

## **Il Consiglio di Stato fissa alcuni punti sostanziali nell'interpretazione della disciplina codicistica sulle cauzioni.**

*di Giorgio Giuliano*

*Data di pubblicazione: 3-12-2013*

Consiglio di Stato, sentenza 26 novembre 2013, n. 5607. Presidente: Mario Luigi Torsello;  
Estensore: Francesco Caringella.

È in capo all'aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica che va valutato il possesso di certificazione di qualità per ricorrere alla dimidiazione della garanzia sia provvisoria che definitiva ai sensi dell'articolo 75, comma 7 e 113, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, a nulla rilevando che il servizio aggiudicato sia prestato per il tramite di una Società terza, di cui l'aggiudicatario deve acquistare il controllo totalitario secondo quanto previsto dalla lex specialis di gara.

Le stazioni appaltanti non dispongono di autonomi poteri di controllo sulla solidità economico-finanziaria dei soggetti in grado di rilasciare le garanzie per la partecipazione alle gare; si tratta, infatti, di attività le cui modalità sono già individuate dalla legge ed al cui controllo è deputata la Banca d'Italia.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 953 del 2013, proposto da:

Ericsson Telecomunicazioni Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Filippo Satta e Anna Romano, con domicilio eletto presso Satta Romano & Associati Studio Legale in Roma, al Foro Traiano, n. 1/A;

contro

Almaviva S.p.A. - The Italian Innovation Company S.p.A., in proprio e quale mandataria del Rti costituito con Lutech S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi ed Enzo Robaldo, con domicilio eletto presso Filippo Lattanzi in Roma, via G.P. Da Palestrina, n. 47;

nei confronti di

Lombardia Informatica s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Gaetano Morazzoni, Rocco Noviello e Antonella Pellecchia, presso quest'ultima elettivamente domiciliata in Roma, alla via Giovanni Battista Martini, n. 13, appellante incidentale;

Finworld S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Eugenio Picozza e Annalisa Di Giovanni, con domicilio eletto presso Eugenio Picozza in Roma, alla via di San Basilio, n. 61;

Regione Lombardia, Lombardia Gestione S.R.L.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE III n. 00523/2013, resa tra le parti, concernente l'appalto per l'esternalizzazione dei servizi informatici da realizzare nella Regione Lombardia;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Almaviva S.p.A. - The Italian Innovation Company S.p.A. in proprio e quale mandataria del Rti costituito con Finworld S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale proposto da Lombardia Informatica S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2013, il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Romano, Satta, Cardarelli, Lattanzi, Noviello e Di Giovanni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente Almaviva S.p.A. - The Italian Innovation Company S.p.A., ricorrente in proprio e quale mandataria di un RTI costituita con Lutech s.p.a., partecipava alla procedura ristretta indetta dalla società Lombardia Informatica (LI) per l'esternalizzazione dei servizi di gestione dei data center e delle risorse infrastrutturali, funzionali all'erogazione dei servizi applicativi al sistema regionale.

La peculiarità della gara si incentrava sulle modalità di realizzazione del servizio, caratterizzate dall'esternalizzazione del servizio medesimo attraverso la contestuale cessione all'aggiudicatario del 100% delle quote di Lombardia Gestione, titolare degli stessi servizi.

Il bando prevedeva, infatti, al punto III.1.4, che "il contratto d'appalto verrà stipulato dalla società di scopo (LG) dopo che l'aggiudicatario avrà acquisito la stessa al valore nominale del 100% delle quote pari a € 2.000.000,00".

Sempre nel bando, tra i requisiti di qualificazione, veniva richiesto, a pena di esclusione, il possesso della certificazione EN ISO 9001:2008 o di certificazione equivalente, ai sensi dell'art 43 del codice dei contratti pubblici, con oggetto congruente con quello della gara.

Nella lettera di invito si precisava altresì che oggetto della procedura sarebbe stata la prestazione, tramite la società di scopo Lombardia Gestione, di una serie di attività di gestione dei data center e delle risorse infrastrutturali di LI.

L'art 9.1 della suddetta lettera d'invito prescriveva ai ricorrenti di inserire nella busta A, oltre alla cauzione provvisoria da prestarsi nelle forme previste dall'art 75 del d.lgs. 163/06, idoneo documento attestante l'impegno di un garante a rilasciare la garanzia fideiussoria (cauzione definitiva) in caso di aggiudicazione della procedura, finalizzata all'acquisto delle quote di LG al valore nominale delle quote e in favore di LG per la corretta esecuzione del contratto di servizio.

L'art 9.1.1 stabiliva l'importo della cauzione provvisoria, mentre il successivo art. 9.1.2 prevedeva che "la dichiarazione di impegno del fideiussore (istituto bancario o intermediario finanziario iscritti nell'elenco speciale di cui all'art 107 del D. L.gs. n. 385/1993) a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'acquisto delle quote e per la sottoscrizione del contratto di servizio da parte di LG così come disciplinato nella presente procedura, richiesta ai sensi dell'art 75 comma 8 del D. Lgs. n. 163/2006, potrà essere contenuta nel testo della fidejussione bancaria o assicurativa rilasciata da intermediari finanziari di cui al precedente paragrafo".

L'art. 15 della lettera di invito, dedicato alle modalità di stipula del contratto, prevedeva che con la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva sarebbero stati indicati l'ora e lo studio notarile in cui si sarebbe proceduto alla stipula del contratto.

In tale occasione si sarebbe tenuta l'assemblea di LG, che, nella nuova compagine sociale, avrebbe proceduto alla nomina del nuovo amministratore incaricato della sottoscrizione del contratto. Si stabiliva, in particolare, che in tale occasione sarebbe stata consegnata a LI la

cauzione definitiva a garanzia del contratto di servizio come definito in gara e sottoscritto dal LG.

Il successivo punto 15.2 prevedeva la prestazione, da parte di LG, ai sensi dell'articolo 113 del codice dei contratti pubblici, di "una garanzia fideiussoria pari al 5% dell'importo contrattuale in favore di LI".

La ricorrente, risultata aggiudicataria, veniva convocata per la sottoscrizione del contratto il 29 maggio 2012.

Con la stessa lettera di convocazione LI segnalava che l'intermediario finanziario che aveva rilasciato la garanzia fideiussoria provvisoria non pareva "accettabile per questa stazione appaltante per il rilascio della cauzione definitiva".

Tale posizione veniva ribadita da LI, a fronte delle controdeduzioni della ricorrente, nella nota del 17 maggio 2012, in cui si faceva anche riferimento ad una visita ispettiva presso la società da parte dei competenti organi di vigilanza della Banca d'Italia.

Con una successiva nota del 22 maggio 2012, LI contestava anche l'importo della polizza presentata, che, ai sensi dell'art 15.2 della lettera d'invito, avrebbe dovuto essere di € 30.232.003,23; la società ricorrente aveva invece presentato una proposta di polizza di € 17.227.844,40, applicando la dimidiazione consentita per le società certificate dall'art 75 codice dei contratti pubblici.

Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto il ricorso principale proposto dall'ATI Al maviva avverso il provvedimento implicito di accertamento dell'insussistenza dei presupposti per la stipula dei contratti aggiudicati al RTI tra Al maviva e Lutech e il successivo provvedimento prot. n. 5681 del 20 settembre 2012, dichiarativo della decadenza dall'aggiudicazione.

Ericsson Telecomunicazioni s.p.a. e Lombardia informatica s.p.a hanno proposto, rispettivamente, appello principale e ricorso incidentale avverso la sentenza di prime cure.

Resiste il raggruppamento Al maviva s.p.a

Si è costituito in giudizio, al fine di chiedere la reiezione di entrambi i gravami, Finword s.p.a

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 15 ottobre 2013 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

2 Si deve respingere, in via preliminare, l'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado in ragione dell'omessa riproposizione in appello, ex art. 101, comma 2, del codice del processo amministrativo, delle censure relative all'aggiudicazione definitiva disposta in favore di Ericsson a valle della decadenza pronunciata in danno del raggruppamento Al maviva.

L'annullamento della determinazione di ritiro implica, infatti, la reviviscenza dell'aggiudicazione originaria e, con essa, la caducazione automatica dell'aggiudicazione disposta in favore di Ericsson che trova nell'atto dichiarativo della decadenza il necessario e unico presupposto ai sensi dell'art. 113, comma 4, del codice dei contratti pubblici.

