

# L'escussione automatica della cauzione provvisoria non può essere effettuata nei confronti del soggetto non ancora aggiudicatario della gara, che non ha reso dichiarazioni mendaci, reticenti o omissive

di Davide Cozzolino

Data di pubblicazione: 20-5-2025

*(...) l'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, etero-integrato dal principio di proporzionalità, nella portata chiarita dalla sentenza della Corte di giustizia, non legittima l'escussione automatica della garanzia nei confronti del concorrente escluso che non risulti aggiudicatario, essendo, a tal fine, necessaria l'instaurazione di un procedimento nell'ambito del quale l'amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, proceda alla valutazione del caso concreto in relazione alla posizione individuale, all'elemento soggettivo e alle regolarizzazioni eventualmente operate dall'offerente. (...)*

Guida alla lettura

La decisione del giudice amministrativo di ultima istanza dello Stato italiano che segue si è intrattenuta sulla **primazia del diritto euro-unitario direttamente applicabile su quello nazionale**; più precisamente sulla **disapplicazione della legge nazionale in contrasto con quella europea rispettosa dei contro limiti rappresentati dal nocciolo duro degli intangibili principi generali presidiati dal testo costituzionale**, in ossequio al diritto vivente accessibile, prevedibili e di stretta interpretazione della Corte costituzionale.

Segnatamente, lì dove il giudicante di *secondo grado* ha condiviso nel dato testuale della sentenza in trattazione l'approdato ermeneutico enucleabile dall'esegesi della Corte di giustizia dell'U.E., in tema di **non automatico incameramento della cauzione versata alla stazione appaltante dalla parte privata di buona fede oggettiva non aggiudicataria**, in ordine ad una domanda di partecipazione ad una gara di appalto pubblico, che, in omaggio all'ermeneutica della **Corte delle leggi, non ha natura sanzionatoria e, pertanto, non è attratta alla materia delle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali del diritto punito**. Tale impostazione si apprezza altresì nella giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 34/2014) maturata nella vigenza del primo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 163/2006, che ha qualificato **la cauzione quale garanzia avente una valenza analoga a quella della caparra confirmatoria e la fideiussione come contratto di garanzia personale, con funzione di evidenziare la serietà e l'affidabilità dell'offerta**.

In tale ambito, si rileva che il giudice euro-unitario ha dichiarato, tra gli altri, che i **principi di proporzionalità e di parità di trattamento nonché dell'obbligo di trasparenza**,

quali enunciati all'art. 2 e al secondo considerando della direttiva 2004/18, **devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che prevede l'incameramento automatico della cauzione provvisoria costituita da un offerente a seguito dell'esclusione di quest'ultimo da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, anche qualora il servizio di cui trattasi non gli sia stato aggiudicato** (Corte di giustizia dell'U.E., Ottava Sezione, decisione del 26/09/2024 nelle cause riunite C-403/23 e C-404/23).

A tale riguardo, tuttavia, si soggiunge che è possibile approfondire la giurisprudenza in questione del giudice europeo accedendo (per ragioni di sinteticità) alla pagina *web* di italiAppalti raggiungibile all'URL <https://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=5462> dove è custodita la guida alla lettura della materia afferente al problema che le misure adottate dagli Stati membri dell'Unione europea non devono andare al di là di quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo.

Senonché, allo stato dell'esposizione in questione, non si può sottacere che il nucleo essenziale della giurisprudenza in illustrazione custodisce intimamente la valorizzazione dell'orbita della parabola esegetica che riposa sull'impostazione della primazia del diritto europeo direttamente applicabile su quello domestico come etero-integrato dal **principio di proporzionalità**. In estrema sintesi, si fa riferimento schiettamente all'essenza della più volte richiamata sentenza della Corte di giustizia dell'U.E. del 26/09/2024 nelle cause riunite C-403/23 e C-404/23, che, per il giudice amministrativo, trova applicazione pure nel caso del previgente testo normativo dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, *ratione temporis* applicabile alla concreta fattispecie delibata, in omaggio alla regola secondo cui si applica la legge in vigore al momento in cui è stata esercitata una determinata attività amministrativa, ossia il primo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 167/2006). In particolare, perché la tesi del Collegio giudicante ha apprezzato la persuasività della surriferita ermeneutica del giudice euro-unitario rispetto alle eccezioni e alle deduzioni offerte dalle parti (pubblica resistente e private contro-interessate) nel postulato che la stessa ***“non legittima l'escussione automatica della garanzia nei confronti del concorrente escluso che non risulti aggiudicatario, essendo, a tal fine, necessaria l'instaurazione di un procedimento nell'ambito del quale l'amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, proceda alla valutazione del caso concreto in relazione alla posizione individuale, all'elemento soggettivo e alle regolarizzazioni eventualmente operate dall'offerente”***.

Conseguentemente, si osserva che la decisione giurisdizionale del Consiglio di Stato in esame pare essere coerentemente orientata al canone giurisprudenziale (oramai) precettivo di disapplicazione sia da parte del giudice sia della pubblica amministrazione della norma nazionale nei limiti circoscritti della sua effettiva incompatibilità con quella unionale di diretta applicazione nell'ordinamento nazionale; e con le altre disposizioni normative, oltre che con i principi europei di diretta applicazione, che integrano l'ordinamento domestico pure secondo quanto è previsto dall'art. 12, comma 2, delle Disposizioni sulla legge in generale (R.D. n. 262/1942), in relazione agli artt. 11, 101, comma 2 e 117, comma 1, Cost.. Difatti, la sentenza di primo grado è stata riformata, per effetto dell'accoglimento del primo motivo di ricorso in appello, con l'assorbimento delle altre domande e la compensazione delle spese di giudizio, per gli accertati giusti motivi che hanno consentito di disporre giurisdizionalmente l'integrale

compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio data la complessità delle questioni trattate e proprio per effetto della disapplicazione del diritto nazionale e l'applicazione di quello europeo come interpretato dalla Corte di giustizia dell'U.E..

In definitiva, dalle suesposte considerazioni pare essere predicabile la valorizzazione di una soluzione esegetica che privilegia l'effetto conformativo incombente sull'autorità pubblica di verificare - nel caso concreto - la posizione del concorrente collocato primo in graduatoria, poiché anche se lo stesso è destinatario della proposta di aggiudicazione, questa ultima può non equivalere a quella dell'aggiudicatario, ai fini dell'escussione della garanzia secondo il principio di diritto che **“il comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 – nel prevedere che la “garanzia provvisoria” a corredo dell'offerta «copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)» – delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la “proposta di aggiudicazione” e l'aggiudicazione”** enunciato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato su interesse della legge, con la sentenza n. 7/2022; ed ancorché esso sia maturato nella vigenza del secondo codice dei contratti pubblici, in quanto, essendo la cauzione strutturalmente ancorata alla funzione di evidenziare la serietà e l'affidabilità dell'offerta, di cui il **principio della fiducia** né è un presidio pure nel terzo codice dei contratti pubblici (art. 2 del d.lgs. n. 36/2023), il principio di diritto stesso rappresenta un ponte tra il passato e il presente, ma attualizzato nella tematica della **neutralità/imparzialità dell'attività amministrativa**, oltre che un segno di equità intergenerazionale e transgenerazionale di sana gestione finanziaria e di equilibrio del bene pubblico costituzionale bilancio dello Stato (Corte costituzionale sentenze n. 18/2019).

N. 02257/2025REG.PROV.COLL.

N. 01827/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 1827 del 2021, proposto da  
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG  
N.D., rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola, Aristide Police, Fabio  
Cintioli e David Astorre, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio  
eletto presso lo studio Aristide Police in Roma, viale Liegi, 32;

*contro*

Consip S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa  
dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*nei confronti*

-OMISSIS-., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa  
dall'avvocato Francesco Ferroni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
-OMISSIS- S.r.l., non costituite in giudizio;

*e con l'intervento di*

ad adiuvandum:

-OMISSIS-., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli  
avvocati Antonio Lirosi, Andrea Zoppini, Giorgio Vercillo, Patrizio Ivo D'Andrea e Daniele Gallo,  
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione seconda, n. 1504  
del 2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip S.p.a. e di -OMISSIS-. e l'atto di intervento *ad  
adiuvandum* di -OMISSIS-.

