

## **Mancata conferma dell'offerta da parte di un componente del RTI e illegittimità dell'incameramento automatico della cauzione in ipotesi di esclusione.**

di Anna Libraro

Data di pubblicazione: 23-9-2025

*L'articolo 47, paragrafo 3, e l'articolo 48, paragrafo 4, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in combinato disposto con il principio generale di proporzionalità, devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità, per i componenti originari di un raggruppamento temporaneo di imprese offerente, di recedere da tale raggruppamento, qualora il termine di validità dell'offerta presentata da detto raggruppamento giunga a scadenza e l'amministrazione aggiudicatrice chieda l'estensione della validità delle offerte che le sono state presentate, purché sia dimostrato, da un lato, che i restanti componenti dello stesso raggruppamento soddisfano i requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, che la continuazione della loro partecipazione alla procedura di aggiudicazione di cui trattasi non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza.*

*La stazione appaltante non può ritenere quale recesso elusivo la mancata conferma dell'offerta, operata a distanza di un notevole lasso di tempo dall'indizione della gara e dalla presentazione dell'offerta, operata dalla mandante di un RTI e disporre l'esclusione facoltativa per condotte alla stessa addebitabili, ma deve verificare che, nella composizione residua, il RTI possieda i requisiti speciali di partecipazione.*

*Una volta affermata in via giurisdizionale la possibilità per la mandante di un RTI di non confermare l'offerta giunta a scadenza e pertanto considerata illegittima l'esclusione disposta dalla stazione appaltante, va considerata improcedibile l'impugnativa proposta dall'operatore economico che non ha confermato l'offerta avverso il provvedimento di aggiudicazione, essendo le risultanze della gara, in quanto "res inter alia", del tutto estranee rispetto alla sua posizione (neque nocet neque prodest) per effetto della libera scelta dallo stesso effettuata.*

*I principi di proporzionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza, quali enunciati all'art. 2 e al considerando 2 della direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che prevede l'incameramento automatico della cauzione provvisoria costituita da un offerente a seguito dell'esclusione di quest'ultimo da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, anche qualora il servizio di cui trattasi non gli sia stato aggiudicato.*

*L'art. 48 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, etero-integrato dal principio di proporzionalità, nella portata chiarita dalla Corte di giustizia, non legittima l'escussione*

*automatica della garanzia nei confronti del concorrente escluso che non risulti aggiudicatario, essendo, a tal fine, necessaria l'instaurazione di un procedimento nell'ambito del quale l'amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, proceda alla valutazione del caso concreto, con specifico riguardo all'incameramento della cauzione, in relazione alla posizione individuale, all'elemento soggettivo e alle regolarizzazioni eventualmente operate dall'offerente.*

*L'eventuale contrasto tra le norme statali e quelle unionali di diretta applicazione nell'ordinamento interno non dà luogo a invalidità o illegittimità delle prime, ma comporta la loro disapplicazione, dovendo nelle materie riservate all'Unione Europea il giudice applicare direttamente la norma eurounitaria. Spetta al giudice nazionale valutare la compatibilità comunitaria della normativa interna, utilizzando, se del caso, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e nell'ipotesi di contrasto non riconducibile in via interpretativa, applicare egli stesso la disposizione dell'UE in luogo della norma nazionale, così da soddisfare, ad un tempo, il primato del diritto dell'Unione e lo stesso principio di soggezione del giudice soltanto alla legge, dovendosi per tale intendere la disciplina del diritto che lo stesso sistema costituzionale gli impone di osservare e applicare.*

*L'art. 48 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 va disapplicato nella parte in cui consente l'escussione automatica della garanzia nei confronti del concorrente non aggiudicatario, mentre può continuare ad essere applicato laddove l'escussione della garanzia sia stata o sia subordinata alla valutazione del caso concreto, alla luce dei principi unionali di diretta applicazione nel nostro ordinamento, così come chiariti dalla Corte di giustizia, che è vincolante per tutti i giudici nazionali e non solo per quello che ha disposto il rinvio pregiudiziale.*

## **Guida alla lettura**

Con sentenza n. **5656** dello scorso 30 giugno la **Sezione V del Consiglio di Stato** si è pronunciata sulla **mancata conferma dell'offerta da parte di un componente del RTI e sull'illegittimità dell'incameramento automatico della cauzione in ipotesi di esclusione.**

In particolare, con ordinanza del 16 giugno 2023, n. 5949, la Sezione V ha formulato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sulle seguenti questioni:

**A)** *“se la direttiva 2004/18/CE, gli artt. 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 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 norme interne (artt. 11 comma 6, 37 commi 8,9,10,18 e 19, 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163 del 2006) che escludono, in caso di scadenza del termine di validità dell'offerta originariamente presentata da un Raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, la possibilità di ridurre, all'atto dell'estensione della validità temporale della medesima offerta, la originaria compagine del raggruppamento; in particolare, se tali disposizioni nazionali siano compatibili con i principi generali del diritto dell'Unione europea di libera iniziativa economica ed effetto utile, nonché con l'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”;*

**B)** *“se la direttiva 2004/18/CE, 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 norme interne (artt. 38, comma 1, lett. f), 48 e 75 del d.lgs. n. 163 del 2006) che prevedano l'applicazione della sanzione d'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di servizi, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario dell'affidamento medesimo”.*

Questi i **principi cardine della decisione della Corte:**

- l'articolo 47, paragrafo 2, e l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 conferiscono a un operatore economico il diritto di far valere, da un lato, le capacità economiche e finanziarie e, dall'altro, le capacità tecniche e professionali dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti, a condizione di dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che il raggruppamento disporrà dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto;
- l'articolo 47, paragrafo 3, e l'articolo 48, paragrafo 4, di detta direttiva, consentono a un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 4 della medesima direttiva, alle stesse condizioni, di fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti;
- né l'articolo 47, paragrafo 3, né l'articolo 48, paragrafo 4, della direttiva 2004/18 contengono norme riguardanti specificamente le modifiche sopraggiunte in ordine alla composizione di un raggruppamento di operatori economici offerente, sicché la disciplina di una tale situazione rientra nella competenza degli Stati membri;
- ai sensi dell'articolo 37, commi 9, 10, 18 e 19, del d.lgs. 163/2006, salvo in caso di fallimento del capogruppo o di un componente di un raggruppamento temporaneo di imprese, qualsiasi modifica riguardante l'originaria composizione di tale raggruppamento era vietata, pena l'esclusione di tutti i componenti del raggruppamento dalla procedura di aggiudicazione di appalto pubblico;
- **tale divieto di modificare la composizione di un raggruppamento temporaneo di imprese deve tuttavia essere valutato alla luce dei principi generali del diritto dell'Unione, segnatamente del principio di parità di trattamento, dell'obbligo di trasparenza che deriva da quest'ultimo e del principio di proporzionalità;**
- dalla sentenza del 24 maggio 2016, *MT Hojgaard e Ziiblin* (C-396/14, EU:C:2016:347, punti 44 e 48), risulta che l'articolo 47, paragrafo 3, e l'articolo 48, paragrafo 4, della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso **che i componenti di un raggruppamento temporaneo di imprese possono, senza violare il principio della parità di trattamento, recedere da quest'ultimo, purché sia dimostrato, da un lato, che i restanti componenti di tale raggruppamento soddisfano le condizioni di partecipazione alla procedura di aggiudicazione di appalto pubblico definite dall'amministrazione aggiudicatrice e,**

**dall'altro, che la continuazione della loro partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza;**

- imponendo rigorosamente il mantenimento dell'identità giuridica e materiale di un raggruppamento temporaneo di imprese, **l'articolo 37, commi 9, 10, 18 e 19, del previgente codice dei contratti pubblici viola manifestamente il principio di proporzionalità;**

- ciò vale a maggior ragione in quanto nessuna deroga è prevista nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice chieda, a più riprese, il differimento della data di validità delle offerte. Orbene, un tale differimento richiede che tutti i componenti di un raggruppamento temporaneo di imprese, da un lato, immobilizzino talune risorse, tanto in termini di personale quanto di materiali, nella prospettiva di un'eventuale aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi e, dall'altro, di prorogare la cauzione provvisoria costituita, il che può rappresentare un onere rilevante, in particolare per una PMI;

- dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che il giudice del rinvio interpretava l'articolo 11, comma 6, del previgente codice dei contratti pubblici nel senso che esso non comportava la decadenza *ex lege* dell'offerta una volta decorso il termine indicato in quest'ultima. Pertanto, l'offerente doveva avvalersi espressamente della facoltà di svincolarsi dalla sua offerta. Dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta altresì che la precisazione secondo cui il recesso di un componente di un raggruppamento temporaneo di imprese doveva avvenire per esigenze organizzative proprie di tale raggruppamento deriva unicamente dalla giurisprudenza del giudice del rinvio; la Corte ha più volte dichiarato che una situazione in cui le condizioni di partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico derivano dall'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale è particolarmente sfavorevole per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, dal momento che il loro grado di conoscenza di tale diritto nazionale e della sua interpretazione può non essere comparabile a quello degli offerenti dello Stato membro interessato;

- nell'applicare motivi facoltativi di esclusione da una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, **un'amministrazione aggiudicatrice deve prestare un'attenzione ancora maggiore al principio di proporzionalità qualora l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'intero raggruppamento di operatori economici non per una violazione imputabile all'insieme dei suoi componenti, bensì per una violazione commessa soltanto da uno o più di essi e senza che il capogruppo di tale raggruppamento abbia disposto di un qualsivoglia potere di controllo nei confronti dell'operatore economico o degli operatori economici con cui esso intendeva costituire un tale raggruppamento;**

- **il principio di proporzionalità impone, infatti, all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare una valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento del soggetto. A tale titolo, l'amministrazione aggiudicatrice deve tener conto dei mezzi di cui l'offerente disponeva per verificare l'esistenza di una violazione in relazione al soggetto sulle cui capacità intendeva fare affidamento.**

Alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha

affermato che **la stazione appaltante non può ritenere quale recesso elusivo la mancata conferma dell'offerta, operata a distanza di un notevole lasso di tempo dall'indizione della gara e dalla presentazione dell'offerta, operata dalla mandante di un RTI e disporre l'esclusione facoltativa per condotte alla stessa addebitabili, ma deve verificare che, nella composizione residua, il RTI possieda i requisiti speciali di partecipazione.**

Ad avviso del Consiglio di Stato, inoltre, una volta affermata in via giurisdizionale la possibilità per la mandante di un RTI di non confermare l'offerta giunta a scadenza e pertanto considerata illegittima l'esclusione disposta dalla stazione appaltante, va considerata improcedibile l'impugnativa proposta dall'operatore economico che non ha confermato l'offerta avverso il provvedimento di aggiudicazione, essendo le risultanze della gara, in quanto "*res inter alia*", del tutto estranee rispetto alla sua posizione (*neque nocet neque prodest*) per effetto della libera scelta dallo stesso effettuata.

Nel rispondere al **secondo quesito posto in sede di rinvio pregiudiziale**, la Corte di giustizia ha statuito che: "*come risulta dai punti 61 e 62 della sentenza del 28 febbraio 2018, MA.T.I. SUD e Duemme SGR (C-523/16 e C-536/16, EU:C:2018:122), è vero che la fissazione anticipata da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, nel bando di gara, dell'importo della cauzione provvisoria da costituire risponde alle esigenze derivanti dai principi di parità di trattamento tra gli offerenti, di trasparenza e di certezza del diritto, in quanto consente oggettivamente di evitare qualsiasi trattamento discriminatorio o arbitrario di questi ultimi da parte di tale amministrazione aggiudicatrice. Tuttavia, l'incameramento automatico di tale cauzione così prestabilita, indipendentemente dalla natura delle regolarizzazioni eventualmente operate dall'offerente negligente e, pertanto, in assenza di qualsiasi motivazione individuale, non appare compatibile con le esigenze derivanti dal rispetto del principio di proporzionalità*".

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

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

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

Afferma la Quinta Sezione che nella fattispecie in questione il provvedimento concernente l'escussione è stato adottato, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 così come interpretato dalla giurisprudenza all'epoca consolidata, in base al dato testuale (cfr., fra le tante, Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 589; 24 giugno 2019, n. 4328, 17 settembre 2018, n. 5424), nei confronti del concorrente non aggiudicatario, **quale automatica conseguenza della sua esclusione dalla gara, in assenza di una motivazione individuale, con conseguente violazione dei principi sovranazionali di proporzionalità, parità di trattamento e trasparenza, come interpretati dalla Corte di giustizia nella sentenza del 26 settembre 2024** (cause riunite C-403/2023 e C-404/2023). Ad avviso dei Giudici, esso pertanto - anche sotto questo profilo- deve essere annullato.

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

Il Collegio precisa che, **l'eventuale contrasto tra le norme statali e quelle unionali di diretta applicazione nell'ordinamento interno non dà luogo a invalidità o illegittimità delle prime, ma comporta la loro disapplicazione, visto che nelle materie riservate all'Unione Europea il giudice ordinario deve applicare direttamente la norma eurounitaria.**

Purtuttavia, evidenziano i Giudici che, da un lato, **la disapplicazione della norma nazionale deve essere circoscritta nei limiti della effettiva incompatibilità della stessa con la norma unionale di diretta applicazione nell'ordinamento interno** e, dall'altro lato, che **le norme e i principi unionali di diretta applicazione integrano l'ordinamento.**

Da tali premesse deriva che l'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, laddove prevede che: "*quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria...*", **va disapplicato nella parte in cui consente l'escussione automatica della garanzia nei confronti del concorrente non aggiudicatario, mentre può continuare ad essere applicato laddove l'escussione della garanzia sia stata o sia subordinata alla valutazione del caso concreto, alla luce dei principi unionali di diretta applicazione nel nostro ordinamento, così come chiariti dalla sentenza della Corte di giustizia, che è vincolante per tutti i giudici nazionali e non solo per quello che ha disposto il rinvio pregiudiziale.**

Publicato il 30/06/2025

**N. 05656/2025REG.PROV.COLL.**

**N. 07115/2021 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7115 del 2021, proposto da

-OMISSIS-S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alle procedure CIG 6518258CA7, 65183432CF, 65183654F6, 6518377EDA, rappresentata e difesa dall'avvocato Patrizio Leozappa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giovanni Antonelli 15;

***contro***

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

***nei confronti***

-OMISSIS- S.p.A., -OMISSIS- S.r.l., -OMISSIS- S.p.A., -OMISSIS- S.C. A R.L., non costituiti in giudizio;

-OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Lo Pinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Vittoria Colonna 32;

-OMISSIS-t S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Creuso, Stefania Lago, Nicola De Zan, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 4487/2021, resa tra le parti.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip Spa e di -OMISSIS- S.r.l. e di -OMISSIS-t S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2025 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Gai in sostituzione di Leozappa, Creuso, Lo Pinto e l'avvocato dello Stato Pintus;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

1. Con atto notificato in data 16 luglio 2021 e depositato il successivo 30 luglio -OMISSIS- S.p.A. (d'ora in poi per brevità -OMISSIS-) ha interposto appello avverso la sentenza del T.a.r. per il Lazio, sez. II, pubblicata in data 16 aprile 2021, n. 4487 con la quale è stato respinto il ricorso introduttivo da essa presentato per l'annullamento dei seguenti provvedimenti di Consip S.p.A.:

(i) prot. -OMISSIS- del 11.11.2020, avente ad oggetto "l'esclusione del RTI -OMISSIS- S.r.l., -OMISSIS- S.c.a.r.l., -OMISSIS-S.p.A. e -OMISSIS- S.p.A. dalla gara per la fornitura del Servizio Luce e dei servizi connessi ed opzionali – edizione 4 – ID 1614, lotti 1 [CIG 6518258CA7], 8 [CIG 65183432CF], 10 [CIG 65183654F6] e 11 [CIG 6518377EDA], per violazione del disposto dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006, anche alla luce del recesso abusivamente esercitato dalle mandanti -OMISSIS-S.p.A. e -OMISSIS-";

(ii) prot. -OMISSIS- del 12.11.2020 relativo alla escussione delle cauzioni provvisorie prestate per i Lotti 1, 8, 10 e 11, dell'importo complessivo di euro 2.950.000,00;

(iii) del bando e del disciplinare di gara, ove da intendersi nel senso fatto proprio da Consip di legittimare l'escussione della cauzione provvisoria anche al di fuori delle ipotesi normativamente predeterminate.

1.1. Con la medesima sentenza sono stati inoltre dichiarati improcedibili, per sopravvenuta carenza di interesse, i motivi aggiunti presentati avverso i seguenti provvedimenti di aggiudicazione:

(i) del Lotto 1 in favore di -OMISSIS- S.r.l., di cui alla nota prot. n. -OMISSIS- del 28.12.2020;

(ii) del Lotto 10 in favore di -OMISSIS-t S.r.l., di cui alla nota prot. n. -OMISSIS- del 28.12.2020;

(iii) del Lotto 11 in favore di -OMISSIS- S.r.l., di cui alla nota prot. n. -OMISSIS- del

28.12.2020.

2. Dagli atti di causa e delle allegazioni di parte emerge quanto di seguito specificato.

2.1. Consip, con bando pubblicato sulla GURI n. 150 del 21.12.2015, ha indetto una gara a procedura aperta, ai sensi del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. per l'affidamento della fornitura del Servizio Luce e dei servizi connessi ed opzionali – edizione 4 – ID 1614, suddivisa in 12 Lotti geografici.

2.2. Nel termine di presentazione delle offerte del 21.03.2016, ha presentato offerta per i Lotti 1, 8, 10 e 11 il RTI allora composto dalla capogruppo mandataria, -OMISSIS-S.r.l. (poi divenuta -OMISSIS- S.r.l.) e dalle mandanti -OMISSIS- S.c.a.r.l., -OMISSIS- S.p.A. (poi divenuta -OMISSIS- S.p.A.), -OMISSIS- S.p.A., nelle posizioni delle quali ultime è subentrata nel corso del 2018 -OMISSIS-, quale affittuaria dei rispettivi complessi aziendali, in forza dei contratti di affitto d'azienda in data 28.07.2018 e 9.08.2018.

Segnatamente, con comunicazione datata 28 settembre 2018, -OMISSIS- ha chiesto a Consip di prendere atto del suo subentro ad -OMISSIS- in ragione delle seguenti operazioni societarie: a) con atto notarile del 28/07/2018 (con efficacia dal 01/08/2018), la società -OMISSIS- ha ceduto in affitto il proprio intero complesso aziendale alla società -OMISSIS-; b) con atto notarile del 09/08/2018 (con efficacia dal 01/08/2018), la società -OMISSIS- ha ceduto in affitto il proprio intero complesso aziendale alla società -OMISSIS-. Ha altresì precisato che *“per effetto dei citati atti, -OMISSIS-S.p.A. subentra in tutti i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti di -OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- S.r.l., subentrando senza soluzione di continuità ad esse a tutti gli effetti di legge nei requisiti tecnici, economici, finanziari da queste ultime posseduti”*.

2.3. Pur essendosi riservata - in occasione dell'avvio del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ex art. 87 del d.lgs. n. 163/2006, risalente al 18.04.2018 - di valutare il possesso ininterrotto in capo all'allora mandante -OMISSIS- S.p.A. dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006, in ragione della necessità di valutare le circostanze emerse a seguito di procedimenti giudiziari a rilevanza penale che coinvolgevano l'amministratore della medesima società, Consip non avviava, neppure in occasione del subentro di -OMISSIS- nelle posizioni originarie delle mandanti -OMISSIS- e -OMISSIS-, alcun conseguente procedimento.

2.4. Nel frattempo, la procedura di gara, pur dovendo concludersi - ai sensi del § 1.1. del Disciplinare - entro il termine ultimo del 18.4.2017, diveniva oggetto di otto proroghe aventi il *“fine di garantire a Consip S.p.A. i tempi necessari per la conclusione della procedura”*, con la conseguente necessità di reiterate conferme delle offerte nel tempo scadute e l'estensione delle garanzie provvisorie.

2.5. In occasione della settima richiesta di conferma delle offerte del 2.03.2020, i componenti dell'originario raggruppamento temporaneo di imprese, con nota in data 30.03.2020, rappresentavano a Consip: *“Con riferimento ... alla richiesta di conferma delle offerte dei Lotti nn. 1, 8, 10 e 11 di cui alla Nota Consip S.p.A. del 2 marzo 2020 ... con la presente, -OMISSIS-*

*S.r.l. e -OMISSIS- S.p.A. intendono confermare le Offerte di cui ai suddetti ..., producendo la documentazione richiesta nella Nota oggetto di riscontro, così come di seguito precisato. Le Società -OMISSIS-S.p.A. e -OMISSIS- S.C.A.R.L. hanno manifestato e anche qui manifestano la loro volontà - ... - di non confermare le Offerte stante la impreveduta e imprevedibile durata pluriennale delle operazioni propedeutiche all'affidamento della gara in oggetto, che, di fatto, ha già comportato la necessità di confermare per ben sei volte la validità delle Offerte presentate e risalenti ormai all'anno 2016, con gli oneri aggiuntivi che ne sono conseguiti. Il che, unito all'incertezza sui tempi ancora necessari alla conclusione della gara, rende, per -OMISSIS-S.p.A. e -OMISSIS- S.C.A.R.L., le Offerte in questione non più sostenibili dal punto di vista imprenditoriale e sotto il profilo della corretta e prudente gestione aziendale, anche in considerazione delle operazioni in atto sulla loro organizzazione aziendale. La scelta operata da -OMISSIS-S.p.A. e -OMISSIS- S.C.A.R.L. costituisce, del resto, esercizio della libertà di iniziativa economica costituzionalmente garantita (art. 41 Cost.) e tutelata dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, n. 1370/2013, n. 3819/2015; TAR Napoli, III, n. 7206/2018; Cons. Stato, Sez. III, 18 settembre 2019, n. 6216). Per quanto possa occorrere, inoltre, si rileva che tale facoltà di recesso è ora esplicitamente riconosciuta, anche in fase di gara, dall'articolo 48 commi 19 e 19-ter del d.lgs. 50/2016 e s.m.i.. Preso atto del venir meno delle mandanti -OMISSIS-S.p.A. e -OMISSIS- S.C.A.R.L., si rappresenta che fanno oggi parte del costituendo raggruppamento di imprese concorrente la -OMISSIS- S.r.l., Impresa Capogruppo, e la -OMISSIS- S.p.A., Impresa Mandante, che hanno accertato il pieno possesso in proprio dei requisiti economici e tecnico organizzativi prescritti dalla lex specialis di gara ai fini della efficacia e validità della loro partecipazione alla procedura, nonché dell'esecuzione delle prestazioni oggetto delle Offerte. -OMISSIS- S.r.l. e -OMISSIS- S.p.A., pertanto, comunicano, a tutti gli effetti di legge, la propria volontà di confermare le Offerte per i Lotti nn. 1, 8, 10 e 11".*

2.6. Consip, dal canto suo, accettava le appendici delle cauzioni provvisorie emesse dalla compagnia assicuratrice, in nome e per conto delle sole due società -OMISSIS- e di -OMISSIS-.

2.7. Con comunicazione in data 9.06.2020 peraltro Consip reiterava una nuova richiesta di conferma dell'offerta, giunta all'ottava scadenza, a tutti i componenti dell'originario RTI, richiedendo altresì l'estensione sino al 30.11.2020 della validità della cauzione provvisoria.

2.8. In data 18.06.2020, -OMISSIS- e -OMISSIS- hanno quindi rappresentato nuovamente a Consip che *"con la presente, -OMISSIS- S.r.l. e -OMISSIS- S.p.A. intendono confermare le Offerte di cui ai suddetti Lotti ..., producendo la documentazione richiesta nella Nota oggetto di riscontro, così come già precisato con le dichiarazioni rese in occasione della conferma delle Offerte per i medesimi Lotti di gara del 30 marzo 2020 nell'ambito della richiesta di conferma di cui alla Nota di codesta spettabile Amministrazione del 2 marzo 2020, Prot. n. 7590/2020.... Come infatti già ampiamente rappresentato nella richiamata Conferma delle Offerte del 30.03.2020, le Società -OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- S.C.A.R.L. hanno espresso la loro volontà ... di non confermare le Offerte..."*; nota questa rimasta priva di riscontro ad opera di Consip.

2.9. A distanza di sei mesi dalla conferma delle offerte nei termini sopra indicati, Consip, con la comunicazione in data 30.09.2020, prot. n. -OMISSIS-, avviava un *"procedimento ai sensi*

della legge n. 241/90 al fine di valutare il possesso del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006 e la legittimità del recesso delle mandanti -OMISSIS-S.p.A. e -OMISSIS-", sul presupposto che, in occasione della mancata conferma delle offerte del 30.03.2020, fosse stato da loro posto in essere un "recesso" abusivo dall'RTI.

2.9.1. -OMISSIS-, -OMISSIS-e -OMISSIS-, nel termine assegnato loro da Consip, rassegnavano le proprie osservazioni.

2.10. Con i provvedimenti impugnati *in prime cure*, Consip disponeva infine "l'esclusione del RTI -OMISSIS- S.r.l., -OMISSIS- S.c.a.r.l., -OMISSIS-S.p.A. e -OMISSIS- S.p.A. dalla gara in oggetto Lotti 1, 8, 10 e 11, per violazione del disposto dell'art. 38, comma 1, lettera f) del d.lgs. n. 163/2006, anche alla luce del recesso abusivamente esercitato dalle mandanti -OMISSIS-S.p.A. e -OMISSIS-", e l'escussione delle cauzioni provvisorie prestate per i Lotti 1, 8, 10 e 11 in ordine alle quali -OMISSIS-era soggetto coobbligato in solido e l'intimazione del pagamento entro 15 giorni del complessivo importo di euro 2.950.000,00. Il tutto contestando a:

- -OMISSIS-le finalità elusive del recesso operato, in considerazione:

a) della pretesa riferibilità alla medesima di condotte asseritamente rilevanti in punto di inaffidabilità ex art. 38, comma 1, lett. c), del Codice (d.lgs. 163/2006), delle due società danti causa -OMISSIS- e -OMISSIS- per effetto degli intervenuti affitti dei rispettivi complessi aziendali, per i principi della responsabilità personale e della continuità economica d'impresa;

b) di "condotte penalmente rilevanti (il procedimento di corruzione in atti giudiziari)", che al momento aveva avuto parziale conclusione nei confronti di taluni soggetti a dire di parte appellante del tutto estranei alla -OMISSIS-ed alla sua dante causa -OMISSIS-, ovvero i legali -OMISSIS- e -OMISSIS-;

c) di "condotte penalmente rilevanti (il rinvio a giudizio per turbata libertà degli incanti)" dei Signori -OMISSIS-;

d) della notizia di stampa concernente una sentenza del 14 luglio 2020 del Tribunale di Messina, I sez. Penale – intervenuta successivamente alla non conferma delle offerte da parte di -OMISSIS--, resa nei confronti di soggetti cessati dalle cariche ricoperte in -OMISSIS-e in -OMISSIS-, affittante il complesso aziendale oggi condotto da -OMISSIS-;

e) della risoluzione della Convenzione c.d. SIC 3 disposta da Consip S.p.A. in data 15 maggio 2020, e, cioè, in data successiva alla non conferma delle offerte da parte di -OMISSIS-;

- -OMISSIS- un presunto difetto di moralità professionale, discendente dal "rinvio a giudizio per la turbata libertà degli incanti e [d]alla sentenza del Tribunale di Messina...emerse a carico del Sig. -OMISSIS-...Presidente ... della originaria mandataria e dante causa -OMISSIS- ... cessato dalla carica in data 22/07/2019";

- -OMISSIS- l'elusività del recesso dal RTI che sarebbe derivata dall'asserita mancanza dei

requisiti richiesti e dei mezzi necessari per l'esecuzione. Segnatamente, i suddetti requisiti sarebbero stati ceduti da -OMISSIS- al Consorzio Stabile -OMISSIS-, nell'ambito dell'operazione di cessione del ramo d'azienda relativo ai servizi d'illuminazione pubblica (ritualmente comunicata alla SA), tale che nel periodo ricompreso tra l'1 gennaio 2020 e il 30 marzo 2020 (data in cui il -OMISSIS- aveva comunicato di non conformare le proprie offerte) il Consorzio sarebbe stato sprovvisto dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, che invece devono sussistere dal momento della presentazione della domanda di partecipazione sino all'aggiudicazione.

2.11. Con nota del 20.11.2020, -OMISSIS- insorgeva, formulando a Consip istanza di annullamento in autotutela e/o comunque di rettifica della motivazione. In particolare, facendo riferimento agli addebiti formulati nei propri confronti da parte di Consip, -OMISSIS- assumeva nel merito di aver mantenuto (e di mantenere tutt'ora) la piena continuità del possesso di tutti i requisiti necessari alla partecipazione, dalla data di presentazione della domanda senza alcuna soluzione di continuità, evidenziando come la ragione della non conferma dell'offerta, non qualificabile in termini di recesso dal RTI concorrente, andasse inquadrata nell'ambito di un complessivo quadro riorganizzativo aziendale.

2.12. A seguito della successiva nota di sollecito del 1° dicembre 2020 di -OMISSIS-, con la nota in data 10 dicembre 2020, Consip in autotutela determinava, superando la contestazione mossa a -OMISSIS-: *“Con la presente, la scrivente, tenuto conto delle argomentazioni contenute nelle note indicate in oggetto, nel precisare che l'esclusione non è stata disposta, con riferimento alla posizione della mandante -OMISSIS-, per la perdita dei requisiti di partecipazione, prende atto di quanto riferito nelle suddette note circa la perdurante capacità del Consorzio di eseguire la commessa (fermo il sopravvenuto disinteresse dello stesso alla coltivazione della procedura) e, per le restanti motivazioni, conferma la decisione assunta con il provvedimento prot. -OMISSIS- del 11.11.2020, risultando lo stesso fondato, come si è detto, su plurimi concorrenti motivi, da intendersi qui integralmente trascritti”*.

2.13. -OMISSIS- ha dunque impugnato le determinazioni di Consip innanzi al T.a.r. per il Lazio, deducendo plurime ed articolate ragioni di doglianza.

Segnatamente, con i primi quattro motivi di ricorso, ha contestato sia l'illegittimità dell'esclusione dell'originario RTI costituendo, in ragione dell'erronea assimilazione della mancata conferma dell'offerta scaduta da parte della allora mandante -OMISSIS- (oltre che -OMISSIS-, sebbene *in parte qua* il provvedimento di esclusione fosse stato superato) al recesso da un RTI costituito a gara in corso e ad offerta valida e vincolante, sia la presunta elusività di tale recesso, nonché la lesione del legittimo affidamento riposto dal RTI -OMISSIS- – -OMISSIS- nel buon esito della conferma delle offerte del 30 marzo 2020 e del successivo 6 giugno 2020, in relazione alle quali Consip non aveva mai rilevato alcunché ed aveva anzi incamerato le cauzioni provvisorie.

Con il quinto e sesto motivo di ricorso, ha contestato nel merito la valutazione di inaffidabilità professionale conclusivamente espressa da Consip, deducendo:

- la non riferibilità soggettiva a -OMISSIS- del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM n.

27646 del 17 aprile 2019 reso nei confronti della -OMISSIS- S.p.A. e della -OMISSIS- S.r.l. (i cui rami d'azienda erano stati affittati alla -OMISSIS-);

- l'erroneità del giudizio di rilevanza ex art. 38, co. 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006 del provvedimento di rinvio a giudizio di taluni soggetti cessati dalle cariche precedentemente ricoperte nella -OMISSIS- e nella -OMISSIS-S.r.l. dante causa di -OMISSIS-;

- l'irrilevanza ai fini escludenti dei carichi penali dei sig.ri -OMISSIS-, -OMISSIS-, trattandosi di soggetti estranei al management non solo di -OMISSIS- ma anche della sua stessa dante causa -OMISSIS- S.p.A.;

- la non rilevanza ai fini escludenti del provvedimento di risoluzione della convenzione Consip SIC3, trattandosi di un provvedimento - *sub iudice* - illegittimo, abnorme e sproporzionato;

- la non rilevanza della sentenza di condanna del Tribunale di Messina emessa a carico, tra gli altri, del presidente del consiglio di amministrazione di -OMISSIS-.