Si deve soggiungere che, in ogni caso, la reviviscenza dell'aggiudicazione originaria consolida in capo al ricorrente originario la titolarità di una situazione giuridica astrattamente meritevole di protezione anche a fini risarcitori.

3 Gli appelli, principale e incidentale, sono infondati.

3.1. Non risulta meritevole di accoglimento, innanzitutto, il primo motivo, comune ad entrambe le parti, con cui si contesta il capo della sentenza che ha ritenuto applicabile all'ATI Almaviva il beneficio della dimidiazione dell'importo della cauzione definitiva.

Va rimarcato che l'art 113 del codice dei contratti pubblici, in materia di cauzione definitiva, richiama l'art 75, comma 7, che a sua volta prescrive il dimezzamento dell'importo laddove il concorrente sia dotato della certificazione di qualità.

La caratterizzazione immediatamente precettiva della normativa primaria in subiecta materia consente di ritenere che la lex specialis regolatrice della procedura in esame debba essere etero-integrata mediante la diretta applicazione delle norme che prevedono la dimidiazione dell'importo della garanzia. Si deve, in ogni caso, soggiungere che il rinvio della normativa di gara all'art. 113 del codice dei contratti pubblici implica anche il recepimento dell'art. 75, comma 7, da detta disposizione specificamente richiamato.

Si tratta, a questo punto, di verificare se, ai fini dell'applicabilità di detto beneficio, debba aversi riguardo al RTI aggiudicatario, che era in possesso della certificazione, ovvero alla società LG, che, a seguito dell'acquisto delle azioni da parte del raggruppamento medesimo, avrebbe acquisito la qualità di parte contrattuale tenuta all'esecuzione delle relative prestazioni.

In punto di fatto si è già in precedenza rimarcato che il concorrente aggiudicatario avrebbe dovuto acquistare l'intero pacchetto azionario di Lombardia Gestione e tenere l'assemblea finalizzata alla nomina dell'amministratore di detta società.

Detto ultimo soggetto avrebbe poi dovuto sottoscrivere il contratto di servizi con Lombardia Informatica.

Si deve convenire con il Primo Giudice che la lex specialis presenta profili di contraddittorietà con riguardo all'individuazione del soggetto tenuto a prestare la garanzia definitiva.

Per un verso, infatti, il punto 9.1 della lettera d'invito, muovendo dalla premessa che dall'aggiudicazione discende il duplice obbligo di procedere all'acquisto delle azioni e alla stipula del contratto, prevede che la garanzia definitiva a carico dell'aggiudicatario debba avere come oggetto entrambe le prestazioni. Si stabilisce, al riguardo, l'allegazione di idoneo

documento attestante l'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva per l'acquisto delle quote di LG e in favore di LG per la corretta esecuzione del contratto di servizio.

Per converso, l'art. 15.2, riferendosi alla cauzione a garanzia dell'esecuzione del contratto, richiede che "ai fini della stipula del contratto di servizio è richiesto che LG presti, ai sensi dell'art 113 del D. lgs. n. 163/2006, una garanzia fideiussoria pari al 5 % dell'importo contrattuale a favore di LI".

Reputa il Collegio che la discrasia tra le prescrizioni di cui trattasi debba essere sanata nel senso di ritenere che per entrambe le prestazioni garantite il contraente non possa che essere, ai sensi del punto 9.1. cit., il concorrente aggiudicatario, con la specificazione che per la seconda prestazione, relativa all'esecuzione del contratto, il beneficiario debba identificarsi in Lombardia Gestione.

A sostegno dell'assunto depone la decisiva considerazione che, alla stregua della normativa di gara prima passata in rassegna, il soggetto sostanzialmente tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali è da identificarsi nell'aggiudicatario che, quale operatore economico qualificato, partecipa alla gara avvalendosi dei suoi requisiti tecnico-operativi, indicando le modalità tecnico-esecutive del servizio e formulando l'offerta relativa alle prestazioni contrattuali. Detta qualità non viene meno in ragione dell'assunzione della veste di parte del contratto ad opera di Lombardia Gestione, posto che tale soggetto funge da mera società veicolo di cui l'aggiudicatario, quale socio unico e operatore economico selezionato all'esito della procedura, si avvale ai fini dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali. Si deve soggiungere che, sul versante teleologico, la riduzione dell'importo della garanzia si giustifica in ragione della più spiccata affidabilità dimostrata dall'impresa munita di debita certificazione di qualità, affidabilità da verificare con riferimento al soggetto chiamato sul piano sostanziale, con le sue risorse personali e strumentali, all'esecuzione del contratto e non al soggetto di cui quest'ultimo formalmente si avvale alla stregua di mera società strumentale.

