

Publicato il 15/12/2021

N. 08367/2021REG.PROV.COLL.  
N. 05715/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5715 del 2021, proposto dalla Teknoservice S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Giuseppe Orofino e Raffaello Giuseppe Orofino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

la società Marche Multiservizi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Bucci e Giovanni Cicerchia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 177 del 2021, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Marche Multiservizi S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2021 il consigliere Silvia Martino;

Uditi, per le parti rispettivamente rappresentate, gli avvocati Angelo Giuseppe Orofino e (su delega degli avvocati Gianluca Bucci e di Giovanni Cicerchia) Alfredo Stoppa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La società Teknoservice S.r.l. partecipava alla gara d'appalto indetta nel 2019 da Marche Multiservizi S.p.A. per l'affidamento dei servizi di raccolta rifiuti "porta a porta", spazzamento manuale e servizi collaterali in favore dei Comuni ricadenti nel territorio di competenza della stessa MMS.

Alla procedura partecipavano solo due operatori economici, ossia l'a.t.i. capeggiata da Stirano S.r.l. (la quale poi ha poi cambiato denominazione in Egea Ambiente S.r.l.) e la stessa Teknoservice.

Inizialmente l'appalto veniva aggiudicato all'a.t.i. Stirano, ma con ricorso iscritto al n. 435/2019 R.G. del TAR per le Marche, Teknoservice impugnava gli esiti della gara.

L'a.t.i. controinteressata, oltre a resistere al ricorso principale, proponeva ricorso incidentale.

In entrambe le impugnative, i due operatori si contestavano reciprocamente omissioni dichiarative relative a precedenti vicende rilevanti ai fini della valutazione della loro moralità professionale.

A seguito della proposizione del ricorso la stazione appaltante riesaminava *ex officio* le questioni sollevate nel ricorso principale e in quello incidentale, pervenendo, all'esito dell'istruttoria, alla conferma dell'ammissione di entrambi i concorrenti.

Questi ultimi, però, proponevano motivi aggiunti sia al ricorso principale che a quello incidentale.

1.1. Con sentenza n. 79/2020 il TAR per le Marche riteneva illegittimi i provvedimenti impugnati con i motivi aggiunti ed accoglieva quindi sia il ricorso principale che quello incidentale.

Con la sentenza n. 4227/2020 il Consiglio di Stato confermava la decisione di primo grado.

Pertanto, la gara andava deserta.

1.2. All'esito del deposito della pronuncia di appello, MMS disponeva di procedere ad escutere la cauzione provvisoria a suo tempo costituita da Teknoservice.

1.3. Avverso tale provvedimento l'odierna appellante deduceva in primo grado i seguenti motivi:

a) *violazione e falsa applicazione dell'art. 93, comma 6, del d.lgs n. 50/2016. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed errore manifesto.*

La ricorrente era giunta seconda nella gara di appalto bandita da MMS e tale situazione era rimasta immutata sia in sede amministrativa (visto che MMS, all'esito del vaglio effettuato sulle censure reciprocamente escludenti contenute nel ricorso principale ed incidentale, aveva confermato l'aggiudicazione a favore dell'a.t.i. Stirano), sia in sede giudiziaria (visto che sia il TAR che il Consiglio di Stato avevano accolto entrambi i ricorsi, di talché in nessun momento Teknoservice era risultata aggiudicataria);

- era pertanto illegittimo l'operato della stazione appaltante in quanto, ai sensi dell'art. 93, comma 6, del d.lgs, 50/2016, l'escussione della cauzione provvisoria si applica solo all'aggiudicatario, come ritenuto dalla giurisprudenza più recente;

- la stazione appaltante, nel provvedimento impugnato, aveva sostenuto che, sia pure per un breve attimo, la società sarebbe stata aggiudicataria *in pectore*, e ciò nel momento in cui il TAR aveva accolto il suo ricorso; tale assunto era però erroneo, visto che sia il TAR che il Consiglio di Stato avevano accolto tanto il ricorso principale quanto quello incidentale, sicché il concorrente secondo graduato (a sua volta escluso) non era mai subentrato al primo. Ciò

senza dire che il subentro avrebbe dovuto essere disposto da MMS con un provvedimento formale, non potendo discendere per implicito dalla decisione del giudice;

b) *violazione e falsa applicazione dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016. Violazione della lex specialis. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed errore manifesto.*

Dal combinato disposto dell'art. 93, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 3, lett. f), del disciplinare di gara, poteva evincersi che la garanzia sarebbe stata efficace per 180 giorni dalla presentazione dell'offerta, e sarebbe stata altresì rinnovabile per ulteriori 180 giorni nel solo caso in cui, alla scadenza dei primi sei mesi, non fosse ancora intervenuta l'aggiudicazione.

Il termine di presentazione delle offerte fissato dal bando scadeva il giorno 5 giugno 2019, mentre il provvedimento con cui la stazione appaltante aveva azionato l'escussione della cauzione era del 6 luglio 2020, ed era quindi intervenuto a ben 397 giorni di distanza dal giorno in cui la cauzione era stata presentata in gara (al momento in cui la richiesta di escussione è stata effettuata, dunque, era irrimediabilmente decorso sia il primo termine di 180 giorni, che anche il secondo termine di 180 giorni);

- non avrebbe avuto alcun rilievo la nota del 14 febbraio 2020, con la quale MMS aveva chiesto al garante di tenere vincolata la cauzione, nelle more della decisione della controversia in Consiglio di Stato, non consentendo lo svincolo della cauzione.

c) *violazione e falsa applicazione dell'art. 93, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione della lex specialis. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed errore manifesto.*

La ricorrente evidenziava altresì che:

- l'escussione della cauzione serve a “sanzionare” la poca diligenza usata dall'operatore economico che, nel partecipare alla gara, abbia violato il patto di integrità al quale si vincola ogni concorrente;

- nella specie, però, andava considerato il fatto che MMS, avendo autonomamente ritenuto non rilevanti le omissioni dichiarative di Teknoservice, avesse essa stessa dato causa direttamente alla illegittima ammissione del concorrente alla gara: l'errore era stato commesso quantomeno sia dal concorrente (che non aveva dichiarato una precedente risoluzione contrattuale), sia dall'Amministrazione (che aveva ritenuto non sanzionabile tale omissione);
- sulla questione delle omissioni dichiarative era peraltro *medio tempore* intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 16 del 2020), stabilendo che le omesse dichiarazioni non comportano l'esclusione, ma solo l'obbligo che la stazione appaltante valuti l'episodio non dichiarato;
- andava pertanto considerata la peculiarità della vicenda che aveva dato luogo alla risoluzione contrattuale non dichiarata da Teknoservice.

d) *violazione e falsa applicazione dell'art. 93 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. e dell'art. 1385 c.c. Violazione della lex specialis. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed errore manifesto.*

Dopo avere ribadito che, secondo la giurisprudenza, la cauzione provvisoria ha natura di caparra confirmatoria, Teknoservice evidenziava che:

- la Corte Costituzionale, nel giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 1385, secondo comma, c.c. (nella parte in cui non dispone che il giudice possa equamente ridurre la somma prevista a titolo di caparra confirmatoria in ipotesi di manifesta sproporzione o in presenza di altri giustificati motivi), ha stabilito che il giudice può rilevare *ex officio* la nullità della clausola che stabilisce l'importo della caparra, laddove questo sia eccessivo rispetto al valore del contratto, e rideterminare in riduzione tale importo (ordinanza n. 248 del 2013);
- analoghe conclusioni ha rassegnato la Corte di Giustizia UE nella sentenza 28 febbraio 2018, in cause C-523/16 e C-536/16, relativa all'istituto del soccorso istruttorio "a pagamento" (art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163/2006). Poiché l'art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163/2006 prevedeva

una disciplina non troppo dissimile da quella invocata nella specie da MMS, ne conseguiva che le conclusioni a cui è pervenuta la CGUE sono applicabili anche all'escussione della cauzione;

e) in via subordinata, la ricorrente deduceva il contrasto dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 con le direttive comunitarie sugli appalti (per cui chiedeva al TAR di disporre un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE);

f) in via ugualmente subordinata, essa deduceva l'incostituzionalità dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. 50/2016 (per cui chiedeva al TAR di sollevare la relativa questione davanti alla Consulta).

3. MMS, oltre a resistere al ricorso principale, depositava un ricorso "incidentale" recante due domande riconvenzionali:

- con la prima, proposta in via prioritaria, l'Amministrazione chiedeva la condanna della ricorrente al pagamento della somma corrispondente alla cauzione provvisoria (€ 111.200,00) per inadempimento del garante;

- con la seconda, proposta in via graduata, chiedeva la condanna di Teknoservice, a titolo di responsabilità precontrattuale ex artt. 1337 e 1338 c.c., al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale all'immagine e alla reputazione di Marche Multiservizi.

Il danno veniva quantificato in via equitativa sempre in € 111.200,00.

4. Il TAR per le Marche ha respinto tutte le censure sollevate con il ricorso principale, dichiarato improcedibile quello incidentale, e compensato le spese.

