



News n. 62 del 12 maggio 2023
a cura dell'Ufficio del massimario

La quinta sezione del Consiglio di Stato dispone un nuovo, ulteriore, rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE al fine di verificare la compatibilità della disciplina interna della automatica escussione della garanzia provvisoria – a seguito, nel caso di specie, di esclusione dalla gara per produzione di un preventivo non veridico rilasciato da terzi – con l'ordinamento eurounitario e, segnatamente, con i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, nell'ipotesi che l'operatore economico attinto non sia risultato aggiudicatario.

Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 6 aprile 2023, n. 3571 – Pres. Caringella; Est. Manca

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

Va rimessa alla Corte di giustizia UE la 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 articoli gli 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” (1).

(1) I. – Con la sentenza in rassegna la quinta sezione del Consiglio di Stato ha disposto un nuovo, ulteriore, rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE dubitando della compatibilità col diritto europeo dell'obbligo – di incameramento automatico della garanzia provvisoria negli appalti pubblici in danno dell'operatore economico non aggiudicatario che sia stato escluso dalla gara – previsto nella previgente disciplina di cui al d.lgs. n. 163 del 2006. Ciò in un sistema che ammette l'automatismo nell'incameramento delle cauzioni provvisorie del soggetto escluso dalla gara a prescindere dall'effetto ultimo che lo stesso

provoca in termini di violazione e compressione dei principi di proporzionalità nell'applicazione della sanzione.

Il caso in relazione al quale si è innestato il rinvio riguarda l'esclusione – e correlata escussione della cauzione, con segnalazione all'ANAC – di un operatore economico partecipante alla gara in ragione della accertata avvenuta presentazione di un preventivo “*non veridico*” rilasciato alla medesima ditta da terzi.

Il rinvio pregiudiziale segue quelli, paralleli ma discendenti da presupposti di fatto diversi, disposti con ordinanza della stessa sezione V, 28 febbraio 2023, n. 2033 (oggetto della News UM in data 31 marzo 2023 alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento e anche per i testi delle disposizioni di riferimento) e 29 marzo 2023, n. 3264 (oggetto della News UM in data 5 maggio 2023), inerenti alla compatibilità della disciplina interna con l'ordinamento UE della automatica escussione della garanzia provvisoria a seguito di esclusione dalla gara per violazione – in quei casi, rispettivamente – delle regole sulla concorrenza e degli obblighi di regolarità fiscale.

II. – Dopo aver proceduto alla ricostruzione del quadro normativo rilevante (la procedura di gara ricade *ratione temporis* sotto la vigenza del secondo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006), il collegio – anche in questo caso, come d'altronde avvenuto con i precedenti rinvii pregiudiziali di cui si è detto – ha osservato che:

- a) in ragione della automaticità e della entità del sacrificio patrimoniale imposto all'operatore economico, per lo stesso l'escussione delle cauzioni provvisorie verrebbe ad acquisire i connotati di una sanzione cui non può che necessariamente riconoscersi carattere penale, secondo l'accezione cristallizzata nell'interpretazione della Corte EDU: l'automatico incameramento delle garanzie provvisorie integrerebbe invero gli estremi di una evidente violazione del principio di proporzionalità delle sanzioni;
- b) assumerebbe anzitutto rilievo l'art. 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali UE, a mente del quale “*le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato*”;
- c) nel caso di specie, emergerebbe una palese assenza di giusto bilanciamento tra interesse pubblico e diritti fondamentali garantiti a livello europeo, essendo risultato l'operatore economico destinatario di una sanzione pecuniaria, in virtù di un mero automatismo (che, in quanto tale, è per definizione non proporzionale) e senza alcuna adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto;
- d) anche l'art. 1, Protocollo 1, della Cedu (così come l'art. 17 della Carta di Nizza e, in ultima analisi, gli artt. 23 e 42 Cost.), peraltro, è stato interpretato come teso a garantire il rispetto della proporzionalità tra contegno serbato e sanzione inflitta, evitando un'ingiustificata compressione del diritto di tutela dei propri beni ed il sacrificio eccessivo e sproporzionato rispetto allo scopo da perseguire (essendo necessario un rapporto ragionevole di proporzionalità tra mezzi impiegati e fini perseguiti);
- e) sarebbe allora evidente il contrasto dell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 con le norme ed 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;

- f) il denunciato contrasto sarebbe tanto più evidente ove si ritenesse che una misura come quella in questione, cui non può non riconoscersi natura sanzionatoria in ragione della sua attitudine ad incidere in termini così afflittivi sulla vita di un'impresa, possa essere adottata prescindendo dalla doverosa considerazione dell'elemento soggettivo ed in particolare della prevedibilità dell'esclusione.

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

- g) sulla non retroattività del regime più favorevole introdotto dal d.lgs. n. 50 del 2016 in tema di escussione della garanzia provvisoria: Corte cost. 26 luglio 2022, n.198, oggetto della News UM in data 24 ottobre 2022;

- h) sulla previsione della garanzia provvisoria a corredo dell'offerta che copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario quale 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: Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2022, n. 7 (oggetto della News US in data 23 maggio 2022), la quale ha escluso l'escussione della garanzia a carico dell'operatore economico partecipante alla gara qualora esso non sia stato ancora formalmente individuato quale aggiudicatario. La Plenaria ha – tra l'altro – evidenziato che:

h1) l'art. 93, comma 4, del codice dei contratti pubblici deroga alle disposizioni civilistiche in tema di fideiussioni, disponendo che deve essere prevista la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, al rapporto di accessorietà (dovendo operare questa forma di garanzia a semplice richiesta), all'eccezione che consente di fare valere la garanzia anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale;

h2) tale peculiare disciplina e, in particolare, la deroga al rapporto di accessorietà comporta che il tipo contrattuale deve essere identificato nel contratto autonomo di garanzia (Cass. civ., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, 905, con nota di PUPPO; *Banca, borsa ecc.*, 2010, II, 257, con nota di BARILLA'; *Giust. civ.*, 2010, I, 1349, con nota di LAMORGESE; *Giur. it.*, 2010, 2033, con nota di ROCCHIO; *Riv. not.*, 2010, 1353; *Gazzetta forense*, 2010, 5, 18, con nota di DE NOTARISTEFANI; *Contratti*, 2010, 440, con nota di LOBUONO; *Obbligazioni e contratti*, 2011, 104, con nota di NASTRI; *Assicurazioni*, 2010, 482, con nota di ROSSETTI; *Obbligazioni e contratti*, 2011, 89, con nota di MONTANI; *Giust. civ.*, 2010, I, 2489, con nota di PASCIUCCO; *Dir. ed economia assicuraz.*, 2011, 227, con nota di CERINI, GALANTINI; *Giust. civ.*, 2011, I, 497, con nota di TARTAGLIA; *Rass. giur. umbra*, 2012, 3, con nota di CERRI);

h3) nella fase fisiologica, la "fideiussione" assolve alla sola funzione di consentire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, con obbligo dell'amministrazione di svincolare tale garanzia al momento della sottoscrizione del contratto; nella fase patologica, la "fideiussione" consente all'amministrazione di azionare il rimedio di adempimento dell'obbligo di pagamento della somma predeterminata dalla legge con funzione compensativa dei danni relativi alla fase procedimentale;

- h4) l'operatività di entrambe le forme di garanzia presuppone un "fatto" del debitore principale che viola le regole di gara che comporta – a seguito dell'eliminazione del riferimento al dolo e alla colpa grave da parte del decreto legislativo n. 56 del 2017 – la configurazione di un modello di responsabilità oggettiva, con conseguente esclusione di responsabilità nei soli casi di dimostrata assenza di un rapporto di causalità;
- i) sull'escussione della garanzia provvisoria in ipotesi di mancato possesso dei requisiti generali: Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 171, con nota di MANFREDI, *Foro amm.*, 2015, 1363 (m), con nota di AMATO, secondo cui, con riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 38 d. lgs. n. 163 del 2006, "È legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatrici, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici";
- j) sulla escussione della garanzia provvisoria e definitiva in ipotesi di violazione dei c.d. patti di integrità: Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 9 gennaio 2023, n. 23;
- k) sull'escussione della garanzia e mutamento delle condizioni economiche prima della stipulazione del contratto: Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 16 marzo 2022, n. 306;
- l) sull'escussione della cauzione quale liquidazione anticipata dei danni subiti dalla stazione appaltante: Corte cost., ordinanza 13 luglio 2022, n. 211, in *Riv. amm. appalti*, 2011, 207, con nota di BRUNETTI;
- m) sulla funzione della garanzia e, segnatamente, sulla natura indennitaria rispetto al rifiuto dell'aggiudicataria di stipulare il contratto e *lato sensu* sanzionatoria rispetto a cause di esclusione non dichiarate dal concorrente ed accertate dalla stazione appaltante: Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2021, n. 3469;
- n) sulla doverosità dell'incameramento della cauzione in caso di esclusione dalla gara per irregolarità insanabile della documentazione: Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2810;
- o) sulla (ir)rilevanza del dolo e della colpa nella condotta dell'operatore economico che ha dato luogo all'incameramento della cauzione: Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017, n. 2041;
- p) sulla riconducibilità dell'istituto della cauzione provvisoria alla caparra confirmatoria: Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6455;
- q) sull'escussione della cauzione quale conseguenza automatica dell'esclusione: Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5, in *Contratti Stato e enti pubbl.* 2016, 2, 85, con nota di TONON; *Nuovo notiziario giur.*, 2016, 255, con nota di BARBIERI, *Urbanistica e appalti*, 2016, 787, con nota di CARANTA, *Guida al dir.*, 2016, 13, 82, con nota di CORRADO, *Riv. neldiritto*, 2016, 1586, con nota di CELLAI;
- r) sulla natura e finalità del diverso istituto della garanzia prevista dall'art. 103, comma 7, d. lgs. n. 50 del 2016 ("[...] L'esecutore dei lavori è obbligato a costituire e consegnare alla stazione appaltante almeno dieci giorni prima della consegna dei lavori anche una polizza di assicurazione che copra i danni subiti dalle stazioni appaltanti a causa del danneggiamento o della distruzione totale o parziale di impianti ed opere, anche

preesistenti, verificatisi nel corso dell'esecuzione dei lavori"), cfr. Corte cost., 27 aprile 2023, n. 79, secondo cui:

- r1) *"l'art. 103, comma 7, cod. contratti pubblici racchiude, nel proprio nucleo essenziale, una norma fondamentale di riforma economico-sociale";*
- r2) *"i tratti identificativi di quest'ultima si rinvencono nell'esigenza, perseguita dal legislatore statale, di garantire interessi generali attraverso un adeguato livello di protezione delle pubbliche amministrazioni committenti, che si riflette proprio sulla specificità dei rischi che vanno assicurati. Da un lato, il legislatore prescrive che le stazioni appaltanti siano tenute indenni da danni materiali, cagionati dall'appaltatore, in relazione all'esecuzione dell'appalto. Da un altro lato, intende preservare le pubbliche amministrazioni da eventuali obblighi risarcitori, cui possano essere tenute nei confronti di terzi, che abbiano subito danni nel corso e per effetto dell'esecuzione dei lavori, così rafforzando, al contempo, anche la tutela dei terzi";*
- r3) *"risulta, allora, evidente come la previsione dell'obbligo di copertura proprio degli specifici rischi sopra richiamati si imponga a difesa di interessi generali, che vanno garantiti con uniformità a livello nazionale";*
- r4) *"né può tacersi che il contenuto dell'art. 103, comma 7, cod. contratti pubblici è stato testualmente riprodotto nell'art. 117, comma 10, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici), entrato in vigore il 1° aprile 2023";*
- r5) *"questo conferma il ruolo che la disposizione riveste nell'ambito di quella riforma complessiva che, con successivi interventi (nel 1994, nel 2006, nel 2016 e, da ultimo, nel 2023), ha incisivamente innovato il settore dei «lavori pubblici [...] che, negli aspetti disciplinati dalla riforma, assume importanza nazionale e richiede l'attuazione di principi uniformi su tutto il territorio del Paese»".*