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2025 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti  
gli avvocati Falzini in sostituzione dell'avv. Police, Cintioli, Astorre, Lirosi, Vercillo, Ferroni e

l'avvocato dello Stato Pintus;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con bando pubblicato il 19 dicembre 2014 Consip indicava una “*procedura aperta ai sensi del d.lgs. 163/2006 e s.m.i. per l'affidamento dei servizi di pulizia di sanificazione ed altri servizi per gli enti del servizio sanitario nazionale – id 1460*” (“Gara Sanità”), divisa in 14 lotti territoriali, per un valore complessivo di circa 1,5 miliardi di euro.

A seguito di due proroghe, il termine di presentazione delle offerte veniva fissato al 28 aprile 2015.

-OMISSIS- presentava offerta per 12 lotti (nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13 e 14), indicando le proprie consorziate designate all'esecuzione delle prestazioni e presentando le cauzioni provvisorie per ciascun lotto, sottoscritte con -OMISSIS-S.p.a. (per i lotti 3, 4, 5, 6, 11 e 12) e con-OMISSIS-) (per i lotti 1, 2, 7, 10, 13 e 14), per complessivi euro 11.996.000,00.

Con unico provvedimento del 16 giugno 2017 Consip escludeva -OMISSIS- da tutti i lotti della gara Sanità, in applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. *f*), del d.lgs. n. 163 del 2006 (applicabile *ratione temporis* alla gara).

L'esclusione è derivata dalla circostanza che, con provvedimento n. 25802 del 22 dicembre 2015, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM”) aveva contestato a -OMISSIS- di aver realizzato, insieme ad altri operatori, un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'art. 101 TFUE e, per l'effetto, aveva irrogato una sanzione pecuniaria quantificata in euro 17.027.300,00, interamente già pagata da -OMISSIS-.

Il provvedimento di esclusione dalla gara Sanità veniva impugnato da -OMISSIS- con ricorso dinanzi al Tar Lazio, che, con ordinanza n. 3882/2017, sospendeva l'esclusione, rilevando l'assenza della motivata valutazione circa l'incidenza dell'illecito professionale sui requisiti di affidabilità del Consorzio, richiesta ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. *f*), del Codice dei contratti.

Nel corso della rinnovata valutazione effettuata da Consip in esecuzione dell'ordinanza cautelare del Tar Lazio, -OMISSIS-, il 12 ottobre 2017, trasmetteva a Consip la documentazione comprovante le misure di *self cleaning* assunte in conseguenza del provvedimento sanzionatorio antitrust e positivamente valutate anche dalla stessa AGCM.

Con provvedimento del 15 dicembre 2017, Consip dava atto della circostanza che: “*le misure adottate sono funzionali a regolare le attività future dell'operatore (e cioè successive alla loro adozione) e la loro corretta attuazione appare idonea, sotto il profilo antitrust, ad evitare il riproporsi di condotte collusive nella predisposizione delle offerte nelle future gare*” e confermava, dunque, l'esclusione del Consorzio da tutti i lotti della Gara Sanità.

Tale provvedimento veniva quindi impugnato dal -OMISSIS- con ricorso per motivi aggiunti.

Con sentenza n. 2394 del 2 marzo 2018 il TAR Lazio respingeva il ricorso, confermando la legittimità del provvedimento di esclusione, sul rilievo per cui l'illecito antitrust avrebbe potuto integrare la causa di esclusione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. f), del Codice.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 1532/2018, accoglieva la domanda cautelare contenuta nell'appello di -OMISSIS- avverso la sentenza del TAR Lazio, sospendendola, atteso che l'orientamento all'epoca consolidato del giudice amministrativo era nel senso di escludere che l'illecito antitrust potesse integrare la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 163 del 2006.

Conseguentemente, con nota datata 11 aprile 2018, Consip disponeva la riammissione di -OMISSIS- alla gara Sanità, domandando allo stesso di confermare l'offerta a suo tempo presentata e di prorogare la validità delle cauzioni provvisorie. Nelle more del contenzioso, la gara Sanità non veniva definita e non veniva pronunciata alcuna aggiudicazione dei lotti di gara.

*Medio tempore*, la questione circa la riconducibilità (o meno) dell'illecito anticoncorrenziale nell'alveo delle fattispecie di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del Codice veniva rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione Europea da parte del Tar Piemonte con ordinanza n. 770 del 21 giugno 2018, resa in un giudizio in cui era parte -OMISSIS-.

Per questa ragione, all'udienza di merito del contenzioso sull'esclusione dalla gara Sanità, con ordinanza n. 4397/2018 del 19 luglio 2018, il Consiglio di Stato disponeva *“la c.d. sospensione impropria del processo”* in ragione della *“possibile rilevanza nel presente contenzioso della decisione del giudice europeo”*.

La Corte di giustizia, con ordinanza del 4 giugno 2019 resa nella causa C-425/18, risolveva la questione pregiudiziale sollevata dal Tar Piemonte con il seguente principio di diritto: *“L'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che è interpretata nel senso di escludere dall'ambito di applicazione dell'«errore grave» commesso da un operatore economico «nell'esercizio della propria attività professionale» i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall'autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale, e che preclude alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente una siffatta violazione per escludere eventualmente tale operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico”*.

A seguito dell'istanza di prosecuzione del giudizio, con la sentenza n. 2260 del 6 aprile 2020, il Consiglio di Stato respingeva in parte l'appello del Consorzio, confermando l'esclusione dello stesso dalla gara Sanità, ma riconoscendo la trasparenza e buona fede di -OMISSIS- nella partecipazione alla predetta gara, in particolare, escludendo che -OMISSIS- avesse reso

dichiarazioni mendaci in ordine all'illecito antitrust, sottolineando che: *“con riguardo alla Gara Sanità non può parlarsi di dichiarazione mendace poiché, all'atto della presentazione dell'offerta, il 28 aprile 2015, l'atto sanzionatorio di AGCM non era stato ancora adottato, per cui il Consorzio non poteva avere consapevolezza che fosse stato accertato a suo carico un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale”*.

In seguito alla conferma della legittimità dell'esclusione di -OMISSIS- dalla procedura per violazione del disposto dell'art. 38, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 68 R.d. n. 827 del 1924, con provvedimento prot. n. 3537 del 31 gennaio 2020 Consip disponeva di procedere all'escussione delle cauzioni provvisorie prestate dal Consorzio; con note prot. nn. -OMISSIS- del 31 gennaio 2020, inviate rispettivamente a -OMISSIS-S.p.a. e -OMISSIS-, Consip richiedeva l'escussione delle cauzioni provvisorie prestate dal -OMISSIS- in sede di partecipazione per un importo complessivo di euro 11.996.000,00.

-OMISSIS- impugnava dinanzi al Tar Lazio i suddetti provvedimenti assunti da Consip, deducendo l'illegittimità dell'escussione delle cauzioni per violazione degli artt. 38, 48 e 75 d.lgs. n. 163 del 2006 e della *lex specialis* che non consentivano l'escussione nei confronti del mero concorrente non aggiudicatario (come nel caso di -OMISSIS-); la violazione dei principi di legalità e di proporzionalità, avendo Consip disposto l'escussione milionaria come conseguenza automatica di un'esclusione a sua volta basata su di una valutazione discrezionale della stazione appaltante e senza alcuna considerazione circa l'assenza dell'elemento soggettivo della colpa in capo al Consorzio; la mancata considerazione delle misure di *self cleaning*, riconosciute efficaci dalla stessa Consip e tutte implementate al momento di adozione del provvedimento di escussione delle cauzioni assunto solo nel 2020; la violazione dei principi del *ne bis in idem* e del principio di proporzionalità, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU, per aver disposto in maniera pressoché automatica l'incameramento di cauzioni milionarie.

Con sentenza del 5 febbraio 2021, n. 1504, il Tar Lazio respingeva il ricorso di -OMISSIS-, ritenendo che: *“... non sembra dubbio che Consip abbia escusso sulla base della previsione secondo cui “la cauzione provvisoria copre e viene escussa per la mancata stipula della convenzione per fatto del concorrente... La formulazione guarda al bene finale della gara (appunto la stipula della Convenzione), anelato da tutti i concorrenti, senza che possa irragionevolmente inferirsi da ciò una limitazione della escussione nei riguardi del solo aggiudicatario; e nel momento in cui fa riferimento al “fatto del concorrente” certamente si riferisce alla riscontrata mancanza di un requisito di ordine generale, posto che l'integrità morale dell'operatore è condizione essenziale per la partecipazione.*

*... vi è un automatismo tra esclusione ed escussione, prescindendosi dalla tipologia (tassativa e vincolata ovvero facoltativa) della causa che l'ha determinata e dalla necessità di motivare il provvedimento, trattandosi di atto consequenziale.*

*... le misure di self cleaning valgono solo de futuro e non possono essere considerate al fine di esentare il concorrente dalla misura espulsiva (e dunque dalla escussione automatica della cauzione), la quale va vagliata alla luce del quadro fattuale esistente al momento della medesima gara de qua, come da univoca giurisprudenza della Sezione e del Giudice di*

*appello. Per altro, le misure stesse sono state anche considerate da parte di Consip, in sede di esclusione, e ritenute inidonee in quanto tra l'altro adottate successivamente alla presentazione dell'offerta.*

*... pare evidente la differente "causa" del provvedimento antitrust e della cauzione: l'uno diretto a sanzionare l'illecito anticoncorrenziale commesso "nel mercato"; l'altra a compensare il pregiudizio patito dall'amministrazione per effetto della patologia procedurale connessa all'esclusione, tramite l'intervento per altro di soggetto terzo che sopporta il peso economico dell'esclusione in forza di garanzia sostanzialmente assicurativa.*

*Deve ribadirsi che l'escussione delle garanzie provvisorie per l'assenza di un requisito essenziale ai fini della partecipazione alla gara e la collegata esclusione sono misure previste dall'ordinamento rispettivamente a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico e a presidio del patto di integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche".*

-OMISSIS- ha proposto appello avverso la sentenza succitata, deducendo i seguenti motivi di gravame:

*I. Sull'erroneità della sentenza nella parte in cui ha escluso l'illegittimità dell'escussione per violazione della *lex specialis* e degli artt. 38, 48 e 75 d.lgs. n. 163 del 2006, atteso che l'escussione della cauzione provvisoria non potrebbe essere effettuata nei confronti del soggetto non ancora aggiudicatario della gara.*

*II. Sull'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto legittima l'automatica escussione della cauzione quale conseguenza di un'esclusione disposta ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto la stazione appaltante non potrebbe escutere le cauzioni in via automatica e, dunque, prescindendo completamente dalla considerazione dell'elemento soggettivo del concorrente; inoltre, l'escussione non potrebbe essere conseguenza dell'applicazione di una clausola di esclusione frutto di una valutazione discrezionale da parte della Stazione appaltante.*

*III. Sull'erroneità della sentenza nella parte in cui ha escluso la rilevanza delle misure di *self cleaning* di -OMISSIS- rispetto all'escussione delle cauzioni, atteso che le misure di *self cleaning*, in quanto adottate prima dell'escussione, sarebbero state illegittimamente trascurate nella valutazione di Consip, che non le avrebbe valutate neppure ai fini di escludere l'automatismo nell'escussione delle cauzioni.*

*IV. Sull'erroneità della sentenza nella parte in cui ha escluso la violazione del principio di proporzionalità, del divieto del *ne bis in idem* e la natura sanzionatoria dell'escussione.*

Sulla scorta delle suddette considerazioni, -OMISSIS- ha sollevato questione di legittimità costituzionale per contrasto con il parametro costituzionale di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3 della Costituzione) e ha chiesto di disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE ai sensi dell'art. 267 TFUE al fine di sottoporre le seguenti questioni pregiudiziali:

- se gli artt. 16 e 50 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, gli artt. 18, 49, 50, 54, 56, 63 e 106 del TFUE, ostino a norme interne che prevedano l'applicazione della sanzione d'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di servizi, benché il medesimo operatore economico sia stato già destinatario, in relazione alla medesima ed unitaria condotta, di altra sanzione definita a seguito di apposito procedimento attivato ad opera di altra competente Autorità del medesimo Stato membro.

