Pubblicato il 26/04/2022

N. 00007/2022REG.PROV.COLL.
N. 00002/2022 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2 di A.P. del 2022, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Gennaro Macri, Mario Pagliarulo e Fiorita Iasevoli, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Comune di Monza, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Annalisa Bragante e Giancosimo Maludrottu, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac), in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Impresa -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Invernizzi e Andrea Manzi, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Alberico II, n. 33;

-OMISSIS-, in proprio e quale mandataria del costituendo Rti, -OMISSIS-, in proprio e quale mandante del costituendo Rti, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza 28 giugno 2021, n. 1581 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Quarta.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Monza, dell'Impresa -OMISSIS- e della Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2022 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Paolo Clarizia, in sostituzione dell'avvocato Angelo Clarizia, Gennaro Macri, Annalisa Bragante, Giancosimo Maludrottu e Roberto Invernizzi.

FATTO

1.- Il Comune di Monza, con bando pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 5 ottobre 2018, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e spazzamento dei rifiuti urbani.

La procedura prevedeva: *i*) il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di settanta punti massimi all'offerta tecnica e di trenta punti massimi a quella

economica; *ii*) una soglia minima di sbarramento pari a quaranta punti per il punteggio tecnico complessivo, con conseguente esclusione del concorrente che non avesse raggiunto tale soglia.

All'esito della seduta del 18 luglio 2019, la commissione di gara ha dato atto che: *i*) la società -OMISSIS- (d'ora innanzi solo -OMISSIS- o Società) è stata ammessa alla procedura con determinazione dirigenziale prot. n. 722 del 18 aprile 2019; *ii*) dei cinque concorrenti ammessi, soltanto la società -OMISSIS- e la società Impresa -OMISSIS- (gestore uscente del servizio, d'ora innanzi solo -OMISSIS-) hanno superato l'esposta soglia di sbarramento.

La commissione, dopo l'apertura delle buste, ha redatto la graduatoria finale e ha formulato la "proposta di aggiudicazione" a favore della -OMISSIS-.

In data 22 luglio 2019 il Comune ha avviato i controlli finalizzati a verificare il rispetto, da parte della suddetta Società, dei requisiti di cui all'art. 80 del decreto legislativo 1° aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) e, con determinazione dirigenziale 29 gennaio 2020, n. 21874, l'ha esclusa dalla procedura di gara. In particolare, il Comune ha indicato le seguenti ragioni a sostegno della determinazione assunta: *i*) il rinvio a giudizio disposto all'esito dell'udienza preliminare del 22 novembre 2019 dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Salerno, su richiesta del Pubblico ministero del 1° febbraio 2019, nei confronti, tra gli altri, del presidente del consiglio di amministrazione, del socio di maggioranza e del socio di minoranza, per fatti connessi all'affidamento di appalti pubblici e ritenuti integranti le fattispecie di reato di cui agli artt. 110, 353, 353-*bis*, 356 e 314 cod. pen.; *ii*) la statuizione di una sentenza del Consiglio di Stato (sez. V, 12 aprile

2019, n. 2407) da cui risulta «*l'esistenza di un'ulteriore vicenda penale in capo ad un rappresentante della -OMISSIS-*», nell'ambito della quale è stata emessa la «*sentenza di condanna n. 243/2013, che avrebbe dovuto essere resa nota al Comune di Monza*»; *iii*) la sentenza 23 agosto 2019, n. 959 del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte che ha dichiarato la nullità dell'aggiudicazione disposta a favore della Società da parte del Consorzio dei Comuni piemontesi in ragione della rilevanza escludente di talune omissioni dichiarative della stessa Società inerenti a «*condotte penalmente rilevanti*» di esponenti sociali.

Il Comune, a seguito di tali eventi: *i*) con determinazione del responsabile del settore del 29 gennaio 2020, n. 131, ha dichiarato di non approvare la "proposta di aggiudicazione" formulata dalla commissione; *ii*) con determinazione dirigenziale del 18 febbraio 2020, n. -OMISSIS-, ha disposto l'escussione della "garanzia provvisoria", costituita da una fideiussione prestata dalla Reale mutua Assicurazioni, con contratto del 27 novembre 2018, pari ad euro 896.000,00.

2.- La Società ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, Sezione Quarta.

Con ricorso per motivi aggiunti, la Società ha impugnato l'intervenuta aggiudicazione in favore della -OMISSIS-.

Il Tribunale amministrativo, con sentenza 28 giugno 2021, n. 1581, ha rigettato il ricorso principale e per motivi aggiunti e ha dichiarato improcedibile per difetto di interesse il ricorso incidentale proposto dalla -OMISSIS-.

3.- La -OMISSIS- ha proposto appello.

3.1.- La -OMISSIS- ha proposto appello incidentale.

4.- La Quarta Sezione del Consiglio di Stato, all'esito dell'udienza pubblica del 25 novembre 2021, con sentenza non definitiva del 4 gennaio 2022, n. 26, ha dichiarato l'appello non fondato, quanto alle censure proposte avverso il provvedimento di esclusione. Si è rilevato che nel capitolato speciale era stata inserita una clausola risolutiva espressa operante in presenza, tra l'altro, di un rinvio a giudizio per taluni reati, ivi compresi quelli nella specie contestati alla società -OMISSIS-. Inoltre, il Comune aveva indicato, quale ragione del venir meno dell'affidabilità, la commissione di un grave illecito professionale.

Con riferimento alla contestazione dell'aggiudicazione in favore della -OMISSIS-, si è sottolineato come l'intervenuta esclusione dalla procedura di gara comporti la carenza di legittimazione ad impugnare il provvedimento conclusivo della procedura amministrativa.

Con riferimento all'appello incidentale della -OMISSIS-, è stata confermata la dichiarazione di improcedibilità per difetto di interesse pronunciata dal Tribunale amministrativo.

4.1- Con riferimento alla contestazione della determinazione dirigenziale del 18 febbraio 2020, n. -OMISSIS- di escussione della "garanzia provvisoria", è stato disposto il rinvio all'Adunanza Plenaria per la soluzione della questione riportata nella parte in diritto e per la definizione del giudizio.

5.- Nell'imminenza dell'udienza pubblica innanzi all'Adunanza Plenaria, la Società appellante e il Comune resistente hanno depositato memorie difensive a sostegno delle rispettive posizioni.

6.- La causa è stata decisa all'esito dell'udienza pubblica del 16 marzo 2022.

DIRITTO

1.- La questione posta all'esame dell'Adunanza Plenaria attiene all'ambito di operatività della "garanzia provvisoria", che correda l'offerta dei partecipanti alla procedura di gara, al fine di stabilire se essa copra soltanto i "fatti" che si verificano nel periodo compreso tra l'aggiudicazione e il contratto ovvero se si estenda anche a quelli che si verificano nel periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione.

2.- In via preliminare, occorre ricostruire il quadro normativo rilevante.

2.1.- La disciplina contenuta nel decreto legislativo 1° aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) è basata sulla distinzione tra: *i*) la fase procedimentale, finalizzata alla selezione del migliore offerente mediante l'adozione, all'esito del procedimento, del provvedimento di aggiudicazione; *ii*) la fase provvedimentale, che va dall'aggiudicazione alla stipulazione del contratto; *iii*) la fase costitutiva di stipulazione del contratto tra pubblica amministrazione e aggiudicatario; *iv*) la fase esecutiva di adempimento delle obbligazioni contrattuali.

La "proposta di aggiudicazione" si inserisce nella fase procedimentale (art. 32, comma 5). Il legislatore ha attribuito autonomia all'istituto in esame, recependo le indicazioni fornite dal parere del Consiglio di Stato 1° aprile 2016, n. 855, che aveva ritenuto necessario superare i dubbi interpretativi sorti con riguardo all'istituto, elaborato in sede giurisprudenziale, dell'"aggiudicazione provvisoria" che era un atto infraprocedimentale, considerato, però, suscettibile, in via facoltativa, di immediata impugnazione, con onere di impugnazione successiva anche dell'"aggiudicazione definitiva".

2.2.- Il Codice ha previsto che la fase procedimentale e la fase esecutiva siano corredate da un sistema di "garanzie provvisorie" (che rilevano in questa sede) e "garanzie definitive".

2.2.1.- Nella vigenza del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce), l'art. 75, comma 1, disponeva che l'offerta fosse corredata da una garanzia, pari al due per cento, del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di "cauzione" o di "fideiussione" a scelta dell'offerente.

L'escussione di tale garanzia poteva avvenire secondo due differenti forme.

La prima forma era disciplinata dall'art. 48 di tale decreto che, a sua volta, contemplava due diverse fattispecie.

La prima fattispecie prevedeva che le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste, dovessero richiedere ad un numero di offerenti non inferiore al dieci per cento delle offerte presentate, scelti con sorteggio pubblico, di provare, entro dieci giorni dalla richiesta, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (cd. requisiti speciali), eventualmente richiesti (cd. controllo a campione). Nel caso in cui tale prova non fosse stata fornita ovvero non fosse risultata conforme alle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti dovevano procedere – oltre all'esclusione dalla gara e alla segnalazione all'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (le cui funzioni sono oggi assegnate all'Autorità nazionale anticorruzione), che avrebbe

disposto la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento – alla «*escussione della relativa cauzione provvisoria*» (art. 48, comma 1).

L'altra fattispecie riguardava la richiesta indirizzata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che seguiva in graduatoria, qualora gli stessi non fossero stati ricompresi fra i concorrenti sorteggiati (art. 48, comma 2).

La seconda forma era quella prevista dallo stesso art. 75, il quale, al comma 6, disponeva che «*la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo*».

2.2.2.- Nella vigenza del decreto legislativo n. 50 del 2016 è stata mantenuta, con modifiche, soltanto quest'ultima forma di garanzia.

L'art. 93, comma 1, prevede, infatti, che «*l'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria" pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente*». In particolare: *i*) la "cauzione" «*può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti, con bonifico, in assegni circolari o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice*»; *ii*) la "fideiussione" «*a scelta dell'appaltatore può essere rilasciata da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività o rilasciata dagli intermediari finanziari*», che abbiano anch'essi determinati requisiti specificamente indicati.

Il sesto comma dell'art. 93 stabiliva che «*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*».

L'art. 59, comma 1, lett. d), del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, ha modificato tale ultimo comma, disponendo che «*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*».

La possibilità di escussione della "garanzia provvisoria" per il concorrente è prevista soltanto nel caso di dichiarazioni false rese dall'operatore economico nell'ambito della procedura di avvalimento (art. 89, comma 1).

2.2.3.- La "garanzia definitiva" deve essere rilasciata dall'appaltatore al momento della sottoscrizione del contratto, nella forma della "cauzione" o della "fideiussione", a garanzia, in particolare, «*dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse*» (art. 103, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016; cfr. anche art. 113 d.lgs. n. 163 del 2006).

3.- In via preliminare, occorre stabilire, altresì, quali siano la natura e la funzione della "garanzia provvisoria".

3.1.- Nella vigenza del Codice del 2006, l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa distingueva la "garanzia provvisoria" escussa nei confronti dei concorrenti di cui all'art. 48, comma 1, e la "garanzia provvisoria" escussa nei confronti

dell'aggiudicatario di cui all'art. 75, comma 1 (Cons. Stato, Ad. plen., 4 ottobre 2005, n. 8; Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34; Cons. Stato, sez. V, ord. 26 aprile 2021, n. 3299).

Alla prima tipologia di garanzia si assegnava natura sanzionatoria, con funzione punitiva, in quanto l'amministrazione poteva escutere la garanzia, incamerando la somma predeterminata, nei confronti di tutti gli offerenti sorteggiati che non fossero in possesso dei requisiti di partecipazione, con conseguenze economiche sovra-compensative. Ne conseguiva la necessità – in conformità con le regole convenzionali (art. 7 Cedu) – di assicurare il rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari della prevedibilità, accessibilità e limiti di applicabilità delle norme nel tempo.

Alla seconda tipologia di garanzia si assegnava natura non sanzionatoria, qualificando la "cauzione" quale garanzia avente una valenza analoga a quella della caparra confirmatoria e la "fideiussione" quale contratto di garanzia personale, con funzione di evidenziare «*la serietà ed affidabilità dell'offerta*» (Cons. Stato, Ad. plen., n. 34 del 2014, cit.), nonché con funzione compensativa dei danni subiti dalla stazione appaltante.

3.2.- Nella vigenza del Codice del 2016, l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, essendo stata eliminata la prima forma di garanzia, ha attribuito alla "garanzia provvisoria" natura esclusivamente non sanzionatoria (Cons. Stato, sez. IV, ord. n. 26 del 2022, cit.).

3.3.- L'Adunanza Plenaria ritiene che entrambi gli istituti in esame hanno natura non sanzionatoria, con differente qualificazione giuridica a seconda che venga in rilievo la "cauzione" o la "fideiussione".

La "cauzione" è una obbligazione di garanzia di fonte legale imposta ai fini della partecipazione alla gara, che deve essere eseguita dallo stesso debitore. Nella fase fisiologica, la "cauzione" assolve alla funzione di evidenziare la serietà e l'affidabilità dell'offerta, con obbligo dell'amministrazione di restituire la prestazione al momento della sottoscrizione del contratto. Nella fase patologica, la "cauzione" ha natura di rimedio di autotutela, con funzione compensativa, potendo l'amministrazione incamerare il bene consegnato a titolo di liquidazione forfettaria dei danni relativi alla fase procedimentale. In questa prospettiva, non è conferente il richiamo alla caparra confirmatoria di cui all'art. 1385 cod. civ., in quanto la stessa, nella configurazione del codice civile, presuppone la stipulazione di un contratto – che, nella specie, manca – con l'inserimento della clausola che consente, in caso di inadempimento, di recedere dal contratto stesso trattenendo la caparra (cfr. Cass. civ., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553).

La "fideiussione", che rileva in questa sede, è una obbligazione di garanzia di fonte legale imposta ai fini della partecipazione alla gara, che sorge a seguito della stipulazione di un contratto tra un terzo garante e il creditore che si può perfezionare anche mediante la sola proposta del primo non rifiutata secondo il meccanismo dell'art. 1333 cod. civ.

Tale forma di garanzia si caratterizza in modo peculiare rispetto al contratto di fideiussione disciplinato dal codice civile (artt. 1936-1957 cod. civ.).

L'art. 1936 cod. civ. prevede che «*è fideiussore colui che, obbligandosi personalmente, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui*». Le regole civilistiche rilevanti in questa sede sono le seguenti: *i*) il fideiussore è

obbligato in solido con il debitore principale al pagamento del debito, con la possibilità che le parti convengano che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore (art. 1944, commi 1 e 2, cod. civ.); *ii*) il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità (art. 1945 cod. civ.); *iii*) il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate (art. 1956, comma 1, cod. civ.).

L'art. 93, comma 4, del Codice dei contratti pubblici deroga alle disposizioni sopra riportate, disponendo che deve essere prevista la rinuncia: *i*) al beneficio della preventiva escussione del debitore principale; *ii*) al rapporto di accessorietà, dovendo operare questa forma di garanzia a semplice richiesta; *iii*) all'eccezione che consente di fare valere la garanzia anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale.

Tale peculiare disciplina e, in particolare, la deroga al rapporto di accessorietà comporta che il tipo contrattuale deve essere identificato nel contratto autonomo di garanzia (Cass. civ., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947).

Nella fase fisiologica, la "fideiussione" assolve alla sola funzione di consentire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, con obbligo dell'amministrazione di svincolare tale garanzia al momento della sottoscrizione del contratto. Nella fase patologica, la "fideiussione" consente all'amministrazione di azionare il rimedio di adempimento

dell'obbligo di pagamento della somma predeterminata dalla legge con funzione compensativa dei danni relativi alla fase procedimentale.

L'operatività di entrambe le forme di garanzia presuppone un "fatto" del debitore principale che viola le regole di gara che comporta – a seguito dell'eliminazione del riferimento al dolo e alla colpa grave da parte del citato decreto legislativo n. 56 del 2017 – la configurazione di un modello di responsabilità oggettiva, con conseguente esclusione di responsabilità nei soli casi di dimostrata assenza di un rapporto di causalità.

4.- La questione specifica rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria – da risolvere alla luce delle premesse generali sin qui svolte – riguarda l'individuazione dei "soggetti" nei cui confronti può essere escussa la "garanzia provvisoria".

Nell'ordinanza di rimessione si afferma che, pur non sussistendo precedenti specifici del Consiglio di Stato, potrebbero sorgere «*contrasti giurisprudenziali*» e che sia, pertanto, necessario assicurare certezza «*nell'interesse non solo degli operatori di settore ma del diritto oggettivo nel suo complesso*».

L'orientamento espresso nell'ordinanza di rimessione è nel senso che i "soggetti" siano non solo l'"aggiudicatario", ma anche il destinatario di una "proposta di aggiudicazione" per le seguenti ragioni.

In primo luogo, si osserva che occorre valorizzare una interpretazione di «*carattere logico-sistematico e teleologico*», che fa emergere «*plasticamente l'assoluta identità* (…) *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».

In secondo luogo, si afferma come risulterebbe «*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*».

5.- L'Adunanza Plenaria ritiene che deve essere seguito un orientamento diverso da quello proposto dalla Quarta Sezione con l'ordinanza di rimessione, per ragioni che si fondano sui criteri di interpretazione della legge.

5.1.- L'art. 12 delle preleggi dispone che «*nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore*» (primo inciso). Si tratta dei criteri letterale e teleologico (cd. *ratio legis*), a cui deve aggiungersi, tra gli altri, il criterio sistematico, il quale impone di avere riguardo anche alle altre norme rilevanti inserite nel contesto di regolazione complessiva della materia.

Il citato art. 12 prevede, inoltre, che «*se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*» (secondo inciso). Si tratta dell'interpretazione analogica, che opera in presenza di una lacuna normativa.

In applicazione dei riportati criteri, si perviene ai seguenti esiti.

5.2.- Sul piano dell'interpretazione letterale, il comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 è chiaro nello stabilire che «*la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario* (…)». Il riferimento sia all'aggiudicazione, quale provvedimento finale della procedura amministrativa, sia al «*fatto riconducibile all'affidatario*» e non anche al concorrente destinatario della "proposta di aggiudicazione" rende palese il significato delle parole utilizzate dal legislatore nel senso di delimitare l'operatività della garanzia al momento successivo all'aggiudicazione (in questo senso anche Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2021, n. 8367, che ha esaminato una questione analoga a quella in esame, con decisione, però, assunta successivamente alla camera di consiglio con cui è stata disposta la remissione all'Adunanza Plenaria). Il comma 9 dello stesso art. 93 prevede, inoltre, che «*la stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia*» prestata a corredo dell'offerta.

Il significato letterale della norma è confermato anche dal contenuto degli atti della procedura di gara. Il disciplinare dispone, infatti, che «*l'eventuale esclusione dalla gara prima dell'aggiudicazione, al di fuori dei casi di cui all'art. 89, comma 1, non comporterà l'escussione della garanzia provvisoria*».

5.3.- Sul piano dell'interpretazione teleologica, il legislatore ha inteso ridurre l'ambito di operatività del sistema delle garanzie nella fase procedimentale, come risulta dall'analisi della successione delle leggi nel tempo.

In particolare, il Codice del 2016 non ha confermato il sistema previgente disciplinato dall'art. 48 del Codice del 2006, che prevedeva la possibilità, ricorrendo i presupposti indicati, di escutere

la garanzia, con funzione sanzionatoria, anche nei confronti dei partecipanti alla procedura. Ne consegue che l'estensione del perimetro della "garanzia provvisoria" si porrebbe in contrasto con la *ratio legis*.

L'esposta diversità di regime ha indotto il Consiglio di Stato, con la citata ordinanza n. 3299 del 2021, a rimettere alla Corte Costituzionale la questione relativa all'applicazione retroattiva della nuova disciplina della "garanzia provvisoria" (applicata al solo aggiudicatario con funzione compensativa) perché più favorevole rispetto alla precedente disciplina (applicata anche al concorrente con funzione punitiva).

5.4.- Sul piano dell'interpretazione sistematica, in primo luogo, dall'analisi del contesto in cui la norma è inserita e, in particolare, dalla lettura coordinata di alcune disposizioni del Codice risulta chiara la distinzione tra la fase procedimentale relativa alla "proposta di aggiudicazione" e la fase provvedimentale relativa all'"aggiudicazione".

Con riguardo alla "proposta di aggiudicazione" formulata dalla commissione di gara, il Codice – che, come già esposto, ha inteso attribuirle natura autonoma – disciplina il rapporto tra essa e l'aggiudicazione. Il destinatario della proposta è ancora un concorrente, ancorché individualizzato. In questa fase si inseriscono i seguenti adempimenti: *i*) la stazione appaltante, prima dell'aggiudicazione dell'appalto, «*richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto* (…) *di presentare documenti complementari aggiornati*», nel rispetto di determinate modalità, per dimostrare la sussistenza dei requisiti generali e speciali di partecipazione alla gara (art. 85, comma 5); *ii*) la "proposta di aggiudicazione" «*è soggetta ad approvazione*

dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente» (art. 33, comma 1); *iii*) la stazione appaltante, dopo la suddetta approvazione, «*provvede all'aggiudicazione*» (art. 32, comma 5). Nella prospettiva della tutela, la "proposta di aggiudicazione", essendo atto endoprocedimentale, non è suscettibile di autonoma impugnazione.

Con riguardo all'aggiudicazione, il Codice disciplina il rapporto tra essa e il contratto. L'art. 32, comma 6, stabilisce che «*l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta*», in quanto occorre la stipula del contratto e l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile per sessanta giorni. Nella prospettiva della tutela, l'aggiudicazione è il provvedimento finale di conclusione del procedimento di scelta del contraente che, in quanto tale, ha rilevanza esterna e può essere oggetto sia di impugnazione in sede giurisdizionale sia di autotutela amministrativa.

In secondo luogo, la valutazione sistematica anche delle regole civilistiche impone di evitare che il terzo – che ha stipulato un contratto autonomo di garanzia collegato al rapporto principale tra amministrazione e partecipante alla procedura di gara – debba eseguire prestazioni per violazioni non chiaramente definite dalle regole di diritto pubblico.

5.5.- Sul piano dell'interpretazione analogica, la diversità della disciplina e delle situazioni regolate relativa alle due fasi, risultante dall'applicazione degli esposti criteri interpretativi, impedisce di estendere alla fase procedimentale le "garanzie provvisorie" della fase provvedimentale per i motivi di seguito indicati.

Nel caso di mancata stipulazione del contratto a seguito di una "aggiudicazione", le ragioni, come esposto, possono dipendere sia dalla successiva verifica della mancanza dei requisiti di partecipazione sia, soprattutto, dalla condotta dell'aggiudicatario che, per una sua scelta, decide di non stipulare il contratto. In queste ipotesi la stazione appaltante deve annullare d'ufficio il provvedimento di aggiudicazione e rinnovare il procedimento con regressione alla fase della "proposta di aggiudicazione". In tale contesto i possibili pregiudizi economici determinati dalla condotta dell'aggiudicatario sono coperti dalla "garanzia provvisoria" che consente all'amministrazione di azionare il rimedio di adempimento della prestazione dovuta con la finalità di compensare in via fortettaria i danni subiti dall'amministrazione per violazione delle regole procedimentali nonché dell'obbligo di concludere il contratto.

Nel caso di "mancata aggiudicazione" a seguito di una "proposta di aggiudicazione", i motivi di tale determinazione possono dipendere, oltre che da ragioni relative all'offerta, dalla verifica negativa preventiva del possesso dei requisiti di partecipazione del concorrente individuato. In queste ipotesi, contrariamente a quanto affermato nell'ordinanza di rimessione, l'amministrazione non è costretta a procedere all'aggiudicazione e poi ad esercitare il potere di annullamento in autotutela, potendosi limitare a non adottare l'atto di aggiudicazione e ad individuare il secondo classificato nei cui confronti indirizzare la nuova "proposta di aggiudicazione". In tale contesto i pregiudizi economici, se esistenti, hanno portata differente rispetto a quelli che si possono verificare nella fase provvedimentale, con possibilità per l'amministrazione, ricorrendone i presupposti, di fare valere l'eventuale responsabilità precontrattuale del concorrente

ai sensi degli artt. 1337-1338 cod. civ. Rimane fermo, altresì, il potere dell'Autorità nazionale anticorruzione di applicare sanzioni amministrative pecuniarie qualora si accertino specifiche condotte contrarie alle regole della gara da parte degli operatori economici (art. 213, comma 13, d.lgs. n. 50 del 2016).

6.- Alla luce di quanto sin qui esposto, l'Adunanza Plenaria afferma il seguente principio di diritto: il comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 – nel prevedere che la "garanzia provvisoria" a corredo dell'offerta «*copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario* (…)» – delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione.

7.- In applicazione di tale principio, la questione rimessa all'esame della Plenaria con la sentenza non definitiva n. 26 del 2022 della Quarta Sezione deve essere decisa, in riforma parziale della sentenza n. 1581 del 2021 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, Sezione Quarta, con l'accoglimento del motivo di appello relativo all'escussione della "garanzia provvisoria" ed il conseguente annullamento del provvedimento 18 febbraio 2020, n. -OMISSIS- del Comune di Monza.

8.- Le spese del giudizio sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Adunanza Plenaria, definitivamente pronunciando:

a) afferma i principi di diritto di cui in motivazione;

b) accoglie il motivo di appello relativo alla escussione della "garanzia provvisoria" e, per l'effetto, in riforma parziale della sentenza 28 giugno 2021, n. 1581 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Quarta, annulla il provvedimento 18 febbraio 2020, n. -OMISSIS- del Comune di Monza;

c) dichiara compensate tra le parti le spese del presente giudizio per un terzo e pone a carico dell'appellante le spese dei rimanenti due terzi che si determinano in complessivi euro 6.000,00, oltre accessori di legge, che devono essere ripartite, in parti uguali, in favore delle parti resistenti costituite in giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Carmine Volpe, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Marco Lipari, Presidente

Ermanno de Francisco, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

L'ESTENSORE **IL SEGRETARIO**
Vincenzo Lopilato