Si deve quindi convenire che il soggetto contraente va identificato con l'aggiudicatario, con la conseguenza che in sede di stipulazione della polizza non possono che rilevare le sue condizioni soggettive. Da tale premessa si ricava il corollario che la fidejussione presentata dal raggruppamento originariamente aggiudicatario presentava un importo corretto. Ne discende la fondatezza della doglianza correttamente ritenuta fondata dai Primi Giudici.

3.2. Non è meritevole di favorevole valutazione neanche la seconda censura con cui entrambe le parti appellanti contrastano il capo della sentenza di prime cure che ha ritenuto illegittimo il motivo di decadenza dato dall'"inaffidabilità" economica, ricavabile da molteplici elementi sintomatici, della società di garanzia che ha emesso la garanzia definitiva.

Il Collegio, senza entrare nel merito degli addebiti rivolti dalla stazione appaltante alla società di garanzia sul versante dell'affidabilità economica, deve osservare che il provvedimento si pone in contrasto con il quadro normativo che contempla i requisiti di legittimazione dei soggetti abilitati ad emettere garanzie, con particolare riferimento al profilo della proporzionalità tra patrimonio finanziario dell'Istituto e rischi assunti dallo stesso nell'espletamento

dell'attività finanziaria.

L'articolo 75, comma 3, del codice dei contratti pubblici, nel testo *ratione temporis* vigente, richiamato dal par. 15.2 della lettera invito, stabilisce che la fidejussione bancaria o assicurativa deve essere rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art 107 del D. L.gs. 385/1993, autorizzati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Da tale normativa si evince che le garanzie possono essere rilasciate da soggetti reputati affidabili in quanto iscritti in un elenco speciale a seguito di un procedimento di controllo e di verifica dei requisiti ad opera della Banca d'Italia.

Si deve quindi concludere che, in assenza di una norma di legge che attribuisca detto potere alle singole stazioni appaltanti, l'esercizio, da parte della singola stazione appaltante, di un'ulteriore funzione di controllo in merito alla solidità economico-finanziaria del garante prescelto, per un verso, si porrebbe in contrasto con la disciplina legale che fissa in modo puntuale i requisiti necessari e sufficienti ai fini dello svolgimento dell'attività in esame, e, sotto altro profilo, darebbe la stura ad una sovrapposizione con le competenze, anche sanzionatorie, all'uopo conferite alla Banca d'Italia.

In definitiva, il sistema legale attribuisce ai concorrenti la scelta del garante nel novero dei soggetti abilitati mentre non riconosce alla stazione appaltante il compito di sindacare detta scelta attraverso l'esplicazione di un'ulteriore potestà di controllo.

Ne deriva l'illegittimità del provvedimento dichiarativo della decadenza anche con riguardo al motivo volto a stigmatizzare il difetto, in capo a Finword s.p.a, dei requisiti di affidabilità economico-finanziaria.

4. Le considerazioni che precedono impongono la reiezione dell'appello.

La complessità delle questioni affrontate giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale proposto da Ericsson Telecomunicazioni s.p.a e l'appello incidentale proposto da Lombardia Informatica s.p.a.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente  
Francesco Caringella, Consigliere, Estensore  
Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere  
Nicola Gaviano, Consigliere

## **BREVI ANNOTAZIONI**

### **• L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA**

Con la sentenza in commento la Quinta Sezione del Consiglio di Stato conferma una decisione di primo grado con cui il TAR Lombardia (26 febbraio 2013, n. 523) aveva dichiarato illegittima la dichiarazione di decadenza dall'aggiudicazione pronunciata dalla stazione appaltante "Lombardia Informatica" nei confronti del provvisorio aggiudicatario Almaviva S.p.A., in proprio e quale mandatario del Rti costituito con Lutech S.p.A. Due sono i nodi su cui si concentra la pronuncia in commento: 1) l'applicabilità ed i limiti dell'istituto della dimidiazione della cauzione (nel caso di specie, definitiva) ed i suoi rapporti con la certificazione di qualità; 2) la sussistenza o meno, in capo alla stazione appaltante, di un potere di verifica della solidità economica del soggetto che presta la cauzione definitiva, ove questi integri tutti i requisiti già legislativamente previsti per l'esercizio di attività economico-finanziarie.

### **• IL PERCORSO ARGOMENTATIVO**

La Quinta Sezione affronta, con la decisione in commento, una non comune procedura di gara, in cui l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto erano subordinate alla cessione all'aggiudicatario del 100% delle quote di Lombardia Gestione, società controllata in maniera totalitaria da Lombardia Informatica, a sua volta controllata dalla Regione Lombardia. L'appalto, infatti, è eseguito dall'aggiudicatario per il tramite proprio di Lombardia Gestione, di cui avrebbe conseguito la titolarità dell'intero capitale sociale ed il cui oggetto sociale consiste nella titolarità dei servizi di gestione dei data center e delle risorse infrastrutturali, funzionali all'erogazione dei servizi applicativi al sistema regionale. Con la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, ai sensi del bando di gara, sarebbe stato, perciò, comunicato alla Società vincitrice anche l'ora e lo studio notarile ove effettuare il trasferimento proprietario dell'intera compagine sociale di Lombardia Gestione.

Questa breve ricostruzione in fatto è strumentale per individuare il nodo problematico sciolto dal TAR ed autorevolmente confermato dal Consiglio di Stato, relativo all'individuazione del soggetto obbligato a presentare la cauzione definitiva. Se da un lato, infatti, si sosteneva che onere di presentare la cauzione incombesse su Lombardia Gestione, il giudice di prime cure aveva ritenuto che fosse, al contrario, l'aggiudicatario (ovvero l'ATI Almaviva-Lutech) a dover prestare la cauzione ex art. 113 del Codice dei contratti (D. Lgs. n. 163/2006). Questa diversità interpretativa, basata sulla diversa enfasi posta sul soggetto incaricato dell'esecuzione dell'appalto, era rilevante nella misura in cui, se l'ATI Almaviva-Lutech disponeva di idonea certificazione di qualità e, pertanto, poteva beneficiare della dimidiazione della garanzia definitiva ai sensi dell'articolo 113, comma 1, non così valeva per la Lombardia Gestione, che



di certificazione di qualità era, al contrario, sprovvista. Accedendo alla tesi per cui obbligato a prestare la cauzione è il soggetto esecutore delle prestazioni, pertanto, una cauzione di importo dimezzato sarebbe stata illegittima in quanto essa sarebbe stata prestata da un soggetto (Lombardia Gestione) privo di idonea certificazione di qualità.

I giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che il soggetto onerato della prestazione della cauzione fosse, in realtà, l'aggiudicatario (ovvero l'ATI Almviva-Lutech) il quale, disponendo di certificazione di qualità, ben poteva – come effettivamente ha fatto – servirsi della dimezzazione di cui al comma 1 dell'art. 113. Evidenzia, infatti, la pronuncia che “il soggetto sostanzialmente tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali è da identificarsi nell'aggiudicatario che, quale operatore economico qualificato, partecipa alla gara avvalendosi dei suoi requisiti tecnico-operativi, indicando le modalità tecnico-esecutive del servizio e formulando l'offerta relativa alle prestazioni contrattuali. Detta qualità non viene meno in ragione dell'assunzione della veste di parte del contratto ad opera di Lombardia Gestione, posto che tale soggetto funge da mera società veicolo di cui l'aggiudicatario, quale socio unico e operatore economico selezionato all'esito della procedura, si avvale ai fini dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali. Si deve soggiungere che, sul versante teleologico, la riduzione dell'importo della garanzia si giustifica in ragione della più spiccata affidabilità dimostrata dall'impresa munita di debita certificazione di qualità, affidabilità da verificare con riferimento al soggetto chiamato sul piano sostanziale, con le sue risorse personali e strumentali, all'esecuzione del contratto e non al soggetto di cui quest'ultimo formalmente si avvale alla stregua di mera società strumentale”. In altre parole, il Collegio ha enfatizzato la posizione del soggetto che concretamente si trova ad espletare il servizio, al di là del soggetto che formalmente è parte contrattuale. Accedendo a tale lettura, pertanto, è l'aggiudicatario che deve prestare garanzia, in quanto è questi che si troverà a gestire le prestazioni contrattuali, mentre la posizione di Lombardia Gestione rimane di mera strumentalità.

Con questa pronuncia il Consiglio di Stato conferma la propria giurisprudenza in tema di cauzione definitiva, con riferimento proprio al soggetto onerato. Difatti, se la ratio della certificazione di qualità è garantire “la maggiore affidabilità dell'impresa, attestata proprio dalla certificazione di qualità e relazionata al sistema gestionale complessivo dell'azienda, sì da comprendere tutti i processi di lavorazione che l'impresa esegue nell'espletamento della propria attività” (in Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 25 luglio 2012, n. 4225; vedi anche Consiglio di Stato, sez. VI, 1 luglio 2012, n. 4105), è, dunque, chiaro, che il meccanismo posto dall'articolo 75, comma 7, in termini di dimezzazione della cauzione provvisoria e dall'articolo 113, comma 1, per la cauzione definitiva si riferisce al soggetto partecipante ed alle sue qualità gestionali e non a quelle di una società il cui ruolo è del tutto secondario per il buon svolgimento delle prestazioni dedotte nel contratto di appalto.

La seconda questione su cui sofferma la pronuncia in commento concerne l'eventuale titolarità, da parte delle stazioni appaltanti, del potere di sindacare la sostenibilità economico-finanziaria dei soggetti che hanno prestato la cauzione e che soddisfano già i requisiti indicati dall'articolo 75, comma 3, del D. Lgs, n. 163/2006 (che recita: “La fideiussione, a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58”). La Sezione opta per negare che le amministrazioni dispongano di

residuali poteri discrezionali con cui valutare se le Società che garantiscono i partecipanti ad una procedura ad evidenza pubblica siano effettivamente solide. Se così non fosse, evidenzia il Collegio, si sarebbe innanzi ad un'attività di controllo non prevista dalla legge e svolta in sovrapposizione a quelle già previste in capo a Banca d'Italia. Anche tale impianto motivazionale conferma un orientamento che il Consiglio di Stato ormai sembra adottare in tutti i casi in cui le stazioni appaltanti devono compiere valutazioni in merito ad attività di competenza di altre pubbliche amministrazioni o, comunque, soggetti a ciò specificamente deputati. Se nella sentenza di primo grado il TAR richiamava lo strumento dell'attestazione SOA, che non può essere messa in dubbio dalla stazione appaltante (così Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2005, n. 4422), altrettanto pertinente può essere il richiamo, che si propone, alle problematiche in materia di DURC ed a quanto dispone l'articolo 38, comma 1, lett. i), del Codice dei contratti, sulla nozione di violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali (e prima della modifica introdotta al comma 2 del medesimo articolo dal D.L. n. 70/2011), su cui è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Supremo Collegio con la nota sentenza n. 8/2012, enunciando il principio secondo cui "Si deve ritenere che la valutazione compiuta dagli enti previdenziali sia vincolante per le stazioni appaltanti e precluda, ad esse, una valutazione autonoma". E', dunque, seguendo tale principio che i giudici di Palazzo Spada hanno risolto fattispecie analoghe a quella in parola.

#### • CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza che qui si commenta risolve convintamente due nodi problematici di sicuro interesse, riaffermando importanti principi di diritto ed applicando la giurisprudenza più solida del Consiglio di Stato anche a questioni precedentemente non arate. Sulla prima, la Quinta Sezione aderisce ad un'opzione, se si vuole, "sostanzialista", tesa a privilegiare la posizione concreta dell'aggiudicatario e ad enfatizzare le sue qualità organizzative, indipendentemente dalle modalità giuridiche con cui si provvederà a svolgere l'appalto. Si tratta di lettura sicuramente da sposare, in quanto individua correttamente nell'impresa vincitrice il vero dominus delle prestazioni e dei rapporti con la stazione appaltante. La seconda questione, infine, risolve il tema relativo alla solidità dei soggetti che erogano la garanzia (sia provvisoria che definitiva), nel senso di semplificare e di applicare il principio di attribuzione delle competenze, lasciando perciò ai soggetti istituzionali deputati a tale controllo (Banca d'Italia) ed alla legge il relativo controllo, senza che le stazioni appaltanti si possano occupare di tematiche che, tra l'altro, sono spesso complesse e che richiedono specifiche professionalità.