5. L'appello della società Teknoservice, rimasta soccombente, è affidato ai seguenti motivi:

I. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016.*

*Eccesso di potere (travisamento dei fatti; errore manifesto).*

Il TAR non avrebbe potuto interpretare l'art. 93 del Codice dei contratti prescindendo dal suo significato letterale e avvalendosi dell'orientamento giurisprudenziale formatosi sulla base di una norma oggi abrogata.

La disposizione vigente è chiara nel prevedere che l'escussione possa essere disposta solo in danno della impresa nei cui confronti sia stata disposta l'aggiudicazione.

L'appellante ha invocato, al riguardo, le prime pronunce rese sulla questione da questo Consiglio di Stato (ad. es. Sez. V., ord. 26 aprile 2021, n. 3299; cfr. anche, Sez. V, sentenza 6 luglio 2020, n. 4315).

Quanto alla specifica disciplina relativa all'avvalimento, alle argomentazioni del primo giudice l'appellante ha opposto che, semmai, è l'art. 89 a dovere essere interpretato nel rispetto del principio generale stabilito dall'art. 93 o, comunque, trattandosi di una disciplina speciale, non può trarsene la conferma dell'esistenza di un principio generale;

II. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016. Violazione della lex specialis. Eccesso di potere (travisamento dei fatti; errore manifesto).*

La tesi fatta propria dal TAR contrasterebbe sia con l'art. 93, comma 5, del Codice che con l'art. 3, lett. f), del disciplinare, dove si prevede una specifica efficacia della garanzia, distinta dalla efficacia della offerta.

Ove, all'esito del giudizio, si addivenga all'annullamento dell'aggiudicazione ed alla «riapertura» della gara *medio tempore* «chiusa» con l'aggiudicazione, l'Amministrazione potrà richiedere una nuova cauzione. Non è, invece, ragionevole pensare che la cauzione rimanga efficace ed operativa per tutto il tempo del giudizio, esponendo l'impresa (ed il soggetto garante) al perenne rischio della sua escussione;

III. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione della lex specialis. Eccesso di potere (travisamento dei fatti; errore manifesto).*

a. L'appellante ha sottolineato, in primo luogo, che l'assimilazione della cauzione alla caparra confirmatoria è stata operata dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato e avrebbe dovuto comportare l'applicazione delle disposizioni che disciplinano l'istituto.

La stessa equiparazione, del resto, è stata operata dalla Corte di Cassazione (Sez. Un. 4 febbraio 2009, n. 2634).

b. è certo vero che la cauzione provvisoria ha funzione di sensibilizzare il concorrente rispetto alla correttezza delle dichiarazioni che va a produrre in gara, ma è altrettanto vero che, nella fattispecie, l'adozione di un provvedimento di ammissione da parte della stazione appaltante non potrebbe essere del tutto indifferente, giacché dimostra che anche la stazione appaltante è incorsa in errore;

c. L'escussione della cauzione è sempre ricollegabile ad un «fatto dell'affidatario», cioè ad un contegno colpevole del concorrente;

La stazione appaltante avrebbe quindi dovuto valutare prima di escutere la cauzione, la sussistenza di un contegno ascrivibile alla società quantomeno a titolo di colpa.

Quanto alla possibilità di disporre la riduzione della caparra, la non manifesta infondatezza della prospettata questione di costituzionalità è provata dalla circostanza che due provvedimenti della Consulta – pronunciandosi in merito all'art. 1385 c.c. - hanno ritenuto plausibile la tesi svolta da Teknoservice sicché il TAR – quand'anche non avesse condiviso tale tesi – avrebbe dovuto rimettere gli atti alla Corte Costituzionale.

Infine, non sarebbe condivisibile l'affermazione svolta dal primo giudice, secondo il quale le norme in tema di prestazioni di cauzioni sarebbero indifferenti al diritto comunitario, che si preoccuperebbe solo di garantire la piena concorrenza, laddove le disposizioni sull'applicazione delle cauzioni non sarebbero riconducibili a tale ambito.

Il diritto comunitario pervade infatti tutto l'ambito degli appalti pubblici, con disposizioni che sempre più sono rivolte a garantire il perseguimento di obiettivi di interesse generale, come quelli relativi alla garanzia delle libertà economiche degli operatori che vengano illegittimamente incise da norme ingiustamente gravose.

5. Si è costituita, per resistere, la MMS s.p.a. che ha proposto, altresì, appello incidentale riproponendo le domande riconvenzionali dichiarate improcedibili dal TAR.

6. Le parti hanno depositato ulteriori memorie.

7. Infine, la causa è passata in decisione alla pubblica udienza del 18 novembre 2021.

8. L'appello principale è fondato.

Al riguardo si osserva quanto segue.

9. Secondo il TAR la formulazione dell'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006 (il quale recitava “*La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo*”) sarebbe del tutto simile a quella dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 (il quale, nel testo vigente, applicabile alla fattispecie, prevede 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*”).

Inoltre, il Codice dei contratti contiene una norma - specificamente dettata per l'avvalimento, ma che obbedirebbe alla stessa *ratio* su cui fonda l'orientamento giurisprudenziale compendiato nella sentenza n. 34 del 2014 dell'Adunanza Plenaria - la quale prevede l'escussione della cauzione provvisoria a danno anche dei concorrenti non risultati aggiudicatari: si tratta, come è noto, dell'art. 89, comma 1, terzultimo periodo (secondo cui “*Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia*”).

Tale norma sarebbe coerente con un orientamento giurisprudenziale “*assolutamente consolidato sino a pochissimi anni fa*” e confermato ancora di recente, secondo cui all'estromissione dalla gara per mancanza di un requisito di

ordine generale segue in via automatica l'escussione della garanzia provvisoria in quanto effetto diretto della violazione del patto di integrità al quale si vincola chi partecipa alle gare pubbliche.

Il TAR ha ritenuto di aderire, nel caso di specie, all'orientamento che aveva trovato "*compiuta espressione*" nella sentenza n. 34 del 2014 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato.

L'escussione della cauzione costituirebbe, anche nel caso in esame, un atto "vincolato" sicché non rileverebbe l'erroneità del rilievo svolto dal RUP nel provvedimento impugnato circa il fatto che Teknoservice sarebbe stata virtualmente aggiudicataria (sia pure per un breve attimo) della gara. L'assunto "*per quanto certamente infondato dal punto di vista giuridico*", non sarebbe rilevante atteso che lo stesso RUP ha indicato anzitutto nella definitiva esclusione dalla gara di Teknoservice il presupposto che giustifica l'incameramento della cauzione.

10. Le argomentazioni del primo giudice non possono essere condivise poiché il provvedimento impugnato in primo grado non ha base legale né, *lato sensu*, negoziale.

10.1. Giova in primo luogo ricordare che la decisione dell'Adunanza plenaria n. 34 del 2014 richiamata dal TAR intervenne a dirimere un contrasto giurisprudenziale determinatosi nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, riguardante la valutazione della legittimità, o meno, "*di atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici che contengano clausole recanti la comminazione dell'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di a) imprese non risultate aggiudicatarie e, b) per le quali sia stata accertata la carenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del D.Lgs. n.163 del 2006*".

In relazione a tale fattispecie che l'Adunanza plenaria stabilì il seguente principio di diritto: "*È 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*".

Per supportare il proprio ragionamento l'Adunanza plenaria ebbe a sottolineare, in risposta alle *"obiezioni sollevate dalla tesi più restrittiva"* 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"*.

E' bene anche ricordare che tale decisione intervenne nella vigenza dell'art. 48 del previgente Codice dei contratti che prevedeva l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti del concorrente non aggiudicatario per la mancanza dei requisiti di ordine speciale.

E se è vero che l'Adunanza plenaria non escluse *"una lettura evolutiva dell'art. 75"* allora vigente, nel senso *"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"* (interpretazione peraltro all'epoca supportata all'epoca da ulteriori indici normativi), essa non si spinse anche ad affermare che l'escussione della cauzione provvisoria fosse, in tali ipotesi, una conseguenza *ex lege*, come tale applicabile nei confronti dei concorrenti non aggiudicatari indipendentemente da una specifica previsione della *lex specialis* e al di là di quanto espressamente prescritto dall'art. 48 dello stesso d.lgs. n. 163 del 2006. 10.2. Nel caso in esame è pacifico che nessuna clausola della disciplina di gara abbia previsto l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti delle imprese non risultate aggiudicatarie, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti prescritti dall'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016.

In ogni caso il RUP, nel provvedimento impugnato, non ha fatto alcun riferimento alla disciplina di gara bensì esclusivamente alla circostanza che Teknoservice, per effetto dell'accoglimento della propria impugnazione, abbia ottenuto uno *"scorrimento della graduatoria divenendo prima classificata"*.

Tale rilievo è stato giudicato illegittimo dal TAR (con statuizione non impugnata *ex adverso*), trattandosi di un effetto meramente virtuale, mai concretizzatosi per effetto del contestuale accoglimento dell'impugnativa incidentale del raggruppamento originariamente aggiudicatario.

10.3. Si tratta allora di verificare se tale conseguenza sanzionatoria sia comunque ricavabile in via interpretativa dall'attuale Codice dei contratti.

Viene in primo luogo in rilievo l'art. 93, comma 6, del cit. d.lgs. n. 50 del 2016, come sostituito dal d. lgs. n. 56 del 2017, secondo cui la garanzia provvisoria *“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 [...]”*.

Deve convenirsi con l'appellante che la norma è chiara nel circoscrivere la possibilità, per la stazione appaltante, di escutere detta garanzia nei soli confronti dell'aggiudicatario.

In tal senso si è recentemente espressa la V<sup>^</sup> Sezione di questo Consiglio di Stato (ordinanza n. 3299 del 26 aprile 2021; cfr. anche le ordinanze della stessa Sezione in data 20 ottobre 2021, nn. 7046, 7047 e 7048, 7049), la quale nell'ambito di una controversia avente ad oggetto l'escussione da parte della stazione appaltante di cauzioni provvisorie nei confronti di un concorrente non aggiudicatario escluso da una gara bandita nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle previsioni dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, in combinato disposto con l'art. 216 del medesimo decreto legislativo, per contrasto con gli artt. 3 e 117 della Costituzione.

La V<sup>^</sup> Sezione – partendo dall'assunto che la misura sanzionatoria amministrativa prevista dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 abbia natura punitiva e soggiaccia pertanto alle garanzie che la Costituzione ed il diritto internazionale assicurano alla materia, ivi compresa la garanzia della retroattività della *“lex mitior”* - ha ravvisato un profilo di contrasto con i

richiamati parametri costituzionali *“delle disposizioni che precludono l'applicabilità, al caso di specie, della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta – la quale prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica – in quanto già in vigore al momento dell'adozione, da parte di Consip s.p.a., del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria”*.

Nei sensi testé delineati è anche la giurisprudenza di primo grado (TAR Lazio, sez. II, sentenza n. 900 del 23 gennaio 2019; id., 2838/2019; TAR Piemonte, sez. I, n. 271 del 2020).

Né in senso contrario può invocarsi la previsione in materia di avvalimento, contenuta nell'art. 89, comma 3, terzo periodo (*“Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia”*), trattandosi di una disposizione di carattere speciale, la quale attesta, semmai, l'inesistenza di una analoga previsione di carattere generale.

L'appello principale è, pertanto, fondato.

11. Relativamente alle domande riconvenzionali devolute in appello dalla società MMS, risulta fondata l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla società Teknoservice.

Al riguardo - premesso che sulla questione non si è formato alcun giudicato implicito poiché il TAR si è limitato ad una pronuncia in rito - è sufficiente richiamare i consolidati arresti delle Sezioni Unite della Cassazione civile, secondo cui:

- la domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale proposta da una pubblica amministrazione, in qualità di stazione appaltante, nei confronti del soggetto affidatario di lavori o servizi pubblici, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario trattandosi di richiesta afferente non alla fase pubblicistica della gara ma a quella prodromica, nella quale si lamenta la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza (17 giugno 2021, n.17329);

- la giurisdizione esclusiva del g.a. si ha nelle sole materie riconducibili all'esercizio, ancorché mediato, di un potere mentre, nel caso di specie, il fatto causativo del presunto danno è stato individuato nel comportamento del privato:

- la controversia avente ad oggetto l'escussione di una polizza fideiussoria rientra nella giurisdizione dell'A.G.O. ove si discuta esclusivamente dei diritti derivanti dalla polizza (sentenza n. 9005 del 31 marzo 2021);

- nel caso di specie, la domanda di condanna dell'appellante al pagamento delle cauzione provvisoria, a causa dell'inadempimento del garante, implica, evidentemente, l'accertamento del contenuto e degli effetti della polizza fideiussoria.

12. In definitiva, per quanto argomentato, l'appello principale deve essere accolto, con il conseguente accoglimento, in riforma della sentenza impugnata, del ricorso instaurato in primo grado.

L'appello incidentale va dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Sussistono giusti motivi – in ragione della novità delle questioni controverse – per compensare integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, n. 5715 del 2021, di cui in premesse, così provvede:

- accoglie l'appello principale; per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata accoglie il ricorso instaurato il primo grado e annulla i provvedimenti impugnati;

- dichiara inammissibili per difetto di giurisdizione le domande riconvenzionali proposte con l'appello incidentale; rispetto a tali domande indica, quale giudice munito di giurisdizione, il giudice ordinario, innanzi al

quale le domande dovranno essere riproposte nei termini di cui all'art. 11, comma 2, c.p.a.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Daniela Di Carlo, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

Giuseppe Rotondo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Silvia Martino**

**IL PRESIDENTE**

**Roberto Giovagnoli**

**IL SEGRETARIO**