Con il settimo motivo di ricorso, ha censurato l'illegittimità dei provvedimenti di escussione delle cauzioni provvisorie, sia in via derivata che in via autonoma, stante – in ogni caso – la non riferibilità soggettiva delle condotte contestate alla società ricorrente.

Con l'ottavo motivo di ricorso, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale e pregiudiziali alla CGUE ex art. 267 TFUE.

Con successivo atto di motivi aggiunti, l'odierna appellante ha impugnato innanzi al T.a.r. i provvedimenti di aggiudicazione del Lotto 1 in favore di -OMISSIS- S.r.l., del Lotto 10 in favore di -OMISSIS-t S.r.l. e del Lotto 11 in favore di -OMISSIS- S.r.l., nel frattempo assunti da Consip.

3. La sentenza di *prime cure* ha respinto il ricorso introduttivo avverso il provvedimento di esclusione e il provvedimento di incameramento della cauzione, dichiarando conseguentemente improcedibile il ricorso per motivi aggiunti avverso i provvedimenti di aggiudicazione per sopravvenuta carenza di interesse.

3.1. Segnatamente il primo giudice:

a) ha deliberato congiuntamente, rigettandoli, i primi quattro motivi di ricorso, diretti a censurare l'illegittimità dell'esclusione dell'intero originario RTI costituendo in ragione dell'assimilazione della mancata conferma dell'offerta delle allora mandanti -OMISSIS- e -OMISSIS- al recesso da un RTI;

b) in relazione al quinto motivo di ricorso - afferente alla valutazione di inaffidabilità di -OMISSIS- ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006 – rilevante anche ai fini della valutazione del carattere elusivo del recesso, ha inteso "*richiamare e conformarsi in parte qua, oltre che per effetto dell'art. 74, anche ai sensi dell'art. 88, comma 1, lett. d), del c.p.a., al richiamato precedente [...] n. 3385 del 2021*" – avente ad oggetto l'esclusione comminata

da Consip nei confronti di -OMISSIS-dalla c.d. Gara SIC4 - avverso la quale era pendente dinanzi a questa V Sez. del Consiglio di Stato l'appello R.G. n. 5785/2021 – con il quale “*la Sezione ha giudicato legittima l'esclusione, da una gara bandita da Consip, del RTI composto dalla mandataria -OMISSIS- S.p.A. a cui era poi subentrata -OMISSIS-a seguito del giudizio di inaffidabilità professionale, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006, del concorrente -OMISSIS-, che era stato fondato dall'amministrazione aggiudicatrice sulle stesse vicende giudiziarie richiamate nel provvedimento di esclusione, ora gravato, nella parte in cui per l'appunto riguardano -OMISSIS- e -OMISSIS-*”, ritenendo detto profilo idoneo a sorreggere in via autonoma il provvedimento di esclusione, scrutinando pertanto soltanto il § D del quinto motivo di ricorso, sulla base del rilievo che “*il mancato accoglimento delle censure (dalla prima alla quinta) [...] comporta l'assorbimento logico delle censure la sesta, rivolte nei confronti dell'altro autonomo presupposto del provvedimento di esclusione indicato sub v) del paragrafo 4*”;

c) ha infine rigettato il settimo motivo di ricorso, relativo alla denunciata illegittimità dell'incameramento delle cauzioni provvisorie, rinviando al precedente di cui alla sentenza n. 3385/2021, nonché l'ottavo motivo di ricorso, con il quale erano stati formulati quesiti di legittimità costituzionale e pregiudiziali ex art. 267 TFUE.

4. Avverso la sentenza del Tar per il Lazio -OMISSIS-ha quindi formulato i seguenti motivi di appello:

I. *Error in iudicando* sul primo motivo di ricorso: violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 37, commi 8 e 9, 38, co. 1, lett. f), del d.lgs. 163/2006. Nullità del provvedimento ex art. 21-septies della l. n. 241/90 per mancanza di un elemento essenziale. Violazione e falsa applicazione del principio di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione. Eccesso di potere per difetto dei presupposti, irragionevolezza, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento. Sviamento. Motivazione contraddittoria e perplessa;

II. *Error in iudicando* sul secondo motivo di ricorso: Violazione del principio dell'affidamento. Omessa pronuncia sui vizi di: violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. 241/90 (difetto di motivazione); eccesso di potere per difetto dei presupposti e di istruttoria;

III. *Error in iudicando*: Violazione e falsa applicazione del principio del contraddittorio endoprocedimentale (art. 10 della l. 241/90). Motivazione contraddittoria e perplessa. Erronea valutazione delle risultanze istruttorie e travisamento dei fatti;

IV. *Error in procedendo e in iudicando*: Omessa pronuncia sulla violazione dei principi di diritto comunitario e nazionale di proporzionalità e adeguatezza dell'azione amministrativa. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 1, della legge n. 241/90. Sviamento;

V. *Error in iudicando*: Sulle richieste di quesiti di legittimità costituzionale e pregiudiziali alla Corte di giustizia dell'Unione europea ex art. 267 TFUE;

VI. *Error in iudicando e/o insufficiente motivazione* in ordine al V motivo di ricorso, profilo sub §

D);

VII. *Error in iudicando* e/ o insufficiente motivazione in ordine al settimo motivo di ricorso;

VIII. Riproposizione delle censure di cui al quinto motivo di diritto rimaste assorbite nella sentenza impugnata, ai sensi dell'art. 101, comma 2, del c.p.a.;

Con tale motivo viene proposto prudenzialmente a fini devolutivi, ai sensi e per gli effetti dell'art. 101, co. 2, c.p.a., il quinto motivo del ricorso introduttivo sub §§ A), B), C) e D);

IX. Riproposizione delle censure di cui al sesto motivo di diritto rimasto assorbito nella sentenza impugnata, ai sensi dell'art. 101, comma 2, del c.p.a. (*“Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d. lgs. n. 163/06. Eccesso di potere per travisamento dei fatti. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Ingiustizia manifesta. Perplessità ed erroneità della motivazione: sulle posizioni di -OMISSIS-S.r.l. e di -OMISSIS-”*);

X. Riproposizione dei motivi aggiunti per illegittimità derivata dell'aggiudicazione dei Lotti.

5. Si sono costituiti in resistenza Consip e le controinteressate -OMISSIS- e -OMISSIS-t s.r.l., instando per il rigetto dell'appello.

6. L'istanza cautelare è stata accolta, limitatamente al provvedimento di incameramento della cauzione, con ordinanza cautelare n. 5472/2021 *“in ragione sia dell'entità dell'importo complessivo sia della pendenza della questione di legittimità costituzionale sollevata con ordinanza di questa Sezione V, n. 3299/2021”*.

7. In vista della trattazione di merito dell'appello le parti hanno depositato memorie ex art. 73 comma 1 c.p.a. insistendo nei rispettivi assunti.

8. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 20 ottobre 2022, sulla base dei soli scritti difensivi.

9. Con ordinanza del 16 giugno 2023, n. 5949, emessa all'esito della camera di consiglio riconvocata del 16 febbraio 2023, la sezione, anche tenuto conto della circostanza che la questione di costituzionalità formulata dalla sezione con ordinanza n. 3299/2021 era stata respinta dalla Corte costituzionale con sentenza 26 luglio 2022, n. 198, ha formulato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sulle seguenti questioni:

A) *“se la direttiva 2004/18/CE, gli artt. 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 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 norme interne (artt. 11 comma 6, 37 commi 8,9,10,18 e 19, 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163 del 2006) che escludono, in caso di scadenza del termine di validità dell'offerta originariamente presentata da un Raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, la possibilità di ridurre, all'atto dell'estensione della validità temporale della medesima offerta, la originaria compagine del*

*raggruppamento; in particolare, se tali disposizioni nazionali siano compatibili con i principi generali del diritto dell'Unione europea di libera iniziativa economica ed effetto utile, nonché con l'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea";*

*B) "se la direttiva 2004/18/CE, 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 norme interne (artt. 38, comma 1, lett. f), 48 e 75 del d.lgs. n. 163 del 2006) che prevedano l'applicazione della sanzione d'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di servizi, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario dell'affidamento medesimo".*

10. È quindi intervenuta la sentenza della Corte di giustizia, sez. VIII, 26 settembre 2024, resa nelle cause riunite C-403/23 e C-404/23, che ha così statuito in ordine ai quesiti devoluti con la richiesta di rinvio pregiudiziale:

*A) "L'articolo 47, paragrafo 3, e l'articolo 48, paragrafo 4, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in combinato disposto con il principio generale di proporzionalità, devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità, per i componenti originari di un raggruppamento temporaneo di imprese offerente, di recedere da tale raggruppamento, qualora il termine di validità dell'offerta presentata da detto raggruppamento giunga a scadenza e l'amministrazione aggiudicatrice chieda l'estensione della validità delle offerte che le sono state presentate, purché sia dimostrato, da un lato, che i restanti componenti dello stesso raggruppamento soddisfano i requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, che la continuazione della loro partecipazione alla procedura di aggiudicazione di cui trattasi non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza;*

*B) "I principi di proporzionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza, quali enunciati all'articolo 2 e al considerando 2 della direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a una normativa nazionale che prevede l'incameramento automatico della cauzione provvisoria costituita da un offerente a seguito dell'esclusione di quest'ultimo da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, anche qualora il servizio di cui trattasi non gli sia stato aggiudicato.*

11. A seguito del deposito dell'indicata sentenza della Corte di giustizia, -OMISSIS- S.p.A. (già -OMISSIS- S.p.A.) ha ritualmente prodotto, in data 18 ottobre 2024, istanza di fissazione di udienza del processo interrotto a seguito del deferimento alla Corte di giustizia.

12. In vista dell'udienza le parti hanno prodotto memorie di discussione e di replica ex art. 73 comma 1 c.p.a.

12.1. In particolare con la memoria di discussione -OMISSIS- S.p.A. (già -OMISSIS- S.p.A.), senza differenziare la sua posizione da quella di -OMISSIS-, avuto riguardo a quanto ritenuto dalla Corte di giustizia, oltre ad insistere nei motivi di appello relativi alle questioni oggetto di deferimento alla Corte, ha insistito nell'accoglimento dell'appello con riferimento al nono motivo, relativo all'autonoma causa escludente per difetto dei requisiti di moralità in capo a -OMISSIS-, nonché con riferimento al decimo motivo, relativo all'illegittimità derivata delle aggiudicazioni relative ai Lotti 1, 10 e 11, oggetto *in prime cure* del ricorso per motivi aggiunti, dichiarato improcedibile da parte del T.a.r..

12.2. Consip con la memoria di discussione, senza del pari distinguere la posizione di -OMISSIS- da quella di -OMISSIS- all'esito dell'indicata sentenza della Corte di giustizia, ha per contro eccepito l'improcedibilità dell'appello – da intendersi limitata alla parte relativa all'impugnazione dell'esclusione e dell'aggiudicazione dei lotti in favore delle società controinteressate – in quanto da una visura camerale della società -OMISSIS-, acquisita d'ufficio, risulterebbe che la Società è, attualmente, in liquidazione volontaria con stato "Inattivo" (Allegato 31), per cui dovrebbe dubitarsi della capacità del RTI, nella composizione residuante dal recesso delle due mandanti, di poter eseguire il contratto.

12.2.1. Quanto all'esclusione ha evidenziato come la sentenza della Corte di giustizia non sia in grado di invalidarla, posto che verrebbe in rilievo un atto plurimotivato, fondato anche sull'inaffidabilità professionale di -OMISSIS-.

12.2.2. Con riguardo all'incameramento della cauzione Consip ha evidenziato che, tenuto conto della sentenza della Corte di giustizia, fosse giustificato l'incameramento della cauzione quanto meno in relazione al lotto n. 11, in cui il RTI con capogruppo -OMISSIS- era risultato primo in graduatoria.

12.3. Ha del pari depositato memoria di discussione -OMISSIS- in relazione ai lotti n.1 e 11, argomentando in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione, in quanto fondato anche in via autonoma sul difetto dei requisiti di ordine morale in capo a -OMISSIS- per effetto della condanna subita dal presidente del consiglio di amministrazione -OMISSIS-, dimessosi dalla carica solo a gara in corso, ed evidenziando che alcuna domanda di subentro era mai stata formulata.

12.4. In relazione al lotto n. 10 ha presentato memoria -OMISSIS-, evidenziando come -OMISSIS- solo in relazione al lotto n. 11 avesse chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto e come, venendo in rilievo un ricorso cumulativo, le domande dovessero essere coincidenti.

12.5. -OMISSIS- ha depositato anche memoria di replica, insistendo per il rigetto dell'appello in riferimento al provvedimento di esclusione, evidenziando come in ogni caso l'eventuale annullamento dell'aggiudicazione a suo tempo disposta in relazione ai lotti di gara in questione non possa comportare la declaratoria di inefficacia delle Convenzioni in parola (nel frattempo esaurite), né l'automatica inefficacia dei singoli contratti attuativi; e ciò tenuto conto altresì dell'avanzato stato di esecuzione dei singoli contratti attuativi, degli ingenti investimenti effettuati per l'esecuzione degli stessi e dell'elevatissimo costo che comporterebbe per le

Amministrazioni un subentro in corso di esecuzione negli stessi.

12.6. Del pari ha depositato memoria di replica -OMISSIS-, evidenziando come lo stato di liquidazione in cui si trovava -OMISSIS- non potrebbe *ex se* riverberare in termini di improcedibilità, posto che il RTI avrebbe potuto riorganizzarsi con l'altra mandante -OMISSIS-, in caso di riammissione in gara e aggiudicazione della commessa, residuando – in ogni caso – l'interesse ad ottenere il risarcimento dei danni, a norma dell'art. 34 co. 3 del c.p.a., in conseguenza dell'auspicato accoglimento del presente appello.

13. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 6 marzo 2025.

## DIRITTO

14. Viene in decisione all'appello avverso la sentenza in epigrafe indicata con cui il T.a.r. per il Lazio ha respinto il ricorso introduttivo proposto dall'odierna appellante per l'annullamento del provvedimento di esclusione del RTI -OMISSIS- S.r.l., -OMISSIS- S.c.a.r.l., -OMISSIS-S.p.A. e -OMISSIS- S.p.A. dalla gara per la fornitura del Servizio Luce e dei servizi connessi ed opzionali – edizione 4 – ID 1614, lotti 1 [CIG 6518258CA7], 8 [CIG 65183432CF], 10 [CIG 65183654F6] e 11 [CIG 6518377EDA], per violazione del disposto dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006, anche alla luce del recesso abusivamente esercitato dalla mandante -OMISSIS-S.p.A. e -OMISSIS- (oltre che da -OMISSIS-), nonché del successivo provvedimento di escussione delle cauzioni provvisorie prestate per i Lotti 1, 8, 10 e 11, dell'importo complessivo di euro 2.950.000,00 e dichiarato improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, i motivi aggiunti presentati contro i provvedimenti di aggiudicazione dei lotti nn. 1, 10 e 11, adottati in favore delle società controinteressate.

15. Il primo giudice ritenendo che il provvedimento di esclusione fosse atto plurimotivato, fondato su una pluralità di ragioni, ha esaminato le sole condotte ascrivibili a -OMISSIS-, subentrata a -OMISSIS-, in quanto da sole idonee a giustificare il provvedimento di esclusione, considerando corretto detto provvedimento laddove aveva ritenuto che la mancata conferma dell'offerta da parte di -OMISSIS- fosse da equiparare a un recesso elusivo, in quanto tale non in grado di evitare il provvedimento di esclusione.

15.1. I primi sei motivi di appello, in quanto diretti ad avversare detta parte motivazionale della sentenza di *prime cure*, possono essere esaminati congiuntamente, essendo assorbente la questione - di cui al primo, quarto e quinto motivo - relativa alla non equiparabilità della mancata conferma dell'offerta, all'atto dell'ennesima scadenza, ad un recesso elusivo, anche per violazione del principio di proporzionalità, questione oggetto di deferimento alla Corte di giustizia.

15.2. Infatti il primo, quarto e quinto motivo di appello sono fondati, avuto riguardo a quanto statuito dalla Corte di giustizia con l'indicata sentenza sez. VIII, 26 settembre 2024, dovendo escludersi il carattere elusivo del recesso e non potendo più pertanto rilevare le condotte imputabili all'odierna appellante -OMISSIS- (oltre che a -OMISSIS- la cui posizione era stata peraltro riconsiderata con il successivo atto di autotutela del 10 dicembre 2020), dovendo la stessa intendersi non più partecipante alla procedura a far data dal 30 marzo 2020, per effetto

della nota di non conferma dell'offerta presentata all'atto della settima scadenza.

Infatti, il fulcro motivazionale della decisione di primo grado, che si è pronunciata in *parte qua* sul rigetto del ricorso, sta nell'impossibilità di conferma parziale, ovvero da parte di solo alcuni componenti del RTI, dell'offerta presentata, all'atto della scadenza del termine di vincolatività, e nell'inammissibilità dell'esercizio del diritto del recesso da un RTI nel vigore della disciplina del d.lgs. 163/2006 (applicabile *ratione temporis* alla procedura di cui è causa), se non nei ristretti limiti ammessi dalla giurisprudenza, ed in ogni caso nel carattere elusivo del recesso esercitato nella gara *de qua*, in quanto volto ad evitare un provvedimento di esclusione.

15.3. Con l'ordinanza 16 giugno 2023, n. 5950, come precisato nella parte in fatto, questa sezione ha peraltro posto alla Corte di giustizia il seguente quesito in sede di rinvio pregiudiziale:

*“Se la direttiva 2004/18/CE, gli artt. 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 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 norme interne (artt. 11 comma 6, 37 commi 8,9,10,18 e 19, 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163 del 2006) che escludono, in caso di scadenza del termine di validità dell'offerta originariamente presentata da un Raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, la possibilità di ridurre, all'atto dell'estensione della validità temporale della medesima offerta, la originaria compagine del raggruppamento; in particolare, se tali disposizioni nazionali siano compatibili con i principi generali del diritto dell'Unione europea di libera iniziativa economica ed effetto utile, nonché con l'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”.*

15.4. La Corte al riguardo ha concluso nel senso che *“L'articolo 47, paragrafo 3, e l'articolo 48, paragrafo 4, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in combinato disposto con il principio generale di proporzionalità, devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità, per i componenti originari di un raggruppamento temporaneo di imprese offerente, di recedere da tale raggruppamento, qualora il termine di validità dell'offerta presentata da detto raggruppamento giunga a scadenza e l'amministrazione aggiudicatrice chieda l'estensione della validità delle offerte che le sono state presentate, purché sia dimostrato, da un lato, che i restanti componenti dello stesso raggruppamento soddisfano i requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, che la continuazione della loro partecipazione alla procedura di aggiudicazione di cui trattasi non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza”.*

15.4.1. Questi i principi cardine della decisione della Corte:

- l'articolo 47, paragrafo 2, e l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 conferiscono a un operatore economico il diritto di far valere, da un lato, le capacità economiche e finanziarie e, dall'altro, le capacità tecniche e professionali dei partecipanti al raggruppamento o di altri

soggetti, a condizione di dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che il raggruppamento disporrà dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto;

- l'articolo 47, paragrafo 3, e l'articolo 48, paragrafo 4, di detta direttiva, consentono a un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 4 della medesima direttiva, alle stesse condizioni, di fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti;

- né l'articolo 47, paragrafo 3, né l'articolo 48, paragrafo 4, della direttiva 2004/18 contengono norme riguardanti specificamente le modifiche sopraggiunte in ordine alla composizione di un raggruppamento di operatori economici offerente, sicché la disciplina di una tale situazione rientra nella competenza degli Stati membri (v., per analogia, sentenza del 24 maggio 2016, MT Hojgaard e Zublin, C-396/14, EU:C:2016:347, punto 35);

- ai sensi dell'articolo 37, commi 9, 10, 18 e 19, del d.lgs. 163/2006, salvo in caso di fallimento del capogruppo o di un componente di un raggruppamento temporaneo di imprese, qualsiasi modifica riguardante l'originaria composizione di tale raggruppamento era vietata, pena l'esclusione di tutti i componenti del raggruppamento dalla procedura di aggiudicazione di appalto pubblico;

- tale divieto di modificare la composizione di un raggruppamento temporaneo di imprese deve tuttavia essere valutato alla luce dei principi generali del diritto dell'Unione, segnatamente del principio di parità di trattamento, dell'obbligo di trasparenza che deriva da quest'ultimo e del principio di proporzionalità (v., in tal senso, sentenza del 24 maggio 2016, MT Hojgaard e Ziiblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punto 36);

- dalla sentenza del 24 maggio 2016, MT Hojgaard e Ziiblin (C-396/14, EU:C:2016:347, punti 44 e 48), risulta che l'articolo 47, paragrafo 3, e l'articolo 48, paragrafo 4, della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che i componenti di un raggruppamento temporaneo di imprese possono, senza violare il principio della parità di trattamento, recedere da quest'ultimo, purché sia dimostrato, da un lato, che i restanti componenti di tale raggruppamento soddisfano le condizioni di partecipazione alla procedura di aggiudicazione di appalto pubblico definite dall'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, che la continuazione della loro partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza;

- imponendo rigorosamente il mantenimento dell'identità giuridica e materiale di un raggruppamento temporaneo di imprese, l'articolo 37, commi 9, 10, 18 e 19, del previgente codice dei contratti pubblici viola manifestamente il principio di proporzionalità;

- ciò vale a maggior ragione in quanto nessuna deroga è prevista nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice chieda, a più riprese, il differimento della data di validità delle offerte. Orbene, un tale differimento richiede che tutti i componenti di un raggruppamento temporaneo di imprese, da un lato, immobilizzino talune risorse, tanto in termini di personale quanto di materiali, nella prospettiva di un'eventuale aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi e, dall'altro, di prorogare la cauzione provvisoria costituita, il che può rappresentare un onere

rilevante, in particolare per una PMI;

- dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che il giudice del rinvio interpretava l'articolo 11, comma 6, del previgente codice dei contratti pubblici nel senso che esso non comportava la decadenza *ex lege* dell'offerta una volta decorso il termine indicato in quest'ultima. Pertanto, l'offerente doveva avvalersi espressamente della facoltà di svincolarsi dalla sua offerta. Dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta altresì che la precisazione secondo cui il recesso di un componente di un raggruppamento temporaneo di imprese doveva avvenire per esigenze organizzative proprie di tale raggruppamento deriva unicamente dalla giurisprudenza del giudice del rinvio; la Corte ha più volte dichiarato che una situazione in cui le condizioni di partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico derivano dall'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale è particolarmente sfavorevole per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, dal momento che il loro grado di conoscenza di tale diritto nazionale e della sua interpretazione può non essere comparabile a quello degli offerenti dello Stato membro interessato (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 46 e ordinanza del 13 luglio 2017, Saferoad Grawil e Saferoad Kabex, C-35/17, EU:C:2017:557, punto 22);

- nell'applicare motivi facoltativi di esclusione da una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, un'amministrazione aggiudicatrice deve prestare un'attenzione ancora maggiore al principio di proporzionalità qualora l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'intero raggruppamento di operatori economici non per una violazione imputabile all'insieme dei suoi componenti, bensì per una violazione commessa soltanto da uno o più di essi e senza che il capogruppo di tale raggruppamento abbia disposto di un qualsivoglia potere di controllo nei confronti dell'operatore economico o degli operatori economici con cui esso intendeva costituire un tale raggruppamento (v., per analogia, sentenze del 30 gennaio 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punto 48, e del 7 settembre 2021, Klaipėdos regiono atliekq tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punto 156);

- il principio di proporzionalità impone, infatti, all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare una valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento del soggetto interessato (v., in tal senso, sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 31). A tale titolo, l'amministrazione aggiudicatrice deve tener conto dei mezzi di cui l'offerente disponeva per verificare l'esistenza di una violazione in relazione al soggetto sulle cui capacità intendeva fare affidamento (sentenze del 3 giugno 2021, Rad Service e a., C-210/20, EU:C:2021:445, punto 40, nonché del 7 settembre 2021, Klaipėdos regiono atliekq tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punto 157).

15.5. Alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia pertanto Consip non poteva ritenere quale recesso elusivo la mancata conferma dell'offerta, operata a distanza di un notevole lasso di tempo dall'indizione della gara e dalla presentazione dell'offerta, operata dalla mandante -OMISSIS- (oltre che da -OMISSIS-) e disporre l'esclusione facoltativa per condotte alla stessa addebitabili, ma avrebbe dovuto verificare che, nella composizione residua, il RTI possedesse i requisiti speciali di partecipazione.

16. In considerazione del rilievo che Consip doveva pertanto consentire il recesso di

-OMISSIS-, alla luce di quanto innanzi evidenziato, il provvedimento di esclusione non poteva essere adottato anche a carico dell'appellante -OMISSIS-dopo detto recesso (*rectius* la mancata conferma delle offerte).

16.1. Per l'effetto l'appello, per la parte riferita al provvedimento di esclusione, risulta fondato sotto questo assorbente profilo in quanto, sebbene detto provvedimento sia motivato anche con riferimento agli illeciti professionali ascrivibili a -OMISSIS-, rimasta in gara, lo stesso alcun effetto potrebbe avere nei riguardi di -OMISSIS-, che aveva manifestato la volontà di recedere e non poteva pertanto più intendersi parte del raggruppamento, con la conseguenza che il provvedimento di esclusione deve intendersi illegittimo laddove adottato anche nei confronti di -OMISSIS-.

16.2. Risultano pertanto improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse le ulteriori censure formulate con l'atto di appello avverso il provvedimento di esclusione, ivi comprese quelle volte a contestare le condotte ascritte al sig. -OMISSIS- e per l'effetto a -OMISSIS- in quanto presidente del consiglio di amministrazione della stessa, cessato dalla carica solo in corso di gara, dopo l'emersione delle vicende penali a suo carico, essendo dette vicende irrilevanti rispetto alla posizione di -OMISSIS- (ora -OMISSIS-) non più partecipe alla procedura e non più parte del raggruppamento.

16.3. Del pari improcedibili, sia pure per motivi diversi da quelli evidenziati nella sentenza appellata, risultano le censure formulate con il decimo motivo di appello, riferite agli atti di aggiudicazione adottati in favore delle controinteressate, posto che una volta che -OMISSIS- aveva manifestato il proprio disinteresse rispetto alla procedura *de qua*, con un atto di non conferma delle offerte, da intendersi legittimo alla luce delle indicate coordinate ermeneutiche fornite dalla Corte di giustizia, le risultanze della gara *de qua* in quanto "*res inter alia*" non possono che intendersi delle tutto estranee rispetto alla sua posizione (*neque nocet neque prodest*) per effetto della libera scelta dalla stessa effettuata.

17. Avuto riguardo all'illegittimità del provvedimento di esclusione per la parte riferita a -OMISSIS-, l'appello risulta fondato anche con riferimento al provvedimento di incameramento della cauzione, in quanto atto consequenziale rispetto al provvedimento di esclusione.

17.1. Peraltro, per completezza, avuto riguardo all'autonomo quesito formulato alla Corte di giustizia riferito all'incameramento della cauzione, l'appello va accolto anche relativamente al settimo motivo, con cui viene censurata la decisione del giudice di *prime cure* nella parte in cui ha disatteso il settimo motivo di ricorso, relativo all'incameramento della cauzione.

17.1.1. Ed invero, la Corte di giustizia dell'Unione Europea, adita in riferimento a questo contenzioso, nella decisione del 26 settembre 2024, resa nelle cause riunite C-403/23 e C-404/23, ha statuito che: "*come risulta dai punti 61 e 62 della sentenza del 28 febbraio 2018, MA.T.I. SUD e Duemme SGR (C-523/16 e C-536/16, EU:C:2018:122), è vero che la fissazione anticipata da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, nel bando di gara, dell'importo della cauzione provvisoria da costituire risponde alle esigenze derivanti dai principi di parità di trattamento tra gli offerenti, di trasparenza e di certezza del diritto, in quanto consente oggettivamente di evitare qualsiasi trattamento discriminatorio o arbitrario di questi ultimi da*

*parte di tale amministrazione aggiudicatrice. Tuttavia, l'incameramento automatico di tale cauzione così prestabilita, indipendentemente dalla natura delle regolarizzazioni eventualmente operate dall'offerente negligente e, pertanto, in assenza di qualsiasi motivazione individuale, non appare compatibile con le esigenze derivanti dal rispetto del principio di proporzionalità".*

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

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

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

17.2. Nella fattispecie in questione il provvedimento concernente l'escussione è stato adottato, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 così come interpretato dalla giurisprudenza all'epoca consolidata, in base al dato testuale (cfr., fra le tante, Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 589; 24 giugno 2019, n. 4328, 17 settembre 2018, n. 5424), nei confronti del concorrente non aggiudicatario, quale automatica conseguenza della sua esclusione dalla gara, in assenza di una motivazione individuale, con conseguente violazione dei principi sovranazionali di proporzionalità, parità di trattamento e trasparenza, come interpretati dalla Corte di giustizia nella sentenza del 26 settembre 2024 (cause riunite C-403/2023 e C-404/2023).

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

17.3.1. In proposito è necessario precisare che l'eventuale contrasto tra le norme statali e quelle unionali di diretta applicazione nell'ordinamento interno non dà luogo a invalidità o

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

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

17.3.2. Peraltro con riferimento alla fattispecie *de qua* la sproporzione della sanzione incamerata è stata rilevata dalla medesima Corte di giustizia, adita da questa Sezione proprio in riferimento al presente contenzioso.

Infatti la Corte ha avuto modo di affermare che *“l'importo che essa raggiunge in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale appare manifestamente eccessivo rispetto allo svolgimento della procedura di appalto di cui trattasi”*.

18. Nè rileva - ferma restando l'estraneità della questione rispetto alla posizione -OMISSIS- (ora -OMISSIS-) in quanto non più partecipe alla procedura per effetto della sua libera scelta - quanto dedotto da Consip circa la possibilità di incameramento della cauzione in riferimento al lotto n. 11 in relazione al quale, in tesi, non potrebbero applicarsi i principi elaborati dalla Corte di giustizia in considerazione della circostanza che il RTI – di cui giova precisare non era più parte -OMISSIS- - si era classificato al primo posto in graduatoria.

18.1. Infatti in disparte dalla circostanza che Consip non ha né provveduto a concludere il sub-procedimento di verifica di congruità delle offerte avviato unicamente per i lotti 10 e 11, né a redigere le graduatorie provvisorie dei Lotti 1, 8, 10 e 11 ai fini delle rispettive aggiudicazioni

prima della disposta esclusione, deve ritenersi che la posizione del concorrente che si sia collocato primo in graduatoria (anche se destinatario della proposta di aggiudicazione) non equivale a quella dell'aggiudicatario, ai fini dell'escussione della garanzia, come chiarito da Cons. Stato, Ad. Plen., 16 marzo 2022, n. 7, sebbene con riferimento all'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016.

19. In conclusione l'appello va accolto sia con riferimento al provvedimento di esclusione per la parte riferita a -OMISSIS- (che non poteva più intendersi in gara all'atto della sua adozione) che con riferimento al provvedimento di incameramento della cauzione, mentre va confermata la declaratoria di improcedibilità, sia pure per diversi motivi, relativamente ai provvedimenti di aggiudicazione dei lotti 1,10,11, e per l'effetto in riforma della sentenza appellata, il ricorso *di prime cure* va parzialmente accolto con l'annullamento del provvedimento di esclusione prot. -OMISSIS- del 11.11.2020 (per la parte riferibile a -OMISSIS-) e con riferimento al provvedimento prot. -OMISSIS- del 12.11.2020, relativo alla escussione delle cauzioni provvisorie prestate per i Lotti 1, 8, 10 e 11, dell'importo complessivo di euro 2.950.000,00.

20. Avuto riguardo all'esito del contenzioso e alla complessità delle questioni sussistono i presupposti per la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione prot. -OMISSIS- del 11.11.2020, per la parte riferita a -OMISSIS-, e del provvedimento prot. -OMISSIS- del 12.11.2020, relativo alla escussione delle cauzioni provvisorie prestate per i Lotti 1, 8, 10 e 11, dell'importo complessivo di euro 2.950.000,00, mentre conferma, con diversa motivazione, la sentenza di primo grado relativamente all'improcedibilità relativa ai motivi aggiunti, riferiti ai provvedimenti di aggiudicazione dei lotti 1,10,11.

Compensa le spese di lite.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare parte appellante, le società e le persone fisiche indicate in sentenza.

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

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore