

N. 03264/2023 REG.PROV.COLL.

N. 06490/2020 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6490 del 2020, proposto da

-OMISSIS-” in proprio e quale capogruppo mandataria di costituendo RTI con -OMISSIS- e -OMISSIS-., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Vittoria Ferroni e Marco Orlando, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo in Roma, via Sistina, 48;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Vittoria Ferroni, Eugenio Picozza e Marco Orlando, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo in Roma, via Sistina, 48;

contro

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, è elettivamente domiciliata;

nei confronti

-OMISSIS-, in proprio e quale capogruppo mandataria di costituendo RTI con -
OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;
-OMISSIS- in proprio e quale capogruppo mandataria di costituendo RTI con -
OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;
-OMISSIS-., in proprio e quale capogruppo mandataria di costituendo RTI con -
OMISSIS-., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in
giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 4315/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2023 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Picozza, in dichiarata delega dell'avvocato Ferroni e Valente, in dichiarata delega dell'avvocato Orlando, nonché l'avvocato dello Stato Stigliano Messuti;

I) FATTO

Con bando pubblicato sulla G.U.U.E. del 22 marzo 2014, Consip s.p.a. indiceva una procedura aperta di gara, suddivisa in n. 18 lotti geografici, ai sensi del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per la sottoscrizione di Convenzioni aventi ad oggetto “*l’affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi negli immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle Pubbliche Amministrazioni, nonché negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle Istituzioni Universitarie Pubbliche ed agli Enti ed Istituti di Ricerca*”.

Alla gara prendevano parte numerosi operatori economici, tra cui il RTI avente per mandatario il -OMISSIS- nonché -OMISSIS-, -OMISSIS-. e -OMISSIS- in qualità di mandanti, che concorreva, per i lotti 1 (CIG 5651274AD3), 6 (CIG 5651312A2F), 7 (CIG 5651317E4E) e 10 (CIG 5651333B83).

All’esito delle operazioni di gara, l’offerta del RTI -OMISSIS- si classificava prima in graduatoria relativamente al lotto 6 e veniva pertanto sottoposta a verifica circa l’effettivo possesso dei requisiti di partecipazione, ai sensi dell’art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006.

All’esito delle prescritte verifiche, con nota del 21 marzo 2019 Consip disponeva però l’esclusione del predetto raggruppamento da tutti i lotti ai quali aveva partecipato, ai sensi del combinato disposto degli artt. 49 e 38 del d.lgs n. 163 del 2006, alla luce di riscontrate irregolarità fiscali in capo alla società-OMISSIS-, originariamente indicata quale esecutrice dal -OMISSIS-, ed alla -OMISSIS-, già ausiliaria della mandante -OMISSIS- Con il medesimo provvedimento Consip s.p.a. altresì escuteva la cauzione provvisoria relativamente al lotto 6, l’unico nel quale il detto RTI si era classificato primo in graduatoria.

Il provvedimento di esclusione veniva fatto oggetto di due distinte impugnazioni da parte del RTI -OMISSIS-:

- con il ricorso iscritto al numero di registro generale del TAR Lazio 4217 del 2019 veniva contestata l'esclusione limitatamente al lotto 6, nonché l'escussione della relativa cauzione provvisoria e la segnalazione all'ANAC;

- con il successivo ricorso iscritto a r.g.n. 4996/19 veniva quindi domandato l'annullamento

dell'esclusione dai lotti 1, 7 e 10.

La causa r.g.n. 4217 del 2019 veniva infine definita dal TAR del Lazio con sentenza 23 luglio 2019, n. 9854, con la quale il ricorso veniva in parte respinto, in parte dichiarato inammissibile.

La causa r.g.n. 4996 del 2019 veniva invece definita con sentenza n. 12329 del 25 ottobre 2019 del medesimo Tribunale, mediante la quale il gravame veniva in parte respinto e per la restante parte dichiarato improcedibile.

Successivamente al passaggio in decisione della causa da ultimo citata, ma prima della pubblicazione della relativa sentenza, Consip s.p.a. adottava quindi un ulteriore provvedimento – contestato nell'ambito del presente giudizio – con il quale disponeva l'escussione della cauzione provvisoria anche in relazione ai lotti 1, 7 e 10, pur precisando che *“l'obbligo di pagamento degli importi sopra indicati è da ritenersi sospeso sino alla definizione del giudizio pendente dinanzi al TAR Lazio con numero di R.G. 4996/2019”*.

II) IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, sia il -OMISSIS- -OMISSIS- (in proprio e nella qualità di mandatario del costituendo RTI con -OMISSIS-, -OMISSIS-e -OMISSIS-), sia autonomamente la mandante -OMISSIS- impugnavano la nota del 25 settembre 2019, con la quale Consip s.p.a. aveva appunto dichiarato

di voler escutere le cauzioni provvisorie prestate dal predetto raggruppamento per la partecipazione ai lotti 1, 7 e 10 della gara.

A sostegno delle proprie ragioni parte ricorrente articolava i seguenti profili di censura:

A) *Il comportamento di Consip.*

I. La stazione appaltante avrebbe illegittimamente integrato, a distanza di sei mesi, il provvedimento di esclusione dai lotti 1, 7 e 10, mediante la disposizione di escussione della cauzione provvisoria; il RTI -OMISSIS- avrebbe tuttavia impostato le proprie scelte imprenditoriali e difensive proprio sul presupposto che per i lotti in cui non risultava aggiudicatario la cauzione non sarebbe stata escussa, ragion per cui avrebbe proposto un autonomo ricorso per i lotti 1, 7 e 10 – distinto rispetto all'impugnazione relativa al lotto 6 – senza neppure proporre, in quella sede, una domanda di sospensione cautelare.

II. Il comportamento tenuto da Consip avrebbe determinato, nei confronti del RTI ricorrente, anche la violazione dei principi del contraddittorio, della parità delle armi e del giusto processo, dal momento che l'aver atteso il passaggio in decisione della causa prima di adottare il provvedimento di escussione della cauzione per i lotti 1, 7 e 10 avrebbe automaticamente precluso alla ricorrente la possibilità di presentare, sulla questione, eventuali motivi aggiunti, obbligandola all'uopo ad incardinare un autonomo processo.

III. L'essersi protratta la procedura di gara per circa cinque anni avrebbe comportato, tra l'altro, la prosecuzione in regime di proroga dell'esecuzione dei contratti precedentemente in essere, a prezzi più alti rispetto a quelli ottenuti in esito alla procedura FM4, determinando così un danno erariale, *sub specie* di lesione della concorrenza.

B) Vizi del provvedimento impugnato.

IV. L'escussione della cauzione provvisoria non avrebbe potuto essere disposta nei confronti del RTI ricorrente in relazione alla partecipazione ai lotti 1, 7 e 10, in quanto:

(i) in forza della previsione dell'articolo 38, comma 1, lett. g), del d.lgs n. 163 del 2006, la carenza dei requisiti di ordine generale comporterebbe sì l'esclusione dalla gara, ma consentirebbe l'escussione della cauzione solo nei confronti del concorrente primo graduato, laddove quella nei confronti degli altri concorrenti sarebbe consentita soltanto ove prevista dalla *lex specialis* di gara, secondo quanto chiarito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 34 del 2014;

(ii) anche a voler ricondurre l'escussione della cauzione provvisoria nell'ambito di applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, la dimostrazione dei requisiti sarebbe stata avviata da Consip soltanto per il lotto 6 (ove il RTI -OMISSIS- era primo graduato) e per il lotto 10; non essendo stata disposta tale verifica anche per i lotti 1 e 7, l'escussione della relativa cauzione avrebbe dovuto considerarsi carente di presupposti e, dunque, priva di base giuridica.

iii) Sotto un ulteriore profilo, l'escussione della cauzione provvisoria avrebbe natura sanzionatoria e, in questa prospettiva, l'art. 93, comma 6, del sopravvenuto d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ne avrebbe circoscritta l'operatività all'ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto: tale disposizione avrebbe dovuto applicarsi anche al presente giudizio – benché *ratione temporis* soggetto alla generale disciplina di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 – in forza del principio di retroattività della legge più favorevole.

iv) La richiesta di escussione della cauzione provvisoria del 25 settembre 2019 si sarebbe inoltre posta in evidente contraddizione con il precedente provvedimento

di esclusione dalla gara del 21 marzo 2019, dal quale non sarebbe emerso alcun elemento idoneo a far supporre che Consip si fosse riservata di escutere successivamente la cauzione anche per i lotti 1, 7 e 10.

Al contrario, la stazione appaltante si sarebbe autovincolata ad escutere la cauzione solo per il lotto 6, salvo poi venire *contra factum proprium*, senza però preventivamente agire in autotutela.

v) L'escussione della cauzione sarebbe stata inoltre collegata dalla *lex specialis* di gara unicamente alla mancata sottoscrizione del contratto per fatto del concorrente, circostanza però integrata solo in relazione al lotto 6 e non anche per i lotti 1, 7 e 10.

vi) Anche a voler tener conto del termine decadenziale di sei mesi stabilito dall'art. 1957 Cod. civ., la richiesta di escussione della cauzione sarebbe stata comunque tardiva, dovendo il detto termine essere computato dalla data del provvedimento di escussione (21 marzo 2019) e di conseguenza essendo ormai venuto a scadenza al momento della richiesta di escussione (25 settembre 2019).

Il RTI ricorrente proponeva infine domanda di risarcimento danni a titolo di responsabilità precontrattuale per il caso in cui il provvedimento di escussione della cauzione avesse comunque dovuto considerarsi legittimo.

Costituitasi in giudizio, Consip s.p.a. insisteva per la reiezione del ricorso, in quanto infondato.

Con memoria di stile si costituiva anche la controinteressata -OMISSIS-

Con sentenza 28 aprile 2020, n. 4315, il giudice adito respingeva il gravame, non ravvisando nel comportamento della stazione appaltante alcuna violazione dei principi di correttezza e buona fede, né essendo emersa la prova di un reale

pregiudizio in capo alla ricorrente per effetto della lamentata non contestualità dell'escussione della cauzione rispetto all'esclusione dalla gara.

III) IL GIUDIZIO DI APPELLO

Avverso detta pronuncia il RTI facente capo al -OMISSIS- Servizi interponeva appello, articolato nei seguenti motivi di impugnazione:

1) *Error in iudicando. Difetto di giurisdizione del giudice ordinario. Violazione di legge. Violazione dell'art. 133, comma 1, lettera E) n. 1 c.p.a.*

1.2) *Error in iudicando. Contraddittorietà ed illogicità della motivazione; sproporzionalità; eccesso di potere; ingiustizia manifesta. Omessa pronuncia. Eccesso di potere per contraddittorietà con un precedente provvedimento. Errore nei fatti. Difetto di motivazione. Violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990. Difetto nei presupposti, arbitrarietà, illogicità. Violazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione del principio di autolimitazione dell'amministrazione. Violazione della ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa. Violazione dell'art. 1957 Cod. civ.*

2) *Illegittimità della sentenza per error in iudicando.*

2.1) *Error in iudicando per omessa pronuncia – Violazione degli artt. 38, 48, 49 e 75 del d.lgs. n. 163/2006 – Difetto dei presupposti di legge. Violazione dell'obbligo di motivazione – Eccesso di potere per contraddittorietà, manifesta illogicità e travisamento dei fatti.*

3) *Error in iudicando. Contraddittorietà ed illogicità della motivazione; sproporzionalità; eccesso di potere; ingiustizia manifesta.*

3.1) *Violazione del principio del contraddittorio, della parità delle armi, del giusto processo e di economicità processuale. Violazione dei principi di buona fede e legittimo affidamento. Violazione del principio di autolimitazione, di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa.*

4) *Error in iudicando. Contraddittorietà ed illogicità della motivazione; sproporzionalità; eccesso di potere; ingiustizia manifesta.*

4.1) *Abuso di diritto. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione dei principi di economicità, tempestività e ragionevolezza. Violazione dei principi di concentrazione e continuità delle operazioni di gara. Violazione degli artt. 1 e 2 della legge n. 241 del 1990. Violazione del principio di correttezza e buona fede, della leale e responsabile collaborazione e di buon andamento dell'azione amministrativa.*

5) *Illegittimità della sentenza per error in iudicando.*

5.1) *Violazione del principio del legittimo affidamento e della buona fede, di imparzialità e buon andamento. Violazione del principio di autolimitazione dell'amministrazione. Omessa pronuncia sulla violazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 – Contraddittorietà manifesta con altra parte della sentenza – Violazione della ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa.*

6) *Illegittimità della sentenza per error in iudicando.*

6.1) *Violazione di legge – Violazione dell'obbligo di motivazione – Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. – Violazione dell'obbligo di motivazione – Violazione dell'art. 21 nonies della legge n. 241/90 – Violazione degli artt. 1 e 3 della legge n. 241/1990 – Eccesso di potere per travisamento dei fatti.*

7) *Illegittimità della sentenza per error in iudicando.*

7.1) *Error in iudicando per apoditticità e carenza di motivazione – Violazione dell'art. 93 comma 6 del d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione all'art. 117, co. 1 Cost. e all'art. 7 Cedu. Violazione dell'art. 3 Cost. – Violazione dell'art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 11 Cost. Omessa applicazione del principio della lex mitior in relazione all'art. 93 comma 6 del d.lgs. n. 50 del 2016.*

7.2) *In subordine questione di legittimità costituzionale dell'art. 93 comma 6 del d.lgs. n. 50 del 2016 per violazione degli artt. 3 e 117 primo comma della Costituzione in combinato disposto con l'art. 7 Cedu.*

Costituitasi in giudizio, Consip s.p.a. concludeva per l'infondatezza del gravame, chiedendo che fosse respinto.

Con ordinanza 26 aprile 2021, n. 3299, la Sezione sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6 – nel combinato disposto con il successivo art. 216 – del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in relazione agli artt. 3 e 117 comma primo Cost., contestualmente dichiarando sospeso il giudizio in attesa della decisione della Corte costituzionale, cui venivano trasmessi gli atti di causa.

Con sentenza 26 luglio 2022, n. 198, l'adita Corte dichiarava *“non fondate le questioni di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 93, comma 6, e 216, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 49, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, e all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e rese esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848”*.

Con la suddetta decisione la Corte costituzionale escludeva dunque la retroattività del regime più favorevole introdotto dal nuovo *Codice dei contratti pubblici* di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 in tema di escussione della garanzia provvisoria rispetto alle gare celebrate in applicazione del previgente d.lgs. n. 163 del 2016, altresì smentendo la natura di sanzione “punitiva” dell'incameramento della cauzione provvisoria, poiché essenzialmente diretto a garantire il rispetto delle regole di gara, restaurando l'interesse pubblico leso, che è quello di evitare la partecipazione alla gara stessa di concorrenti inidonei o di offerte prive dei requisiti richiesti.

Ed invero, per la sentenza: *“Dall'importo della garanzia provvisoria, dalla previsione di forme alternative di costituzione (la cauzione o la fideiussione) e dal regime delle riduzioni previste dal*

legislatore, dunque, può ben desumersi l'assenza di quel connotato di speciale gravità, necessario affinché la misura pregiudizievole possa essere assimilata a una sanzione sostanzialmente penale”.

Il Collegio ritiene che la suddetta pronuncia della Corte costituzionale non sia decisiva per la risoluzione della presente controversia, anche in considerazione del fatto che, nella fattispecie all'esame, l'importo complessivo delle cauzioni che Consip ha inteso escutere è di rilevante ammontare, all'incirca 1.940.000,00 euro.

IV) L'INDIVIDUAZIONE DELLA ATTIVITÀ SPECIE CONTROVERSA E LA NORMATIVA APPLICABILE

Come emerge dalla esposizione fin qui svolta, il RTI facente capo al -OMISSIS- -OMISSIS- contesta la legittimità dell'escussione delle cauzioni provvisorie in seguito all'esclusione dalla gara nei vari lotti a cui ha partecipato in applicazione degli artt. 38, comma 1, lett. f), 48, comma 1, e art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006, che così recitano: Art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006:

“1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: [...] f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”; Art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006:

“Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata

in detto bando o nella lettera di invito. Le stazioni appaltanti, in sede di controllo, verificano il possesso del requisito di qualificazione per eseguire lavori attraverso il casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, ovvero attraverso il sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per i contratti affidati a contraente generale; per i fornitori e per i prestatori di servizi la verifica del possesso del requisito di cui all'articolo 42, comma 1, lettera a), del presente codice è effettuata tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 6-bis del presente Codice. 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 e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento”;

Art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006:

“1. L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente. Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è fissato nel bando o nell'invito nella misura massima del 2 per cento del prezzo base.

2. La cauzione può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice.

3. La fideiussione, a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

4. La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

5. La garanzia deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta. Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura.

6. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.

7. L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, anche cumulabile con la riduzione di cui al primo periodo, per gli operatori economici in possesso di registrazione al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS), ai sensi del regolamento (CE) n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, o del 20 per cento per gli operatori in possesso di certificazione ambientale ai sensi della norma UNI EN ISO 14001. Nei contratti relativi a servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 20 per cento, anche cumulabile con la riduzione di cui ai periodi primo e secondo, per gli operatori economici in possesso, in relazione ai beni o servizi che costituiscano almeno il 50 per cento del valore dei beni e servizi oggetto del contratto

stesso, del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) ai sensi del regolamento (CE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009. Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 15 per cento per gli operatori economici che sviluppano un inventario di gas ad effetto serra ai sensi della norma UNI EN ISO 14064-1 o un'impronta climatica (carbon footprint) di prodotto ai sensi della norma UNI ISO/TS 14067. Per fruire dei benefici di cui al presente comma, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso dei relativi requisiti, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti.

8. *L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario.*

9. *La stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia di cui al comma 1, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a trenta giorni dall'aggiudicazione, anche quando non sia ancora scaduto il termine di validità della garanzia”.*

Per l'appellante, in assenza di quella che è la causa tipica dell'incameramento della cauzione – ossia ristorare il danno cagionato alla stazione appaltante, danno che nella specie Consip non avrebbe subito per effetto dell'esclusione dalla gara del raggruppamento appellante, non essendo questi l'aggiudicatario ma un semplice concorrente, la cui esclusione non aveva conseguentemente determinato alcun ritardo nella stipula del contratto o nell'individuazione del primo classificato – l'escussione si tradurrebbe in un provvedimento a contenuto fortemente sanzionatorio e di natura “penale”.

L'automatico incameramento della cauzione, per l'ingente ed oneroso importo di quasi 2 milioni di euro sarebbe infatti una sanzione del tutto immotivata ed

irragionevole, nonché sproporzionata rispetto alla condotta tenuta dal RTI partecipante alla gara, fondato su un'interpretazione degli artt. 48 e 75 del *Codice* in radicale ed insanabile contrasto con i principi e le previsioni, costituzionali ed europei, espressi dagli artt. 6, 7 e 13 della Cedu (nonché dagli artt. 1, Protocollo 1, e 4, Protocollo 7, della medesima Cedu), dagli artt. 16, 17, 47, 49, 50 e 52 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, dall'art. 6 TUE, dagli artt. 18, 49, 50, 54, 56, 57 e 63 TFUE, dagli artt. 3, 10, 23, 24, 25, 41, 42, 97, 111 e 117 della Costituzione. A tale riguardo, è utile rilevare che la Corte EDU, nella sentenza del 4 marzo 2014, causa *Grande Stevens ed altri c. Italia*, si è espressa in ordine alla natura, entità e all'equità delle sanzioni pecuniarie ai fini della loro ascrivibilità alla c.d. materia penale.

In particolare la Corte EDU ha evidenziato come, *“tenuto conto dell'importo elevato delle sanzioni pecuniarie inflitte e di quelle di cui erano passibili i ricorrenti, [...] le sanzioni in causa rientrano, per la loro severità, nell'ambito della materia penale (si vedano, mutatis mutandis, Öztürk, sopra citata, § 54, e, a contrario, Inocêncio c. Portogallo (dec.), n. 43862/98, CEDU 2001 I)”* (cfr. par. 99 della sentenza *Grande Stevens*; cfr. anche sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976; nonché sentenza *Zolotoukhine*, 10 febbraio 2009 e CGUE, Grande Sezione, sentenza 5 giugno 2012, C-489/10).

Tali rilievi sono già stati condivisi dal Giudice amministrativo, che ha avuto modo di rilevare che *“la Corte di Strasburgo ha elaborato propri e autonomi criteri al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione. In particolare, sono stati individuati tre criteri, costituiti: I) dalla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta la valenza «intrinsecamente penale» della misura; II) dalla natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; III) dal grado di severità della sanzione. [...] L'assegnazione alla «materia penale» di un significato ampio conduce a ritenere che anche il potere amministrativo*

sanzionatorio deve essere esercitato nel rispetto, non solo delle garanzie dell'equo processo, ma anche dai principi sanciti dal citato art. 7 CEDU" (Cons. Stato, sez. VI, ordinanze 20 ottobre 2014, n. 5167, 9 ottobre 2014, n. 5030, 9 luglio 2014, nn. 3496, 3497, 3498 e 3499)".

In ragione dell'entità e assoluta rilevanza del sacrificio patrimoniale imposto al RTI -OMISSIS- -OMISSIS-, per lo stesso l'escussione delle cauzioni provvisorie verrebbe ad acquisire i connotati di una sanzione cui non può che necessariamente riconoscersi carattere penale, secondo l'accezione cristallizzata nell'interpretazione della Corte EDU: l'automatico incameramento delle garanzie provvisorie, nella vicenda controversa, integrerebbe invero gli estremi di una evidente violazione del principio di proporzionalità delle sanzioni.

Assumerebbe anzitutto rilievo l'art. 49, comma 3, della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*

Europea, a mente del quale *"le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato"*.

Nel caso di specie, emergerebbe una palese assenza di giusto bilanciamento tra interesse pubblico e diritti fondamentali garantiti a livello europeo, essendo risultato l'odierno appellante destinatario di una sanzione pecuniaria dall'importo relevantissimo, in virtù di un mero automatismo (che, in quanto tale, è per definizione non proporzionale) e senza alcuna adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto.

Anche l'art. 1, Protocollo 1, della Cedu (così come l'art. 17 della *Carta di Nizza* e, in ultima analisi, gli artt. 23 e 42 Cost.), peraltro, è stato interpretato come teso a garantire il rispetto della proporzionalità tra contegno serbato e sanzione inflitta, evitando un'ingiustificata compressione del diritto di tutela dei propri beni ed il sacrificio eccessivo e sproporzionato rispetto allo scopo da perseguire (essendo

necessario un rapporto ragionevole di proporzionalità tra mezzi impiegati e fini perseguiti).

Sarebbe allora evidente il contrasto degli artt. 38, comma 1, lett. f), e 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 con le norme ed i principi, costituzionali ed europei, in tema di proporzionalità delle sanzioni, ove essi siano interpretati nel senso di consentire, in ogni caso (ed in disparte un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto), l'automatico incameramento della cauzione provvisoria a seguito dell'esclusione.

Il denunciato contrasto sarebbe tanto più evidente ove si ritenesse che una misura come quella in questione, cui non può non riconoscersi natura sanzionatoria in ragione della sua attitudine ad incidere in termini così afflittivi sulla vita di un'impresa, possa essere adottata prescindendo dalla doverosa considerazione dell'elemento soggettivo ed in particolare della prevedibilità dell'esclusione.

Alla luce di tali considerazioni, il Collegio ravvisa la necessità, quale giudice di ultima istanza, di disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, volto ad accertare la compatibilità con i principi europei di libera circolazione e libertà di stabilimento di un sistema che ammetta l'automatismo nell'incameramento delle cauzioni provvisorie di un operatore escluso dalla gara a prescindere dall'effetto ultimo che lo stesso provoca in termini di violazione e compressione dei principi di proporzionalità nell'applicazione della sanzione.

V – LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE RIMESSA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

In considerazione di tutto quanto sopra esposto, stante la rilevanza – ai fini della decisione della controversia – della questione di compatibilità della predetta normativa con le indicate disposizioni eurounitarie, impregiudicata ogni altra

decisione in rito e nel merito, si chiede alla Corte di giustizia dell'UE di pronunciarsi sulla seguente questione pregiudiziale:

“se gli artt. 16, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, l'art. 4, Protocollo 7, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – CEDU, l'art. 6 del TUE, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli 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”.

La segreteria della Sezione curerà la trasmissione della presente ordinanza alla cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea. In aggiunta alla presente ordinanza la segreteria trasmetterà alla Cancelleria della CGUE anche la seguente documentazione: a) l'intero fascicolo di causa del primo e del secondo grado del giudizio; b) il testo integrale degli artt. 38, comma 1, lett. f), 48 e 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, in vigore al momento dell'insorgenza della controversia.

In conseguenza della rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale di cui sopra il presente giudizio viene sospeso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione e, riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, commi 1 e 2, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e dell'art. 9, paragrafo 1, 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 le parti private. Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 19 gennaio 2023 e 16 febbraio 2023, con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Valerio Perotti

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO