

L'Adunanza plenaria è chiamata a pronunciare sulla corretta interpretazione della disciplina della garanzia provvisoria prestata dagli operatori economici che partecipano alle procedure selettive regolate dal d. lgs. n. 50 del 2016. Ciò con specifico riferimento alla questione se, l'amministrazione, in presenza degli altri presupposti, possa dar luogo o meno all'escussione della cauzione prestata dal destinatario della proposta di aggiudicazione ma non ancora formalmente aggiudicatario della gara.

La sentenza in rassegna ha anche espresso rilevanti principi di ordine processuale in punto di legittimazione e interesse a ricorrere avverso gli atti delle procedure selettive (soprattutto in punto di rilevanza della definitività dell'esclusione) ed ha approfondito le specifiche connotazioni del ricorso incidentale nelle sue diverse declinazioni.

Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza non definitiva 4 gennaio 2022, n. 26 – Pres. Poli, Est. Lamberti

Contratti pubblici – Garanzia provvisoria – Escussione anteriore al provvedimento di aggiudicazione – Deferimento all'Adunanza plenaria

Va rimesso alla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato il seguente quesito:

se l'art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 possa (recte, debba) trovare applicazione non solo nei confronti del soggetto cui sia già stata definitivamente aggiudicata la gara, ma anche nei confronti del soggetto che la commissione giudicatrice, dopo le valutazioni di spettanza, abbia proposto per l'aggiudicazione (1).

(1) I. – Con la decisione in rassegna la quarta sezione del Consiglio di Stato, premessi alcuni rilevanti principi di ordine processuale e sostanziale, ha deferito all'Adunanza plenaria la questione di cui in massima relativa alla corretta interpretazione della disciplina in materia di escussione della cauzione prestata dalle imprese partecipanti alla gara e, segnatamente, se detta escussione sia ammessa nei confronti dell'operatore economico che sia soltanto destinatario della proposta di aggiudicazione.

II. – La sentenza – che ha respinto l'appello incidentale e, in parte, quello principale - ha osservato quanto segue:

- a) su un primo aspetto processuale, relativo al regime di impugnazione degli esiti della gara:
 - a1) la contestazione dell'esito di una procedura di selezione del contraente può essere formulata soltanto dall'operatore economico che a quella procedura abbia preso parte;

- a2) non rileva, in proposito, la mera partecipazione di fatto, poiché solo la legittima partecipazione ascrive in capo all'operatore una situazione differenziata e qualificata (ossia l'interesse legittimo alla regolare conduzione delle operazioni di selezione da parte della stazione appaltante) che lo facoltizza a lamentare, in sede processuale, l'esito della procedura, proprio in quanto vi ha partecipato *secundum jus*;
- a3) la partecipazione alla gara, quale fattore legittimante la formulazione di un ricorso avverso l'esito della stessa, rileva quale elemento (*recte*, presupposto) normativo, non semplicemente fattuale, dell'istanza di giustizia veicolata in giudizio: la formulazione di un ricorso e la sua decidibilità nel merito richiedono infatti, alla sua base, una situazione sostanziale giuridicamente qualificata, posto che il processo è, nella sua essenza, la forma pubblicistica di tutela di situazioni giuridiche soggettive e l'assenza, originaria o sopravvenuta, di tale fondamento sostanziale dell'istanza di giustizia priva *ab imis* la dinamica processuale del suo stesso oggetto;
- a4) non ha titolo ad impugnare l'aggiudicazione non solo il partecipante che sia stato in precedenza escluso dalla gara, eventualmente anche in sede di autotutela officiosa, con provvedimento inoppugnato, ma anche l'impresa che abbia visto respinto in sede giurisdizionale, con pronuncia definitiva, il proprio ricorso avverso l'estromissione dalla gara: in questo ultimo caso la pronuncia giurisdizionale, nel respingere il ricorso, accerta che il concorrente non ha *ab origine* partecipato *secundum jus* alla gara;
- a5) le pronunce di rigetto del giudice amministrativo, infatti, si limitano a dichiarare l'infondatezza dei motivi di censura svolti dall'interessato avverso una manifestazione provvedimentale di volontà, che, dunque, resta *ab origine* l'unica fonte di regolazione della fattispecie;
- a6) in siffatta ipotesi, pertanto, il concorrente è da intendersi *ab imis* estraneo alla procedura, posto che la sua partecipazione di fatto non ha riposato su un sostrato normativo legittimante;
- a7) tali considerazioni di massima valgono anche nel caso in cui il ricorso avverso l'aggiudicazione sia stato formulato in pendenza dell'impugnativa avverso l'atto di esclusione: la reiezione di quest'ultima determina, in chiave processuale, la perdita *ex tunc*, in capo al ricorrente, della posizione legittimante il successivo ricorso avverso l'aggiudicazione, quale riflesso necessario ed ineludibile della carenza sostanziale di un interesse legittimo al regolare svolgimento della gara, strutturalmente insuscettibile di cristallizzarsi in capo ad un soggetto che non vi abbia *tout court* preso parte

