



**News n. 44 del 7 maggio 2024  
a cura dell'Ufficio del massimario**

Alla Corte di giustizia UE la questione dell'incameramento della "garanzia provvisoria", quale ipotetica sanzione disposta a seguito di esclusione dalla gara.

**Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 18 aprile 2024, n. 3530 – Pres. De Nictolis, Est. S. Fantini.**

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

*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. (1)*

(1)I. – Il Consiglio di Stato pone ancora una volta la questione della compatibilità con il diritto europeo delle norme interne, in materia di contratti pubblici, che prevedono l'applicazione della (presunta) "sanzione" dell'incameramento della "cauzione provvisoria", quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico offerente da una procedura di affidamento di un appalto, a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario dell'affidamento medesimo. La detta questione interpretativa è già stata rimessa alla Corte di giustizia UE da Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2023, n. 5950 (in *Foro amm.*, 2023, II, 897, nonché oggetto della News UM n. 99 del 2023); 7 giugno 2023, n. 5618 (in *Foro amm.*, 2023, II, 891, nonché oggetto della News UM n. 90 del 2023); 6 aprile 2023, n. 3571 (in *Foro amm.*, 2023, II, 576, nonché oggetto della News UM n. 62 del 2023); 29 marzo 2023, n. 3264 (in *Foro amm.*, 2023, II, 349, nonché oggetto della News UM n. 57 del 2023); 28 febbraio 2023, n. 2033 (in *Riv. giur. edil.*, 2023, I, 427, nonché oggetto della News UM n. 46 del 2023), cui si rinvia per ogni approfondimento.

II. – Segnatamente, secondo l’ordinanza in epigrafe:

- a) ai soli fini dell’escussione della c.d. garanzia provvisoria, anche per il caso di esclusione di un operatore risultato aggiudicatario, si pone un problema di “imputabilità”, derivando l’esclusione nel caso di specie dalla perdita di un requisito di ordine generale, relativo a un’impresa ausiliaria della mandante del raggruppamento;
- b) ciò nella prospettiva della natura sostanzialmente “penale” dell’escussione della garanzia prestata stando ai parametri elaborati, in tema di sanzioni pecuniarie, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale ha ritenuto applicabili in consimili casi i c.d. *Engel criteria*, di cui alla nota sentenza dell’8 giugno 1976, n. 22 (in *Riv. dir. internaz.*, 1980, 83), come affinati progressivamente nella successiva giurisprudenza (cfr. 4 marzo 2014, n. 18640, *Grande Stevens*, in *Foro it.*, 2015, IV, 129, in *Giur. cost.*, 2014, 2919, con nota di MANETTI, in *Giur. comm.*, 2014, II, 543, con nota di ABBADESSA, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1053, con nota di ALLENA);
- c) per meglio dire, nella fattispecie, alla stregua della qualificazione sostanziale del pagamento di un simile importo (molto elevato) della garanzia prestata, si pone il dubbio che detta “garanzia provvisoria” in realtà ricopra in concreto la funzione di “sanzione”, secondo l’interpretazione della Corte EDU, con violazione anche del principio di proporzionalità;
- d) il punto critico è stato appunto ravvisato nell’incameramento automatico della cauzione provvisoria, la quale colorerebbe una simile 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. 12 aprile 2006, n. 163, con gli artt. 16, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, con l’art. 4, Protocollo 7, della medesima C.e.d.u. con 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;
- e) in particolare, la giurisprudenza prevalente, nell’esegesi dell’art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006 citato, ha 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, sez. V, 7 novembre 2016, n. 4644, in *Foro amm.*, 2016, 2656); inoltre Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34 (in *Foro amm.*, 2015, 1363, con nota di AMATO) ha ritenuto legittima la clausola della *lex specialis*, 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;
- f) per un caso particolare di escussione della garanzia in materia di appalti, nella specie a seguito dell’adozione del provvedimento interdittivo antimafia, con necessaria distinzione tra la “garanzia provvisoria” (escutibile anche a seguito di interdittiva) e la “garanzia definitiva” (per inadempimento contrattuale, *ex se* non escutibile per il solo sopraggiungere di una interdittiva) può vedersi Cons. Stato,

sez. III, 12 gennaio 2024, n. 392 (inedita), che ha confermato in termini T.a.r. per la Puglia, sez. II, 10 febbraio 2023, n. 291 (in *Foro amm.*, 2023, II, 287 e in *Ius amm.*, 27 febbraio 2023, con nota di CIMMINO); peraltro, in continuità con la distinzione già operata da Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2022, n. 7 (in *Foro it.* 2023, III, 1) secondo cui la «garanzia provvisoria», prestata a corredo dell'offerta, «*copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario*» e si differenzia dalla «garanzia definitiva», che ha riguardo più direttamente alla prestazione dedotta nel contratto di appalto e alla fase esecutiva.

