

Condizioni dell'illegittimità dell'incameramento automatico della cauzione provvisoria

di Rosaria Russo

Data di pubblicazione: 30-6-2025

*L'escussione della garanzia provvisoria non integra una sanzione amministrativa di natura **punitiva**, pertanto non è applicabile il principio di **retroattività della lex mitior**.*

*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.*

*L'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2016 **va disapplicato** nella parte in cui consente l'escussione automatica della garanzia, mentre continua ad essere applicato laddove l'escussione della garanzia sia stata o sia subordinata alla valutazione del caso concreto, alla luce dei principi comunitari di diretta applicazione nel nostro ordinamento.*

*L'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, **etero-integrato dal principio di proporzionalità**, 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.*

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

Guida alla lettura

Nella sentenza esaminata il Consiglio di Stato ha ripreso l'orientamento giurisprudenziale nazionale e unionale formatosi sull'incameramento della **cauzione provvisoria** disciplinata dal d.lgs. 163/2016 (**art. 48 del d.lgs. 163/2006**). E infatti, ha ritenuto fondato l'appello in relazione al motivo con cui l'appellante aveva dedotto l'erroneità della sentenza del giudice di prime cure nella parte in cui aveva escluso **l'illegittimità della dell'escussione della garanzia** 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.

A sostegno dell'assunto di cui sopra, il Supremo Consesso ha richiamato la **sentenza della Corte di Giustizia – sentenza del 26 settembre 2024 nelle cause riunite C-403/2023 e C-404/2023** (si rinvia al commento di D. Cozzolino in questa rivista al seguente URL: <https://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=5462>) – ove viene chiarito che **l'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, etero-integrato dal principio di proporzionalità, di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza** (quali enunciati all'articolo 2 e al considerando 2 della direttiva 2004/18), 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.

Di qui, dunque, **l'importanza dell'instaurazione del procedimento e dell'adozione di un provvedimento adeguatamente motivato che disponga l'escussione della garanzia provvisoria nei confronti del soggetto non aggiudicatario.**

Conclusivamente, la decisione in esame risulta in linea con l'orientamento unionale in merito all'ambito applicativo del previgente art. 48 del d.lgs. 163/2016, nonché al canone giurisprudenziale 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.

In senso conforme si veda commento D. Cozzolino in questa rivista al seguente URL: <https://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=5619>; A. La Marca in questa rivista al seguente URL <https://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=5627>; ancora M. Tecchia in questa rivista al seguente URL: <https://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=5661>

Pubblicato il 19/03/2025

N. 02263/2025REG.PROV.COLL.

N. 01866/2021 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 1866 del 2021, proposto da -OMISSIS- S.p.a. (già -OMISSIS- S.p.a.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG N.D., rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi, Marco Martinelli, Andrea Zoppini, Giorgio Vercillo e Patrizio Ivo D'Andrea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Zoppini in Roma, piazza di Spagna, 15;

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- S.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione Seconda, n. 935 del 2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie delle parti;

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 Lirosi, Vercillo e l'avvocato dello Stato Pintus;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

-OMISSIS- S.p.a. ha impugnato davanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio il provvedimento di Consip che, confermandone l'esclusione dalla gara Caserme a causa del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato -OMISSIS- del 22 dicembre 2015, ha disposto in via automatica l'escussione della cauzione.

L'adito Tribunale, con sentenza n. 935 del 2021, ha respinto il ricorso.

-OMISSIS- S.p.a. ha appellato tale sentenza, deducendo l'illegittimità dell'escussione per violazione degli artt. 38, 48 e 75 d.lgs. n. 163 del 2006 e della *lex specialis*, che non avrebbero consentito l'escussione nei confronti del mero concorrente non aggiudicatario (come nel caso di -OMISSIS- S.p.a.); la violazione dei principi di legalità e di proporzionalità, avendo Consip disposto l'escussione 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 alla Società; 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, soprattutto, 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.

-OMISSIS- S.p.a. ha altresì formulato domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e sollevato questione di legittimità costituzionale.

Consip S.p.a. ha resistito al gravame chiedendone il rigetto.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 198 del 2022, 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 esecutive 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”*.

Con ordinanza n. 2033 del 28 febbraio 2023 - 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 dalla gara Sanità, bandita nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 – la sezione ha ritenuto che la suddetta pronuncia della Corte costituzionale non fosse decisiva per la risoluzione della controversia, anche in considerazione del fatto che, nella fattispecie all’esame, l’importo complessivo delle cauzioni che Consip ha inteso escutere era di rilevante ammontare, raggiungendo l’importo di circa 12 milioni di euro, e che il Consorzio era già stato destinatario di una sanzione pecuniaria di 17 milioni di euro per l’illecito antitrust; con la stessa ordinanza la sezione ha, dunque, ritenuto opportuno disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, ai sensi dell’art. 267 TFUE., anche in relazione all’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.

La Sezione, inoltre, ritenendo che la risoluzione della questione di legittimità eurounitaria di cui alla ricordata ordinanza n. 2033 del 2023 fosse rilevante e pregiudiziale anche ai fini della decisione dell’appello in questione, 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 Caserme, con ordinanza n. 2173 dell’1 marzo 2023 ha ritenuto opportuno, per ragioni di economia processuale e di omogeneità delle decisioni da adottare, disporre la sospensione impropria del giudizio (cfr. Ad. Plen. 15 ottobre 2014, n. 28), 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 di giustizia UE.

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 depositato istanza di fissazione di udienza.

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 dall'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 alla 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