affidamento a trattativa privata è atto amministrativo impugnabile davanti al Consiglio di Stato.

E' legittima la revoca di un affidamento a trattativa privata motivata da ragioni di pubblico interesse.

Esprime principi di perdurante attualità.

Cons. St., ad. plen., n. 20/1955 legittimazione e interesse al ricorso

Se l'Amministrazione autolimitandosi indice una gara informale per la scelta del contraente, i soggetti invitati hanno un interesse giuridicamente tutelato a contestare la scelta finale.

Principio di perdurante attualità.

Cons. St., n. 27/1954 giurisdizione, revisione prezzi

Ai sensi del decreto legge n. 901/1940, il decreto ministeriale che decide le controversie in materia di revisione dei prezzi ha natura giurisdizionale ed è pertanto sottratto al sindacato del Consiglio di Stato. Si riferisce a normativa non più in vigore.

Cons. St., ad. plen., n. 11/1953 concessione di autolinea

L'esercizio di concessione di autolinea a titolo provvisorio in scadenza o l'esercizio di tale concessione in via di fatto dopo la scadenza, non radica un diritto di preferenza ma solo una generica aspettativa alla proroga ove non vi ostino ragioni di pubblico interesse.

Cons. St., ad. plen., n. 12/1951 concessione di autolinea e sindacato sui criteri di valutazione delle domande concorrenti

In presenza di concorrenti domande di rilascio di concessione di autolinea sebbene i criteri di valutazione delle domande siano discrezionali, ciò non impedisce al giudice di valutarne la corretta applicazione, e non vi è margine di discrezionalità quando piuttosto che di un vero e proprio apprezzamento si tratti dell'accertamento di condizioni e posizioni di fatto.

Esprime principi di perdurante attualità sull'accesso del giudice al fatto, sulla differenza tra apprezzamento e accertamento, sui limiti del sindacato sulla scelta discrezionale.

Cons. St., n. 1/1930 giurisdizione su provvedimenti che precedono un contratto e autotutela pubblicistica

Rientra nella giurisdizione del Consiglio di Stato il contenzioso su provvedimenti che precedono e seguono un contratto di concessione di lavori e gestione di uno stabilimento termale, quali il bando, il visto e l'approvazione del contratto.

E' illegittimo l'affidamento di una concessione di lavori e gestione di uno stabilimento termale formalmente con gara pubblica ma senza pubblicazione del bando, così realizzandosi nella sostanza un affidamento a trattativa privata senza il rispetto dei presupposti e del procedimento di legge per la trattativa privata ed è pertanto legittimo il provvedimento statale che annulla la concessione affidata da un Ente locale.

Esprime principi di perdurante attualità.

Cons. St., n. 2/1929 giurisdizione su provvedimenti amministrativi incidenti sulla fase di esecuzione del contratto

In presenza di un contratto (nella specie di locazione di uno stabilimento industriale tra la pubblica amministrazione e un privato, ove l'Amministrazione voglia recedere dallo stesso, oltre ad avvalersi degli strumenti contrattuali previsti dal capitolato (che ricadono nella giurisdizione del giudice ordinario) può utilizzare provvedimenti autoritativi (quale la requisizione di cui all'art. 7 l. n. 2248/1865 all. E) che, ancorché incidenti sulla fase di esecuzione del contratto, rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Principio di perdurante attualità, in ordine alla c.d. autotutela pubblicistica esterna al contratto e agli strumenti pubblicistici di autotutela in fase di esecuzione del contratto.