

Nessuna riducibilità ex lege della garanzia provvisoria in favore di consorzi di società cooperative di produzione e lavoro.

di Michele Tecchia

Data di pubblicazione: 2-4-2025

La sentenza in commento afferma un principio chiaro: *la riduzione ex lege della garanzia provvisoria – così come prevista dall'art. 106, comma 8, d.lgs. n. 36 del 2023 – è un beneficio che può essere riconosciuto soltanto in favore delle categorie di soggetti **espressamente nomenclate da tale norma**, ossia delle **micro, piccole e medie** imprese, nonché dei **raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari** costituiti esclusivamente da **micro, piccole e medie** imprese.*

*Ne discende, pertanto, che tale beneficio non può essere esteso **né ai consorzi di società cooperative di produzione e lavoro, né tanto meno ai consorzi stabili** di cui all'art. 65, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 36 del 2023 (anche qualora tali consorzi siano composti soltanto da micro, piccole e medie imprese); queste particolari tipologie di consorzi, infatti, **non sono ricomprese nel numerus clausus** di soggetti espressamente ammessi al beneficio in esame ai sensi dell'art. 106, comma 8, d.lgs. n. 36 del 2023.*

*Tale soluzione interpretativa, da un lato, risulta **supportata dal chiaro tenore letterale** dell'art. 106, comma 8, d.lgs. n. 36 del 2023 (ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit) e, dall'altro lato, **non incontra alcun ostacolo nel principio eurounitario di favor participationis** che la normativa unionale prevede a vantaggio delle micro piccole e medie imprese (cfr. Considerando nn. 2, 59, 78 e 124 della direttiva 2014/24/CE).*

*Ciò perché la norma codicistica in esame – **lungi dall'impedire la partecipazione alle gare** delle piccole imprese che si sono raggruppate in consorzi di società cooperative di produzione e lavoro (oppure in consorzi stabili) – **si limita soltanto a negare a questi ultimi un beneficio economico.***

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5234 del 2024, proposto da TPER S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A024E8F8F9, A024EAC0EA, A024EC665D, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Zoppellari, Gabriele Grande, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consorzio Nazionale Cooperativa Pluriservizi - Attività 360° - Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Gentile, Maria Lucia Civello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 405/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Nazionale Cooperativa Pluriservizi - Attività 360° - Soc. Coop.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2024 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Maria Lucia Civello e Mario Zoppellari;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. TPER S.p.A. (di seguito anche solo TPER) ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di "*pulizia autobus, rifornimento e rimessaggio, lavaggio esterno carrozzerie, lavaggio motori ed autotelai nei Depositi – Officina di TPER ubicati nelle Province di Bologna e Ferrara, nonché di pulizia degli immobili di pertinenza (Depositi – Officina di Ferrara – Trenti e Imola)*", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del miglior rapporto qualità - prezzo.

2. Alla procedura hanno partecipato 27 operatori economici, fra i quali anche il Consorzio Nazionale Cooperativa Pluriservizi - attività a 360° - Soc. Coop. (di seguito anche solo Consorzio).

3. Riferisce l'appellante che dall'esame della documentazione amministrativa prodotta dal Consorzio:

a) è emersa la volontà del Consorzio di partecipare ai Lotti nn. 1, 3 e 5;

b) è stata prodotta una cauzione provvisoria per un importo di € 69.003,00, pari al 2% (con riduzione del 50%) del valore dei lotti d'interesse del Consorzio, ulteriormente ridotto del 10% sulla base dell'autodichiarato possesso della certificazione UNI EN ISO 14001;

c) è emerso che due delle Consorziare esecutrici e il Consorzio avevano prodotto la certificazione di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000 in corso di validità e non anche la certificazione UNI EN ISO 14001.

4. TPER, con comunicazione del 26 gennaio 2024 ha attivato il sub procedimento relativo al soccorso istruttorio, precisando che il Consorzio, quale consorzio di cooperative di produzione e lavoro non aveva diritto alla riduzione del 50% dell'importo garantito e richiedendo la produzione, fra l'altro, della certificazione legittimante la riduzione del 10% della cauzione originariamente presentata, nel rispetto della disposizione del disciplinare di gara, riproduttiva del contenuto del Bando tipo ANAC n. 1/2023.

5. Il Consorzio ha trasmesso a TPER apposita appendice di polizza nella quale veniva rettificato l'importo garantito, individuato nella somma di € 85.870,40, ottenuta facendo applicazione di una prima riduzione del 30% e di una seconda riduzione di un ulteriore 20%.

6. TPER ha disposto l'esclusione del Consorzio con provvedimento n. 16 del 14 febbraio 2024.

7. Il Consorzio ha formulato istanza di annullamento in autotutela del citato provvedimento, insistendo per l'ammissione del Consorzio *"quantomeno ai lotti 1 e 3, salvo il diritto d'impugnazione dell'esclusione dal lotto 5, in base ai predetti rilievi"*.

8. TPER ha evidenziato (nota prot. n. 2692/2024 del 23 febbraio 2024) che, anche in esito al sub procedimento di soccorso istruttorio, l'odierna appellata *"non ha prodotto la certificazione UNI ISO 14001 prescelta dal medesimo tra quella che la stessa lex specialis richiama per poter usufruire di una delle riduzioni previste dal comma 8 dell'art. 106. Inoltre, in violazione dell'art. 10 del Disciplinare di Gara che fissava tale riduzione nella misura del 10%, CNCP Soc. Coop. ha, in sede di soccorso istruttorio, prodotto una garanzia provvisoria in cui è stata indebitamente applicata, in funzione del solo dichiarato possesso della certificazione UNI ISO 14001, la riduzione del 20"*.

9. Il Consorzio ha proposto ricorso dinanzi al TAR Emilia Romagna che lo ha accolto annullando *"i provvedimenti impugnati, nella parte in cui hanno escluso tout court il Consorzio ricorrente dalla partecipazione alla gara per tutti e tre i lotti, senza invitarla ad ulteriore integrazione della cauzione già prestata al fine di consentire la partecipazione anche per il lotto 5 avendo riguardo alla riduzione della cauzione del 30 %, eventualmente accordando un termine per depositare la certificazione mancante per usufruire dell'ulteriore riduzione del 10% (purché di data precedente alla presentazione della domanda) e, comunque, non ha acconsentito alla richiesta di parte ricorrente di ammissione alla gara quantomeno per i lotti 1 e 3 fino alla concorrenza della cauzione effettivamente prestata"*.

10. Di tale sentenza, TPER ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello

affidato alle seguenti censure così rubricate: “*I. Erroneità della sentenza impugnata per falso presupposto di fatto ed errore di diritto. Travisamento dei fatti. Erronea valutazione dei fatti. Ingiustizia manifesta; II. Erroneità della sentenza impugnata per falso presupposto di fatto ed errore di diritto. Travisamento dei fatti. Erronea valutazione dei fatti e delle prove documentali acquisite nel corso del giudizio di primo grado. Difetto di istruttoria. Ingiustizia manifesta e contraddittoria motivazione; III. Erroneità della sentenza impugnata per motivazione insufficiente e contraddittoria. Travisamento dei fatti, erronea valutazione delle risultanze documentali acquisite nel corso del giudizio di primo grado; IV. Erroneità della sentenza impugnata per erronea valutazione dei fatti e falso presupposto di diritto. Ingiustizia manifesta*”.

11. Ha resistito al gravame il Consorzio Nazionale Cooperativa Pluriservizi - attività 360° - Soc. Coop. chiedendone il rigetto e proponendo anche ricorso incidentale.

12. Alla udienza pubblica del 14 novembre 2024 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

13. Viene all’esame del Collegio il ricorso in appello proposto da TPER S.p.A., avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia Romagna n. 405/2024, con la quale il medesimo TAR ha accolto il ricorso proposto avverso:

a) il provvedimento n. 16 del 14 febbraio 2024 con cui TPER ha escluso il consorzio ricorrente dai Lotti n. 1, 3 e 5 della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di pulizia autobus, rifornimento e rimessaggio, lavaggio esterno carrozzerie, lavaggio motori ed autotelai nei Depositi – Officina di TPER ubicati nelle Province di Bologna e Ferrara e di pulizia immobili (Depositi – Officina di Ferrara – Trenti e Imola CIG: Lotto 1: A024E8F8F9; Lotto 3: A024EAC0EA; Lotto 5: A024EC665D);

b) la nota prot. 02692-2024 del 23 febbraio 2024, con cui TPER ha confermato l’esclusione da tutti i lotti ai quali il Consorzio ha partecipato, a seguito di istanza di annullamento in autotutela;

c) la nota del 26 gennaio 2024, con cui è stato avviato il soccorso istruttorio;

d) l’art. 10 del disciplinare di gara, ove interpretato nel senso di escludere l’applicabilità della riduzione pari al 50% dell’importo della polizza per la garanzia provvisoria ai consorzi di società cooperative di cui all’art. 65, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 36/2023, previa eventuale disapplicazione della normativa interna di cui all’art. 106, comma 8 del citato decreto.

14. La decisione del primo Giudice si articola, in sintesi, nei seguenti punti:

a) secondo quanto riconosciuto dalla stessa TPER nel provvedimento n. 16 del 14 febbraio 2024, il Consorzio ricorrente, in considerazione della cauzione prestata, avrebbe potuto usufruire, con riferimento a tutti e tre i lotti, quantomeno della riduzione del 30% della cauzione (per un importo pari a euro € 107.338,00), avendo integrato il certificato in corso di validità UNI EN ISO 9001;

b) la motivazione dell'esclusione del Consorzio dalla partecipazione a tutti i tre lotti per avere il Consorzio richiesto di usufruire, in aggiunta, di una ulteriore riduzione del 20% (anziché del 10%), sulla base del solo dichiarato possesso della certificazione UNI ISO 14001 - anche ammesso che non si sia trattato di un mero errore del garante della cauzione - risulta quindi innanzitutto contraddittoria perché, essendo stata comunque effettivamente prestata una cauzione - benché di importo inferiore a quanto dovuto e sulla base dell'indicazione di una erronea percentuale - sulla base del principio del soccorso istruttorio l'amministrazione avrebbe dovuto o consentire l'ulteriore integrazione fino all'importo necessario a coprire tutti e tre i lotti o comunque ammettere il Consorzio a partecipare alla gara per i lotti 1 e 3, fino alla concorrenza della cauzione prestata di euro € 85.870,40;

c) nella fattispecie in esame, infatti, il bando non ha comminato espressamente l'esclusione dalla gara per irregolarità formali connesse alla cauzione;

d) nelle gare pubbliche, infatti, il soccorso istruttorio previsto dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, deve essere attivato dalla stazione appaltante anche nei casi di invalidità o irregolarità della cauzione provvisoria, considerato che si tratta di ipotesi che debbono essere ricondotte nell'ambito delle "carenze di elementi formali della domanda" ovvero della "mancanza, incompletezza" o "irregolarità essenziale" della documentazione allegata alla domanda di partecipazione e, dunque, non dell'offerta economica o tecnica, la cui mancanza, incompletezza o irregolarità essenziale sono, di conseguenza, emendabili attraverso l'istituto del soccorso istruttorio, purché la documentazione mancante sia di data anteriore rispetto alla scadenza del termine di partecipazione; ciò al fine di evitare che un effetto di sostanziale riapertura del termine di partecipazione, vieppiù in favore di un singolo concorrente, possa determinare condizioni di disparità di trattamento nei confronti di altri partecipanti, i quali hanno puntualmente osservato le prescrizioni della *lex specialis* (Cons. Stato, Sez. IV, 01/02/2024, n. 1046) e ciò, a maggior ragione, nel caso in esame in cui la prestazione di una cauzione provvisoria non era espressamente prevista dal bando di gara come elemento essenziale della domanda a pena di esclusione (T.A.R. Lazio Roma, Sez. IV, 14/07/2023, n. 11917);

e) né può ritenersi che il dovere di soccorso istruttorio si fosse esaurito al momento della richiesta di integrazione del 26 gennaio 2024, avendo successivamente parte ricorrente, a fronte del provvedimento di esclusione del 14 febbraio 2024, presentato tempestiva istanza di annullamento di autotutela in cui rappresentava, in via subordinata, l'idoneità della cauzione già prestata ai fini di consentire la partecipazione alla gara quantomeno con riferimento ai lotti 1 e 3.

15. L'appellante, in sintesi, contesta la ricostruzione del TAR sulla base dei seguenti argomenti:

a) la sentenza sarebbe erronea nella parte in cui, pur riconoscendo alla nota di TPER prot. n. 2692/2024 natura di atto di conferma (e non meramente confermativo), ha affermato che detto provvedimento "*diversamente da quanto argomentato da parte resistente [...] risulta effettivamente e tempestivamente impugnato*";

b) la sentenza sarebbe erronea anche nella parte in cui ha accolto il secondo motivo del

ricorso introduttivo del giudizio di primo grado formulato dal Consorzio;

b.1.) TPER non ha disposto l'esclusione del Consorzio per irregolarità inerenti all'importo della garanzia provvisoria, bensì per non avere adempiuto al soccorso istruttorio, il tutto in applicazione e nel rispetto di quanto previsto dall'art. 101, comma 2, d.lgs. n. 36 del 2023, espressamente richiamato dall'art. 10 del Disciplinare di gara, secondo il quale *“l'operatore economico che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara”*;

b.2.) tale prescrizione capitolare ha richiesto ai concorrenti l'immediata produzione delle certificazioni ivi indicate per poter usufruire delle riduzioni disciplinate dell'art. 106, comma 8, d.lgs. n. 36 del 2023; ciò malgrado, il Consorzio non ha prodotto in gara la certificazione ambientale, il cui possesso è stato soltanto oggetto di autodichiarazione nel DGUE; nel termine assegnato ex art. 101 del predetto decreto, riscontrando la richiesta di integrazione documentale trasmessa da TPER, il medesimo Consorzio - pur avendo integrato la garanzia provvisoria applicandovi la riduzione del 30% in ragione del possesso della ISO 9001 - ha ommesso ancora una volta di produrre la richiesta certificazione ambientale ISO 14001, applicando, in virtù della sola autodichiarazione in merito al suo possesso, la riduzione di un ulteriore 20% (quota non prevista dalla *lex specialis*) all'importo della medesima garanzia;

b.3.) il Consorzio sarebbe stato inadempiente rispetto alla richiesta istruttoria del 26 gennaio 2024 trasmessa da TPER, con ogni conseguenza in ordine alle successive ricadute in termini di inevitabile esclusione dalla gara, senza che fosse affatto necessario, contrariamente a quanto affermato dal TAR, *“[...] attivare il soccorso istruttorio al momento in cui si è rilevato che la concorrente aveva erroneamente indicato un ulteriore riduzione del 20%, in luogo del 10% previsto ai sensi di legge [...]”*;

b.4.) il TAR argomenta muovendo dall'ormai superata previsione di cui all'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016; non vi è una totale sovrapposibilità fra il previgente art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 e l'attuale art. 101, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023;

b.5.) nella normativa applicabile *ratione temporis* è stata eliminata la distinzione, fonte di dubbi, tra irregolarità essenziali e non essenziali, in quanto oggi la sanzione espulsiva è legata non solo e non tanto all'inadempimento ed alle sue possibili sfumature in termini di gravità (“mancanze formali”, “incompletezze formali” “irregolarità essenziali”), ma all'inidoneità dell'offerta ad essere ammessa al prosieguo delle operazioni concorsuali, in quanto non rispettosa della relativa disciplina;

b.6.) all'accresciuta possibilità di fare ricorso al soccorso istruttorio “sanante”, nel quale oggi non si fa alcuna distinzione in termini di essenzialità e/o gravità delle mancanze del concorrente (salva la perdurante immodificabilità della proposta tecnica e di quella economica), fa da contraltare la radicale inidoneità dell'offerta (e forse anche del concorrente imperito, o poco autoresponsabile), nella quale non si sia sopperito a tali mancanze nei termini perentori concessi dalla Stazione appaltante;

b.7.) consentire al Consorzio, dopo la conclusione del sub procedimento di soccorso istruttorio

avviato il 26 gennaio 2024 e a seguito della propria istanza di annullamento in autotutela della disposta esclusione, di provvedere a una ulteriore integrazione documentale fino a raggiungere l'importo necessario a coprire tutti e tre i lotti per cui è causa avrebbe concretizzato certamente quella riapertura dei termini che lo stesso Giudice di prime cure indica quale limite invalicabile per non incorrere in un'evidente disparità di trattamento rispetto a coloro che hanno rigorosamente rispettato le prescrizioni della normativa concorsuale speciale;

b.8.) egualmente lesivo della *par condicio competitorum* sarebbe stato anche consentire al Consorzio, che aveva inequivocabilmente manifestato l'intenzione di partecipare ai Lotti nn. 1, 3 e 5, di limitare *ex post* - a seguito dell'istanza di annullamento in autotutela del 17 febbraio 2024, a circa 2 mesi dalla scadenza del termine del 18 dicembre 2023 fissato per la presentazione delle offerte - la propria offerta ai soli lotti nn. 1 e 3 sulla base del solo fatto che una cauzione capiente fosse stata effettivamente prestata, pur se in spregio alle chiare previsioni del disciplinare di gara, aventi natura vincolante tanto per la stazione appaltante, quanto per i concorrenti;

c) la sentenza sarebbe erronea anche nella parte in cui il TAR ha motivato la reiezione dell'eccezione di irricevibilità per tardività formulata da TPER relativamente al primo motivo di ricorso, sia nella parte in cui è stata lamentata l'illegittimità dell'art. 10 del Disciplinare di gara, laddove ha riconosciuto la riduzione del 50% sull'importo della cauzione esclusivamente nei confronti dei raggruppamenti di operatori economici e consorzi ordinari costituiti esclusivamente da micro, piccole e medie imprese, sia nella parte in cui con tale censura il Consorzio ha assunto di rivestire la qualifica di PMI e come tale legittimato a richiedere la riduzione della cauzione del 50% (pagg. 10 e 11 dell'impugnata sentenza);

c.1.) le condizioni legittimanti l'impugnazione sussistevano già all'atto della pubblicazione degli atti di gara, poiché già in quel momento per il Consorzio si prospettava una lesione concreta e attuale della propria sfera giuridica e un correlato interesse altrettanto concreto ed attuale ad ottenere un provvedimento di tutela giurisdizionale che consentisse di conseguire effettivamente e immediatamente l'utilità reclamata, ossia quella di produrre una cauzione d'importo *ab initio* proporzionato all'asserita natura di PMI;

d) la sentenza sarebbe erronea anche nella parte in cui ha ritenuto ammissibile ed esaminato nel merito, ancorché rigettandolo, il primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, attesa la sua inammissibilità per omessa impugnazione del Bando tipo ANAC n. 1/2023 le cui clausole in tema di garanzia provvisoria sono state fedelmente riprodotte e trasfuse da TPER all'interno dell'art. 10 del Disciplinare di gara.

16. Anche le censure contenute nel ricorso incidentale del Consorzio devono essere sintetizzate. Il Consorzio afferma che l'appello incidentale "*è dunque volto a contestare le motivazioni della reiezione del primo motivo del ricorso di primo grado, in uno con quella parte di sentenza che ha qualificato come "atto confermativo" e non come "atto meramente confermativo" il rigetto della richiesta d'intervento in autotutela avanzata dal CNCP, a fronte di un'eccezione d'improcedibilità del ricorso introduttivo originariamente appena abbozzata dalla resistente*".