o ne sia stato legittimamente escluso (sul punto, in senso sostanzialmente conforme, Corte di giustizia UE, grande sezione, 21 dicembre 2021, C-497/20, *Randstad Italia s.p.a.*, *infra* § i1);

- a8) tale conclusione è conforme all'indirizzo interpretativo eurounitario e nazionale: I) il regolatore euro-unitario non conosce una disciplina generale del processo, rimessa ai legislatori nazionali con l'unico limite dei principi di equivalenza (del trattamento delle situazioni giuridiche nazionali ed euro-unitarie) ed effettività (della tutela giurisdizionale in concreto erogabile); II) il diritto processuale nazionale impone, con l'art. 120, comma 7, c.p.a., che tutti gli atti emessi nell'ambito di una procedura di gara già oggetto di un ricorso debbano essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti (detta disposizione ha un carattere processuale e tende a perseguire il fine della concentrazione processuale, quale fattore di razionalizzazione e velocizzazione del contenzioso; essa non impinge nella natura sostanziale degli atti impugnati, non ne muta il regime giuridico, non incide sulla relativa efficacia, non ne elide l'autonomia strutturale e funzionale);
- a9) il giudice investito di una tale complessa controversia (solo processualmente) unitaria deve prendere le mosse dal ricorso avverso l'atto di esclusione, non solo perché temporalmente anteriore, ma soprattutto perché funzionalmente propedeutico alla stessa possibilità di cognizione dell'impugnativa dell'aggiudicazione: la verifica della ritualità dell'esclusione del concorrente è, infatti, oggettivamente prioritaria rispetto allo scrutinio delle censure da questi mosse avverso il successivo esito della gara;
- a10) del resto, il diritto UE conosce, anche nella materia degli appalti, il valore della risorsa giustizia, la cui ontologica scarsità osta a che sia dispersa nello scrutinio di ricorsi avverso atti di aggiudicazione formulati da concorrenti che, al momento della delibazione da parte del giudice, risultino oramai estranei alla gara stessa;
- a11) non può che interpretarsi così il passaggio operato dalla sentenza della Corte di giustizia UE, sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15, *B.T.G.* (§ 34), alla luce anche della successiva sentenza sez. VIII, 11 maggio 2017, C-131/16, *Archus e Gama* (in *Riv. giur. edilizia*, 2017, I, 533), secondo cui “[il diritto euro-unitario] consente ad ogni partecipante escluso di contestare non solo la decisione di esclusione, ma anche, fintantoché detta contestazione è pendente, le successive decisioni che gli arrecherebbero pregiudizio ove la propria esclusione fosse annullata”: del resto, le condizioni dell'azione debbono sussistere al

momento del radicamento della lite e persistere per tutta la relativa durata, per cui, se al momento della deliberazione giudiziale del ricorso avverso l'aggiudicazione il concorrente risulti definitivamente escluso dalla procedura a seguito del rigetto dell'impugnazione dell'atto di estromissione a suo tempo emanato dalla stazione appaltante, ne viene meno *ex tunc* la legittimazione e lo stesso interesse a ricorrere;

b) su un secondo aspetto processuale, inerente all'assetto delle impugnazioni incidentali di primo grado:

b1) premessa la natura occasionale, accessoria e, per così dire, non "*originaria*" dell'interesse sotteso alla proposizione dell'impugnazione incidentale (che non consegue all'atto, ma all'altrui impugnazione di tale atto), il ricorso incidentale c.d. proprio non introduce una domanda demolitoria autonoma nell'oggetto, ma costituisce una contro-impugnazione rivolta avverso il medesimo atto già impugnato *ex adverso*, che viene censurato nella parte in cui è lesivo per il ricorrente incidentale (qualifica processuale che, sul piano sostanziale, corrisponde a quella di controinteressato);

b2) da un punto di vista processuale, il ricorso incidentale proprio non estende l'oggetto provvedimento del giudizio *stricto sensu* inteso, che resta incentrato sull'atto già aggredito con l'impugnazione principale, ma ne arricchisce la cognizione, estesa anche alle censure incidentali: non tende teleologicamente a rimuovere l'atto gravato, ma a mantenerlo e per far ciò, stigmatizza profili di illegittimità dell'atto, distinti da quelli lamentati *ex adverso*, tali da neutralizzare l'impugnazione principale, preservando l'assetto degli interessi delineato dal provvedimento;

b3) viceversa, il ricorso incidentale improprio attinge un diverso atto, il cui prospettico annullamento priverebbe di efficacia l'avversa impugnazione principale (ad esempio, l'impugnazione incidentale dell'ammissione alla gara del soggetto che ha impugnato, in via principale, l'aggiudicazione della stessa);

b4) siffatta impugnazione, dunque, arricchisce l'oggetto del giudizio e mira a sterilizzare *ab externo* l'iniziativa giurisdizionale principale, elidendone *ab imis* i presupposti (*in primis* di ammissibilità o procedibilità);

b5) anche il ricorso incidentale improprio, pur connotato da un portato demolitorio, mira comunque, in definitiva, a preservare l'assetto degli interessi fissato dall'Amministrazione;

b6) la natura finalisticamente difensiva e strutturalmente conservativa del ricorso incidentale (proprio od improprio che sia), nonostante la forma

impugnatoria, ne condiziona intrinsecamente l'ammissibilità e la procedibilità;

- b7) invero, il ricorso incidentale: I) è ammissibile solo se effettivamente in grado, ove accolto, di neutralizzare l'avversa impugnazione; II) è procedibile solo in caso di ritenuta fondatezza dell'impugnazione principale, posto che, in caso contrario, l'assetto degli interessi fissato in via amministrativa resterebbe comunque immutato;
- b8) quanto a quest'ultimo punto, va evidenziato che a sostegno dell'impugnazione incidentale non vi è una lesione attuale (che richiede l'esperimento di una impugnazione autonoma), ma una mera lesione virtuale conseguente all'ipotetico accoglimento dell'impugnazione principale: ove venga meno questo pericolo, la finalità difensiva cui è preordinato il ricorso incidentale è pienamente soddisfatta, sì che l'impugnazione incidentale perde *naturaliter* di interesse;
- b9) ne consegue che la reiezione, per qualsivoglia ragione, del ricorso principale di primo grado rende, in ogni caso, improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale (arg. anche da Cons. Stato, Ad. plen., 18 maggio 2018, n. 8, oggetto della News US 30 maggio 2018 che esclude espressamente la possibilità di esaminare il ricorso incidentale escludente in caso di difettosa costituzione del rapporto processuale da parte del ricorrente principale);
- c) sul versante sostanziale inerente al mantenimento dei requisiti in capo all'impresa partecipante per tutta la durata della gara:
 - c1) i requisiti di partecipazione devono sì essere posseduti al momento della formulazione della domanda, ma debbono altresì essere mantenuti per tutto il corso della procedura amministrativa di selezione del contraente;
 - c2) argomentare diversamente, del resto, condurrebbe a diverse aporie logiche: I) il concorrente, una volta ammesso, potrebbe in seguito perdere i requisiti di partecipazione senza alcuna conseguenza negativa, beneficiando in tal modo, per tutto il seguito del procedimento, di una sorta di "zona franca" sostanziale, collidente con gli scopi e le ragioni dell'evidenza pubblica; II) sotto altro aspetto, l'ammissione di un concorrente ne cristallizzerebbe una volta per tutte la facoltà di partecipare alla gara, rendendo *de jure* irrilevanti tutte le eventuali vicende successive pur occorse durante lo svolgimento del procedimento, in spregio del principio di continuità dell'azione amministrativa e di immanenza del pubblico interesse perseguito dall'Amministrazione mediante la procedura di selezione del contraente; III) sotto altro profilo, il dovere di lealtà e trasparenza, insito nella

partecipazione stessa dell'operatore economico ad un procedimento di selezione del contraente (che genera un conseguente e sotteso rapporto amministrativo specificamente normato), impone la pronta comunicazione all'Amministrazione – tra l'altro – delle vicende penali che abbiano interessato gli esponenti apicali del concorrente costituito in forma societaria;

- c3) nell'ipotesi di rinvio a giudizio di esponenti apicali dell'operatore economico al quale la commissione giudicatrice aveva proposto di aggiudicare la gara (e, dunque, prima della conclusione del contratto), del tutto legittimamente la stazione appaltante omette la stipulazione ed esclude l'operatore economico dalla gara: I) ciò che, a valle della stipulazione negoziale, costituisce, per disposizione della *lex specialis* specificamente ed incondizionatamente accettata dai concorrenti, causa di risoluzione di diritto del contratto, a monte della stessa non può che valere quale causa ostativa alla conclusione del medesimo; II) diversamente argomentando si verificherebbe l'ossimoro giuridico di una stipulazione contrattuale operata dalla stazione appaltante nella consapevole prospettiva dell'immediato e doveroso scioglimento unilaterale del vincolo; III) l'intervento, nel corso della procedura di evidenza pubblica, di una causa (sostanziale) ostativa alla prospettiva stipulazione del contratto non può che riflettersi, in chiave procedimentale, nell'immediata estromissione del concorrente dalla gara; IV) del resto, giacché la gara è teleologicamente volta alla stipulazione del contratto, un concorrente giuridicamente incapace di stipulare tale contratto – per il sopraggiungere di una causa a ciò ostativa – non ha più ragione di (continuare a) prendere parte alla procedura, che, peraltro, impone alla stazione appaltante la spendita di energie amministrative per loro natura scarse e, dunque, necessariamente da ottimizzare; V) una tale conclusione è in linea con il potere di esclusione dell'impresa per il mancato di rispetto dei protocolli di legalità ex art. 1, comma 17, l. n. 190 del 2012: la relativa clausola non costituisce né una "*condizione generale di contratto*" (art. 1341 c.c.), né, comunque, una previsione negoziale, quanto, al contrario, una condizione di partecipazione ad un procedimento amministrativo indetto, nell'esercizio di un potere istituzionalmente riservato, dall'amministrazione (peraltro, in termini più generali, l'applicazione della normativa civilistica nelle materie oggetto di potere amministrativo non è immediata e, per così dire, fisiologica, ma è viceversa eccezionale – arg. a contrario dall'art. 1, comma 1-bis, l. n. 241 del 1990 – posto che la fattispecie,

proprio in quanto frutto della spendita di potere, è interamente regolata secondo il meccanismo norma – potere – effetto);

d) quanto alla questione, anch'essa di ordine sostanziale, sottoposta all'attenzione della Plenaria:

- d1) il vigente testo dell'art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017, ha il seguente tenore: *“La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto”*;
- d2) in precedenza, l'articolo recitava come segue: *“La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo”*: risalta, dunque, l'intervenuta espunzione, nel vigente testo, di ogni riferimento all'elemento soggettivo dell'affidatario, viceversa contemplato nella precedente versione, limitandosi l'attuale formulazione dell'articolo, ad individuare, quale presupposto dell'escussione, la sussistenza di un *“fatto riconducibile all'affidatario”*, ovvero *“l'adozione di informazione antimafia interdittiva”*;
- d3) la prima locuzione (*“fatto riconducibile all'affidatario”*) esprime un collegamento meramente eziologico fra un *“fatto”* dell'aggiudicatario e la *“mancata sottoscrizione del contratto”*, richiamando dunque una concezione meramente oggettiva dei presupposti per l'applicazione dell'escussione, cui è estranea ogni valutazione circa la colpevolezza di tale *“fatto”*;
- d4) peraltro, la scelta dell'espressione *“fatto”*, anziché dell'espressione *“atto”*, rafforza vieppiù questa conclusione, posto che, nel linguaggio tecnico-giuridico, il *“fatto”* rimanda ad un mero accadimento materiale (dunque anche ad un'azione umana, ma vista esclusivamente nel suo portato materiale e nella sua natura oggettiva), senza alcuna rilevanza circa il sotteso assetto volontaristico del soggetto, proprio, invece, dello *“atto”* in senso stretto;
- d5) tale esegesi trova ulteriore, indiretta conferma nell'individuazione, come ulteriore fattispecie che attiva l'escussione, dell'adozione di informativa antimafia interdittiva;
- d6) tale provvedimento compete alla pubblica autorità (cui è, dunque, estraneo qualsiasi intervento dell'interessato) a seguito della discrezionale valutazione di elementi sintomatici di permeabilità mafiosa, ed è emesso

senza che sia necessario alcuno scrutinio circa la colpevolezza del soggetto in ordine a tale situazione permeabilità, che ben può essere anche semplicemente subita o tollerata;

- d7) l'assoluta irrilevanza dell'elemento soggettivo in tale seconda ipotesi depone, quindi, per un'analogia conclusione circa l'altra fattispecie, in omaggio anche ad un criterio di necessaria coerenza interna della disposizione di legge, che deve sempre guidare l'interprete nel trarne la corrispondente norma;
- d8) in definitiva la disposizione in parola prescinde da un addebito di colpevolezza in capo all'interessato e pertanto: I) si applica automaticamente al verificarsi, per quanto qui di interesse, di qualunque "fatto" riconducibile alla sfera giuridica dell'affidatario che abbia reso impossibile la stipulazione del contratto, locuzione volutamente ampia al cui interno ben può sussumersi il difetto, originario o sopravvenuto in corso di procedura, dei necessari requisiti di partecipazione stabiliti dalla legge; II) è priva di carattere sanzionatorio, con ogni relativa conseguenza in ordine all'irrilevanza dei principi di diritto di provenienza sovra-statale – in primis della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretata dalla relativa Corte – circa i caratteri del "*diritto punitivo*", locuzione che, come noto, in sede sovra-nazionale si protende oltre i confini ascritti in sede nazionale al diritto penale;
- d9) la natura sanzionatoria del provvedimento di escussione della cauzione non è, tuttavia, unanimemente sostenuta nella giurisprudenza amministrativa e in dottrina;
- d10) non può non evidenziarsi, inoltre, che: I) è revocabile in dubbio che la funzione sanzionatoria di una misura, tanto più se indiretta, ne attesti ex se la natura giuridica propriamente sanzionatoria; II) un istituto o ha natura sanzionatoria o non la ha, non contemplandosi casi di istituti con natura sanzionatoria "*seppure non in senso proprio*", alla luce del principio di tassatività e legalità espressamente posto a fondamento del diritto amministrativo sanzionatorio (cfr. art. 1, l. n. 689 del 1981; art. 3, d.lgs. n. 472 del 1997);
- d11) in conclusione sul punto, l'escussione della garanzia deve essere ritenuta legittimamente disposta dalla stazione appaltante in ogni caso in cui la stipulazione del contratto non sia possibile a motivo di un "fatto" relativo alla sfera giuridica dell'aggiudicatario, quale ben può essere la mancanza o la perdita sopravvenuta dei requisiti cui la legge subordina la

partecipazione ad una gara, senza che sia necessaria alcuna ulteriore indagine;

- d12) resta, a questo punto, il distinto profilo della possibilità di equiparare, ai fini *de quibus*, l'aggiudicatario propriamente detto ed il soggetto a cui favore è stata semplicemente proposta l'aggiudicazione: va rilevato che la disposizione vigente fa riferimento esclusivamente all'aggiudicatario, laddove stabilisce che *"la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione"*;
- d13) sul piano interpretativo, va ritenuto non potersi omettere un'esegesi di carattere logico-sistematico e teleologico della disposizione, invero necessaria al fine di collocarne ed inquadrarne armonicamente il portato normativo entro il più ampio ambito regolatorio recato dal d.lgs. n. 50 del 2016;
- d14) in detta prospettiva, doverosamente attenta al dato sistematico ed alla proiezione finalistica, emerge plasticamente l'assoluta identità, ai fini *de quibus*, tra la situazione dell'aggiudicatario e quella in cui versa il soggetto *"proposto per l'aggiudicazione"* che, tuttavia, si sia visto rifiutare la formale aggiudicazione, con contestuale esclusione dalla procedura, poiché, all'esito dei controlli operati dalla stazione appaltante proprio in vista della stipulazione del contratto, sia emersa l'assenza, non importa se originaria o sopravvenuta, dei necessari requisiti di legge;
- d15) in un caso siffatto, invero, la mancata stipulazione del contratto consegue in via diretta, immediata ed esclusiva ad un *"fatto"* del soggetto già proposto per l'aggiudicazione (dunque già individuato come vincitore della selezione), risultato privo di uno dei requisiti necessari per la stessa partecipazione alla gara;
- d16) va ritenuto che un'interpretazione siffatta, lungi dal violare la disposizione, ne trae di contro la norma più consona alla sottesa *ratio*, tesa a concentrare, a differenza che nel passato (cfr. art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006), i controlli amministrativi sul solo soggetto risultato vincitore della selezione, al fine di alleviare l'onere gravante sulla stazione appaltante e concentrarne le energie sul controllo del solo operatore con cui, all'esito della gara, deve essere stipulato il contratto, di converso limitando a carico di quest'ultimo il rischio dell'eventuale escussione della garanzia;
- d17) la disposizione in parola, del resto, ove menziona *"la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione"*, richiama quella fase situata dopo l'esito della procedura e prima della sottoscrizione negoziale, ossia proprio la fase in cui si svolgono i controlli sul soggetto proposto per l'aggiudicazione, una

volta operato, da parte della commissione giudicatrice, il confronto concorrenziale in cui si sostanzia il senso ed il *proprium* della gara pubblica;

d18) l'esegesi proposta, dunque, non determina una violazione della disposizione – la cui natura non sanzionatoria, peraltro, non impone alcun rigido perimetro all'interprete – ma, al contrario, ne trae, ad avviso del Collegio, la norma più coerente con la più ampia cornice regolatoria recata dal corpus codicistico in cui la disposizione è contenuta: risulterebbe, invero, contraddittorio e diseconomico obbligare la stazione appaltante a procedere all'aggiudicazione nei confronti del “*proposto*” e, subito dopo, ad esercitare l'annullamento in autotutela di tale provvedimento per carenza, in capo all'affidatario, di un imprescindibile requisito soggettivo;

III. – Per completezza, si osserva quanto segue:

- e) sul principio di continuità del possesso dei requisiti, la sua inderogabilità e gli effetti nel tempo:
 - e1) Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2021, n. 7533, § 39.4 ss., citata nella sentenza non definitiva in rassegna;
 - e2) News US in data 12 gennaio 2011 a Cons. giust. amm. sic., sez. giur., ordinanza 29 dicembre 2020, n. 1211, §§ m), n) (ivi i richiami alle plurime decisioni dell'Adunanza plenaria intervenute sul punto);
- f) sui protocolli di legalità o patti di integrità e relativa accettazione da parte del concorrente:
 - f1) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 12 gennaio 2022, n. 32;
 - f2) Corte di giustizia UE, 22 ottobre 2015, C-425/14, *Soc. impr. Edilux c. Assess. beni culturali Sicilia* (in *Appalti & Contratti*, 2015, 12, 90, con nota di CANAPARO; *Riv. corte conti*, 2015, 5, 381; *Giur. it.*, 2016, 1459, con nota di CRAVERO; *Giornale dir. amm.*, 2016, 318, con nota di VINTI), citata nella sentenza non definitiva in rassegna;
- g) sul sindacato della valutazione discrezionale della gravità della condotta dell'operatore economico che partecipa alla gara (tutte citate nella sentenza non definitiva in rassegna):
 - g1) Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2021, n. 7533, cit.;
 - g2) Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2020, n. 8532;
 - g3) Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, in *Foro it.*, 2021, III, 103; *Urbanistica e appalti*, 2021, 85, con nota di NICODEMO; *Giornale dir. amm.*, 2021, 79 (m), con nota di RIVELLINI e oggetto della News US in data 17 settembre 2020);

- h) sulle condizioni dell'azione (in particolare legittimazione e interesse), e rilevabilità della loro carenza, ex officio e anche in appello (su un piano generale):
- h1) Cons. Stato, Ad. plen. 9 dicembre 2021, n. 22, citata nella sentenza non definitiva in rassegna (oggetto della News US n. 94 del 23 dicembre 2021, cui si rinvia per ogni approfondimento);
 - h2) Cons. Stato, Ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6, in *Foro it.* 2020, III, 289, con nota di TRAVI; *Guida al dir.*, 2020, 18, 88, con nota di LADDAGA; *Foro amm.*, 2020, 224; *Giornale dir. amm.*, 2020, 520, con nota di MIRATE, MANNUCCI; *Dir. proc. amm.*, 2020, 1030 (m), con nota di FRANCA; oggetto della News US in data 134 marzo 2020, con ampio approfondimento sul tema;
 - h3) Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, citata nella sentenza non definitiva in rassegna, in *Foro it.*, 2014, III, 429, con nota di SIGISMONDI; *Dir. proc. amm.*, 2014, 544, con nota di BERTONAZZI; *Urbanistica e appalti*, 2014, 1075, con nota di FANTINI; *Giornale dir. amm.*, 2014, 918 (m), con note di FERRARA, BARTOLINI; *Nuovo notiziario giur.*, 2014, 550, con note di BARBIERI; tale pronuncia è stata successivamente richiamata, in punto di elementi costitutivi delle condizioni dell'azione, nella sentenza della plenaria 6 aprile 2018, n. 3, in *Foro it.*, 2018, III, 321 e, quanto all'ordine di trattazione delle questioni, nella pronuncia dell'Ad. plen. 27 aprile 2015, n. 5, in *Foro it.*, 2015, III, 265, con nota di TRAVI; *Urbanistica e appalti*, 2015, 1177, con nota di VAIANO; *Riv. neldiritto*, 2015, 2084, con note di COLASCILLA NARDUCCI; *Riv. dir. proc.*, 2015, 1256, con nota di FANELLI; *Giur. it.*, 2015, 2192 (m), con nota di FOLLIERI; *Dir. proc. amm.*, 2016, 205, con nota di PERFETTI, TROPEA);
- i) sulla legittimazione e interesse ad impugnare gli atti di gara in caso di esclusione:
- i1) Corte di giustizia UE, grande sezione, 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad Italia s.p.a., oggetto della News US in data 18 gennaio 2022, la quale nel concentrare l'attenzione sulla definitività del provvedimento di esclusione, ha ritenuto che le disposizioni europee in tema di appalti pubblici non ostano a una disposizione del diritto interno di uno Stato membro che, secondo la giurisprudenza nazionale, impedisce alle imprese che hanno partecipato a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, di contestare la conformità al diritto UE di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro. In particolare ha affermato che: I) la ricevibilità dei ricorsi di cui all'art. 1 della direttiva n. 89/665/CE non può essere subordinata alla condizione che il ricorrente fornisca la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice, in caso di accoglimento del ricorso, sarà indotta a ripetere la procedura di

aggiudicazione di appalto pubblico; II) l'esistenza di una tale possibilità deve essere considerata sufficiente a tal proposito; III) ne consegue che qualora la ricorrente, in qualità di offerente escluso dalla procedura di aggiudicazione di un appalto, ha proposto dinanzi al giudice amministrativo un ricorso di primo grado fondato su motivi intesi a dimostrare l'irregolarità di tale procedura, detto ricorso deve essere esaminato nel merito; IV) per quanto riguarda gli offerenti esclusi dalla procedura, questi non sono più considerati interessati e non devono ricevere comunicazione della decisione di aggiudicazione se la loro esclusione è divenuta definitiva; V) al contrario, qualora tali offerenti non siano ancora stati definitivamente esclusi, la decisione di aggiudicazione deve essere loro comunicata; VI) l'esclusione di un offerente è definitiva se gli è stata comunicata ed è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può essere oggetto di una procedura di ricorso; VII) il carattere non ancora definitivo della decisione di esclusione determina la legittimazione ad agire contro la decisione di aggiudicazione, legittimazione che non può essere svilita da altri elementi, non rilevanti, quali la classificazione dell'offerta dell'offerente escluso o il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto; VIII) nel caso di specie, il Consiglio di Stato, ritenendo irricevibili i motivi diretti a contestare la decisione di aggiudicazione, sulla base del fatto che la ricorrente era stata esclusa dalla procedura, ha violato le direttive UE nella parte in cui prevedono che solo l'esclusione definitiva può avere l'effetto di privare un offerente della sua legittimazione ad agire contro la decisione di aggiudicazione. In particolare, sia nel momento in cui la ricorrente aveva proposto ricorso dinanzi al T.a.r. competente, sia nel momento in cui questo ha deciso, la decisione della commissione di gara di escluderla dalla procedura non era ancora stata ritenuta legittima da quest'ultimo giudice o da qualsiasi altro organo di ricorso indipendente; IX) pertanto, la riforma della sentenza del T.a.r. da parte del Consiglio di Stato, che ha dichiarato irricevibile la parte del ricorso con cui era contestata l'aggiudicazione del contratto a un terzo, è incompatibile con il diritto a un ricorso effettivo garantito dall'art. 1, par. 1 e 3, della direttiva n. 89/665/CE, letto alla luce dell'art. 2-bis, par. 2, di quest'ultima e, di conseguenza, la sentenza non è neanche conforme all'art. 47, primo comma, della Carta;

- i2) Corte di giustizia UE, sez. VIII, 11 maggio 2017, C-131/16, *Archus e Gama*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, I, 533, § 57-59, cit.;

- i3) Corte di giustizia UE, sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15, *B.T.G.*, § 24 ss., cit.;
- j) sulle regole che presiedono alla esaminabilità del ricorso incidentale:
 - j1) Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2014, n. 755 (in *Foro it.*, 2014, III, 219 cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza);
 - j2) Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4 in *Foro it.*, 2011, III, 306, con nota di SIGISMONDI; *Urbanistica e appalti*, 2011, 674, con nota di LAMBERTI; *Corriere merito*, 2011, 763 (m), con nota di RAIOLA; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 1132; *Giur. it.*, 2011, 1651 (m), con nota di TROPEA; *Guida al dir.*, 2011, fasc. 19, 70, con nota di PALLIGGIANO; *Giurisdiz. amm.*, 2011, I, 513; *Giornale dir. amm.*, 2011, 1103 (m), con nota di GISONDI; *Riv. giur. edilizia*, 2011, I, 570; *Riv. neldiritto*, 2011, 1530, con nota di IZZO; *Dir. proc. amm.*, 2011, 1035, con nota di SQUAZZONI, GIANNELLI, FOLLIERI, MARINELLI; *Arch. giur. oo. pp.*, 2011, 404;
 - j3) il principio elaborato dalla Plenaria (per cui il ricorso incidentale risente – per la sua teorica esaminabilità – in quanto strutturalmente accessorio, della rituale proposizione della causa in primo grado, principio estensibile ai motivi aggiunti cd. propri), è declinato motivatamente da Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2018, n. 2999 secondo cui “... *il thema decidendum del giudizio di appello amministrativo è costituito esclusivamente dalle domande e dai motivi ritualmente introdotti in prime cure con atto tempestivamente notificato e depositato secondo la disciplina sua propria (ricorso principale, ricorso incidentale, motivi aggiunti; cfr. sul punto Cons. Stato, Ad. plen. 27 aprile 2015, n. 5, in Foro it., 2015, III, 265, con nota di TRAVI; Urbanistica e appalti, 2015, 1177, con nota di VAIANO; Riv. Neldiritto, 2015, 2084, con nota di COLASCILLA NARDUCCI; Riv. dir. proc.; 2015, 1256, con nota di FANELLI; Giur. it., 2015, 2192 (m), con nota di FOLLIERI; Dir. proc. amm., 2016, 205, con nota di PERFETTI, TROPEA; Dir. proc. amm., 2016, 830 (m), con nota di BERTONAZZI; § 6.3.)*”;
- k) sull’escussione della garanzia prevista dall’art. 93, comma 6, d. lgs. n. 50 del 2016 e dalla precedente disciplina contenuta nel d. lgs. n. 163 del 2006 ((tutte citate nella sentenza in rassegna):
 - k1) con specifico riferimento alla disciplina transitoria della cauzione provvisoria, Cons. Stato, sez. V, ordinanza 26 aprile 2021, n. 3299, in *Comuni d’Italia*, 2021, 4-5, 148, oggetto della News US in data 3 giugno 2021, con cui il Consiglio di Stato ha sollevato la questione di legittimità costituzionale in materia, censurando la mancata previsione della retroattività della regola più favorevole, introdotta dall’art. 93, comma 6, del nuovo codice dei

contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 50 del 2016), secondo la quale l'escussione della cauzione può avvenire solo nei confronti dell'aggiudicatario e non anche (come in precedenza disponeva l'art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006) nei confronti degli altri concorrenti pur non aggiudicatari;

- k2) Cons. Stato, sez. IV, 22 aprile 2021, n. 3255;
- k3) Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2017, n. 3701;
- k4) Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2017, n. 1818;
- k5) Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 2016, n. 5501;
- k6) Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2016, 2, 85, con nota di TONON; *Nuovo notiziario giur.* 2016, 255, con nota di BARBIERI; *Urbanistica e appalti*, 2016, 787, con nota di CARANTA; *Guida al dir.*, 2016, 13, 82, con nota di CORRADO; *Riv. Neldiritto*, 2016, 1586, con nota di CELLAI;
- k7) Cons. Stato, sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5280, in *Foro amm.*, 2015, 2770;
- k8) Cons. Stato, sez. IV, 9 giugno 2015, n. 2829;
- k9) Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34, in *Giurisdiz. amm.*, 2014, 276; *Urbanistica e appalti*, 2015, 171, con nota di MANFREDI; *Foro amm.*, 2015, 1363 (m), con nota di AMATO;
- k10) Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2012, n. 4778, in *Foro amm.*, 2015, 2509;
- k11) con specifico riferimento alle questioni di giurisdizione: Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9005;
- l) in dottrina:
 - l1) sulla nuova disciplina della cauzione disegnata dall'art. 93 del codice e in particolare sulla previsione che ne prevede l'escussione solo a carico dell'aggiudicatario: M. ZOPPOLATO, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di SANDULLI – DE NICTOLIS, Milano, 2019, III, *Procedure di gara e criteri di scelta del contraente*, 477 ss.; R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 1168 ss.;
 - l2) sul rapporto fra ricorso principale e incidentale di primo grado, sulla natura giuridica di quest'ultimo, sull'indole accessoria e condizionata, sui soggetti legittimati a proporlo, sulle modalità e termini di proposizione: VILLATA – BERTONAZZI, in *Il processo amministrativo*, a cura di QUARANTA e LOPILATO, Milano, 2011, 415 ss.; DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2017, 812 ss.