

N. 01090/2016REG.PROV.COLL.

N. 01982/2015 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

CON ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA DEL
CONSIGLIO DI STATO

sul ricorso numero di registro generale 1982 del 2015, proposto da:
Ream S.r.l., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo
mandataria R.t.i., R.t.i. Vivai Barretta S.r.l., in persona del legale rappresentante, Rti
Green'S Service di Riccio Paolo, in persona del legale rappresentante, rappresentati
e difesi dagli avvocati Antonio Parisi, Marcello Russo, Gianluigi Pellegrino, con
domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, corso Rinascimento, n.
11;

contro

Lande S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli
avvocati Salvatore Della Corte, Luca Ruggiero, con domicilio eletto presso Studio
Della Corte in Roma, Via Vittorio Veneto, n. 169;

nei confronti di

Comune di Napoli, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Maria Ferrari, Anna Pulcini, con domicilio eletto presso Nicola Laurenti in Roma, Via F. Denza, n. 50/A;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE I, n. 1394/2015, resa tra le parti, concernente affidamento progettazione esecutiva e lavori di realizzazione del Parco della Marinella – mcp.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Lande S.r.l. e di Comune di Napoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2015 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Antonio Parisi, Marcello Russo, Salvatore Della Corte, Nicola Laurenti su delega dell'avvocato Anna Pulcini;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Campania LANDE S.r.l. invocava l'annullamento della determinazione dirigenziale della Direzione Centrale Ambiente del Comune di Napoli n. 34 del 17 settembre 2014, con cui era stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore del RTI RE.AM. S.r.l. – Vivai Barretta S.r.l. – Green's Service di Riccio Paolo (d'ora in seguito per brevità "RTI REAM") della gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori di realizzazione del Parco della Marinella; nonché degli atti endoprocedimentali di gara, del bando e del disciplinare di gara. Con lo stesso ricorso chiedeva la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato e del conseguente diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e di subentrare nell'appalto nonché, in via

subordinata, per la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno per equivalente.

2. Il primo giudice riscontrava positivamente la richiesta di annullamento del provvedimento di aggiudicazione, ritenendo che dovesse essere affermata la doverosità dell'esclusione dalla procedura del RTI REAM per inammissibilità della sua offerta economica, mentre dichiarava inammissibili per carenza di interesse le connesse domande di accertamento di inefficacia del contratto e di risarcimento del danno, non essendo stata dimostrata l'intervenuta stipula del contratto tra l'amministrazione ed il raggruppamento aggiudicatario (nonostante l'accoglimento dell'istanza cautelare), e ben potendo l'aspettativa della ricorrente al conseguimento dell'appalto essere soddisfatta mediante la riformulazione della graduatoria.

3. Propone appello l'originario controinteressato, sostenendo l'erroneità della valutazione del TAR, motivata sul presupposto dell'adesione ad un orientamento giurisprudenziale sviluppatosi per il diverso caso nel quale l'offerta economica fosse da intendersi pari a zero, mentre nella fattispecie il prezzo pari a zero sarebbe stato solo quello relativo alla progettazione esecutiva, che è una delle due componenti prestazionali in cui si articola l'appalto, quindi non l'intera offerta economica. Del resto, nella fattispecie il disciplinare stabiliva l'applicazione della formula di cui all'allegato G del d.P.R. n. 207/2010, secondo un metodo aggregativo compensatore. Lo stesso disciplinare stabiliva che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta ai sensi dell'art. 83 d.lgs. 163/2006, con l'attribuzione dei seguenti punteggi: a) qualità tecnica max 65 punti; b) offerta tempo-offerta economica max 35 punti. In particolare, l'offerta economica avrebbe determinato l'attribuzione massima di 20 punti, dei quali max 5 punti per il ribasso sul corrispettivo della progettazione esecutiva e max 15 punti per il ribasso sul prezzo dei lavori posti a base d'asta. La graduatoria formata comportava una distanza tra l'odierna appellante e l'originaria ricorrente di primo grado di ben più di 5 punti con la conseguenza che quest'ultima

in ogni caso non avrebbe interesse ad impugnare, dovendo al più sottrarsi all'odierna appellante un punteggio insufficiente a consentire all'appellata di scavalcare l'appellante. La correttezza della proposta dell'appellante sarebbe, inoltre, stata riscontrata dalla stazione appaltante con il meccanismo di cui all'art. 86, comma 3, d.lgs. 163/2006, che avrebbe condotto ad accertare la complessiva serietà dell'offerta dell'appellante. Del resto la voce in questione varrebbe appena 75.000,00 euro a fronte di un'offerta di oltre 4,2 milioni di euro. Infatti, il TAR non spiegherebbe in che termini il ribasso praticato sulla voce progettazione esecutiva dall'appellante avrebbe alterato la par condicio tra i concorrenti. Ancora il costo per la progettazione esecutiva pari a zero sarebbe stato recuperato dai professionisti incaricati della progettazione esecutiva attraverso un loro coinvolgimento in attività di direzione di cantiere e di gestione dei rapporti tecnico-operativi con la stazione appaltante.

4. Costituitasi in giudizio l'amministrazione comunale chiede la reiezione dell'appello.

5. L'originaria ricorrente, del pari, chiede l'appello sia respinto e ripropone i primi tre motivi dell'originario ricorso non esaminati dal TAR per la Campania.

6. Nelle successive difese l'appellante pone in luce che l'Adunanza Plenaria è chiamata a risolvere due questioni rilevanti ai fini del decidere inerenti a motivi assorbiti dal TAR. In particolare, circa: a) l'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza; b) l'omessa indicazione del nome del subappaltatore, sicché potrebbe essere utile un rinvio della trattazione della controversia. In ogni caso, sarebbe fondato l'appello, mentre non potrebbero essere accolti i motivi riproposti.

7. Dal canto suo l'appellata insiste nelle proprie conclusioni.

8. Con memoria di replica l'appellata sostiene il sopravvenuto difetto di interesse dell'appellante, per non avere quest'ultimo impugnato il provvedimento di esclusione disposto nei confronti dell'appellante e quello di aggiudicazione della gara

a favore dell'appellata. In ogni caso sarebbero fondate le censure assorbite dal primo giudice.

9. Differita la trattazione della controversia all'odierna udienza in attesa del pronunciamento del massimo organo di giustizia amministrativa, l'appellante deposita in data 27 novembre 2015 memoria nella quale richiama il principio espresso dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2015, in ordine alla non obbligatorietà del nominativo del subappaltatore. Mentre in relazione alla questione relativa ai costi per la sicurezza pone in evidenza che la pronuncia citata, se ha chiarito che il nostro ordinamento non prevede la cd. *prospective overruling*, non ha affrontato la diversa questione della compatibilità comunitaria della regola secondo la quale può essere esclusa l'impresa concorrente, che non indichi gli oneri per la sicurezza in mancanza di una norma di gara che lo preveda ed in assenza di una chiara indicazione normativa. Pertanto, l'appellante invoca una lettura comunitariamente orientata del principio in questione o in subordine il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia.

10. In data 4 dicembre 2015 Lande S.r.l. deposita memoria di replica nella quale: a) insiste nell'eccezione di inammissibilità dell'appello per mancata impugnazione degli atti medio tempore adottati dalla stazione appaltante; b) insiste per la correttezza della sentenza impugnata; c) ribadisce la fondatezza delle doglianze contenute nel ricorso di primo grado non esaminate dal TAR, sottolineando inoltre che si discuterebbe di un appalto sotto soglia.

DIRITTO

1. Preliminarmente, va disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'odierno gravame proposta dall'originaria ricorrente e motivata con la mancata impugnazione da parte dell'appellante del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione e di esclusione dalla gara adottati dalla stazione appaltante nei confronti di quest'ultima. Infatti, gli atti in questione sono stati adottati sulla scorta della sentenza oggetto

dell'odierno gravame, come si evince in modo chiaro dal verbale del 13 marzo 2015, che dispone l'aggiudicazione provvisoria a favore dell'appellata in esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali. Infatti, l'aver dato esecuzione (anche spontanea) a una sentenza esecutiva o un'ordinanza cautelare di tipo propulsivo non costituisce attività di autotutela (annullamento o ritiro del provvedimento impugnato) e non può comportare il venir meno della *res litigiosa*, dal momento che i provvedimenti in questione non sono frutto di autonome valutazioni discrezionali dell'amministrazione, ma trovano titolo nell'esecutività della sentenza di primo grado, e si consolidano solo in caso di conferma della stessa, mentre vengono meno automaticamente in caso di travolgimento della pronuncia in secondo grado.

2. Venendo al merito dell'appello, occorre esaminare dapprima la doglianza con la quale l'appellante contesta la soluzione seguita dal primo giudice nel valutare come inammissibile la sua offerta. Sul punto occorre rammentare che secondo la giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. *ex plurimis*, Cons. St., Sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781; Id., Sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4206) nelle gare d'appalto non può essere fissata una quota rigida di utile al di sotto della quale l'offerta debba considerarsi per presunzione incongrua, dovendosi invece avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale e risultando in sé ingiustificabile solo un utile pari a zero, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante, come nel caso di ricadute positive che possono discendere per l'impresa in termini di qualificazione, pubblicità, curriculum, dall'essersi aggiudicata e dall'aver poi portato a termine un prestigioso appalto. In definitiva, se deve ritenersi che l'offerta economica zero equivale a mancata offerta economica, nel caso di un'offerta economica composta da più voci e che, non sia pari a zero è necessario ponderare, per comprendere se ci si trovi di fronte ad un'offerta affidabile e seria, l'offerta nel suo complesso. In questo senso la stazione appaltante deve, da un lato, accertarsi che l'indicazione di un valore zero di un componente dell'offerta non

impedisca la valutazione dell'offerta stessa o delle altre offerte presentate dai concorrenti, ad esempio, determinando la sostanziale inapplicabilità della formula matematica per il computo del relativo punteggio (cfr. Cons. St., Sez. V, 16 luglio 2010, n. 4624). Dall'altro, sulla scorta dell'importanza della voce dell'offerta per la quale è stato indicato un valore zero, accertare che ciò non sia sintomatico della scarsa serietà dell'offerta nel suo complesso. In questo senso la stazione appaltante deve indagare se il concorrente tragga comunque un utile dalla propria offerta complessiva.

Nella fattispecie l'indicazione di un valore pari a zero per la progettazione esecutiva non ha impedito di attribuire un punteggio all'offerta dell'appellante, né a quelle delle concorrenti ed i costi della progettazione esecutiva incidono per poco più dell'1% sul totale, sicché la voce in questione ha carattere del tutto marginale, ed, infatti, l'appellante ha dimostrato di poter ottenere un utile congruo. Pertanto, la doglianza spiegata nel ricorso di primo grado è infondata, il che esonera il Collegio dal valutarne l'ammissibilità.

3. A questo punto devono essere esaminati i motivi contenuti nel ricorso introduttivo assorbiti dal TAR, che sono stati riproposti dall'originario ricorrente.

3.1. Infondata è la censura con la quale si lamenta che l'odierna appellante avrebbe dovuto essere esclusa per la mancata indicazione del nominativo del subappaltatore per le categorie scorporabili

a qualificazione obbligatoria. Al riguardo, è pienamente condivisibile il principio enunciato dall'Adunanza Plenaria n. 9/2015, secondo il quale: *“Nelle gare d'appalto l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art. 107 comma 2 D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 (c.d. subappalto necessario)”*.

3.2. Infondata è, altresì, la doglianza con la quale l'originaria ricorrente invoca l'illegittimità della mancata esclusione dell'odierna appellante, per non essere state esplicitamente indicate, nella dichiarazione di impegno a costituire il raggruppamento temporaneo di imprese, le quote di partecipazione e di esecuzione dei lavori. Sul punto deve osservarsi che le imprese del r.t.i. appellante compilavano il modello A.12 predisposto dalla stazione appaltante, indicando partitamente le quote di partecipazione ai lavori dell'appalto, per la sola categoria prevalente per la quale le tre imprese sono dotate di qualificazione OSS4, secondo una formula che, sebbene non sia precisa, non lascia dubbi in ordine alla corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione dei lavori.

3.3. Residua, infine, l'ultima doglianza con la quale l'originaria ricorrente ha sostenuto che l'odierna appellante dovesse essere esclusa per non aver indicato in seno all'offerta i costi per la sicurezza. Sul tema com'è noto è intervenuta dapprima la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 3/2015, che ha ritenuto in materia di appalti di lavori pubblici l'obbligatorietà della suddetta indicazione. Quindi, è stata pubblicata la sentenza n. 9/2015 della stessa Adunanza Plenaria, che ha enunciato il seguente principio di diritto: *“Nelle gare d'appalto non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2015”*.

L'appellante dubita della compatibilità comunitaria della soluzione indicata dall'Adunanza Plenaria ed in subordine chiede la rimessione ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia.

4. La richiesta in questione presuppone, però, la soluzione di un'ulteriore punto controverso, che per ragioni di opportunità deve essere rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: quello del rapporto tra il ruolo nomofilattico assegnato dall'art. 99 c.p.a. all'Adunanza Plenaria del Consiglio di

Stato e l'obbligo per le singole Sezioni del Consiglio, in qualità di giudice di ultima istanza di sollevare, anche d'ufficio, una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia. In definitiva ciò che viene posto in discussione è l'effettiva dimensione del ruolo dell'Adunanza Plenaria quale organo cui spetta il compito di orientare la giurisprudenza amministrativa anche nei rapporti con la Corte di Giustizia, ogni qual volta il massimo Organo di giustizia amministrativa sia intervenuto su una particolare questione, enunciando un principio di diritto, che possa essere sospettato di anticomunitarietà.

Due le ipotesi che vanno prese in esame: a) l'Adunanza Plenaria enuncia un principio di diritto, facendosi carico di esaminare gli eventuali profili di anticomunitarietà, finendo con l'escluderli; b) l'Adunanza Plenaria enuncia un principio di diritto, senza esaminare, come nella fattispecie, gli eventuali profili di anticomunitarietà.

In entrambi i casi si tratta di coordinare la disciplina contenuta nel comma 3 dell'art. 99, c.p.a., secondo il quale: *“Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso”* con quella contenuta nel par. 3, dell'art. 267 TFUE, secondo il quale: *“Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte”*.

La questione, com'è noto, è attualmente all'attenzione della Corte di Giustizia, a seguito della rimessione operata dall'ordinanza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana con l'ordinanza del 13 ottobre 2013, n. 848, alla quale il massimo Organo di giustizia dell'Unione Europea non ha, però, ancora dato risposta. In quell'occasione il Consiglio ha dubitato della compatibilità comunitaria dell'art. 99, comma 3, c.p.a., evidenziando che un obbligo di rinvio accentrato in capo all'Adunanza Plenaria: a) limiterebbe la potestà, riconosciuta dal

diritto dell'Unione europea a ogni giudice di ultima istanza degli ordinamenti degli Stati membri, di sottoporre in via diretta alla CGUE domande di pronunce pregiudiziali; b) incrinerebbe la riserva della CGUE sull'interpretazione del diritto dell'Unione; c) inciderebbe anche negativamente sulla durata ragionevole del processo. Al momento, non risulta ancora sopraggiunta una decisione della Corte che nel procedimento rimessole ha emanato ordinanza interlocutoria in data 16 luglio 2015, con la quale ha invitato le parti interessate ai sensi dell'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea a prendere posizione sulla seguente questione: *“Se la nozione di «organo giurisdizionale», ai sensi dell'articolo 267 TFUE, e l'obbligo di applicare il diritto dell'Unione quale interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea riguardino, sotto un profilo funzionale, la sezione di un organo giurisdizionale di uno Stato membro investita di una controversia oppure, sotto un profilo organico, unicamente detto organo giurisdizionale considerato nel suo complesso, al quale appartiene organicamente detta sezione”*. Successivamente, risultano presentate il 15 ottobre 2015 le conclusioni dell'Avvocato Generale Melchior Wathelet, secondo le quali: *“la nozione di «organo giurisdizionale», ai sensi dell'articolo 267 TFUE, debba essere interpretata sulla scorta di un approccio funzionale. Tale articolo si riferisce, di conseguenza, al giudice o alla sezione di un organo giurisdizionale di uno Stato membro investito della controversia”*.

Nonostante la questione sia all'attenzione della Corte di Giustizia, nella vicenda in esame il Collegio ritiene necessario, perché propedeutico alla soluzione della presente controversia, un pronunciamento dell'Adunanza Plenaria sulla corretta interpretazione dell'art. 99, comma 3, c.p.a., ponendo, pertanto, i seguenti quesito di diritto: I) se in costanza di un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, in presenza di una verifica espressa della rispondenza anche alla disciplina dell'Unione Europea, che venga sospettato di contrasto con la normativa dell'Unione Europea, la singola Sezione deve rimettere la questione ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a., oppure può sollevare autonomamente, quale giudice comune

del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia;

II) se in costanza di un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, in assenza di una verifica espressa della rispondenza anche alla disciplina dell'Unione Europea, che venga sospettato di contrasto con la normativa dell'Unione Europea, la singola Sezione deve rimettere la questione ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a., oppure può sollevare autonomamente, quale giudice comune del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

5. Tanto premesso sulla questione relativa ai rapporti tra Adunanza Plenaria e Corte di Giustizia, il Collegio ritiene necessario porre un ulteriore quesito di diritto all'Adunanza Plenaria, affinché quest'ultima possa, eventualmente, rivedere il principio di diritto enunciato con la propria sentenza n. 9/2015, ovvero rimettere ex art. 267 TFUE la questione alla Corte di Giustizia. La sentenza citata, ha infatti, escluso la doverosità dell'uso dei poteri di soccorso istruttorio nei casi in cui la fase procedurale di presentazione delle offerte si sia perfezionata prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria 20 marzo 2015, n.3, con la quale è stato chiarito che l'obbligo, codificato all'art.87, comma 4, d.lgs. cit., di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale si applica anche agli appalti di lavori. Nonostante, il contratto oggetto del presente contenzioso sia sotto soglia, la correlata procedura di aggiudicazione deve avvenire nel rispetto dei principi di derivazione comunitaria, come espressamente riconosciuto dall'art. 2, d.lgs. 163/2006. Deve, altresì rilevarsi che la *lex specialis* non prevedeva l'espressa indicazione degli oneri per la sicurezza.

Nella fattispecie, quindi, è opportuno sollecitare l'intervento dell'Adunanza Plenaria, affinché quest'ultima possa rivedere il proprio orientamento o interrogare sul punto la Corte di Giustizia, analogamente a quanto disposto nelle more della redazione della presente pronuncia da TAR Piemonte, sez. II, 16 dicembre 2015, n. 1745; TAR Molise, sez. I, 12 febbraio 2016, n. 77; TAR Marche, sez. I, 19 febbraio 2016, n. 104.

Infatti, il principio di diritto enunciato con la sentenza dell'Adunanza Plenaria, n. 9/2015, potrebbe risultare in contrasto con i principi euro-unitari, di matrice giurisprudenziale, della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Del resto, la stessa Adunanza Plenaria nel valutare la sussistenza di altre ipotesi di esclusione a carico dei concorrenti ha precisato che una simile conseguenza possa derivare solo dalla espressa previsione della regola che si assume violata all'interno del bando di gara ovvero in caso di violazione sostanziale del precetto. Si pensi al principio di diritto enunciato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria, n. 21/2012: *“In tema di appalti pubblici l'art. 38 comma 2 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, sia prima che dopo l'entrata in vigore del D.L. 3 maggio 2011 n. 70, impone la presentazione di una dichiarazione sostitutiva completa la quale deve essere riferita, quanto al profilo della moralità professionale di cui all'art. 38 comma 1 lett. c), anche agli amministratori delle società che partecipano ad un procedimento di incorporazione o di fusione, nel limite temporale ivi indicato, con la precisazione che in caso di mancata allegazione dell'atto de quo la Ditta va estromessa dalla gara solo se il bando espliciti tale onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione, mentre in caso contrario, quest'ultima può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali”* e dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria, n. 23/2013: *“Nelle gare d'appalto, l'art. 38 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, nella parte in cui elenca i soggetti tenuti ad effettuare le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti morali e professionali ha come destinatari dell'obbligo non soltanto coloro che rivestono formalmente le cariche di amministratori, ma anche coloro che, in qualità di procuratore ad negotia, abbiano poteri di rappresentanza dell'impresa e possono compiere atti decisionali (c.d. amministratori di fatto), con l'avvertenza che qualora la lex specialis non contenga al riguardo una specifica comminatoria*

di esclusione, quest'ultima può essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione, ma solo quando sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione?'

È, pertanto, opportuno sottoporre all'Adunanza Plenaria, il seguente quesito di diritto: I) se il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria n. 9/2015, è rispettoso dei principi euro-unitari, di matrice giurisprudenziale, della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, dei principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché dei principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

6. In conclusione, l'appello è in parte fondato, sicché merita riforma la sentenza di primo grado, dovendo essere in parte respinto il ricorso di primo grado. Al contempo, è necessaria una pronuncia dell'Adunanza Plenaria cui il presente ricorso viene deferito ai sensi dell'art. 99, co. 1, c.p.a., al fine di risolvere i seguenti quesiti di diritto:

I) se in costanza di un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, in presenza di una verifica espressa della rispondenza anche alla disciplina dell'Unione Europea, che venga sospettato di contrasto con la normativa dell'Unione Europea, la singola Sezione deve rimettere la questione ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a., oppure può sollevare autonomamente, quale giudice comune del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia;

II) se in costanza di un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, in assenza di una verifica espressa della rispondenza anche alla disciplina dell'Unione Europea, che venga sospettato di contrasto con la normativa dell'Unione Europea, la singola Sezione deve rimettere la questione ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a., oppure può sollevare autonomamente, quale giudice comune del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia;

III) se il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria n. 9/2015, è rispetto dei principi euro-unitari, di matrice giurisprudenziale, della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, dei principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché dei principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza respinge in parte il ricorso di primo grado, in parte ne dispone il deferimento all'Adunanza Plenaria Spese al definitivo.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'Adunanza Plenaria.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Sabato Guadagno, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/03/2016

IL SEGRETARIO

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