

**LA CLAUSOLA ESCLUDENTE IN CONTRASTO CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA VA IMPUGNATA ENTRO IL TERMINE DI TRENTA GIORNI DALLA PUBBLICAZIONE, NON POTENDO ALTRIMENTI ESSERE DISAPPLICATA DAL GIUDICE AMMINISTRATIVO**

[Cons. Stato, sez. V, 10.1.2024 n. 321](#)

**Massime (segue testo)**

<< Pertanto, pur trattandosi di raggruppamento orizzontale (nel quale cioè tutti i membri sono qualificati per tutte le categorie di lavori), la richiesta del possesso dei requisiti in misura maggioritaria per la mandataria impediva la partecipazione del r.t.i. composto dalle sole due imprese anzidette.

6.1.3. Si verte in una fattispecie tipica di clausola c.d. immediatamente escludente, per la quale sussisteva l'onere dell'impugnazione tempestiva del bando di gara, alla stregua della nota giurisprudenza richiamata da entrambe le parti.

La clausola pregiudicava la partecipazione alla gara del raggruppamento poiché, contrariamente a quanto sostenuto dal r.t.i. De Cicco, non era possibile tenere conto del fatto che cumulativamente e nel complesso i componenti del r.t.i. erano in grado di soddisfare i requisiti partecipativi previsti dalla stazione appaltante, dato che questi avrebbero dovuto essere soddisfatti per ciascuna categoria secondo le percentuali indicate.

Si tratta di clausola riguardante requisiti di partecipazione legati a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento (cfr. già Cons. St., Ad. Plen. 29 gennaio 2003, n. 1 e id., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4)>>

<< 6.2.2. Più nel dettaglio, va affermato che va impugnato, e non può essere soltanto “disapplicato”, il bando di una procedura ad evidenza pubblica

contenente una clausola escludente che, applicando una norma di legge nazionale ritenuta dalla Corte di Giustizia in contrasto col diritto dell'Unione, ne impone l'osservanza nella singola gara; qualora poi si tratti, come nel caso di specie, di una clausola immediatamente escludente, l'impugnazione del bando deve essere proposta nel termine di trenta giorni dalla sua pubblicazione ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a..

La fattispecie è analoga a quella che si configura quando una clausola del bando di gara si assume illegittima per contrasto col diritto interno.

Nell'un caso e nell'altro, a meno che non si tratti di clausola nulla - evenienza, quest'ultima, che va esclusa nel presente giudizio per quanto appresso si dirà - il bando illegittimo non può essere rimosso per via giurisdizionale una volta che le sue previsioni siano divenute stabili per mancata tempestiva impugnazione>>

Pubblicato il 10/01/2024

N. 00321/2024REG.PROV.COLL.

N. 03968/2023 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3968 del 2023, proposto da Agenzia del Demanio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 922018408A, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***contro***

De Cicco S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese composto con l'impresa mandante Vincenzo Modugno s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Rosamaria Berloco, Andrea Di Leo, Pietro Falcicchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Rosa Berloco in Roma, via Alessandro III n. 6;

***nei confronti***

Upgrading Services S.p.A., non costituita in giudizio;

***per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 00372/2023, resa tra le parti.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di De Cicco S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2023 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Di Leo e dello Stato Tortora;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia – Bari ha accolto il ricorso proposto dalla società De Cicco s.r.l., in proprio e quale mandataria capogruppo del costituendo r.t.i. con l'impresa mandante Vincenzo Modugno s.r.l., contro l'Agenzia del Demanio e l'Agenzia del Demanio – Direzione Regionale Puglia e Basilicata e nei confronti di Upgrading Services S.p.A., per l'annullamento del provvedimento di esclusione del r.t.i. ricorrente dalla procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto *“Accordo Quadro per l'affidamento di interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria di cui all'art. 12, comma 2, lettere a) e b) e comma 5, del D.L. n. 98/2011, come convertito con Legge 111/2011, volti, ove possibile, anche al recupero degli spazi interni degli immobili di proprietà dello Stato al fine di ridurre le locazioni passive, nonché alla riqualificazione energetica degli immobili in uso alle Amministrazioni dello Stato, ivi inclusi quelli direttamente gestiti e finanziati dal Ministero della Cultura, dal Ministero della Difesa e dalla Corte dei Conti su immobili agli stessi in uso, nonché gli interventi manutentivi gestiti dall'Agenzia del Demanio, compresi nel territorio di competenza della Direzione Regionale Puglia e Basilicata, commissionati mediante singoli*

*contratti?* relativamente al lotto contrassegnato dal n.5: Regioni Puglia e Basilicata, CIG 922018408A, di importo pari ad euro 21.000.000,00.

Sono stati accolti anche i motivi aggiunti con i quali era stato poi impugnato il provvedimento di aggiudicazione in favore del raggruppamento Upgrading Services S.p.A. con AVC s.r.l., per illegittimità derivata.

1.1. In punto di fatto, la sentenza premette quanto segue:

- il disciplinare di gara, al punto XIII.1 rubricato “*Requisiti di qualificazione*” (pag. 12), imponeva il possesso di particolari requisiti di qualificazione distinti a seconda del lotto di riferimento che, per il lotto n. 5 (Regioni Puglia e Basilicata), al quale hanno partecipato il raggruppamento capeggiato dalla società ricorrente e la società controinteressata, corrispondevano alle seguenti categorie e classifiche di lavori: OG1 class. IV-OG2 class. IV - OG11 class. IV;

- sempre il disciplinare, al punto XI rubricato “*Soggetti ammessi alla gara*” (pag. 10), prevedeva “*sono ammessi alla gara...i soggetti che intendano riunirsi o consorziarsi ai sensi dell’art. 48, comma 8, D.Lgs. 50/2016. Tuttavia in considerazione della peculiarità dell’oggetto della presente procedura le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete (qualora assimilabili ai RTI), i RTI e i consorzi ordinari di concorrenti sono ammessi solo se di tipo orizzontale. Non sono ammessi pertanto alla gara aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, RTI o consorzi ordinari di concorrenti verticali o misti?*”;

- infine, sempre al citato punto XIII.1, il disciplinare di gara stabiliva: “*Tenuto conto che non è possibile prevedere in questa fase le categorie in cui si articoleranno i singoli interventi, è richiesto per ogni lotto il possesso di tutti i requisiti ivi indicati da parte di ciascun concorrente.*

*L’impossibilità oggettiva di prevedere gli interventi che saranno in concreto oggetto dei singoli affidamenti e dunque di distinguere a monte, nell’ambito degli stessi, tra categorie prevalenti e scorparabili, ai sensi dell’art. 48, commi 1 e 6, D.Lgs. 50/2016 e dell’art. 92, comma 3, del D.P.R. 207/2010, determina infatti la necessità di selezionare operatori economici idonei a svolgere appalti in ciascuna delle categorie cui sono astrattamente ascrivibili gli interventi (OG1,*

OG11 e OG2), considerato che rispetto al singolo affidamento tali categorie possono coesistere o meno. Da ciò consegue, tra l'altro, l'impossibilità di partecipare alla presente procedura in RTI o consorzi ordinari di concorrenti verticali di cui all'art. 48, comma 1, D.Lgs. 50/2016 o misti”;

- nelle date del 19.07.2022, 20.10.2022 e 25.10.2022 si svolgevano le sedute della Commissione giudicatrice all'uopo nominata per la valutazione delle offerte tecniche ed economiche, che si era avvalsa della facoltà prevista all'art.133, comma 8, del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. (c.d. inversione procedimentale), così come indicato nella *lex specialis*;

- il raggruppamento ricorrente era risultato quale miglior offerente rispetto al lotto n. 5, con un punteggio complessivo pari a 98,44 punti;

- in data 26.10.2022 il seggio di gara deputato a svolgere la verifica della documentazione amministrativa degli operatori classificati utilmente in graduatoria per ciascun lotto riteneva che il raggruppamento De Cicco –Vincenzo Modugno non potesse essere ammesso alle successive fasi di gara, stante il mancato possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dal disciplinare di gara ed essendo di tipo misto, in violazione di quanto prescritto dal predetto atto di *lex specialis*, giusta nota prot. 18676 del 28.10.2022;

- quindi, con provvedimento prot. 18966 del 3.11.2022, il Direttore generale *pro tempore* della Direzione Regionale Puglia e Basilicata dell'Agenzia del Demanio comunicava le ammissioni e le esclusioni dei concorrenti dalla procedura ad evidenza pubblica di cui si discute, confermando l'esclusione del costituendo raggruppamento di imprese composto dalla De Cicco S.r.l. (capogruppo mandataria) e dalla Vincenzo Modugno S.r.l. (mandante);

- con nota 4.11.2022, prot. 18991, il Responsabile unico del procedimento, ai sensi dell'art. 76 commi 2 bis e 5, del d.lgs. 50/2016 e s.m.i., comunicava formalmente la suindicata esclusione.

1.2. Il tribunale - dopo avere respinto un'eccezione di irricevibilità del ricorso relativamente all'impugnazione del bando di gara sollevata dalla difesa erariale per non avere la ricorrente impugnato tempestivamente le clausole del bando immediatamente escludenti – nel merito ha deciso come segue:

- 1) diversamente da quanto contestato dall'amministrazione, ha ritenuto trattarsi di raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale, dal momento che *“tanto la mandante quanto la mandataria sono in possesso della qualificazione per tutte le categorie richieste”* (par. 9.1 della motivazione);

- 2) dato ciò, e richiamata la sentenza dell'Adunanza plenaria 13 giugno 2012, n. 22 circa la distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali, ha precisato che *“si riconosce piena libertà delle imprese partecipanti al Raggruppamento di suddividere tra loro le quote di esecuzione dei lavori, sia in via preventiva (art. 92, comma 2, secondo periodo, del d.P.R. n. 207/2010) sia in via successiva (art. 92, comma 2, quarto periodo, dello stesso decreto, sia pure previa autorizzazione dell'Amministrazione), fermo il limite rappresentato dai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa associata”* (par. 9.4), sottolineando quindi la modificabilità delle quote di esecuzione anche in fase esecutiva (par. 9.5);

- 3) ha perciò concluso, quanto alla natura del raggruppamento, che la previsione dell'esecuzione dei lavori ascrivibili alla categoria OG11 interamente da parte della mandataria non valeva a qualificare automaticamente il raggruppamento come di tipo misto;

- 4) ha poi risolto la diversa questione del contestato mancato possesso dei requisiti di qualificazione in misura maggioritaria per tutte le categorie di lavori in capo alla mandataria De Cicco (in riferimento alla categoria OG2) facendo applicazione della sentenza della Corte di Giustizia, sez. IV, 28 aprile 2022, C-642/20, disapplicando perciò la normativa nazionale ritenuta incompatibile col diritto dell'Unione europea e reputando illegittima la clausola del disciplinare di gara

conforme al diritto interno, quindi illegittimo il provvedimento di esclusione basato su tale clausola.

1.3. Accolto il ricorso, i provvedimenti impugnati sono stati annullati ed è stato disposto il risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione del lotto 5 al r.t.i. ricorrente e stipula del contratto, fatto salvo l'esito dell'eventuale verifica di congruità dell'offerta.

1.3.1. Le spese processuali sono state compensate in ragione della peculiarità e della novità delle questioni trattate.

2. Avverso la sentenza l'Agenzia del Demanio ha proposto appello con un solo motivo.

2.1. La De Cicco s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i. con la mandante Vincenzo Modugno s.r.l., si è costituita per resistere all'appello.

2.2. Con ordinanza cautelare del 26 maggio 2023, n. 2123 è stata accolta l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata.

2.3. All'udienza del 5 ottobre 2023 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memoria dell'appellata.

2.4. Su richiesta dell'amministrazione appellante è stato pubblicato il dispositivo in data 6 ottobre 2023.

3. Preliminarmente va esaminata l'eccezione di inammissibilità dell'appello per difetto di procura speciale sollevata dalla difesa dell'appellata De Cicco perché l'atto di appello dell'Agenzia del Demanio non contiene l'indicazione della procura speciale rilasciata in favore dell'Avvocatura generale dello Stato.

3.1. L'eccezione è infondata.

L'art. 72 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 prevede che *“Le agenzie fiscali possono avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'articolo 43 del testo unico approvato con regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni.”*



Ne consegue che, pur trattandosi di patrocinio facoltativo, una volta che l'agenzia abbia scelto di farsi rappresentare in giudizio dall'Avvocatura dello Stato, trovano applicazione le disposizioni degli artt. 43 e seg. del r.d. n. 1611 del 1933 e s.m.i.

L'art. 45 prevede che, per l'esercizio delle funzioni di cui all'art. 43, si applica il secondo comma dell'art. 1 dello stesso T.U.

Quest'ultima disposizione stabilisce che *“gli avvocati dello stato esercitano le loro funzioni innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede e non hanno bisogno di mandato, neppure nei casi nei quali le norme ordinarie richiedono il mandato speciale, bastando che consti della loro qualità.”*.

Pertanto, le agenzie fiscali possono avvalersi per la loro rappresentanza in giudizio del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 43 del T.U. approvato con r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, senza che occorra a tal fine un mandato alle liti o una procura speciale, restando i rapporti tra Direttore dell'agenzia ed Avvocatura erariale in ambito meramente interno (così, in termini, Cass. sez. V, 11 giugno 2014, n. 13156, la cui motivazione evidenzia come *“I compiti di rappresentanza e difesa in giudizio da parte dell'Avvocatura dello Stato presentano caratteri assolutamente peculiari e differenziali rispetto al ruolo dei difensori del libero foro e degli uffici legali di altre amministrazioni pubbliche, poiché la sua attività è diretta al perseguimento d'interessi pubblici generali e all'attuazione del principio di legalità. Ai sensi del R.D. n. 1611 del 1933, art. 1, comma 2, l'espletamento dell'opera difensiva dell'Avvocatura erariale non deve, infatti, essere sorretta da mandato alle liti ovvero da procura speciale (Cass. 10374/08), con disciplina ritenuta costituzionalmente legittima (Cass. 1308/90)”*).

3.2. La qualità di “Avvocato dello Stato” del difensore dell'Agenzia del Demanio è chiaramente espressa nel ricorso notificato per la proposizione del presente appello.

Quest'ultimo è conforme alle norme sopra richiamate, senza che fosse necessaria la spendita di una procura speciale.

3.3. L'eccezione di inammissibilità dell'appello per difetto di *ius postulandi* va quindi respinta.

4. Con l'unico motivo di appello (rubricato “*Tardiva impugnazione del bando. Inammissibilità del ricorso per tardività; inoppugnabilità del bando ed in particolare della clausola di cui al Par. XIII.1 oltre che delle clausole che prevedono che detti requisiti siano a pena di esclusione*”) viene censurata la sentenza di primo grado nella parte in cui, con riferimento alla questione del contestato mancato possesso dei requisiti di qualificazione in misura maggioritaria per tutte le categorie di lavori in capo alla mandataria De Cicco, facendo applicazione della sentenza della Corte di Giustizia sopra detta, ha affermato quanto segue:

*<<La sentenza richiamata, anteriore all'indizione della gara, impone la disapplicazione delle norme di diritto interno che si pongano in contrasto con il suindicato art. 63 della direttiva 2014/24/UE, con la conseguenza che la prescrizione della lex specialis, che, facendo applicazione dell'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, impone il possesso dei requisiti in misura percentuale superiore in capo alla mandataria, è illegittima.*

*... L'esclusione che poggia su detta prescrizione del disciplinare di gara è, pertanto, illegittima.>>* (par. 10.1 e 11 della motivazione).

4.1. L'Agenzia del Demanio contesta tale prospettazione premettendo che:

- il possesso dei requisiti di qualificazione in misura maggioritaria per la mandataria era previsto a pena di esclusione dal disciplinare di gara (in particolare prevedendo la misura minima del 40% per la mandataria e del 10% per le mandanti), con la conseguenza, già evidenziata nelle difese di primo grado, che, in caso di raggruppamento composto da due sole imprese, come nel caso di specie, la mandataria avrebbe dovuto spendere una qualifica superiore al 50% dell'importo dei lavori in ciascuna delle categorie degli interventi (OG1, OG11 e OG2);
- col ricorso di primo grado il r.t.i. De Cicco aveva impugnato la clausola del bando che richiedeva il requisito contestato e sulla cui carenza è stata disposta

l'esclusione, anche perché in contrasto con il diritto unionale e penalizzante per la propria partecipazione, richiamando la sentenza della CGUE, sez. IV, 28 aprile 2022, C-642/20, ma l'impugnazione avrebbe dovuto essere dichiarata irricevibile.

4.2. In proposito, l'Agenzia del Demanio oppone che il r.t.i. ricorrente avrebbe dovuto impugnare immediatamente le clausole ritenute lesive ed in particolare quella che richiedeva i requisiti per l'esecutore in capo a tutti i componenti secondo le misure minime ivi stabilite e per la mandataria, in ogni caso, in misura maggioritaria.

L'appellante sostiene che si trattava di clausole c.d. "immediatamente escludenti", per le quali la giurisprudenza richiamata nell'atto di appello (per tutte, Cons. Stato, Ad. Plen. n. 1 del 2003 e n. 4 del 2018; Cons. Stato, III, 14 maggio 2018, n. 2663) pone l'onere dell'immediata impugnazione.

Osserva che, invece, il ricorrente ha impugnato il bando solo col ricorso avverso l'esclusione, per di più in via condizionata, laddove la chiarezza della lettera del bando rendeva immediatamente percepibile che la relativa applicazione avrebbe comportato l'esclusione del r.t.i.

Pertanto, sarebbe errata la sentenza per non avere bene esaminato il profilo della mancata tempestiva impugnazione dell'atto, ritenuto illegittimo per incompatibilità con la direttiva 2014/24, art. 63, che avrebbe dovuto portare all'inammissibilità del ricorso per tardività.

4.3. L'appellante aggiunge che, trattandosi di eccezione rilevabile d'ufficio, non è rilevante che in prime cure non fosse stata eccepita l'inammissibilità del ricorso anche sotto tale specifico profilo.

4.4. Osserva infine che l'onere di impugnare immediatamente la clausola contraria alla normativa unionale, previsto dal nostro ordinamento, non si pone in contrasto con la direttiva ricorsi (89/665/CE).

5. L'appellata De Cicco ha sollevato, in via preliminare, un'eccezione di inammissibilità del motivo di appello, perché si tratterebbe di “motivo critico” che la difesa erariale avrebbe irrispettamente introdotto (tra l'altro in modo laconico ed in assenza di congrua specificità) nel corso del precedente grado di giudizio solo a mezzo memoria di replica del 24 gennaio 2023, depositata in vista dell'udienza di discussione in primo grado.

In appello il motivo darebbe perciò luogo ad una “*domanda nuova a tutti gli effetti, ivi compresi quelli processuali*”, inammissibile ai sensi dell'art. 104, comma 1, c.p.a.

Inoltre, la difesa erariale avrebbe ricostruito il “motivo di censura” alterandone il contenuto: non più concernente il profilo della “*partecipazione di tutte le compagnie associative diverse dai raggruppamenti orizzontali*” (secondo quanto eccepito con detta memoria di replica), bensì riferendo lo stesso all'incompatibilità del disciplinare con la direttiva 2014/24/UE.

La novità della censura rileverebbe pertanto anche sotto questo profilo, perché sarebbe stata introdotta una “domanda” caratterizzata da nuovo o mutato *petitum* oppure da nuova o mutata *causa petendi*, perciò vietata (come da giurisprudenza richiamata nell'atto di appello: Cons. Stato, VI, 6 novembre 2020, n. 6834).

5.1. L'eccezione non merita di essere accolta.

In effetti, in primo grado, l'eccezione di irricevibilità dell'impugnazione del bando per tardività risulta essere stata formulata dall'Agenzia del Demanio per la prima volta con la memoria di replica e, come riconosciuto dalla stessa appellante, con riferimento alla clausola del bando, ritenuta a carattere “*immediatamente escludente della partecipazione di tutte le compagnie associative diverse dai raggruppamenti orizzontali*”.

Tuttavia, il motivo di gravame corrisponde ad un'eccezione che riguarda l'ammissibilità del ricorso, quindi rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado.

Invero, la questione concernente la tempestività del ricorso, e dei singoli motivi (ove rilevanti ai fini della decisione), va esaminata d'ufficio e la ragione di inammissibilità, ove esistente, va rilevata (anche) dal giudice.

Si tratta di principio incontrovertibile, confluito nella disposizione dell'art. 35, comma 1, lett. a), che prevede che *“Il giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso: a) irricevibile se accerta la tardività della notificazione o del deposito”*.

5.2. D'altronde, la rilevabilità d'ufficio è stata ritenuta dal giudice di primo grado, laddove ha premesso al punto 7 della motivazione che *“in via preliminare deve affermarsi la tempestività del ricorso in esame”*.

Quindi, dopo aver detto della clausola che vietava i raggruppamenti a natura verticale o mista (punto 7.1), ha precisato *“Quanto alle altre parti del disciplinare invece censurate, se ne evidenzia l'assenza di portata direttamente lesiva, il che esclude l'onere di immediata impugnazione, a pena di decadenza”* (punto 7.2).

Il motivo di appello in esame finisce per censurare tale statuizione, poiché vi si deduce che, non avendo il raggruppamento ricorrente un'impresa capogruppo in possesso dei requisiti in misura maggioritaria, l'applicazione della corrispondente clausola del disciplinare aveva portata lesiva, in quanto era chiaro *ab initio* che ne avrebbe comportato l'esclusione (come in effetti avvenuto).

5.3. La censura dell'appellante, contrariamente a quanto eccepisce la difesa di De Cicco, non dà luogo ad una “domanda nuova” inammissibile in appello.

L'art. 104, comma 1, c.p.a., sancendo l'inammissibilità delle “nuove domande”, si riferisce tecnicamente alla novità degli elementi fondanti la domanda del ricorrente, ai sensi dell'art. 40, comma 1, c.p.a.

La novità della domanda, vietata in appello, va in particolare riferita: all'oggetto della domanda (*“ivi compreso l'atto o il provvedimento eventualmente impugnato”*), di cui alla lettera b); ai motivi specifici su cui si fonda il ricorso, di cui alla lettera d); all'indicazione dei provvedimenti chiesti al giudice, di cui alla lettera f).

Nel caso di specie l'appello è stato proposto dall'amministrazione resistente, soccombente in primo grado, e quindi non concerne propriamente una "domanda", ma attiene ad una "eccezione", specificamente all'eccezione di inammissibilità, rilevabile d'ufficio, sopra specificata.

L'art. 104, comma 1, c.p.a. vieta la proposizione, per la prima volta in appello, delle nuove eccezioni soltanto se "non rilevabili d'ufficio".

Quanto alle eccezioni rilevabili d'ufficio, la regola è quella della proponibilità e della rilevabilità officiosa senza limiti in appello, anche se nel primo grado del giudizio le stesse non siano state formalmente proposte o siano state assenti dal dibattito processuale ovvero siano rimaste "assorbite" dalla decisione di merito.

Se invece il giudice di primo grado si sia espressamente pronunciato, decidendo in merito ad un'eccezione, anche rilevabile d'ufficio, la parte rimasta soccombente rispetto a tale decisione è tenuta a proporre appello, principale o incidentale, affinché l'eccezione, già decisa, possa entrare a far parte del *thema decidendum* del giudizio di secondo grado.

5.4. L'Agenzia del Demanio ha correttamente proposto appello principale, valendo l'impugnazione sia per censurare la decisione di rigetto dell'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado, assunta in via pregiudiziale dal giudice di primo grado, sia per sollecitare la decisione del giudice d'appello sulla stessa eccezione, onde pervenire ad una decisione di irricevibilità del corrispondente motivo del ricorso di primo grado.

5.5. L'eccezione di inammissibilità dell'appello, così come formulata dalla difesa di De Cicco, va quindi respinta.

6. L'appello, oltre che ammissibile, è fondato.

6.1. Il provvedimento di esclusione impugnato in primo grado, del 3 novembre 2022, n. 18966, si basa su due ragioni di esclusione, entrambe concernenti il possesso dei requisiti di qualificazione da parte del r.t.i. De Cicco; e precisamente:

<<Il concorrente non risulta in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti da Disciplinare di gara al punto XIII.1 e XIV>>.

6.1.1. L'Agencia del Demanio ha prestato acquiescenza alla decisione del tribunale che ha ritenuto che il r.t.i. ricorrente avesse rispettato i requisiti di qualificazione delineati al punto XIII.1, in riferimento al punto XI, per la parte concernente il divieto di raggruppamenti verticali o misti, perché qualificabile come raggruppamento orizzontale.

L'appello ha invece riguardato la parte della sentenza riferita al punto XIV del disciplinare di gara.

Tale clausola, relativamente al lotto 5 “*lavori SOA III e IV classifica*”, è la seguente:

“*ciascun componente dovrà possedere l'attestazione SOA relativa a tutte le categorie individuate al par. V, purché, ai sensi dell'art. 92, comma 2, del D.P.R. 207/2010 il componente indicato quale mandatario si qualifichi in misura maggioritaria rispetto alle mandanti e comunque, nella misura minima del 40%, il componente designato quale mandante nella misura minima del 10% e complessivamente il raggruppamento o il consorzio sia qualificato per la totalità dei lavori (100%). Nel rispetto delle percentuali di qualificazioni sopra indicate il Raggruppamento potrà liberamente indicare le quote di esecuzione dei lavori di ciascun componente entro i limiti di partecipazione consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso dovrà assumere, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti*”.

6.1.2. La clausola ha una portata immediatamente escludente nei confronti del r.t.i. costituito da De Cicco s.r.l., mandataria, e da Vincenzo Modugno s.r.l., mandante. Per come desumibile dal testo della prescrizione sopra riportato e come esplicitato anche nei chiarimenti resi dalla stazione appaltante (prodotti nel giudizio di primo grado), la qualificazione in misura maggioritaria era richiesta per ciascuna delle categorie dei lavori da appaltare e le percentuali minime del 40% e del 10% erano riferite alle classifiche riguardanti ciascuna categoria, di modo che, nel caso di

raggruppamenti composti da due imprese, la mandataria avrebbe dovuto possedere una qualificazione superiore al 50% in ciascuna categoria.

Quanto sopra consente già di confutare l'argomento difensivo del r.t.i. appellato secondo cui si sarebbe dovuto avere riguardo alla totalità dei lavori previsti per il lotto 5, di modo che i requisiti avrebbero potuto essere soddisfatti cumulativamente, con riguardo cioè alla totalità dei lavori del lotto.

Ulteriore definitiva smentita di tale interpretazione si rinviene nella clausola del punto XIII.1 del disciplinare, laddove si precisa che:

*“Tenuto conto che non è possibile prevedere in questa fase le categorie in cui si articoleranno i singoli interventi, è richiesto per ogni lotto il possesso di tutti i requisiti ivi indicati da parte di ciascun concorrente.*

*L'impossibilità oggettiva di prevedere gli interventi che saranno in concreto oggetto dei singoli affidamenti e dunque di distinguere a monte, nell'ambito degli stessi, tra categorie prevalenti e scorporabili, ai sensi dell'art. 48, commi 1 e 6, D.Lgs. 50/2016 e dell'art. 92, comma 3, del D.P.R. 207/2010, determina infatti la necessità di selezionare operatori economici idonei a svolgere appalti in ciascuna delle categorie cui sono astrattamente ascrivibili gli interventi (OG1, OG11 e OG2), considerato che rispetto al singolo affidamento tali categorie possono coesistere o meno. Da ciò consegue, tra l'altro, l'impossibilità di partecipare alla presente procedura in RTI o consorzi ordinari di concorrenti verticali di cui all'art. 48, comma 1, D.Lgs. 50/2016 o misti”.*

Tale precisazione, riferita a “ciascuna delle categorie cui sono astrattamente ascrivibili gli interventi (OG1, OG11 e OG2)”, rende esplicita la richiesta del possesso dei requisiti in capo a ciascun componente del r.t.i. per ciascuna categoria di lavori e, in combinazione con il successivo punto XIV, la richiesta del possesso, nell'ambito di ciascuna categoria, della misura maggioritaria per la capogruppo.

La portata immediatamente escludente di siffatta previsione è dovuta al dato di fatto oggettivo, sottolineato nei verbali di gara pure impugnati, che la De Cicco non possiede la qualificazione in misura maggioritaria nella categoria OG2.



Pertanto, pur trattandosi di raggruppamento orizzontale (nel quale cioè tutti i membri sono qualificati per tutte le categorie di lavori), la richiesta del possesso dei requisiti in misura maggioritaria per la mandataria impediva la partecipazione del r.t.i. composto dalle sole due imprese anzidette.

6.1.3. Si verte in una fattispecie tipica di clausola c.d. immediatamente escludente, per la quale sussisteva l'onere dell'impugnazione tempestiva del bando di gara, alla stregua della nota giurisprudenza richiamata da entrambe le parti.

La clausola pregiudicava la partecipazione alla gara del raggruppamento poiché, contrariamente a quanto sostenuto dal r.t.i. De Cicco, non era possibile tenere conto del fatto che cumulativamente e nel complesso i componenti del r.t.i. erano in grado di soddisfare i requisiti partecipativi previsti dalla stazione appaltante, dato che questi avrebbero dovuto essere soddisfatti per ciascuna categoria secondo le percentuali indicate.

Si tratta di clausola riguardante requisiti di partecipazione legati a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento (cfr. già Cons. St., Ad. Plen. 29 gennaio 2003, n. 1 e id., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4).

6.1.4. Il raggruppamento escluso - sostanzialmente riconoscendone la portata pregiudizievole per i propri interessi - ha impugnato la legge di gara, chiedendo l'annullamento in particolare “del disciplinare di gara nella parte in cui, agli artt. XIII.1 e XIV, reca disposizioni in contrasto con le previsioni di cui all'art. 83, co. 8, d.lgs. 50/2016 e s.m.i. e art. 92, co. 2, d.P.R. 207/2010 e s.m.i., laddove si prevede che la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria giusta sentenza della Corte di Giustizia UE n. 642/2020, pubblicata il 28.4.2022, [...]”, come da ricorso introduttivo del primo grado di giudizio.

Tuttavia, rispetto alla data del bando, trasmesso il 10 maggio 2022, per la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, è tardiva l'impugnazione proposta col ricorso notificato dopo la comunicazione del provvedimento di esclusione in data 4 novembre 2022, unitamente a tale provvedimento.

6.2. Il giudice di primo grado ha affermato l'illegittimità dell'esclusione del raggruppamento perché fondata su una prescrizione del disciplinare da ritenersi illegittima in quanto applicativa di norme di diritto interno in contrasto con l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE.

In particolare, queste ultime norme – vale a dire l'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 e l'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010 – sono state “disapplicate” dal tribunale, al fine di rendere il diritto interno compatibile col diritto dell'Unione, come interpretato dalla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2022, C-642/20 (secondo la quale *“L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria.”*).

6.2.1. Dato ciò, e considerata la mancata tempestiva impugnazione della legge di gara, è fondata la censura che l'appellante muove all'impiego dell'istituto della “disapplicazione” del diritto interno da parte del tribunale, mediante un'attività interpretativa che ha condotto in sostanza il giudice di primo grado a “disapplicare”, non solo la norma di legge primaria, ma anche il disciplinare di gara per incompatibilità col diritto dell'Unione Europea.

Va premesso che non è in contestazione, in generale, la portata vincolante, nei confronti dell'amministrazione e dei giudici nazionali, delle sentenze della Corte di Giustizia interpretative del diritto dell'Unione.

Piuttosto, l'appello pone la diversa questione della tipologia di vizio da cui è affetto il provvedimento amministrativo contrario al diritto europeo (c.d. anti-comunitario o anti-europeo) e del rimedio esperibile per via giurisdizionale dalla parte privata che ne sia pregiudicata.

Tale questione è oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che ha individuato diversi rimedi, a seconda delle varie elaborazioni concernenti i rapporti tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale.

L'interpretazione prevalente ha oramai abbandonato la teoria della nullità per violazione dell'art. 21 *septies* della legge n. 241 del 1990 (sulla quale, però, si tornerà) e quella della necessaria disapplicazione del provvedimento amministrativo in analogia alla disapplicazione della fonte normativa primaria in contrasto col diritto comunitario, per approdare alla configurazione del vizio come di illegittimità per violazione di legge, con conseguente annullabilità per via giurisdizionale ai sensi dell'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990 (ed eventualmente in autotutela ai sensi dell'art. 21 *nonies* della stessa legge, estranea al presente giudizio).

Si tratta di approdo interpretativo valido sia per la violazione c.d. diretta, prodotta cioè direttamente dal provvedimento amministrativo contrario al diritto dell'Unione, sia per la violazione c.d. indiretta, prodotta in via mediata dal provvedimento amministrativo conforme ad una norma di legge interna incompatibile con quel diritto, come nel caso di specie.

In entrambi i casi il vizio è riconducibile alla violazione di legge in ragione della tendenziale unitarietà dei due ordinamenti, sia pure con la prevalenza di quello europeo sancita dagli artt. 11 e 117 della Costituzione.

Proprio la tesi c.d. monista, richiamata nella memoria difensiva del r.t.i. De Cicco, induce ad escludere il rimedio della disapplicazione ed a preferire quello dell'annullamento dell'atto illegittimo, considerando che il contrasto con la norma vizia il provvedimento amministrativo, senza che sia rilevante la fonte (interna o europea) della norma violata.

L'individuazione del vizio di annullabilità comporta che, ove si voglia fare valere l'illegittimità del provvedimento amministrativo nazionale per contrasto con le norme UE impugnando lo stesso dinanzi al giudice amministrativo, occorre osservare le norme che regolano il processo, in particolare rispettando il termine fissato a pena di decadenza dall'impugnazione.

6.2.2. Più nel dettaglio, va affermato che va impugnato, e non può essere soltanto "disapplicato", il bando di una procedura ad evidenza pubblica contenente una clausola escludente che, applicando una norma di legge nazionale ritenuta dalla Corte di Giustizia in contrasto col diritto dell'Unione, ne impone l'osservanza nella singola gara; qualora poi si tratti, come nel caso di specie, di una clausola immediatamente escludente, l'impugnazione del bando deve essere proposta nel termine di trenta giorni dalla sua pubblicazione ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a..

La fattispecie è analoga a quella che si configura quando una clausola del bando di gara si assume illegittima per contrasto col diritto interno.

Nell'un caso e nell'altro, a meno che non si tratti di clausola nulla - evenienza, quest'ultima, che va esclusa nel presente giudizio per quanto appresso si dirà - il bando illegittimo non può essere rimosso per via giurisdizionale una volta che le sue previsioni siano divenute stabili per mancata tempestiva impugnazione.

6.2.3. V'è però da aggiungere che nella materia in oggetto va data attuazione, oltre che alla direttiva 2014/24/UE, anche alla direttiva 21 dicembre 1989, 89/665/CE (c.d. direttiva ricorsi), che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e

amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori.

Invero, la direttiva 89/665/CE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, nonché dalle direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE, disciplina le forme di controllo giurisdizionale delle decisioni adottate nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, prevedendo i requisiti minimi che le procedure di impugnazione previste dagli ordinamenti giuridici nazionali devono rispettare per garantire l'osservanza delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici.

In ragione di quanto previsto da tale ultima direttiva, si potrebbe porre la questione della “disapplicazione” (piuttosto che della *lex specialis*, per la quale non si può prescindere dalla necessaria impugnazione, pur se in contrasto col diritto dell'Unione) della norma di diritto interno che prevede la decadenza dal ricorso giurisdizionale decorso il termine per impugnare il bando di gara.

In proposito, tuttavia, si condividono le argomentazioni svolte, nell'atto di appello, dall'Avvocatura generale dello Stato, mediante richiamo della sentenza della Corte di Giustizia 27 febbraio 2003, in causa C-327/00 *Santex s.p.a.*.

La Corte di Giustizia si è pronunciata diverse volte su norme nazionali che prevedono termini di decadenza per le impugnazioni avverso decisioni delle autorità aggiudicatrici dei pubblici appalti, affermandone la compatibilità con la direttiva 89/665 a condizione che il termine sia ragionevole e non determini discriminazioni tra violazioni di diritto interno e di diritto comunitario, sempreché nessun ulteriore ostacolo impedisca l'effettiva applicazione del diritto comunitario (cfr. già Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, C-470/99).

Nella sentenza *Santex* su citata, la Corte UE, è stata chiamata a pronunciarsi in un caso in cui i motivi addotti dal ricorrente erano basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario ed era chiesto di disapplicare le norme

nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non era più possibile invocare una tale incompatibilità.

In tale situazione, analoga alla presente, la CGUE ha constatato che *«sebbene spetti all'ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative al termine di ricorso destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati e agli offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, tali modalità non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva, la quale è intesa a garantire che le decisioni illegittime di tali amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile»*.

La Corte ne ha fatto conseguire la valutazione di ragionevolezza del termine (decorrente dalla notifica dell'atto o dalla data in cui l'interessato ne ha avuto piena conoscenza), all'epoca, di sessanta giorni ed ha ritenuto la fissazione del termine di decadenza rispondente all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva c.d. ricorsi ed al principio di certezza del diritto, salva la verifica in concreto – a salvaguardia della detta effettività – che nel singolo caso la norma processuale non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di diritti eventualmente riconosciuti all'interessato nel diritto comunitario.

In linea con la giurisprudenza della Corte UE, è quella del Consiglio di Stato, secondo cui *“in via generale, il rispetto dei principi di parità di trattamento ed effettività non osta a che lo Stato membro assoggetti la tutela di una posizione giuridica di diritto comunitario derivato ad un termine di decadenza, a condizione che la fissazione di tale termine sia equivalente a quella prevista per posizioni giuridiche di diritto interno, e che il termine non sia di esiguità tale da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio effettivo della tutela delle posizioni giuridiche di matrice comunitaria”* (Cons. Stato, VI, 31 marzo 2011, n. 1983).

6.2.4. Orbene, nel caso di specie, il termine di decadenza di trenta giorni, oltre a valere anche per l'impugnazione degli atti contrari al diritto interno, non è di per sé idoneo a rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti (cfr.

CGUE, IV, 14 febbraio 2019, C-54/18, in riferimento al termine di trenta giorni all'epoca fissato dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.).

Nel caso di specie, inoltre, la sentenza della Corte di Giustizia che rendeva, ad avviso del r.t.i. ricorrente, il bando di gara incompatibile col diritto dell'Unione europea era stata già pubblicata prima della pubblicazione del bando, di modo che, già alla data di quest'ultima, era stato affermato il contrasto col diritto dell'Unione dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui imponeva il possesso maggioritario dei requisiti in capo alla mandataria.

Infine, come detto, l'interpretazione del bando di gara non si prestava ad equivoci di sorta, essendo stata per di più oggetto di chiarimenti inequivocabili dell'amministrazione.

Non sussistono i presupposti per la disapplicazione dell'art. 120, comma 5, c.p.a., in attuazione della direttiva 89/665/CE.

6.2.5. Va perciò riformata la sentenza di primo grado che non ha tenuto conto dell'onere di impugnazione tempestiva, da parte del r.t.i. De Cicco, del disciplinare di gara per asserita contrarietà all'art. 63 della direttiva 2014/24/UE applicabile all'appalto *de quo*.

6.3. Con gli scritti difensivi d'appello il r.t.i. ricorrente sostiene che, comunque, la clausola del disciplinare in contestazione sarebbe stata improduttiva dei suoi effetti tipici perché nulla ai sensi dell'art. 83, comma 8 (*“I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*), del d.lgs. n. 50 del 2016 da intendersi riferito anche alle “disposizioni di legge” di derivazione unionale.

Alla prescrizione nulla perché in contrasto con l'ordinamento dell'Unione europea secondo i principi dettati dalla Corte di Giustizia nella sentenza 28 aprile 2022 si dovrebbe applicare, ad avviso del r.t.i. appellato, il principio espresso

dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, 16 ottobre 2020, n. 16, che elide l'onere di impugnare immediatamente la clausola escludente, essendo sufficiente impugnare, nell'ordinario termine decadenziale, l'atto amministrativo applicativo, soltanto annullabile.

6.3.1. La tesi della nullità della clausola del disciplinare che impone il possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria non è da condividere.

La Corte di Giustizia ha chiarito nella motivazione della detta sentenza:

- al punto 36 che l'art. 63 della direttiva “*[...] precisa, peraltro, al suo paragrafo 2, che, per taluni tipi di appalto, tra cui gli appalti di servizi, «le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici (...), da un partecipante al raggruppamento»*”;
- al punto 37 che “*[...] l'articolo 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva 2014/24, la quale si limita ad autorizzare l'amministrazione aggiudicatrice a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento di operatori economici*”;
- al punto 38 che, secondo il regime istituito dalla direttiva, “*le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di esigere che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'offerente stesso o, se l'offerta è presentata da un raggruppamento di operatori economici ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, da un partecipante a detto raggruppamento; per contro, secondo il diritto nazionale di cui trattasi nel procedimento principale, il legislatore nazionale impone, in modo orizzontale, per tutti gli appalti pubblici in Italia, che il mandatario del raggruppamento di operatori economici esegua la maggior parte delle prestazioni.*”.

Avuto riguardo a tale motivazione ed alle richiamate disposizioni degli artt. 19 e 63 della direttiva, la portata della decisione della Corte di Giustizia è chiaramente delineabile nel senso che, se non è consentito al legislatore nazionale di imporre, in



modo generalizzato ed astratto, un vincolo quantitativo alle modalità organizzative dei raggruppamenti di operatori economici in tutti gli appalti pubblici, per contro, a determinate condizioni, la modulazione, sia pure qualitativa, è consentita alla singola amministrazione aggiudicatrice, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da affidare.

Escluso perciò un divieto assoluto, posto dal diritto dell'Unione, di modulare i requisiti nell'ambito di un raggruppamento in modo che ne risulti diversamente regolata la posizione della mandataria, la previsione del disciplinare che richiedeva per quest'ultima il possesso dei requisiti di partecipazione in misura maggioritaria, pur riprodotiva di una norma interna incompatibile con quella unionale, non è qualificabile alla stregua di una causa di esclusione atipica affetta da nullità ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016.

6.3.2. La fattispecie è evidentemente diversa da quelle oggetto delle sentenze di questa Sezione V, 4 maggio 2020, n. 2785 e id., 11 luglio 2023, n. 6777, richiamate nella memoria della De Cicco, nelle quali rispettivamente risultavano esclusi *tout court* dalle procedure di gara, nel primo caso, i raggruppamenti orizzontali e misti e, nel secondo caso, i consorzi stabili, pur se qualificati per il tramite delle consorziate.

Nel caso di specie, non si tratta all'evidenza dell'esclusione generalizzata di determinati concorrenti plurisoggettivi ma della modulazione dei requisiti di partecipazione rimessa alla discrezionalità della singola amministrazione aggiudicatrice, anche secondo l'interpretazione del diritto dell'Unione fornita dalla ridetta sentenza della Corte di Giustizia.

6.3.3. La portata di quest'ultima, nonché il tenore dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte che ne ha formato oggetto, rendono evidente come tale disposizione sia una norma regolativa del potere dell'amministrazione aggiudicatrice, non attributiva di esso.

Pertanto, non si potrebbe pervenire all'invocata qualificazione in termini di nullità della clausola del disciplinare invocata, anche a voler seguire l'orientamento (espresso dalla giurisprudenza meno recente: cfr. v. Consiglio di Stato, V, 10 gennaio 2003, n. 35, sostanzialmente superato dalla giurisprudenza successiva alla sentenza *Santex*) secondo cui se la norma interna contrastante con il diritto europeo non si limiti a disciplinare le modalità di esercizio del potere, ma sia l'unica norma che fonda il potere medesimo, l'atto amministrativo adottato sulla base di essa dovrà ritenersi nullo per carenza assoluta di potere perché, disapplicando la norma che attribuisce il potere all'amministrazione, il provvedimento su di essa assunto diventerebbe adottato con difetto assoluto di attribuzione.

7. In conclusione, l'appello va accolto.

Per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, vanno dichiarati irricevibili i motivi riferiti alla clausola del disciplinare di cui al punto XIV, con la conseguenza che il provvedimento di esclusione impugnato è da reputarsi conforme alle previsioni del bando per la parte in cui ha fatto applicazione di tale clausola, escludendo il r.t.i. la cui impresa mandataria non possedeva i requisiti in misura maggioritaria nella categoria OG2 (essendo questa una delle due ragioni di esclusione nel contesto di un provvedimento da ritenersi plurimotivato, ma idonea da sola a sorreggere appunto l'esclusione, con carenza di interesse all'impugnazione della ragione di esclusione su cui si è soffermata la sentenza di primo grado).

Il ricorso proposto avverso il provvedimento di esclusione ed i motivi aggiunti proposti per illegittimità derivata avverso il provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata vanno quindi respinti.

7.1. Sussistono giusti motivi di compensazione delle spese dei due gradi di giudizio, considerata la novità delle questioni affrontate, poste dalla pronunzia della CGUE 28 aprile 2022, C- 642/20.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, respinge il ricorso proposto in primo grado.

Compensa le spese dell'intero giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Giuseppina Luciana Barreca**

**IL PRESIDENTE**

**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

**IL SEGRETARIO**