Consip S.p.a. ha resistito al gravame chiedendone il rigetto, mentre -OMISSIS-. si è costituita in adesione all'appello.

Con ordinanza collegiale n. 7046/2021, *“Considerato che la Sezione, con ordinanza n. 3299 del 26 aprile 2021 – resa nell’ambito di una controversia avente ad oggetto l’escussione da parte di Consip di cauzioni provvisorie nei confronti di un concorrente non aggiudicatario escluso da una gara bandita nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 – ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle previsioni dell’art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, in combinato disposto con l’art. 216 del medesimo decreto legislativo, per contrasto con gli artt. 3 e 117 della Costituzione, confermando come “la misura sanzionatoria amministrativa prevista dall’art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 abbia natura punitiva e soggiaccia pertanto alle garanzie che la Costituzione ed il diritto internazionale assicurano alla materia, ivi compresa la garanzia della retroattività della lex mitior”, e ha ravvisato un profilo di contrasto con il parametro costituzionale “delle disposizioni che precludono l’applicabilità, al caso di specie, della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta – la quale prevede l’escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell’aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell’aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica – in quanto già in vigore al momento dell’adozione, da parte di Consip s.p.a., del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria” e “Ritenuto che la risoluzione della questione di legittimità costituzionale di cui alla ricordata ordinanza n. 3299/2021 risulta rilevante e pregiudiziale anche ai fini della decisione dell’appello in discussione, per evidente sovrapposibilità della fattispecie di cui all’ordinanza di rimessione con quella che forma oggetto del presente contenzioso relativo ad analogo provvedimento di escussione della cauzione provvisoria adottato da Consip nell’ambito della Gara Sanità”* la sezione ha ritenuto, per ragioni di economia processuale e di omogeneità delle decisioni da adottare, di disporre la sospensione impropria del giudizio, ai sensi degli artt. 79, comma 1, c.p.a. e 295 c.p.c., in attesa del deposito della suddetta decisione da parte della Corte costituzionale.

Con sentenza n. 198 del 2022 la Corte costituzionale ha dichiarato: *“non fondate le questioni di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 93, comma 6, e 216, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 49, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, e all’art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e rese esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, dal Consiglio di Stato, sezione quinta, con l’ordinanza in epigrafe indicata”*.

Con la suddetta decisione la Corte costituzionale ha escluso la retroattività del regime più favorevole introdotto dal nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 in tema di escussione della garanzia provvisoria rispetto alle gare celebrate in applicazione del previgente d.lgs. n. 163 del 2016, e ha escluso la natura di sanzione “punitiva” dell’incameramento della cauzione provvisoria, perché essenzialmente diretto a garantire il rispetto delle regole di gara, restaurando l’interesse pubblico leso, che è quello di evitare la partecipazione alla gara stessa di concorrenti inidonei o di offerte prive dei requisiti richiesti, anche in considerazione del fatto che, nello specifico caso sottoposto all’esame, l’importo della cauzione non raggiungeva un particolare grado di severità.

Ed invero, per la sentenza: *“Dall’importo della garanzia provvisoria, dalla previsione di forme alternative di costituzione (la cauzione o la fideiussione) e dal regime delle riduzioni previste dal legislatore, dunque, può ben desumersi l’assenza di quel connotato di speciale gravità, necessario affinché la misura pregiudizievole possa essere assimilata a una sanzione sostanzialmente penale”*.

La Sezione, ritenendo che la suddetta pronuncia della Corte costituzionale non fosse decisiva per la risoluzione della presente controversia, anche in considerazione del fatto che, nella fattispecie all’esame, l’importo complessivo delle cauzioni che Consip ha inteso escutere è di rilevante ammontare, raggiungendo l’importo di circa 12 milioni di euro, e che il Consorzio è già stato destinatario di una sanzione pecuniaria di 17 milioni di euro per l’illecito antitrust, e ritenendo anche evidente il contrasto degli artt. 38, comma 1, lett. f), e 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 con le norme e i principi, costituzionali ed europei, in tema di proporzionalità delle sanzioni, ove essi siano interpretati nel senso di consentire, in ogni caso (ed in disparte un’adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto), l’automatico incameramento della cauzione provvisoria a seguito dell’esclusione, con ordinanza n. 2033 del 28 febbraio 2023 ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, ai sensi dell’art. 267 TFUE.

In seguito al deposito della decisione della Corte di giustizia dell’Unione Europea del 26 settembre 2024, resa nelle cause riunite C-403/23 e C-404/23, avente oggetto in parte analogo a quello del caso in questione, l’appellante ha manifestato la carenza di interesse alla continuazione della questione innanzi alla Corte di giustizia medesima; la Sezione, di conseguenza, con ordinanza n. 8424 del 21 ottobre 2024, ha dato seguito alla richiesta della Corte di giustizia UE del 30 settembre 2024 comunicando la mancata permanenza dell’interesse alla definizione della questione pregiudiziale oggetto dell’ordinanza di rimessione del 28 febbraio 2023, n. 2033, iscritta col numero di causa dinanzi alla Corte C-189/23 (riunita alle cause C-226/23, C-235/23, C- 378/23).

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All’udienza pubblica del 6 marzo 2025 l’appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

L'appello è fondato in relazione al primo motivo di diritto, con cui l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha escluso l'illegittimità dell'escussione per violazione della *lex specialis* e degli artt. 38, 48 e 75 d.lgs. n. 163 del 2006, atteso che l'escussione automatica della cauzione provvisoria non potrebbe essere effettuata nei confronti del soggetto non ancora aggiudicatario della gara (e nel caso di specie l'appellante non era risultato aggiudicatario in alcun lotto della gara), e per l'insussistenza di dichiarazioni mendaci, reticenti o omissive.

Ed invero, la Corte di giustizia dell'Unione Europea, nella decisione del 26 settembre 2024, resa nelle cause riunite C-403/23 e C-404/23, ha statuito che: *“come risulta dai punti 61 e 62 della sentenza del 28 febbraio 2018, MA.T.I. SUD e Duemme SGR (C-523/16 e C-536/16, EU:C:2018:122), è vero che la fissazione anticipata da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, nel bando di gara, dell'importo della cauzione provvisoria da costituire risponde alle esigenze derivanti dai principi di parità di trattamento tra gli offerenti, di trasparenza e di certezza del diritto, in quanto consente oggettivamente di evitare qualsiasi trattamento discriminatorio o arbitrario di questi ultimi da parte di tale amministrazione aggiudicatrice. Tuttavia, l'incameramento automatico di tale cauzione così prestabilita, indipendentemente dalla natura delle regolarizzazioni eventualmente operate dall'offerente negligente e, pertanto, in assenza di qualsiasi motivazione individuale, non appare compatibile con le esigenze derivanti dal rispetto del principio di proporzionalità”*.

*“Parimenti, se è vero che l'incameramento di detta cauzione costituisce un mezzo appropriato per conseguire gli obiettivi legittimi perseguiti dallo Stato membro interessato, consistenti, da un lato, nel responsabilizzare gli offerenti in sede di predisposizione delle loro offerte e, dall'altro, nel compensare l'onere finanziario che il controllo della regolarità delle offerte rappresenta per l'amministrazione aggiudicatrice, l'importo che essa raggiunge in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale appare manifestamente eccessivo rispetto allo svolgimento della procedura di appalto di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza del 28 febbraio 2018, MA.T.I. SUD e Duemme SGR, C-523/16 e C-536/16, EU:C:2018:122, punti 63 e 64)”*.

*“Pertanto, occorre dichiarare che i principi di proporzionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza, quali enunciati all'articolo 2 e al considerando 2 della direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che prevede l'incameramento automatico della cauzione provvisoria costituita da un offerente a seguito dell'esclusione di quest'ultimo da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi,*

*anche qualora il servizio di cui trattasi non gli sia stato aggiudicato”*.

Nella fattispecie in questione i provvedimenti concernenti l'escussione sono stati adottati, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 così come interpretato dalla giurisprudenza all'epoca consolidata, in base al dato testuale (cfr., fra le tante, Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 589; 24 giugno 2019, n. 4328, 17 settembre 2018, n. 5424), nei confronti del concorrente non aggiudicatario, quale automatica conseguenza della sua esclusione dalla gara, indipendentemente dalla natura delle regolarizzazioni eventualmente operate

dell'operatore economico (cd. *self cleaning*) e in assenza di una motivazione individuale, con conseguente violazione dei principi sovranazionali di proporzionalità, parità di trattamento e trasparenza, come interpretati dalla Corte di giustizia nella sentenza del 26 settembre 2024 (cause riunite C-403/2023 e C-404/2023).

Essi devono, pertanto, essere annullati, posto che l'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, etero-integrato dal principio di proporzionalità, nella portata chiarita dalla sentenza della Corte di giustizia non legittima l'escussione automatica della garanzia nei confronti del concorrente escluso che non risulti aggiudicatario, essendo, a tal fine, necessaria l'instaurazione di un procedimento nell'ambito del quale l'amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, proceda alla valutazione del caso concreto in relazione alla posizione individuale, all'elemento soggettivo e alle regolarizzazioni eventualmente operate dall'offerente.

In proposito è necessario precisare che l'eventuale contrasto tra le norme statali e quelle unionali di diretta applicazione nell'ordinamento interno non dà luogo a invalidità o illegittimità delle prime, ma comporta la loro disapplicazione, visto che nelle materie riservate all'Unione Europea il giudice ordinario deve applicare direttamente la norma eurounitaria (cfr. Corte cost. 5 giugno 1984, n. 170; tra le successive, vedi Corte cost., 7 novembre 2017, n. 269, secondo cui il contrasto con il diritto dell'Unione Europea condiziona l'applicabilità della norma interna soltanto quando la norma europea è dotata di efficacia diretta, giacché in tal caso spetta al giudice nazionale comune valutare la compatibilità comunitaria della normativa interna, utilizzando, se del caso, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e nell'ipotesi di contrasto non ricomponibile in via interpretativa, applicare egli stesso la disposizione dell'UE in luogo della norma nazionale, così da soddisfare, ad un tempo, il primato del diritto dell'Unione e lo stesso principio di soggezione del giudice soltanto alla legge, dovendosi per tale intendere la disciplina del diritto che lo stesso sistema costituzionale gli impone di osservare e applicare).

Occorre, però, evidenziare, da un lato, che la disapplicazione della norma nazionale deve essere circoscritta nei limiti della effettiva incompatibilità della stessa con la norma unionale di diretta applicazione nell'ordinamento interno e, dall'altro lato, che le norme e i principi unionali di diretta applicazione integrano l'ordinamento. Da tali premesse deriva che l'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, laddove prevede che: "*quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria...*", va disapplicato nella parte in cui consente l'escussione automatica della garanzia nei confronti del concorrente non aggiudicatario, mentre può continuare ad essere applicato laddove l'escussione della garanzia sia stata o sia subordinata alla valutazione del caso concreto, alla luce dei principi unionali di diretta applicazione nel nostro ordinamento, così come chiariti dalla sentenza della Corte di giustizia, che è vincolante per tutti i giudici nazionali e non solo per quello che ha disposto il rinvio pregiudiziale (Corte cost., 9 aprile 2024, n. 100).

Per mera completezza, inoltre, va aggiunto che la posizione del concorrente che si sia collocato primo in graduatoria (anche se destinatario della proposta di aggiudicazione) non equivale a quella dell'aggiudicatario, ai fini dell'escussione della garanzia, come chiarito da

Cons. Stato, Ad. Plen., 16 marzo 2022, n. 7, sebbene con riferimento all'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado.

Sussistono, tuttavia, in relazione alle complessità delle questioni trattate, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

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 appellata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere