

APPALTI: Consiglio di Stato, Sezione Quinta, ordinanza 18 aprile 2024, n. 3530 in Guida al Diritto n. 21/2024, pag. 107: *“Riconoscere un prelievo anticipato rischia di intaccare i principi di equità”* di G. Pernice

1. Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Garanzia – Esclusione di operatore economico non aggiudicatario - Escussione automatica - Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

1. È rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 TFUE: “se gli artt. 16, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, l’art. 4, Protocollo 7, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo-CEDU, l’art. 6 del TUE, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE, ostino a norme interne (artt. 38, comma 1, lett. i, 48 e 75 del d.lgs. n. 163 del 2006) che prevedono l’applicazione dell’incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell’esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di lavori, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario della gara”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Dussmann Service s.r.l., di Consip s.p.a. e del RTI Acciona Facility Services s.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2023 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Tomaselli, in delega dell'Avv. Brugnoletti, Perrettini, Pugliano, Favale, Marzot, Bufardecì, in dichiarata delega dell'Avv. Perfetti, e dello Stato Di Giorgio;

1.-Il R.T.I. con mandataria la Coopservice soc. coop. p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 14 marzo 2023, n. 4524 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. II, che ha respinto il suo ricorso principale e dichiarato improcedibili i motivi aggiunti rispettivamente avverso il provvedimento in data 9 luglio 2021 con cui Consip ne ha disposto l’esclusione dalla procedura aperta e avverso i provvedimenti di aggiudicazione a Dussmann Service s.r.l. dei lotti nn. 4 e 5 e al R.T.I. con mandataria Acciona Facility Service S.A. del lotto n. 3, dichiarando altresì improcedibile il ricorso incidentale del raggruppamento Acciona Facility Service.

Si tratta della procedura di gara aperta indetta in data 31 luglio 2015 da Consip s.p.a. per l’affidamento di servizi integrati, gestionali e operativi, da eseguirsi negli istituti e luoghi di cultura (c.d. “gara musei”), suddivisa in nove lotti geografici; l’appellante ha chiesto di partecipare a cinque lotti (3, 4, 5, 7 e 9), come consentito dal disciplinare di gara. Il raggruppamento Coopservice è risultato primo

graduato nei lotti n. 4, come da formale comunicazione, e anche nei lotti 3 e 5, come ha informalmente appreso.

L'impugnato provvedimento di esclusione è motivato con riguardo alla condizione di irregolarità contributiva della FCM Group s.r.l., ausiliaria della mandante Alfredo Cecchini s.r.l., la quale è dunque risultata priva del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. i), del d.lgs. n. 163 del 2006 e ciò ha comportato la escussione delle cauzioni provvisorie rilasciate a garanzia delle offerte per tutti i lotti di partecipazione (per il rilevante importo di euro 3.640.000,00), oltre che la segnalazione all'ANAC (giòva precisare che la società FCM Group, a seguito del rigetto dell'istanza di autotutela nei confronti del durc "non regolare" da parte dell'INPS, ha proposto ricorso dinanzi al Tribunale di Roma, in funzione di giudice del lavoro, e ha poi rateizzato il pagamento degli importi dovuti). In particolare, la mandante Alfredo Cecchini s.r.l. si era avvalsa, per dimostrare il possesso del requisito di capacità economica contemplato dall'art. 17.2 del bando, del fatturato specifico posseduto dalla FCM Group s.r.l., quale cessionaria della Edil Impianti s.r.l.

2. - La sintesi dei motivi di ricorso e dello svolgimento del processo può essere letta nella sentenza parziale 18 aprile 2024, n. 3506, con cui sono stati respinti tutti i motivi di appello tranne il terzo (relativo all'incameramento della cauzione provvisoria), il cui esame è stato sospeso in attesa della decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla presente ordinanza di rinvio pregiudiziale.

3. - Il terzo motivo di appello concerne, appunto, l'escussione delle cauzioni provvisorie disposta da Consip per tutti i lotti per i quali il raggruppamento appellante ha presentato domanda di partecipazione. L'appellante ha dedotto la violazione dell'art. 2 del disciplinare (prevedente l'escussione solo allorché emergano condizioni ostative imputabili al concorrente), mentre nel caso di specie si tratta del venire meno di un requisito di ordine generale in capo all'impresa ausiliaria, nonché la violazione dell'art. 49, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 che contempla l'escussione della garanzia solo nel caso di dichiarazioni mendaci dell'impresa ausiliaria. Critica dunque la statuizione di primo grado secondo cui l'accertata carenza di un requisito di ordine generale di partecipazione in capo all'ausiliaria è comunque imputabile alla sfera giuridica del concorrente secondo il principio "*ubi commoda ibi incommoda*". Inoltre, sempre nella prospettazione dell'appellante, l'escussione della cauzione è illegittima nella misura in cui è stata disposta anche per i lotti nei quali il raggruppamento non è risultato aggiudicatario, in violazione del principio di proporzionalità delle sanzioni (come confermato dal fatto che la sopravvenuta disposizione di cui all'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 circoscrive l'operatività della cauzione alla sola ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario). In subordine, chiede il rinvio alla C.G.U.E. onde verificare la compatibilità con i principi europei di libera circolazione e libertà di stabilimento di un sistema (in particolare, desumibile dall'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006) che

ammetta l'automatismo nell'incameramento delle cauzioni provvisorie di un operatore escluso dalla gara e non anche risultato aggiudicatario, senza valutare l'effetto che lo stesso provoca in termini di violazione e compressione del principio di proporzionalità nell'applicazione della sanzione, prospettando il seguente quesito : “*se gli artt. 16, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'art. 4, Protocollo 7, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo-CEDU, l'art. 6 del TUE, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE, ostino a una norma interna (quale contenuta nell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006) che preveda l'applicazione dell'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di lavori, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario della gara*”.

4. - Assume rilevanza ai fini del decidere la questione di interpretazione prima meglio specificata, non essendo fondati i motivi di illegittimità derivata, nonché di violazione dell'art. 2 del disciplinare e dell'art. 49, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006, trovando applicazione nella fattispecie in esame il combinato disposto degli artt. 48 e 75 del predetto testo normativo, per non avere l'operatore economico fornito la prova del possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dalla *lex specialis*, ivi inclusa l'ipotesi del mancato possesso dei requisiti di ordine generale *ex art. 38* del d.lgs. n. 163 del 2006 in capo al concorrente non aggiudicatario.

A questo riguardo, giova brevemente rammentare come la giurisprudenza prevalente, nell'esegesi dell'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, abbia affermato che la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto dei requisiti generali di cui all'art. 38 dello stesso testo normativo (Cons. Stato, V, 7 novembre 2016, n. 4644). Inoltre Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34 ha ritenuto legittima la clausola della *lex specialis* (quale è quella prevista all'art. 2 del disciplinare di gara, pagina 19) 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 d.lgs. n. 163 del 2006.

5. - La Sezione, rilevando la problematicità di tale approdo interpretativo, ha già rimesso alla C.G.U.E. la questione pregiudiziale circa la compatibilità con il diritto europeo di norme interne che prevedano l'applicazione della sanzione dell'incameramento della cauzione provvisoria quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di servizi o lavori, a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno

risultato aggiudicatario dell'affidamento medesimo (tra le varie, Cons. Stato, V, 29 marzo 2023, n. 3264; V, 6 aprile 2023, n. 3571). **Il punto critico, dal punto di vista sistematico, è stato infatti ravvisato nella circostanza che l'automatico incameramento della cauzione colorerebbe detta escussione in termini di provvedimento a contenuto sanzionatorio e di natura "penale", in tale modo ravvisandosi un contrasto degli artt. 48 e 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 con gli artt. 16, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, l'art. 4, Protocollo 7, della medesima CEDU, l'art. 6 TUE, e con i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi di cui agli artt. 49, 50, 54 e 56 TFUE.**

Analoga questione si pone nella fattispecie in esame per il caso in cui il raggruppamento sia mero concorrente e non anche aggiudicatario.

Nella specie, peraltro, **ai soli fini dell'escussione della garanzia provvisoria, anche per il caso di esclusione di operatore risultato aggiudicatario, si pone un problema di imputazione, derivando detta esclusione dalla perdita di un requisito di ordine generale di un'impresa ausiliaria (per di più non originaria) della mandante del raggruppamento.** Ciò si rileva nella prospettiva della natura "penale" che detta escussione potrebbe assumere, secondo i parametri elaborati dalla giurisprudenza in tema di sanzioni pecuniarie della Corte EDU, la quale ha ritenuto applicabili i c.d. criteri Engel dell'8 giugno 1976, progressivamente affinati (Corte EDU, 4 marzo 2014, n. 18640, Grande Stevens). **Ed invero, nella fattispecie controversa, alla stregua di una qualificazione sostanziale, basata sull'afflittività in ragione dell'importo (pari ad euro 3.640.000,00), si può ipotizzare il problema della natura di sanzione penale dell'escussione delle cauzioni provvisorie, secondo l'interpretazione fornite dalla Corte EDU, con conseguente violazione anche del principio di proporzionalità delle sanzioni.**

6. - Alla luce delle considerazioni esposte, il Collegio ravvisa la necessità, quale giudice di ultima istanza, di disporre rinvio alla C.G.U.E., ai sensi dell'art. 267 TFUE, sulla seguente questione pregiudiziale : *"se gli artt. 16, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'art. 4, Protocollo 7, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo-CEDU, l'art. 6 del TUE, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE, ostino a norme interne (artt. 38, comma 1, lett. i, 48 e 75 del d.lgs. n. 163 del 2006) che prevedono l'applicazione dell'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di lavori, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario della gara"*.

7. - Il Collegio, tenuto conto delle raccomandazioni della Corte 2012/C 338/01 sulla presentazione di domande pregiudiziali, dispone che alla CGUE sia trasmessa, a cura della Segreteria della Sezione,

oltre a copia conforme dell'originale della presente ordinanza, copia dell'intero fascicolo di causa, comprensivo della coeva sentenza non definitiva 18 aprile 2024, n. 3506.

8. - In attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 79, comma 1, cod. proc. amm., va sospeso il presente giudizio, riservando alla sentenza definitiva ogni ulteriore decisione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, così decide : a) rimette alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale di cui in motivazione; b) dispone che la Segreteria della Sezione trasmetta alla Cancelleria della Corte copia conforme della presente ordinanza, insieme a copia della sentenza parziale, nonché copia integrale del fascicolo di causa; c) dispone, in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la sospensione del presente processo.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere