

N. 00534/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00289/2014 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 289 del 2014, proposto da:

Impresa Edilux S.r.l., nella qualità di capogruppo mandataria in A.T.I., con S.I.C.EF. S.r.l. (Società Italiana Costruzioni e Forniture S.r.l.), nella qualità di mandante, rappresentati e difesi dagli avv.ti Filippo Lattanzi, Salvatore Iacuzzo, con domicilio eletto presso questo Consiglio, in Palermo, via F. Cordova, n. 76;

contro

Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana-Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani, Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana, U.R.E.G.A. - Sezione Provinciale di Trapani, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliata in Palermo, via De Gasperi, n. 81; Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana;

nei confronti di

Icogen S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Carmelo Giurdanella, con domicilio eletto presso l'avv. Rosaria Zammataro in Palermo, via Pacini, n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA - PALERMO: SEZIONE II n. 00568/2014,

resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. SICILIA - PALERMO: SEZIONE II n. 00568/2014, resa tra le parti, concernente appalto per la progettazione esecutiva, il coordinamento e la sicurezza nell'ambito dei lavori di restauro dei templi di Selinunte – aggiudicazione.

Viste le “Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” (2012/C 338/01; d’ora in poi anche “Raccomandazioni”) della Corte di Giustizia dell’Unione europea (nel prosieguo: CGUE o Corte di Giustizia);

Visti gli artt. 19, par. 3, lett. b), del Trattato sull’Unione europea (TUE) e 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE);

Visti lo Statuto e il regolamento di procedura della CGUE;

Visto l’art. 79, comma 1, del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, allegato 1 (Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), recante il Codice del processo amministrativo (c.p.a.);

Vista la sentenza non definitiva di questo Consiglio n. 490 del 2 settembre 2014;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana-Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani e di Assessorato Ai Beni Culturali e dell’Identità Siciliana e di U.R.E.G.A. - Sezione Provinciale di Trapani e di Icogen S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 9 luglio 2014 il Cons. Gabriele Carlotti e uditi per le parti gli avvocati G. Corso su delega di F. Lattanzi, avv. di Stato Tutino e C. Giurdanella;

A) Esposizione succinta dell'oggetto della controversia.

A.1. – La Edilux s.r.l. e la S.i.c.e.f.-Società italiana costruzioni e forniture s.r.l. (d'ora in poi, anche collettivamente: Edilux), nelle rispettive qualità di capogruppo mandataria e di mandante dell'ATI (associazione temporanea di imprese) tra le stesse imprese costituenda, hanno impugnato la sentenza, di estremi specificati in epigrafe, con la quale il T.a.r. per la Sicilia, sede di Palermo, sez. II, ebbe a rigettare il ricorso proposto dall'Edilux avverso gli atti e provvedimenti afferenti alla gara, a procedura aperta, indetta dalla Soprintendenza ai beni culturali della Provincia di Trapani (nel prosieguo: Soprintendenza) e gestita dall'Ufficio regionale espletamento gare appalto (U.R.E.G.A.), Sezione provinciale di Trapani, per l'aggiudicazione dell'appalto - rientrante nell'ambito degli interventi P.O. FESR 2007-2013 – Linea 3.1.1.4. “Architettura dorica nell'Occidente greco: interventi pilota di restauro dei templi C ed E di Selinunte” - dei lavori di "progettazione esecutiva, del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e dell'esecuzione dei lavori ... - CIG 4581765017"; in particolare, detto ricorso si rivolgeva, onde ottenerne l'annullamento, contro i seguenti atti:

- la determinazione, prot. n. 4721, del 18 giugno 2013, con la quale: a) fu annullata in autotutela la determinazione, prot. n. 3732, del 20 maggio 2013, di aggiudicazione della predetta gara in favore dell'Edilux e b) fu disposta una nuova aggiudicazione definitiva in favore della Icogen s.r.l. (poi, Icogen), con contestuale esclusione dell'Edilux;

- la nota, prot. n. 4725, del 18 giugno 2013, con cui fu trasmessa la determinazione n. 4721 del 18 giugno 2013 e con cui fu fissato, nel giorno del 28 luglio 2013, il termine dilatorio per la stipulazione del contratto;

- la nota, prot. n. 4381, del 6 giugno 2013, con cui fu comunicato l'avvio del procedimento di annullamento della determinazione di aggiudicazione definitiva n. 3732 del 20 maggio 2013;

- la nota n. 5014 del 27 giugno 2013, con la quale fu dato riscontro alle richieste della Edilux, rispettivamente, del 21 giugno 2013 e del 24 giugno 2013;
- il disciplinare di gara, nella parte in cui esso comminava la sanzione espulsiva per la mancanza della dichiarazione di accettazione del protocollo di legalità (il disciplinare fu altresì impugnato anche sotto il profilo del preteso contrasto con il bando di gara);
- il bando di gara, nella parte in cui si richiedeva la dichiarazione di accettazione del protocollo di legalità, ove interpretato nel senso in cui alla mancanza di detta dichiarazione conseguisse l'esclusione dalla gara.

Con tale impugnativa la Edilux chiese l'aggiudicazione della procedura in proprio favore, nonché la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la Icogen, il subentro in quest'ultimo o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente monetario.

A.2. - Si sono costituiti in secondo grado, per resistere all'impugnazione, l'Assessorato regionale ai beni culturali e ambientali, la Soprintendenza e l'U.R.E.G.A..

Si è altresì costituita la Icogen, contestando tutto quanto *ex adverso* dedotto e riproponendo i motivi del ricorso incidentale, da essa interposto in primo grado e dichiarato, dal T.a.r., improcedibile.

A.3. – All'udienza pubblica del 9 luglio 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

A.4. – In ordine alla vicenda sulla quale si è innestata la controversia giova riferire succintamente quanto segue:

- la Soprintendenza indisse la procedura sopra descritta, dell'importo complessivo di euro 2.271.735,00, da affidarsi in base al criterio del prezzo più basso;
- la stazione appaltante, dapprima, aggiudicò l'appalto alla Edilux, con determinazione dirigenziale n. 3732 del 20 maggio 2013; senonché, successivamente, in accoglimento di un reclamo presentato dalla Icogen, seconda

classificata, annullò in autotutela, con determinazione, prot. n. 4721, del 18 giugno 2013, l'aggiudicazione già disposta, riaffidando definitivamente i lavori alla Icogen e, contestualmente, escludendo la Edilux dalla procedura; più in dettaglio, il provvedimento di ritiro fu motivato con riferimento all'accertata mancanza, tra la documentazione allegata dalla Edilux (intesa qui come Edilux s.r.l.) alla domanda di partecipazione, della dichiarazione di accettazione delle clausole contenute nel protocollo di legalità, di cui alla circolare 593 del 31 giugno 2006 dell'Assessorato regionale dei lavori pubblici, da rendere secondo lo schema predisposto dalla stazione appaltante e contenuto nell'Allegato 6 al disciplinare; siffatta dichiarazione era prevista dalla *lex specialis* della gara quale documento essenziale, da prodursi a pena di esclusione (pag. punto 10 e lett. h della voce "Avvertenze" del disciplinare);

- la Icogen, dal canto suo, interpose un ricorso incidentale;
- il T.a.r. adito respinse l'istanza cautelare avanzata dalla Edilux, ma questo Consiglio, con ordinanza n. 806 del 18 ottobre 2013, accolse il gravame (cautelare) ai fini della sollecita fissazione dell'udienza di merito;
- il T.a.r., tornato a pronunciarsi dopo l'ordinanza di questo Consiglio, respinse nel merito il ricorso proposto dall'Edilux, osservando che:
 - doveva ritenersi, in difetto di elementi deponenti in senso contrario, che l'Edilux non avesse prodotto, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, il documento contenente l'accettazione del protocollo di legalità;
 - alla stregua di tale accertamento negativo, la stazione appaltante ben avrebbe ben esercitato il potere di ritiro in autotutela della prima aggiudicazione;
 - doveva esser respinta anche la seconda censura proposta dalla Edilux, in quanto - essendo incontestato che la normativa di gara prevedesse l'estromissione dalla gara in conseguenza di detta omissione - era da ritenersi legittima la clausola escludente in discorso, senza che ciò comportasse alcuna violazione dell'art. 46, comma 1-bis,

del D.Lgs. n. 163/2006, trovando la misura espulsiva copertura normativa nell'art. 1, comma 17, della L. 6 novembre 2012, n. 190 (“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”);

- la stazione appaltante nemmeno avrebbe potuto esercitare, in favore della Edilux, alcun soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto un intervento del genere risulterebbe consentito, senza alterare la *par condicio* tra le imprese partecipanti, solo quando le prescrizioni formali contenute negli atti di gara risultino formulate in modo impreciso od equivoco e non, come nel caso di specie, in presenza di una chiara previsione della *lex specialis*, recante finanche il modello di dichiarazione da compilare (v. l'allegato 6 sunnominato): l'omessa o l'erronea allegazione di dichiarazioni previste a pena di esclusione giammai potrebbe, difatti, considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile o integrabile in via postuma e, viepiù nel caso specifico, l'assenza della dichiarazione in parola non si sarebbe potuta stimare alla stessa stregua di un vizio o di una dimenticanza puramente formali;

- nemmeno sussisterebbe alcun contrasto tra il bando, che non avrebbe espressamente comminato la sanzione espulsiva di che trattasi, e il disciplinare, che invece la contemplava, atteso che siffatto asserito contrasto tra i due atti, nei termini prospettati dalla Edilux, sarebbe inesistente, sia perché il disciplinare risultava essere una “parte integrante del bando”, unitamente al quale costituiva la *lex specialis* della gara (v. il bando, punto V.2., “Informazioni complementari”), sia perché il bando (al punto V.2.v.) prevedeva che il concorrente, in esito agli impegni assunti dalla Regione Siciliana con l'adesione al protocollo unico di legalità, dovesse presentare il modello di dichiarazione allegato al disciplinare e quest'ultimo, all'art. 1, punto 10 (Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte, in relazione al contenuto della busta A), coerentemente indicava, tra i documenti da produrre “a pena di esclusione”, la medesima

dichiarazione di cui al punto V.2.v. del bando, descrivendola nuovamente al successivo punto 10 (tanto che la Sicef rispettò la previsione in discorso);

- non rilevarebbe poi, nella fattispecie, il disposto dell'art. 45 della direttiva comunitaria 2004/18/CE - che, secondo la tesi patrocinata dalla Edilux, precluderebbe al Legislatore italiano di introdurre cause di esclusione legate alle qualità personali del concorrente, ulteriori rispetto a quelle ivi elencate - atteso che la L. n. 190/2012 gravita nel diverso ambito della prevenzione dell'infiltrazione mafiosa, mediante la condivisione di regole di comportamento descritte nei protocolli di legalità;

- in conseguenza dei surriferiti argomenti, il ricorso principale proposto dalla Edilux doveva respingersi, mentre era da reputarsi improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, quello incidentale interposto dalla Icogen.

A.5. – Avverso tale pronuncia l'Edilux ha interposto appello, i cui motivi sono stati in gran parte esaminati e respinti da questo Consiglio con la sentenza non definitiva n. 490/2014, fatta eccezione, tra l'altro, per la questione interpretativa oggetto del presente rinvio pregiudiziale (rinvio preannunciato nel dispositivo della ridetta sentenza).

A.6. – In estrema sintesi, onde consentire un primo inquadramento del tema che sarà di seguito più dettagliatamente illustrato, questo Consiglio nutre dei dubbi in ordine alla possibilità che il diritto dell'Unione europea e, segnatamente, l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, osti all'applicabilità di una norma dell'ordinamento della Repubblica italiana (per l'appunto, l'art. 1, comma 17, della L. 6 novembre 2012, n. 190) che, in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici, contempli la facoltà, per le amministrazioni aggiudicatrici, di considerare, quale valida causa di esclusione dalle predette procedure, la mancata accettazione o la mancata dimostrazione documentale dell'avvenuta accettazione, da parte delle imprese partecipanti, degli impegni contenuti nei protocolli di legalità.

B) Contenuto delle pertinenti disposizioni eurounitarie e nazionali, nonché della pertinente giurisprudenza della CGUE e del Consiglio di Stato.

B.1. Con riferimento alla pertinente disciplina dell'Unione europea va richiamato l'art. 45 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, rubricato "Situazione personale del candidato o dell'offerente" (il cui testo si omette, per esigenze di sinteticità).

B.2. – L'art. 45 sunnominato è stato recepito nell'ordinamento italiano mediante l'art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), rubricato "Requisiti di ordine generale", che, nella versione applicabile alla fattispecie *ratione temporis* (versione riportata nei documenti trasmessi insieme alla presente ordinanza e omessa per esigenze di sinteticità), non contemplava - né, a dire il vero, contempla nel testo attualmente vigente - alcuna sanzione di esclusione in relazione alla mancanza della dichiarazione di accettazione degli impegni contenuti nei protocolli di legalità.

B.3. – Va, tuttavia, osservato che la disciplina italiana in materia di cause di esclusione è completata, per quel che rileva ai fini della presente ordinanza, da altre due disposizioni e, segnatamente:

- dall'art. 46, comma 1-*bis*, del suddetto D.Lgs. n. 163/2006, in tema di tassatività delle clausole di esclusione, secondo cui: *"La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono*

contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.”;

- dall'art. 1, comma 17, della L. 6 novembre 2012, n. 190 (“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”), in base al quale: *“Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara.”.*

C) Motivi del rinvio pregiudiziale: oggetto e rilevanza.

C.1. – Tanto premesso, il Collegio, per chiarire i motivi del rinvio pregiudiziale e della sua rilevanza nella presente controversia, ritiene indispensabile illustrare, in via prodromica, alcuni ulteriori aspetti della controversia e della pronuncia non definitiva con la quale è stato definito parte del complessivo contenzioso. Occorre, in particolare, precisare che:

- il valore del contratto oggetto della procedura al centro del contendere si colloca al di sotto della c.d. “soglia comunitaria”;

- i “protocolli di legalità”, che registrano una diffusione oggi molto vasta, sono stati introdotti da alcuni anni nell'ordinamento italiano al fine di prevenire e di contrastare il pernicioso fenomeno delle infiltrazioni, soprattutto nel settore del *public procurement*, della criminalità organizzata, purtroppo molto radicata sul territorio di alcune regioni italiane del sud del Paese (e, tra queste, la Sicilia);

- in sintesi, con i protocolli di legalità le amministrazioni aggiudicatrici assumono l'obbligo di inserire nei bandi e negli altri atti di indizione di gare, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole intese alla prevenzione, al controllo e al contrasto delle attività criminali, nonché alla verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro; a loro volta nei medesimi protocolli è specularmente stabilito l'obbligo, gravante in capo a ogni impresa partecipante a una procedura di affidamento di un pubblico contratto, di rendere una dichiarazione, sottoscritta dai legali

rappresentanti, recante vari impegni (declinati analiticamente negli stessi protocolli), da assumere nei confronti della stazione appaltante, con i quali l'impresa accetta di tenere alcuni comportamenti virtuosi, anche in aggiunta a quelli già imposti dalla legge e comunque con questi concorrenti, finalizzati a consentire e ad agevolare gli interventi repressivi delle pubbliche Autorità in relazione a eventuali tentativi, posti in essere da sodalizi criminosi, allo scopo di turbare o di distorcere lo svolgimento delle gare o di intimidire i titolari delle imprese ad esse partecipanti;

- tra gli impegni in discorso, ricorrono, ad esempio, quello di comunicare i contratti eventualmente stipulati con terzi per l'esecuzione del contratto, quello di segnalare ogni condotta sospetta o richiesta estorsiva, quello di collaborare fattivamente con le Forze di polizia;

- con specifico riferimento alla controversia oggetto della presente ordinanza, il sunnominato Allegato 6 prevedeva, tra l'altro, l'impegno del partecipante alla gara:

1) a comunicare lo stato di avanzamento dei lavori, l'oggetto, l'importo e la titolarità dei contratti di subappalto e derivati, quali il nolo e le forniture, nonché le modalità di scelta dei contraenti e il numero e le qualifiche dei lavoratori da occupare; 2) a segnalare qualsiasi tentativo di turbativa, irregolarità o distorsione nello svolgimento della gara e durante l'esecuzione del contratto, da parte di chiunque; 3) a collaborare con le Forze di polizia, denunciando ogni tentativo di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale; 4) a inserire identiche clausole nei contratti di subappalto, nolo, cottimo, ecc.;

- i protocolli in discorso sono, dunque, strumenti convenzionali, consistenti in accordi tra amministrazioni aggiudicatrici e imprese, che rinvengono la loro base legislativa di carattere generale nell'art. 15 della L. n. 241/1990, nonché in norme speciali in materia di contratti pubblici, come il succitato art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012 o come l'art. 176, comma 3, lett. e), del D.Lgs. n. 163/2006;

- i protocolli di legalità assolvono insomma a una duplice funzione: essi, come accennato, sono strumentali alla lotta ai fenomeni di devianza criminale e, in forza di tale azione di contrasto, risultano altresì funzionali alla tutela dei fondamentali principi di concorrenza e di trasparenza che presidiano la disciplina europea e italiana dei pubblici appalti;

- dal punto di vista logico l'efficacia dei protocolli di legalità postula, tuttavia, che i medesimi, oltre ad essere rispettati nel corso dell'esecuzione del rapporto, ancor prima siano stati accettati dalle imprese concorrenti, posto che – in mancanza di tale accettazione – nessuna impresa potrebbe essere giuridicamente tenuta al rispetto di alcuno dei suddetti impegni (qualora non corrispondenti ad altrettanti obblighi di legge), quanto meno in relazione alle condotte criminali che dovessero esser poste in essere durante lo svolgimento della gara, pur essendo quest'ultima lo snodo più critico per il contrasto della criminalità mafiosa;

- nella sentenza non definitiva n. 490/2014, questo Consiglio ha già statuito che, nell'ordinamento italiano, l'art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012 – disposizione, sopra riportata, che prevede la facoltà per le stazioni appaltanti di escludere dalle gare le imprese che non abbiano rispettato i protocolli di legalità – deve essere interpretata nel senso che siffatta potestà di esclusione sussiste anche a fronte della mancata accettazione, a monte, di detti protocolli o - ma è lo stesso *quoad effectum* - nel caso della mancata produzione, ove prescritta dagli atti di gara, della dichiarazione attestante l'accettazione degli obblighi in detti protocolli contenuti (ed è esattamente questa l'omissione contestata alla Edilux); in particolare, questo Consiglio ha affermato che l'art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012 implica che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano il potere di pretendere l'accettazione, a pena di esclusione, di tali protocolli, non ostando a siffatta esegesi il tenore letterale della previsione che apparentemente si riferisce soltanto al mancato "rispetto" e non anche alla mancata accettazione dei protocolli in questione; difatti, diversamente

opinando, risulterebbe vanificata la finalità degli impegni che le imprese concorrenti assumono, mediante l'accettazione dei ridetti protocolli, onde prevenire e contrastare il fenomeno di eventuali tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti;

- nella sentenza in discorso si è, quindi, chiarito che le clausole dei protocolli, imponenti comportamenti specifici, debbono essere previamente "accettate" quale condizione di ammissione alla gara, onde poter essere rese coercibili; invero, se si ritenesse suscettibile di sanzione unicamente il mancato rispetto di dette clausole in fase di esecuzione contrattuale, allora verrebbe meno il voluto e dichiarato effetto - pienamente rispondente alla *ratio legis* della normativa antimafia italiana - di anticipazione massima della soglia di tutela e di deterrenza e, conseguentemente, risulterebbe altresì priva di qualunque utilità la prevista sanzione dell'esclusione dalla gara, come tale destinata obiettivamente a operare nella fase antecedente alla aggiudicazione e all'avvio dell'esecuzione del contratto e che, secondo la diversa esegesi patrocinata dalla Edilux, non potrebbe essere mai in concreto applicata;

- questo Consiglio ha pure ritenuto, nella suddetta sentenza non definitiva, che – sebbene nell'ordinamento italiano viga il principio della tassatività delle cause di esclusione (v. il sunnominato art. 46, comma 1-*bis*, del D.Lgs. n. 163/2006) – nondimeno la disposizione contestata non si porrebbe in contrasto con detto principio, in forza della previsione di siffatta potestà di esclusione da parte dell'art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012, siccome sopra interpretato; invero, l'art. 46, comma 1-*bis*, del D.Lgs. n. 163/2006 considera legittime le esclusioni disposte in base alle leggi vigenti (quale è la L. n. 190/2012);

- infine, questo Consiglio ha deciso nel senso di escludere che, al cospetto dell'inosservanza di una prescrizione, presidiata da misura espulsiva, ma chiaramente formulata, l'amministrazione aggiudicatrice avesse alcun obbligo di venire in soccorso della Edilux, consentendole di produrre tardivamente la ridetta

dichiarazione.

C.2. – Tanto precisato, i residui dubbi del Collegio si addensano attorno al profilo della compatibilità con il diritto dell'Unione europea di una clausola che preveda la sopra descritta causa di esclusione, seppure legittimamente poggiante, dal punto di vista del diritto interno italiano, sull'art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012. Ed invero, l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, del pari ispirato a un principio di tendenziale tassatività dei motivi di esclusione, non contempla un'analoga previsione.

Al riguardo, l'opinione di questo Consiglio è che l'art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012 non confligga con l'art. 45, paragrafo 1, comma 3, della direttiva 2004/18/CE, atteso che l'art. 1 sunnominato, sebbene comportante un adempimento a carico delle imprese che partecipino a una procedura di affidamento di contratti pubblici, risponde tuttavia a una dichiarata logica di contrasto in via anticipata del fenomeno della criminalità organizzata, la cui alta diffusività costituisce un serio pericolo per la genuinità e l'effettiva concorrenzialità delle gare: si tratta pertanto di disposizione che attiene direttamente all'ordine pubblico e alla prevenzione del crimine (seppur indirettamente, come osservato sopra, rafforzi pure l'effettiva concorrenzialità delle procedure, preservandole da interferenze illecite) e che corrisponde, dunque, a esigenze imperative di interesse generale, in relazione al quale gli Stati membri, proprio in virtù del succitato comma 3 del paragrafo 1 dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, possono derogare al principio di tassatività delle cause di esclusione. Nondimeno, potendo sussistere dubbi riguardo all'ortodossia eurolunitaria di siffatta esegesi, questo Consiglio, in quanto sezione staccata del Consiglio di Stato (giusta l'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 373/2003) e, quindi, nella qualità di giudice di ultima istanza in relazione alla presente controversia (giacché avverso le decisioni di merito di questo Consiglio non è possibile proporre un ricorso giurisdizionale di diritto interno), reputa

doveroso sottoporre comunque la questione al vaglio della Corte di Giustizia.

C.3. – Prima della formulazione dei quesiti va ulteriormente osservato che non incide negativamente sulla rilevanza della questione la circostanza che la gara bandita dalla Soprintendenza si collochi, per valore numerario, al di sotto della c.d. “soglia comunitaria”, atteso che anche per tali procedure “sottosoglia” si applicano comunque i principi del diritto dell’Unione europea né può seriamente dubitarsi che le regole sulle esclusioni dalle procedure attingano il livello delle norme di principio. A tal riguardo giova richiamare la decisione della Corte di Giustizia sul caso “Serrantoni” (CGUE, sez. IV, 23 dicembre 2009, in causa C-376/08) e la pronuncia CGUE, sez. I, 14 giugno 2007, in causa C-6/05.

Questo Collegio non dubita poi che, nello specifico, sussista un interesse transfrontaliero certo, atteso che alcune disposizioni della *lex specialis* della procedura erano dedicate alla partecipazione di imprese non italiane.

C.4. – Occorre, infine, dar conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, presa in considerazione dal Collegio, dalla quale però non si ricavano indicazioni esegetiche che si attaglino esattamente alla fattispecie concreta sopra riferita.

Vanno comunque richiamate:

- la sentenza della Sez. IV del 19 maggio 2009, in causa C-538-07 (caso “Assitur”) che, in materia di appalti pubblici di servizi, in base alla quale l'art. 29, primo comma, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità; in tal senso, anche CGUE, sez. I, 9 febbraio 2006, in causa C-226/04;
- la sentenza della Grande sezione del 16 dicembre 2008, in causa C-213/07,

secondo cui l'art. 24, comma 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, deve essere interpretato nel senso che esso elenca, in modo tassativo, le cause fondate su considerazioni oggettive di natura professionale, che possono giustificare l'esclusione di un imprenditore dalla partecipazione ad un appalto pubblico di lavori; tuttavia, tale direttiva non osta a che uno Stato membro preveda altre misure di esclusione dirette a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, purché siffatte misure non eccedano quanto necessario per raggiungere tale obiettivo;

- la sentenza della sez. III del 13 dicembre 2012, in causa C-465/11 (caso "Forposta"), secondo cui, tra l'altro, a) il diritto dell'Unione europea osta a una normativa nazionale che, in luogo di limitarsi a tracciare il contesto generale di applicazione dell'art. 45, par. 2, comma 1, lett. d), dir. 2004/18, imponga alle amministrazioni aggiudicatrici condizioni imperative e conclusioni da trarre automaticamente da alcune circostanze, superando quindi il margine di discrezionalità di cui dispongono gli stati membri nel recepimento della direttiva stessa, in violazione del diritto dell'Unione europea; b) se è vero che risulta dall'art. 54, paragrafo 4, della direttiva 2004/17, che le amministrazioni aggiudicatrici possono fissare criteri di selezione qualitativa in aggiunta ai criteri di esclusione elencati all'art. 45 della direttiva 2004/18, tuttavia ciò non toglie che, conformemente a una giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, il suddetto art. 45, paragrafo 2, di quest'ultima direttiva elenca tassativamente le cause che possono giustificare l'esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad un appalto per ragioni fondate su elementi oggettivi, concernenti le sue qualità professionali, e, di conseguenza, osta a che gli Stati membri integrino l'elenco in esso contenuto con altre cause di esclusione fondate su criteri relativi alla qualità

professionale (v. sentenze del 9 febbraio 2006, La Cascina e a., C-226/04 e C-228/04, Racc. pag. I-1347, punto 22; Michaniki, cit., punto 43, nonché del 15 luglio 2010, Bâtiments et Ponts Construction e WISAG Produktionservice, C-74/09, Racc. pag. I-7271, punto 43); c) solo allorché la causa di esclusione interessata non sia connessa alle qualità professionali dell'operatore economico e, pertanto, non sia compresa in un siffatto elenco tassativo che si potrebbe prevedere l'eventuale ammissibilità di tale causa alla luce dei principi o di altre norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici (v., a tal riguardo, sentenze Fabricom, cit., punti 25-36; Michaniki, cit., punti 44-69, nonché del 19 maggio 2009, Assitur, C-538/07, Racc. pag. I-4219, punti 21-33).

C.5. – Da ultimo, il Collegio osserva che la possibilità di una deroga al principio della tassatività delle clausole di esclusione è pure desumibile dall'art. 57, paragrafi 3 e 7, della direttiva 26 febbraio 2014 n. 2014/24/UE (non ancora recepita dalla Repubblica italiana), del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

D) Formulazione dei quesiti.

D.1. – Alla stregua di tutto quanto sopra osservato e considerato, possono dunque formularsi i seguenti quesiti: *“1) se il diritto dell'Unione europea e, in particolare, l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE osti a una disposizione, come l'art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012, che consenta alle stazioni appaltanti di prevedere come legittima causa di esclusione delle imprese partecipanti a una gara indetta per l'affidamento di un contratto pubblico di appalto, la mancata accettazione, o la mancata prova documentale dell'avvenuta accettazione, da parte delle suddette imprese, degli impegni contenuti nei c.d. “protocolli di legalità” e, più in generale, in accordi, tra le stazioni appaltanti e le imprese partecipanti, volti a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli affidamenti di contratti pubblici;*

2) se, ai sensi dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, l'eventuale previsione da parte dell'ordinamento di uno Stato membro della potestà di esclusione, descritta nel precedente quesito,

possa essere considerata una deroga al principio della tassatività delle cause di esclusione giustificata dall'esigenza imperativa di contrastare il fenomeno dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nelle procedure di affidamento di contratti pubblici.”.

E) Sospensione del giudizio e disposizioni per la Segreteria.

E1. - In conclusione, si rimettono all'esame della CGUE le sopra esposte questioni di corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea.

E2. - Ai sensi delle Raccomandazioni si dispone che la segreteria di questo Consiglio trasmetta alla cancelleria della Corte, all'indirizzo di Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Lussemburgo, mediante plico raccomandato i seguenti atti - raccolti in copia in un fascicolo (corredato da un indice e composto di fogli numerati) - ritenuti necessari e sufficienti alla decisione delle questioni di rinvio pregiudiziale sopra indicate:

- 1) il ricorso in appello proposto dalla Edilux;
- 2) il ricorso proposto in primo grado dalla Edilux;
- 3) la sentenza del T.a.r. per la Sicilia, sede di Palermo, indicata in epigrafe;
- 4) la sentenza non definitiva di questo Consiglio n. 490 del 2 settembre 2014;
- 5) il testo integrale del bando di gara, del disciplinare e dei relativi allegati;
- 6) la determinazione, prot. n. 4721, del 18 giugno 2013, citata nel precedente punto A.1.;
- 7) il testo integrale dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, nella versione vigente alla data del 25 gennaio 2013, data di pubblicazione del bando.

E3. – Visto l'art. 79 c.p.a. e il punto 29 delle Raccomandazioni, il presente giudizio viene sospeso nelle more della definizione del procedimento incidentale di rinvio, e ogni ulteriore decisione, anche in ordine al regolamento delle spese processuali, è riservata alla pronuncia definitiva, una volta ricevuta la notificazione della decisione emessa dalla CGUE (v. il punto 34 delle Raccomandazioni).

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, dispone:

1) a cura della segreteria, la trasmissione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della presente ordinanza e di copia degli atti indicati in motivazione, e di ogni ulteriore atto eventualmente in futuro richiesto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea;

2) la sospensione del presente giudizio fino alla notificazione a questo Consiglio, da parte della cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione europea, della decisione emessa dalla suddetta Corte.

Manda la Segreteria per gli altri adempimenti di legge.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2014, con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Gabriele Carlotti, Consigliere, Estensore

Vincenzo Neri, Consigliere

Giuseppe Mineo, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **12/09/2014**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)