16.1. I motivi di appello incidentale sono così rubricati: “*II.2. Errores in iudicando. Impugnazione della sentenza nella parte in cui ha rigettato il primo motivo di ricorso volto a evidenziare il pieno diritto del CNCP alla qualifica come PMI e alla riduzione del 50% della polizza*”; *II. – Errores in iudicando et in procedendo: erroneità della sentenza, nella parte in cui il TAR ha qualificato l’atto di conferma dell’esclusione quale conferma in senso proprio*; *III. Riproposizione dei motivi assorbiti Violazione e falsa applicazione dell’art. 10 del disciplinare di gara e dell’art. 106, co. 8, D.Lgs. n. 36/2023; violazione e falsa applicazione dei principi generali di cui agli artt. 1, 2, 3 4 5 e 10, D.Lgs. n. 36/2023; eccesso di potere per contraddittorietà manifesta, difetto di istruttoria, violazione delle risultanze del procedimento e motivazione falsa e/o solo apparente e comunque insufficiente; violazione e falsa applicazione dell’art. 6, comma 1, lett. b), L. n. 241/1990 e dell’art. 101, comma 1, D.Lgs. n. 36/2023; violazione dell’art. 97 Cost.”.*

16.2. Secondo il Consorzio:

a) il TAR avrebbe erroneamente escluso il diritto di usufruire della riduzione del 50% dell’importo della polizza, avendo il consorzio documentato di essere una media impresa ai sensi dell’art. 1, lett. o) dell’all. 1.1. al nuovo codice dei contratti pubblici; l’importo dell’appendice della polizza prodotta in esito al soccorso istruttorio (€ 85.870,40) sarebbe stato sufficiente alla partecipazione a tutti e tre i lotti (1, 3 e 5) anche senza considerare l’ulteriore riduzione del 10% per il possesso della certificazione ISO 14001, di cui l’amministrazione ha lamentato la carenza;

a.1.) il Consorzio ha anche impugnato il disciplinare di gara, denunciandone l’illegittimità nella parte in cui escluderebbe i consorzi stabili e quelli di società cooperative dal novero dei soggetti che possono beneficiare della riduzione, evidenziando che anche l’art. 106, comma 8, ove letto nei termini restrittivi adottati dall’amministrazione - secondo la quale il diritto in parola sarebbe stato limitato alle PMI o ai raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti tra tali imprese, mentre non sarebbe applicabile ai consorzi stabili e di società cooperative – si porrebbe in contrasto con i principi eurounitari di libertà delle forme di partecipazione e di *favor* per la partecipazione alle gare delle PMI (v. il 2° considerando alla Direttiva 24/2014/UE e, tra gli altri, 4° della Direttiva 25/2014/UE, recepito tra i principi generali del nuovo codice ai sensi dell’art. 10 del d.lgs. n. 36/2023);

a.2.) la nota di avvio del procedimento di soccorso istruttorio è stata impugnata - unitamente al provvedimento espulsivo – perché solo con essa TPER ha espresso il convincimento che la natura soggettiva del Consorzio sarebbe stata d’ostacolo al beneficio del dimezzamento della garanzia;

a.3.) il Consorzio non avrebbe potuto “*dimostrare di essere un consorzio ordinario*” (art. 65, comma 2, lett. f), d.lgs. n. 36/2023) costituito esclusivamente da PMI, essendo un consorzio di società cooperative di produzione e lavoro, costituito a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577 (art. 65, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 36/2023).

a.4.) la sentenza sarebbe poi errata anche nella parte in cui avalla una lettura restrittiva della

norma del disciplinare - fedele riproduzione di una disposizione di legge - escludendo dal novero dei soggetti che hanno diritto ad accedere al beneficio in parola i consorzi "non necessari" (quelli stabili, di società cooperative e d'impresе artigiane), solo perché non menzionati dalla norma;

a.5.) l'art. 106, comma 8, del d.lgs. n. 36/2023, allorché stabilisce che "*Si applica la riduzione del 50 per cento (...) nei confronti delle micro, delle piccole e delle medie imprese e dei raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da micro, piccole e medie imprese*", non escluderebbe le micro, piccole e medie imprese che esercitino l'attività in forma di consorzio stabile o di consorzio di società cooperative, e non va dunque interpretato restrittivamente, anche alla luce della ratio pro-competitiva della norma, tra l'altro volta ad agevolare l'ingresso nel mercato degli appalti pubblici delle micro, piccole e medie imprese;

a.6.) nel novero dei destinatari della previsione di cui all'art. 106, comma 8, dovrebbero pertanto farsi rientrare anche gli operatori economici che si siano organizzati per la partecipazione stabile alle gare, non solo in forma plurisoggettiva (come i consorzi ordinari) ma anche monosoggettiva (i.e., consorzi di società cooperative, consorzi stabili e consorzi tra imprese artigiane);

a.7.) avrebbe errato, dunque, il TAR, nel ritenere che la prospettazione della stazione appaltante non integri una "*violazione dei principi eurounitari*" e che non leda "*in alcun modo le prerogative delle PMI*": la ratio della disciplina che permea la materia è, infatti, quella di favorire l'ampliamento della partecipazione in favore delle PMI, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, in conformità alle regole e agli obiettivi di Europa 2020, esplicitamente richiamati dal 2° considerando alla Direttiva 24/2014/UE e 4° della Direttiva 25/2014/UE;

a.8.) l'interpretazione estensiva dell'ambito soggettivo della regola della riduzione, sarebbe l'unica coerente con gli obiettivi declinati dalle direttive europee e dalla Raccomandazione della Commissione europea del 2003 che, nell'introdurre, in ambito eurounitario, il principio del *favor participationis* delle PMI alle gare pubbliche, ha specificato che "*conformemente agli articoli 48, 81 e 82 del trattato, come interpretati dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, si deve considerare impresa qualsiasi entità, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, che svolga un'attività economica*"; e la giurisprudenza della CGUE ha in proposito chiarito che "*...nell'ambito del diritto della concorrenza la nozione di impresa abbraccia qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di tale soggetto e dalle sue modalità di finanziamento...*" (v. CGUE 23 marzo 2006, Enirisorse, C-237/04, punti 28 e 29; nello stesso senso, 29 marzo 2011, C-201/09, 216/09, ArcelorMittal; v. anche, Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 292);

a.9.) una diversa interpretazione renderebbe l'art. 10 del disciplinare di gara illegittimo;

a.10) per quanto sin qui esposto, illegittimo, per contrasto con i principi del Trattato così come declinati dalle direttive europee, e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, sarebbe anche l'art. 106, comma 8, del d.lgs. n. 36/2023, ove letto nel senso fatto proprio dall'amministrazione e dal TAR; pertanto, la norma andrebbe disapplicata ove letta nel senso

secondo cui il legislatore interno avrebbe consentito la riduzione della polizza del 50% solo in favore delle micro, piccole e medie imprese costituite da singole società/professionisti o da RTI e consorzi ordinari tra questi ultimi, escludendo dal novero dei soggetti aventi titolo alla riduzione i consorzi di cui alle lettere b), c) e d) dell'art. 65, comma 2 del d.lgs. n. 36/2023; in particolare, nella memoria depositata il 2 novembre 2024 (a pagina 4) il Consorzio pone l'accento sul fatto che per le reti di impresa, ove costituite da PMI, non è mai stata messa in discussione la possibilità di dimezzare la polizza, con la conseguenza che l'elenco contenuto nell'art. 106 non può essere considerato tassativo;

a.11) nel caso in cui l'interpretazione adeguatrice finora prospettata non fosse condivisa, il Consorzio chiede di sollevare questione pregiudiziale d'incompatibilità comunitaria dell'art. 106, comma 8, d.lgs. n. 36/2023, demandando alla Corte di Giustizia di stabilire se tale previsione, interpretata nel senso di prevedere una simile limitazione per taluni tipi di operatori economici, sia compatibile o meno con i principi del Trattato europeo, in conformità al principio del *favor participationis*, soprattutto in relazione alle PMI (4° della Direttiva 25/2014/UE), e con il principio, anch'esso di rango eurounitario, di libertà delle forme di partecipazione;

a.12) sempre nel caso in cui non si accolga l'interpretazione adeguatrice proposta, il Consorzio chiede sia sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 106, comma 8, del d.lgs. n. 36/2023, per contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost., perché l'esclusione dei consorzi di cui alle lettere b), c) e d) dell'art. 65, comma 2 del d.lgs. n. 36/2023, dal novero dei soggetti che possono beneficiare del dimezzamento della polizza, creerebbe un'ingiusta disparità di trattamento tra soggetti raggruppati e soggetti che hanno deciso di creare una comune struttura d'impresa per partecipare a più gare d'appalto, come il consorzio stabile e il consorzio di società cooperative;

b) sarebbe errata la qualificazione a monte della nota del 23 febbraio 2024 come "atto di conferma";

b.1.) nel primo provvedimento espulsivo, TPER, dopo aver osservato che, correttamente, il Consorzio aveva integrato la documentazione mancante per poter usufruire della riduzione del 30%, ha poi ritenuto che *"tuttavia, l'importo della cauzione è stato ulteriormente ridotto del 20%. Tale riduzione, non supportata da alcuna certificazione, non è peraltro prevista nel Disciplinare di gara (art. 10, lett. c), pag. 12), che ammette solo l'ulteriore riduzione del 10%",* concludendo dunque che *"l'importo della cauzione provvisoria, originariamente insufficiente, non è stato correttamente integrato";*

b.2.) TPER ha in sintesi, ritenuto:

- insufficiente la riduzione del 30% per la valida partecipazione ai tre lotti;
- non validamente ridotta la polizza dell'ulteriore 20%, sia per errore di calcolo sia per omessa produzione della certificazione ambientale;

b.3.) con l'istanza in autotutela il Consorzio ha quindi contestato l'esclusione per non aver la stazione appaltante correttamente applicato l'art. 106, comma 8, nella parte in cui consente la

riduzione del 50% alle PMI, categoria alla quale appartiene il Consorzio stesso, chiesto in subordine di limitare l'esclusione al lotto n. 5 in ragione della corretta integrazione della polizza ai fini della partecipazione ai lotti 1 e 3, di maggiori dimensioni, e della produzione della ISO9001 mancante per poter usufruire della riduzione del 30%;

b.4.) con la nota del 23 febbraio TPER non avrebbe fatto altro che confermare la precedente esclusione, *“richiamandosi integralmente quanto già dedotto nella comunicazione di esclusione di CNCP Soc. Coop in oggetto”*, respingendo l'istanza evidenziando che *“ferma la portata dell'art. 106 del D. Lgs. 36/2023 conformemente applicato dalle inequivoche disposizioni della lex specialis di gara, si evidenzia che l'offerente, anche in esito al sub procedimento di soccorso istruttorio, non ha prodotto la certificazione UNI ISO 14001 prescelta dal medesimo tra quella che la stessa lex specialis richiama per poter usufruire di una delle riduzioni previste dal comma 8 dell'art. 106. Inoltre, in violazione dell'art. 10 del Disciplinare di Gara che fissava tale riduzione nella misura del 10%, CNCP Soc. Coop. ha, in sede di soccorso istruttorio, prodotto una garanzia provvisoria in cui è stata indebitamente applicata, in funzione del solo dichiarato possesso della certificazione UNI ISO 14001, la riduzione del 20%. Contravvenendosi, pertanto, a quanto espressamente indicato dalla lex specialis di gara e non avendo adempiuto l'operatore economico alle richieste avanzate da TPER S.p.A. nella comunicazione di soccorso istruttorio del 26.01.u.s. (i.e. TPER U 01320 - 2024) nei termini ivi previsti, è confermata con la presente l'esclusione dalla procedura in oggetto”*;

b.5.) ancora una volta, dunque, TPER, avrebbe confermato che il motivo dell'esclusione era riconducibile esclusivamente al fatto che il Consorzio non aveva validamente applicato la seconda riduzione, ribadendo tanto l'errore di calcolo (riduzione del 20% piuttosto che del 10%) che quello documentale (omessa produzione della certificazione ambientale);

b.6.) in definitiva, a differenza di quanto ritenuto dal TAR:

- non sarebbero stati valutati i contenuti dell'istanza di annullamento in autotutela;
- non sarebbe stata espletata nuova istruttoria;
- non sarebbero stati affatto *“ancora una volta scrutinati”* i documenti trasmessi in risposta alla richiesta d'integrazione documentale, proprio perché non è stata tenuta in considerazione alcuna la produzione della ISO9001 mancante e l'appendice alla polizza recante l'integrazione dell'importo;

b.7.) la circostanza che il provvedimento del 23 febbraio riporti nell'oggetto, oltre alla dizione *“esclusione lotti 1, 3 e 5”*, anche il riferimento alla *“comunicazione di esclusione prot. TPER U 02283-2024 del 14.02.2024”*, valorizzata dal TAR, sarebbe irrilevante;

b.8.) né la documentazione versata in atti, né la ricognizione del contenuto della nota del 23 febbraio attesterebbero l'esistenza di ulteriori fasi procedurali o istruttorie a valle dell'atto di conferma del provvedimento espulsivo che non avrebbe preso posizione sulle (nuove) richieste avanzate con l'istanza di autotutela, in esito alla quale la stazione appaltante si sarebbe limitata a ribadire la propria posizione, senza ritenere necessario riaprire il

procedimento;

b.9.) sarebbe quindi errata la sentenza nella parte in cui ha attribuito alla nota trasmessa in esito all'istanza di autotutela la natura di atto di conferma in senso proprio, nonché nella parte in cui ha ritenuto che il ricorso avesse ad oggetto “*due distinti provvedimenti*”, trattandosi, il secondo, di mera conferma del primo;

c) irragionevole e contrario ai principi che reggono i procedimenti di gara, che impongono che l'affidamento si realizzi nella maniera più efficiente ed efficace possibile, sarebbe dunque il contegno dell'amministrazione la quale, dapprima ha ammesso nel bando la possibilità di presentare un'unica garanzia, ma non ha poi coordinato tale possibilità con l'eventualità – ben frequente nella pratica – che un operatore economico potesse risultare in regola con riferimento ad alcuni soltanto dei lotti ai quali fosse interessato a partecipare;

c.1.) in ossequio ai principi del risultato e della fiducia, nonché di massima partecipazione, il consorzio dovrebbe quantomeno essere ammesso a partecipare ai lotti 1 e 3, avendo presentato una polizza valida ed efficace, e di importo sufficiente a garantire le offerte sui due lotti indicati, al cospetto del possesso di certificazioni ISO9001 debitamente prodotte;

c.2.) in via di ulteriore subordine, si rileva che, anche senza considerare l'appendice presentata in riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio, l'importo della originaria polizza (pari a € 69.003,00), sarebbe stato comunque sufficiente per la partecipazione ai primi due lotti (1 e 3), applicando la riduzione del 50%; in via ulteriormente gradata, anche a non voler applicare alcuna riduzione in assoluto – inteso, né la riduzione del 50% riservata alle candidate PMI né la riduzione del 30% per il possesso delle certificazioni ISO 9001, né la riduzione, ulteriore e cumulabile con le prime, del 10% per il possesso delle certificazioni ISO 14001 – il Consorzio, con la polizza originariamente prodotta, di importo pari a € 69.003,00, avrebbe comunque coperto, eccedendolo di non poco, l'importo della garanzia integrale (non decurtata) richiesta dal disciplinare al fine di accedere al solo lotto 1, pari a € 63.920,00.

17. Le censure, così sintetizzate, possono a questo punto essere esaminate.

18. L'articolato atto di appello e l'appello incidentale, vertono sulle seguenti questioni di fondo:

a) la natura della nota prot. n. 2692/2024 del 23 febbraio 2024 di TPER e la distinzione tra atti di conferma e atti meramente confermativi;

b) il soccorso istruttorio e il termine per soddisfare le richieste della stazione appaltante;

c) l'interpretazione dell'art. 106 comma 8 del Codice dei contratti pubblici;

d) la natura dei consorzi di cooperative di produzione e lavoro e la richiesta di rinvio pregiudiziale formulata nel ricorso incidentale dal Consorzio;

e) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 comma 8 del Codice dei contratti

pubblici.

18.1. L'esame di tali questioni, con l'accoglimento dei primi due motivi dell'appello principale, per le ragioni che si andranno a esporre, sostiene autonomamente la statuizione di rigetto della domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado e consente l'assorbimento, per ragioni di economia processuale, degli ulteriori motivi di gravame.

19. In ordine alla prima questione (corrispondente al primo motivo di appello) va osservato quanto segue.

19.1. È sufficiente confrontare il testo della nota di esclusione del 14 febbraio 2024 con la nota del 23 febbraio 2024 per avvedersi del fatto che la successiva nota non è un atto meramente confermativo.

19.2. Nella nota del 14 febbraio 2024 si legge: *“Con la presente, si comunica che con Provv. n. 16 del 14/02/2024 siete stati esclusi dalla procedura di cui all'oggetto in riferimento ai Lotti 1, 3 e 5, in quanto l'importo della cauzione provvisoria, originariamente insufficiente, non è stato correttamente integrato./ Il Concorrente, all'atto dell'integrazione, avrebbe comunque avuto diritto ad una riduzione dell'importo del 30% rispetto alla cauzione base e quindi a costituire una fideiussione di Euro 107.338,00, in quanto è stata prodotta la certificazione mancante UNI EN ISO 9001 della società FCF Multiservice Soc Coop. in corso di validità. Tuttavia l'importo della cauzione è stato ulteriormente ridotto del 20%. Tale riduzione, non supportata da alcuna certificazione, non è peraltro prevista nel /Disciplinare di gara (art. 10, lett. c), pag. 12), che ammette solo l'ulteriore riduzione del 10%”.*

19.3. Nella nota del 23 febbraio 2024 si legge: *“In riscontro alla Sua missiva del 17.02.u.s., richiamandosi integralmente quanto già dedotto nella comunicazione di esclusione di CNCP Soc. Coop in oggetto, si osserva quanto segue. /Ferma la portata dell'art. 106 del D. Lgs. 36/2023 conformemente applicato dalle inequivoche disposizioni della lex specialis di gara, si evidenzia che l'offerente, anche in esito al sub procedimento di soccorso istruttorio, non ha prodotto la certificazione UNI ISO 14001 prescelta dal medesimo tra quella che la stessa lex specialis richiamava per poter usufruire di una delle riduzioni previste dal comma 8 dell'art. 106.*

Inoltre, in violazione dell'art. 10 del Disciplinare di Gara che fissava tale riduzione nella misura del 10%, CNCP Soc. Coop. ha, in sede di soccorso istruttorio, prodotto una garanzia provvisoria in cui è stata indebitamente applicata, in funzione del solo dichiarato possesso della certificazione UNI ISO 14001, la riduzione del 20%.Contravvenendosi, pertanto, a quanto espressamente indicato dalla lex specialis di gara e non avendo adempiuto l'operatore economico alle richieste avanzate da TPER S.p.A. nella comunicazione di soccorso istruttorio del 26.01.u.s. (i.e. TPER U 01320 - 2024) nei termini ivi previsti, è confermata con la presente l'esclusione dalla procedura in oggetto”.

19.4. Le motivazioni a sostegno dell'atto di conferma dell'esclusione sono evidentemente differenti e ulteriori rispetto a quelle contenute nell'atto confermato. La circostanza, in punto di fatto, è talmente evidente da non dover indugiare particolarmente per avvedersene.

19.5. La giurisprudenza di questa Sezione sulla distinzione tra atto meramente confermativo e atto di conferma in senso proprio è copiosissima. La distinzione tra atti di conferma in senso proprio e atti meramente confermativi va ravvisata nella sussistenza o meno di una nuova istruttoria e di una nuova ponderazione degli interessi all'esito della quale viene adottato l'atto successivo; deve, quindi, escludersi la natura meramente confermativa dell'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento, mediante la rivalutazione degli interessi in gioco e un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fattispecie considerata (tra le tante, Consiglio di Stato sez. V, 7 ottobre 2024, n. 8024, Consiglio di Stato sez. V, 7 maggio 2024, n. 4123).

19.6. In primo grado, TPER aveva eccepito la mancata impugnazione dell'atto di conferma da parte del Consorzio. Il TAR ha ritenuto che *“il provvedimento prot. 2692/2024, comunicato in data 23.02.2024 risulta effettivamente e tempestivamente impugnato”*.

19.7. In realtà, corrisponde al vero che alcuna concreta contestazione è stata mossa al punto qualificante la nota del 23 febbraio 2024, vale a dire la dirimente circostanza che nulla è argomentato sull'omessa produzione delle certificazioni UNI EN ISO 14001 e sull'applicazione dell'ulteriore riduzione del 20% dell'importo garantito, in luogo del solo 10% consentito dalle regole di gara (pagina 5 della memoria depositata da TPER il 28 ottobre 2024).

19.8. Come noto, l'annullamento di un atto plurimotivato di segno negativo è condizionato alla presentazione di censure in ordine a tutte le autonome motivazioni, in grado da sole di sostenere la decisione (Consiglio di Stato sez. V, 5 dicembre 2022, n. 10643). Tanto basta per ritenere fondato il primo motivo di appello che, solo, ne determinerebbe l'accoglimento.

19.9. D'altronde, come efficacemente osservato da TPER a pagina 3 della già citata memoria depositata il 28 marzo 2024 un'affermazione contenuta nella memoria difensiva del Consorzio (memoria depositata il 16 luglio 2024) è da sola in grado di smentire la tesi della natura meramente confermativa della nota del 23 febbraio 2024. Difatti, al punto 21 della citata memoria si ammette l'esistenza di una motivazione parzialmente diversa a fondamento del provvedimento di conferma dell'esclusione. Vi si legge infatti: che il Consorzio (...) *“ha, piuttosto, tuzioristicamente censurato la citata nota, ancorché non preceduta da alcuna istruttoria e non corredata da motivazione diversa rispetto a quella originaria, se non in termini di presunto inadempimento alla richiesta di soccorso istruttorio comunque censurata, nella misura in cui è stata evidenziata la totale irrilevanza dei presunti errori (di calcolo e documentali) contestati sulla “seconda” riduzione”*.

20. In ordine alla seconda questione (corrispondente al secondo motivo di appello) e comunque connessa alla prima va osservato quanto segue.

20.1. Intanto, questa Sezione ha già avuto modo di affermare, seppure in una fattispecie disciplinata dal Codice dei contratti del 2016 che in caso di inutile decorso del termine assegnato per la regolarizzazione o integrazione della cauzione provvisoria il concorrente è escluso dalla gara (Consiglio di Stato sez. V, 27 agosto 2024, n. 7256).

20.2. Va poi ricordato che:

a) il termine per l'integrazione della documentazione, a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, ha natura perentoria, allo scopo di assicurare un'istruttoria veloce, preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda (cfr. Cons. Stato, V, 22 agosto 2016, n. 3667; 22 ottobre 2015, n. 4849; 18 maggio 2015, n. 2504);

b) la disciplina del soccorso istruttorio contempla la sanzione espulsiva quale conseguenza della inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale (Consiglio di Stato sez. V, 29 maggio 2019, n. 3592 che richiama Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 30 luglio 2014, n. 16);

c) la chiave interpretativa dell'art. 101 del Codice dei contratti pubblici è "la leale collaborazione delle parti (amministrazione appaltante e operatori economici), ispirata alla fiducia nell'attività dell'amministrazione e alla responsabilità dell'operatore economico, secondo i noti principi di buona fede, il tutto evidentemente nel rispetto del principio della par condicio" (Relazione illustrativa Codice dei contratti pubblici);

d) nessuna motivazione qualificata o ulteriore rispetto al richiamo dell'attivazione del soccorso e della mancata tempestiva trasmissione della relativa documentazione si rende necessaria ai fini della legittimità del provvedimento espulsivo (Consiglio di Stato sez. V, 29 maggio 2019, n. 3592).

20.3. Il soccorso istruttorio – previsto in favore della massima partecipazione – non può tradursi in un meccanismo dilatorio della procedura di gara, a fronte del disinteresse o della mancata collaborazione di chi per primo è tenuto ad attivarsi. Si deve aggiungere che l'amministrazione è mossa, nelle procedure selettive, dal bisogno attuale e concreto di acquisire i servizi di cui necessita. Le procedure selettive postulano un dovere particolarmente intenso, in capo alle imprese partecipanti, di chiarezza e completezza espositiva sia nella presentazione della documentazione volta alla verifica dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale sia nella formulazione e presentazione delle offerte sia nella fase di verifica dei requisiti. L'operatore economico negligente, oltre a violare i doveri di correttezza e buona fede cui è vincolato, arreca un oggettivo intralcio allo svolgimento della procedura che non può non essere tenuto nella debita considerazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 novembre 2024, n. 9063). Quel che è accaduto esattamente nella fattispecie in esame, in cui la stazione appaltante ha semplicemente chiesto che fosse rispettata una chiarissima regola della *lex specialis*, riprodotiva del bando tipo ANAC n. 1/2023 e in pedissequa applicazione di una disposizione di legge.

20.4. A fronte del flagrante inadempimento del Consorzio (si trattava, in definitiva, di integrare la cauzione provvisoria), TPER ha adottato l'unico atto possibile, vale a dire la sanzione espulsiva. Ulteriori chiarimenti dopo l'attivazione del soccorso istruttorio possono essere richiesti solo in caso di non agevole comprensione della richiesta formulata dalla stazione appaltante o nei casi in cui dalla documentazione integrativa residuino margini di incertezza superabili in modo agevole. Il passaggio del bando tipo ANAC 1/2023 dove si legge "Ove il

concorrente produca dichiarazioni o documenti non perfettamente coerenti con la richiesta, la stazione appaltante può chiedere ulteriori precisazioni o chiarimenti, limitati alla documentazione presentata in fase di soccorso istruttorio, fissando un termine a pena di esclusione” può legittimare richieste di chiarimenti ulteriori solo nei limiti poc’anzi evidenziati.

20.5. Va ancora precisato che il primo Giudice ha richiamato a sostegno dell’accoglimento del motivo di ricorso, ragioni che potevano trovare un qualche fondamento nella vigenza dell’art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016 e non dell’art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023. Si legge, difatti, nella sentenza impugnata: (...) *“il soccorso istruttorio previsto dall’art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016, deve essere attivato dalla stazione appaltante anche nei casi di invalidità o irregolarità della cauzione provvisoria, considerato che si tratta di ipotesi che debbono essere ricondotte nell’ambito delle “carenze di elementi formali della domanda” ovvero della “mancanza, incompletezza” o “irregolarità essenziale” della documentazione allegata alla domanda di partecipazione”.*

20.6. Il punto è che la disciplina applicabile alla gara per cui è causa è quella contenuta nel d.lgs. n. 36 del 2023 che prevede chiaramente le regole (qui palesemente violate dal concorrente) per la presentazione delle garanzie per la partecipazione alla procedura e le regole per l’attivazione del soccorso istruttorio. Il soccorso istruttorio altro non è se non una collaborazione su iniziativa della pubblica amministrazione prevista, oltre che nel caso della rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete (art. 6, comma 1, lett. b) della L. n. 241/1990), proprio dall’art 101 del nuovo Codice dei contratti pubblici. Si tratta di una collaborazione raccordata con il principio della fiducia, enunciato dall’art. 2 dello stesso Codice e che, in realtà, ha una valenza più generale in tutti i contesti nei quali si sviluppa una relazione tra pubblica amministrazione e soggetti privati. Il principio della fiducia si fonda sull’idea che amministrazione e consociati rispettino le regole e si comportino di conseguenza in modo corretto gli uni verso gli altri e tutti insieme nei confronti dei terzi e della comunità. Si tratta di un dovere riconducibile all’art. 2 della Costituzione che vale sia per i funzionari pubblici sia per gli operatori privati sia per l’amministrazione sia per le organizzazioni dei cittadini.

20.7. L’evidente violazione delle regole di gara non può consentire operazioni quali l’utilizzo della cauzione con riferimento ad alcuni lotti. La ricorrente ha concorso per tre lotti e la cauzione non si può imputare a uno solo o a due dei tre lotti.

21. In ordine a terza quarta e quinta questione (l’interpretazione dell’art. 106 comma 8 del Codice dei contratti pubblici e le richieste di rinvio pregiudiziale e la questione di legittimità costituzionale) corrispondenti a tutti gli argomenti esposti nell’appello incidentale va osservato quanto segue.

21.1. Va intanto premesso che l’accoglimento del primo motivo dell’appello principale sarebbe di per sé sufficiente per riformare la sentenza impugnata dato che l’effetto è quello di accogliere l’eccezione in rito proposta in primo grado. La manifesta fondatezza del secondo motivo di appello, in ogni caso, ha consentito di esaminare nel merito le ragioni delle parti in causa che, a questo punto, passano anche per l’esame delle questioni poste con l’appello incidentale.

21.2. L'art. 106 comma 8 del Codice dei contratti pubblici così dispone: *“8. L'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento per gli operatori economici ai quali sia rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Si applica la riduzione del 50 per cento, non cumulabile con quella di cui al primo periodo, nei confronti delle micro, delle piccole e delle medie imprese e dei raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da micro, piccole e medie imprese. L'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 10 per cento, cumulabile con la riduzione di cui al primo e secondo periodo, quando l'operatore economico presenti una fideiussione, emessa e firmata digitalmente, che sia gestita mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi del comma 3. L'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto fino ad un importo massimo del 20 per cento, cumulabile con le riduzioni di cui al primo e secondo periodo, quando l'operatore economico possieda uno o più delle certificazioni o marchi individuati, tra quelli previsti dall'allegato II.13, nei documenti di gara iniziali che fissano anche l'importo della riduzione, entro il limite massimo predetto. In caso di cumulo delle riduzioni, la riduzione successiva è calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente. Per fruire delle riduzioni di cui al presente comma l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso dei relativi requisiti e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.13 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica e il Ministro per gli affari europei, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice”.*

21.3. L'art. 106 del Codice dei contratti pubblici disciplina le garanzie per la partecipazione alla procedura. L'istituto della cauzione provvisoria, oltre a una funzione di garanzia in senso stretto, serve anche a prevenire comportamenti dell'offerente rientranti in generale nel patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche che consiste nell'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede. Nella fase fisiologica, la cauzione assolve alla funzione di evidenziare la serietà e l'affidabilità dell'offerta.

21.4. La regola generale sull'importo della garanzia per la partecipazione alla procedura è contenuta nel comma 1 dell'art. 106. Il comma 8 disciplina diverse ipotesi di riduzione dell'importo della garanzia che costituiscono altrettante eccezioni alla regola generale. Si tratta di eccezioni alla regola generale che dispongono una conseguenza giuridica incompatibile con quella disposta dalla norma generale. In questo caso, più che di due norme distinte si tratta di due frammenti normativi, ricomponibili in un'unica norma che incorpora un'eccezione (più eccezioni). Ebbene, in questi casi, le eccezioni sono tassativamente previste e non è in alcun modo possibile enucleare nuove eccezioni mediante creazione di norme inesprese. Questa Sezione ha già avuto modo di ricordare (Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2022, n. 11471) che una norma inespressa non può essere riferita ad alcun testo come suo significato. È ricavata, in genere, da una o più norme espresse mediante un ragionamento.

21.4.1. Si distinguono tre tipi di ragionamento la cui conclusione è una norma inespressa:

a) norme inesprese che sono ricavate a partire da norme espresse mediante ragionamenti logicamente validi (ossia deduttivi), in cui non compaiono premesse che non siano norme espresse;

b) norme inesprese che sono ricavate a partire da norme espresse secondo schemi di ragionamento non deduttivi, logicamente invalidi (un entimema, l'argomento analogico, l'argomento a contrario in una delle sue varianti);

c) norme inesprese che sono derivate o da una congiunzione di norme espresse (o anche, a loro volta, inesprese) e di assunzioni dogmatiche, ovvero direttamente da sole assunzioni dogmatiche.

21.4.2. Le norme inesprese del primo tipo possono essere considerate implicite in senso stretto (cioè in senso logico), e quindi, per così dire, "positive", sebbene non formulate. Esse sono frutto di attività cognitiva. Le norme inesprese dei tipi rimanenti sono frutto di attività nomopoietiche, creative di norme (nuove).

21.4.3. Il ragionamento dell'appellante incidentale non è classificabile in alcuno dei ragionamenti appena descritti e si risolve nella genuina creazione di una norma non ricavabile deduttivamente da alcuna norma espressa.

21.5. L'appellante incidentale è un consorzio di società cooperative di produzione e lavoro di cui alla L. n. 422/1909 che, come noto, non è un consorzio ordinario. Esso presenta caratteristiche analoghe a quelle dei consorzi stabili (Consiglio di Stato sez. V, 5 aprile 2024, n. 3144) ed è l'unico centro di imputazione e di riferimento di interessi (Consiglio di Stato sez. VII, 11 aprile 2024, n. 3332). A differenza dei raggruppamenti e dei consorzi ordinari, il consorzio stabile, è un nuovo e peculiare soggetto giuridico, promanante da un contratto a dimensione associativa tra imprese, caratterizzato oggettivamente come struttura imprenditoriale da un rapporto tra le stesse imprese di tipo organico, al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, sicché unico interlocutore con l'amministrazione appaltante è il medesimo consorzio, con la conseguenza che i requisiti speciali di idoneità tecnica e finanziaria ben possono essere posseduti in capo al consorzio stesso (Consiglio di Stato sez. V, 11 luglio 2023, n. 6777).

21.6. L'appellante incidentale pretende di applicare, in sostanza, una norma di deroga di cui non è dato rinvenire traccia nel Codice dei contratti pubblici. La ragione della mancata previsione è peraltro agevolmente comprensibile. I consorzi della categoria in questione partecipano alle procedure di affidamento in qualità di enti soggettivamente a sé stanti, portatori di un interesse proprio, sia pure finalisticamente collegato allo scopo mutualistico delle consorziate. Essendo enti soggettivamente a sé stanti, e non essendo previsti tra i soggetti che possono fruire delle riduzioni previste dall'art. 106 comma 8 del Codice, non ne possono pretendere l'applicazione.

21.7. Il ripetuto riferimento alle reti di impresa da parte dell'appellante incidentale (da ultimo a pagina 4 della memoria depositata), più che giovargli porta argomenti contrari alla sua tesi. Il riferimento, difatti, è inconferente.

21.8. La nozione di rete d'impresa, inizialmente elaborata in sede comunitaria (Decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo n. 1639/2006), è stata introdotta nell'ordinamento italiano dall'art. 6 *bis* della L. n. 133/2008, che aveva convertito, con modificazioni, il d.l. n. 112/2008. Ma alla disciplina puntuale dell'istituto si è giunti con il d.l. 10 febbraio 2009, n. 5 (art. 3) e con le successive modifiche di cui alla L. 17 dicembre 2012, n. 221.

21.9. Il riferimento alle reti di impresa è inconferente poiché esso è null'altro che uno strumento caratterizzato dall'ampio ruolo riconosciuto all'autonomia privata, che si contrappone alla tipicità del diritto societario.

21.10. Le reti d'impresa sono state inquadrare in tre distinti moduli (determinazione dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, n. 3 del 23 aprile 2013):

a) il primo consiste in una rete di imprese regolata da un contratto plurilaterale con comunione di scopo, che individua la partecipazione congiunta alle gare come uno degli scopi strategici inclusi nel programma comune, senza individuazione di un organo comune ovvero con la dotazione di un organo comune, ma privo di potere di rappresentanza;

b) il secondo consiste in una rete di imprese la cui organizzazione prevede un organo comune dotato di potere di rappresentanza, ma che resta sprovvisto del requisito della soggettività giuridica;

c) il terzo consiste in una rete di imprese, caratterizzata non soltanto da un organo comune dotato di potere di rappresentanza delle imprese aderenti alla rete, ma anche del requisito della soggettività giuridica.

21.11. Le diverse categorie sono in qualche modo riconducibili ora alla *ratio* dell'istituto del raggruppamento temporaneo di concorrenti, ora a quella dei consorzi ordinari di concorrenti, ora alle forme di aggregazione continuata tra imprese. È per tale eterogeneità che l'art. 106 comma 8 non prevede le reti di impresa, e non per i motivi addotti dall'appellante incidentale. Peraltro, l'art. 68 comma 20 del Codice dei contratti pubblici, rubricato "*Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*" dispone espressamente: "*Il presente articolo trova applicazione, in quanto compatibile, nella partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, di cui all'articolo 65, comma 2, lettera g); queste ultime, nel caso in cui abbiano tutti i requisiti del consorzio stabile di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), sono ad esso equiparate ai fini della qualificazione SOA*".

22. Sulla richiesta di rinvio pregiudiziale vanno espone le seguenti considerazioni.

22.1. La genericità degli argomenti a sostegno della richiesta di rinvio pregiudiziale impone una premessa di metodo. Come noto, la Corte di Giustizia si è più volte pronunciata sull'obbligo di rinvio pregiudiziale. Tra le altre, la decisione della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 6 ottobre 2021, in causa C-561/2019, Consorzio Italian Management, ha affermato importanti principi in materia di obbligo di rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art.

267 del Trattato giungendo, tra l'altro, alle seguenti conclusioni: *“L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi”*.

Può dirsi che la sentenza abbia un valore sostanzialmente confermativo dell'indirizzo riconducibile ai cosiddetti *“criteri Cilfit”*, riguardanti la definizione dei casi in cui il giudice è dispensato dall'obbligo di rinvio, anche se nella pronuncia possono leggersi alcuni significativi elementi di novità.

22.2. In particolare, la Corte ha precisato che, per escludere l'obbligo del rinvio, può considerarsi non solo il precedente riguardante un caso identico, ma anche una o più pronunce relative a situazioni analoghe a quella oggetto del giudizio nazionale.

22.3. Ulteriore elemento significativo può rinvenirsi nella specificazione del criterio dell'*“atto chiaro”*, idoneo ad escludere la sussistenza dell'obbligo di rinvio.

22.4. La sentenza precisa al punto 39, che il giudice di ultimo grado *“può altresì astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto dell'Unione e risolverla sotto la propria responsabilità qualora l'interpretazione corretta del diritto dell'Unione s'imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi (sentenze del 6 ottobre 1982, Cilfit, 283/81, punti 16 e 21, nonché del 9 settembre 2015, Ferreira da Silva e Brito, C-160/14, punto 38)”*.

22.5. La questione da precisare, di cui questo Collegio è pienamente consapevole, è che l'univocità dell'interpretazione non può basarsi sulla sola considerazione della giurisprudenza dello Stato cui appartiene il giudice di ultima istanza. Difatti, il principio espresso dalla CGUE, 9 settembre 2015, C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva*, è il seguente: *“l'articolo 267, terzo comma, TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice avverso le cui decisioni non sono esperibili ricorsi giurisdizionali di diritto interno è tenuto a sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale [...] in circostanze quali quelle del procedimento principale, contraddistinte al contempo da decisioni divergenti di giudici di grado inferiore quanto all'interpretazione [...] e da ricorrenti difficoltà d'interpretazione della medesima nei vari Stati membri”*.

22.6. L'onere posto a carico del giudice nazionale è ampiamente mitigato dalla Corte, secondo cui il confronto con le esperienze degli altri ordinamenti non impone di effettuare lunghe indagini, ma deve basarsi sui dati effettivamente disponibili, con particolare riferimento a quelli offerti dalle parti in giudizio.

22.7. Difatti, la Corte precisa al punto 44 della sentenza 6 ottobre 2021, in causa C-561/2019 che *“Se un giudice nazionale di ultima istanza non può certamente essere tenuto a effettuare,*

a tal riguardo, un esame di ciascuna delle versioni linguistiche della disposizione dell'Unione di cui trattasi, ciò non toglie che esso deve tener conto delle divergenze tra le versioni linguistiche di tale disposizione di cui è a conoscenza, segnatamente quando tali divergenze sono esposte dalle parti e sono comprovate.”

22.8. Nel caso qui esaminato si può concludere il ragionamento precisando quanto segue.

22.9. La questione non è rilevante perché la garanzia provvisoria non è espressamente disciplinata dalla direttiva n. 2014/24/UE (né dalla Direttiva 25) del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, la quale, come la precedente disciplina eurounitaria in materia di appalti, ha lasciato gli Stati membri liberi di adottare una propria disciplina.

22.10. Il d.lgs. n. 36 del 2023, peraltro in continuità con il d.lgs. n. 50 del 2016 che prevedeva all'art. 93 comma 7 identica riduzione per microimprese, piccole e medie imprese e raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese, nell'ambito della propria discrezionalità ha utilizzato la leva economica della modulazione in difetto dell'importo della garanzia provvisoria, nell'ottica di incentivare la realizzazione di alcuni interessi generali aventi un ruolo chiave (l'interesse a che gli operatori economici in competizione per l'affidamento della commessa pubblica posseggano la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee, l'interesse pro concorrenziale all'apertura del mercato delle commesse pubbliche alle microimprese, piccole imprese e medie imprese, l'interesse alla digitalizzazione delle procedure, l'interesse a favorire il possesso delle ulteriori certificazioni o marchi individuati).

22.11. Semplicemente, per quanto qui interessa, il legislatore ha optato per la tutela degli operatori economici di dimensioni ridotte in forma singola e nella forma dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari (si tratta di una riduzione prevista per quelle forme di collaborazione costituite in vista di un'unica operazione).

22.12. Il richiamo alla tutela delle micro piccole e medie imprese è del tutto inconferente. E lo è perché la direttiva 2014/24/CE prevede il *favor* per i piccoli operatori nel Considerando 2, nel Considerando 59, nel Considerando 78, nel Considerando 124 e il Codice dei contratti pubblici ha previsto numerose misure volte alla tutela delle MPMI, tra cui la regola della suddivisione delle gare in lotti, il vincolo di aggiudicazione, la disciplina del subappalto. Non c'è alcun impedimento alla partecipazione alle gare dettato dalla mancata previsione di una riduzione della garanzia per i consorzi quale quello appellante incidentale. Peraltro, lo si deve ribadire, le garanzie non sono disciplinate dalla Direttiva 24/2014 né dalla Direttiva 25.

23. La questione di costituzionalità è manifestamente infondata.

23.1. Come noto, lo schema logico del sindacato di eguaglianza - ragionevolezza è triangolare.

Il controllo di una disposizione ipotizzata in violazione dell'art. 3 della Costituzione deve avvenire in relazione ad un elemento assunto come termine di raffronto, per verificare se è ragionevole il medesimo o il diverso trattamento normativo.

A tal proposito si richiamano le sentenze della Corte nn. 10/1980 e 89/1996 che chiariscono perfettamente in cosa consista il giudizio triangolare di eguaglianza.

Poiché si è eguali rispetto a qualcuno o qualcosa e, reciprocamente, si è diversi da qualcuno o da qualcosa, il giudizio di eguaglianza è necessariamente un giudizio di carattere relazionale.

In esso, come afferma in modo efficacissimo la migliore dottrina, sono sempre messe a confronto due *res*, due oggetti, due situazioni giuridiche.

La questione è che la Corte costituzionale esige che quando si solleva un dubbio di costituzionalità di un atto legislativo per violazione del principio di eguaglianza, il ricorrente debba sempre allegare il *tertium comparationis*. La sua allegazione da parte di chi solleva la questione è condizione necessaria per stabilire se in concreto è stato violato o meno il principio di eguaglianza. Il *tertium*, però, deve avere alcune caratteristiche essenziali.

Vediamole:

- a) deve consistere in una situazione giuridicamente rilevante;
- b) deve essere omogeneo rispetto alla situazione oggetto del giudizio della Corte dato che una eguaglianza può essere stabilita solo tra due situazioni che presentano taluni elementi comuni o, meglio, che gli elementi comuni alle due situazioni raffrontate siano rilevanti per stabilire il pari trattamento.

Non è così nel caso che qui occupa il Collegio dove non si rinvengono gli elementi per sottoporre alla Corte la questione.

La Corte costituzionale ha, tra l'altro, affermato quanto segue:

“Il parametro della eguaglianza, infatti, non esprime la concettualizzazione di una categoria astratta, staticamente elaborata in funzione di un valore immanente dal quale l’ordinamento non può prescindere, ma definisce l’essenza di un giudizio di relazione che, come tale, assume un risalto necessariamente dinamico. L’eguaglianza davanti alla legge, quindi, non determina affatto l’obbligo di rendere immutabilmente omologhi fra loro fatti o rapporti che, sul piano fenomenico, ammettono una gamma di variabili tanto estesa quante sono le imprevedibili situazioni che in concreto possono storicamente ricorrere, ma individua il rapporto che deve funzionalmente correlare la positiva disciplina di quei fatti o rapporti al paradigma dell’armonico trattamento che ai destinatari di tale disciplina deve essere riservato, così da scongiurare l’intrusione di elementi normativi arbitrariamente discriminatori. D’altra parte, essendo qualsiasi disciplina destinata per sua stessa natura ad introdurre regole e, dunque, a operare distinzioni, qualunque normativa positiva finisce per risultare necessariamente destinata ad introdurre nel sistema fattori di differenziazione, sicché, ove a quel parametro fosse annesso il valore di paradigma cristallizzato su base meramente “naturalistica” e dunque statica, ogni norma vi si porrebbe in evidente contrasto proprio perché chiamata a discriminare ciò che è attratto nell’alveo della relativa previsione da ciò che non lo è. Se, dunque, il principio di eguaglianza esprime un giudizio di relazione in virtù del quale a

situazioni eguali deve corrispondere l'identica disciplina e, all'inverso, discipline differenziate andranno coniugate a situazioni differenti, ciò equivale a postulare che la disamina della conformità di una norma a quel principio deve svilupparsi secondo un modello dinamico, incentrandosi sul "perché" una determinata disciplina operi, all'interno del tessuto egualitario dell'ordinamento, quella specifica distinzione, e quindi trarne le debite conclusioni in punto di corretto uso del potere normativo. Il giudizio di eguaglianza, pertanto, in casi come quello sottoposto alla Corte costituzionale con l'ordinanza del giudice rimettente, è in sé un giudizio di ragionevolezza, vale a dire un apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la "causa" normativa che la deve assistere: ove la disciplina positiva si discosti dalla funzione che la stessa è chiamata a svolgere nel sistema e ometta, quindi, di operare il doveroso bilanciamento dei valori che in concreto risultano coinvolti, sarà la stessa "ragione" della norma a venir meno, introducendo una selezione di regime giuridico priva di causa giustificativa e, dunque, fondata su scelte arbitrarie che ineluttabilmente perturbano il canone dell'eguaglianza. Ogni tessuto normativo presenta, quindi, e deve anzi presentare, una "motivazione" obiettivata nel sistema, che si manifesta come entità tipizzante del tutto avulsa dai "motivi", storicamente contingenti, che possono avere indotto il legislatore a formulare una specifica opzione: se dall'analisi di tale motivazione scaturirà la verifica di una carenza di "causa" o "ragione" della disciplina introdotta, allora e soltanto allora potrà dirsi realizzato un vizio di legittimità costituzionale della norma, proprio perché fondato sulla "irragionevole" e per ciò stesso arbitraria scelta di introdurre un regime che necessariamente finisce per omologare fra loro situazioni diverse o, al contrario, per differenziare il trattamento di situazioni analoghe. Da tutto ciò consegue che il controllo di costituzionalità, dovendosi per un verso saldare al generale principio di conservazione dei valori giuridici e restando comunque circoscritto all'interno dei confini propri dello scrutinio di legittimità, non può travalicare in apprezzamenti della ragionevolezza che sconfinino nel merito delle opzioni legislative, e ciò specie nelle ipotesi in cui la questione dedotta investa, come nel caso in esame, sistemi normativi complessi, all'interno dei quali la ponderazione dei beni e degli interessi non può certo ritenersi frutto di soluzioni univoche. Non può quindi venire in discorso, agli effetti di un ipotetico contrasto con il canone della eguaglianza, qualsiasi incoerenza, disarmonia o contraddittorietà che una determinata previsione normativa possa, sotto alcuni profili o per talune conseguenze, lasciar trasparire, giacché, ove così fosse, al controllo di legittimità costituzionale verrebbe impropriamente a sovrapporsi una verifica di opportunità, per di più condotta sulla base di un etereo parametro di giustizia ed equità, al cui fondamento sta una composita selezione di valori che non spetta a questa Corte operare. Norma inopportuna e norma illegittima sono pertanto due concetti che non si sovrappongono, dovendosi il sindacato arrestare in presenza di una riscontrata correlazione tra precetto e scopo che consenta di rinvenire, nella "causa" o "ragione" della disciplina, l'espressione di una libera scelta che soltanto il legislatore è abilitato a compiere" (così la storica sentenza della Corte n. 89 del 1996).

24. Anche la prospettata questione di legittimità costituzionale per violazione della libertà di iniziativa economica è manifestamente infondata. Lo snodo logico imprescindibile della censura in questione è offerto dalla ritenuta uguaglianza di situazioni che sono, invece, evidentemente differenti. Smentita tale premessa, perde di consistenza l'intera prospettazione sottesa alla questione rispetto a tutti i parametri costituzionali evocati (artt. 3, 41).

25. Per tutte le ragioni esposte l'appello principale deve essere accolto mentre va rigettato l'appello incidentale.

Le spese, vista la novità di alcune delle questioni sottoposte al Collegio, possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto accoglie l'appello principale e respinge l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna n. 405/2024 respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

La sentenza in commento interviene su un tema molto specifico, e cioè quello della **riduzione ex lege della garanzia provvisoria** ai sensi dell'art. 106, comma 8, d.lgs. n. 36 del 2023.

Va premesso, a tal riguardo, che il nuovo codice dei contratti pubblici disegna - in linea di continuità con il previgente codice - un **doppio binario di garanzie** che l'operatore economico è tenuto a fornire alla stazione appaltante, a seconda di quello che è lo stato di avanzamento della procedura di affidamento, e cioè, da un lato, la **garanzia provvisoria** di cui all'art. 106 d.lgs. n. 36 del 2023 e, dall'altro lato, la **garanzia definitiva** di cui all'art. 117, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023.

Concentrando l'analisi sulla **garanzia provvisoria**, l'art. 106, cit. prevede che il partecipante alla gara deve offrire tale guarentigia alla stazione appaltante allo specifico **scopo di garantire**

«la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario o conseguenti all'adozione di informazioni antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159».

In sintesi, quindi, la **garanzia provvisoria** è quella garanzia che la stazione appaltante può escutere soltanto se, **dopo la proposta di aggiudicazione**, si è verificato un **fatto riconducibile all'affidatario** che **osti all'aggiudicazione e alla sottoscrizione del contratto**, oppure se l'affidatario è stato attinto da un'informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

La **funzione** della **garanzia provvisoria** – che può essere rilasciata in forma di **cauzione** o di **fideiussione** – è quella di garantire la **serietà** e **affidabilità** dell'offerta dell'operatore economico affidatario, nonché di **predeterminare forfettariamente i danni** derivanti dall'eventuale arresto della fase procedimentale, **senza alcuno scopo sanzionatorio o repressivo**.

Il **quantum** della **garanzia provvisoria** è pari al **2 per cento** del valore complessivo della procedura indicato nel bando o nell'invito, fermo restando il **potere della stazione appaltante** – al fine di rendere l'importo della garanzia proporzionato e adeguato rispetto alla natura delle prestazioni oggetto dell'affidamento e al grado di rischio a esso connesso – di **ridurre motivatamente l'importo sino all'1 per cento**, oppure di **incrementarlo sino al 4 per cento**.

Il comma 8 dell'art. 106 del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede, poi, **alcune specifiche fattispecie** che comportano la **riduzione ex lege** dell'importo della **garanzia provvisoria**, ognuna delle quali finalizzata ad incentivare un particolare interesse di ordine generale. Ed infatti, il legislatore del codice utilizza la «**leva**» **economica** della **modulazione in difetto** dell'importo della **garanzia provvisoria** nell'ottica di **favorire** la realizzazione di **alcuni interessi generali** aventi un ruolo chiave nella sistematica del nuovo codice dei contratti pubblici.

In primis l'**interesse** a che gli operatori economici in competizione per l'affidamento della commessa pubblica posseggano la **certificazione del sistema di qualità** conforme alle norme europee della serie **UNI CEI ISO 9000** (rilasciate da organismi accreditati) ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000. Il possesso di tale certificazione consente all'operatore economico, infatti, di beneficiare di una riduzione del 30 per cento dell'importo della garanzia provvisoria.

In secundis, per quel che qui rileva, l'**interesse pro-concorrenziale all'apertura del mercato** delle commesse pubbliche alle **micro-imprese, piccole imprese e medie imprese**, nei confronti delle quali è prevista una **riduzione del 50 per cento** (non cumulabile con quella del 30 per cento sopra menzionata) **dell'importo della garanzia provvisoria**.

Quest'ultima riduzione trova applicazione, tuttavia, soltanto nei confronti delle “**micro, delle piccole e delle medie imprese e dei raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da micro, piccole e medie imprese**”.

La principale questione interpretativa venuta all'esame della sentenza in commento verte, pertanto, sulla possibilità di applicare detto **sconto economico** della **garanzia provvisoria** – oltre che a vantaggio delle **micro, piccole e medie imprese**, nonché a vantaggio dei **raggruppamenti temporanei** di imprese e dei **consorzi ordinari** costituiti soltanto da micro, piccole e medie imprese – anche in favore dei **consorzi di società cooperative di produzione e lavoro**.

La sentenza in esame **nega tale possibilità**. E lo fa prendendo le mosse dal rapporto **regola/eccezione** che intercorre tra il **comma 1** dell'art. 106 (il quale stabilisce il **quantum ordinario** della **garanzia provvisoria**) e il **comma 8** dell'art. 106 (il quale stabilisce il **quantum ridotto** della garanzia provvisoria in favore di specifiche tipologie di operatori economici).

Orbene, la **norma eccezionale** – proprio perché tale – va applicata **ai soli casi da essa tassativamente previsti, non essendo “in alcun modo possibile enucleare nuove eccezioni mediante creazione di norme inesprese”** (ciò, del resto, in piena coerenza con l'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale).

Il Collegio ha ritenuto, a tal riguardo, che l'**estensione ai consorzi di società cooperative di produzione e lavoro della riduzione ex lege del quantum della garanzia provvisoria**, equivarrebbe ad un'indebita **creazione** di una norma **non ricavabile** deduttivamente da **alcuna norma espressa**.

Detto in altri termini, se per un verso il nostro ordinamento ben conosce il fenomeno giuridico delle **norme inesprese**, per altro verso, però, dette norme devono comunque **ricavarsi da norme espresse già esistenti**. Tale condizione di partenza, tuttavia, **manca del tutto nel caso di specie**.

La sentenza in commento ha ulteriormente potenziato l'impianto argomentativo testè richiamato valorizzando le **profonde differenze** esistenti tra i **consorzi ordinari** (ai quali si applica *claris verbis* la **riduzione legale della garanzia provvisoria**) e i **consorzi di società cooperative di produzione e lavoro di cui alla L. n. 422/1909**. E lo fa evidenziando che i **consorzi di società cooperative di produzione e lavoro** presentano **caratteristiche in larga parte analoghe** a quelle dei **consorzi stabili** (si veda in argomento Consiglio di Stato sez. V, 5 aprile 2024, n. 3144).

A differenza dei **raggruppamenti** e dei **consorzi ordinari**, infatti, il **consorzio stabile** (e quindi anche il **consorzio di società cooperative di produzione e lavoro**) è un **nuovo e peculiare soggetto giuridico**, promanante da un contratto a dimensione associativa tra imprese, caratterizzato oggettivamente come **struttura imprenditoriale** da un rapporto tra le stesse imprese di **tipo organico**, al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, sicché **unico interlocutore con l'amministrazione appaltante è il medesimo consorzio**, con la conseguenza che i requisiti speciali di idoneità tecnica e finanziaria ben possono essere posseduti dal consorzio stesso (Consiglio di Stato sez. V, 11 luglio 2023, n. 6777).

Tale chiara **differenza morfologica** esistente tra la **categoria** dei consorzi **ordinari** (ai quali testualmente si applica la riduzione *ex lege* della garanzia provvisoria) e la **categoria** dei consorzi **stabili** e dei consorzi di società **cooperative di produzione e lavoro** (di cui **non** viene fatta invece menzione nella norma sulla riduzione in esame) avvalorata ulteriormente la tesi secondo cui **non può essere estesa alla seconda categoria** l'eccezione normativamente prevista **soltanto per la prima**.

Una simile estensione, infatti, porterebbe ad **applicare ai consorzi stabili** (nonché agli analoghi **consorzi di società cooperative di produzione e lavoro**) **un'eccezione normativa** che è stata concepita per **soggetti giuridici di ben altra natura** (*id est* i consorzi **ordinari** e i **raggruppamenti temporanei di imprese**).

Tale esito interpretativo – osserva la sentenza in esame – **non incontra alcun impedimento nel principio eurounitario di favor participationis** che la normativa unionale prevede a vantaggio delle micro piccole e medie imprese (cfr. Considerando nn. 2, 59, 78 e 124 della direttiva 2014/24/CE).

Ciò non solo perché **la garanzia provvisoria non è espressamente disciplinata dalla direttiva n. 2014/24/UE** (la quale, come la precedente disciplina eurounitaria in materia di appalti, ha lasciato gli Stati membri liberi di adottare una propria disciplina) ma anche perché la norma codicistica in esame – **lungi dall'impedire la partecipazione alle gare** delle piccole imprese che si sono raggruppate in consorzi di **società cooperative di produzione e lavoro** (oppure in consorzi stabili) – **si limita soltanto a negare a questi ultimi un beneficio economico**.