

E' rimessa alla Corte di Giustizia l'escussione automatica della garanzia provvisoria in caso di esclusione

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 18-5-2023

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 una norma interna (quale contenuta nell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006) che preveda l'applicazione dell'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di lavori, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario della gara».

Guida alla lettura

Con pronuncia n. **3571** dello scorso 6 aprile, la **V Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia UE l'escussione automatica della garanzia provvisoria in caso di esclusione.**

La decisione trae avvio dalla contestata legittimità dell'escussione della cauzione provvisoria in seguito all'esclusione dalla procedura di gara, come previsto dall'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile *ratione temporis*.

Secondo l'appellante **l'incameramento della cauzione, quale conseguenza automatica dell'esclusione, anche nel caso in cui non sarebbe imputabile all'operatore economico la condotta che ha costituito la causa dell'esclusione** (nel caso di specie rappresentata dall'aver presentato un preventivo falso fornito da un consulente esterno), **costituirebbe una forma di responsabilità oggettiva che si tradurrebbe in un provvedimento a contenuto fortemente sanzionatorio e di natura "penale"**, consistente nell'incameramento di una somma rilevante (nella specie pari a euro 97.370,00), e realizzerebbe una notevole **deviazione dal principio secondo il quale le sanzioni vengono applicate, di regola, secondo il criterio dell'imputabilità soggettiva.**

In considerazione di quanto innanzi esposto, dunque, e 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, la V Sezione del Consiglio di Stato ha innalzato la **segunte questione di legittimità eurounitaria**

alla Corte di giustizia dell'UE: «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 una norma interna (quale contenuta nell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006) che preveda l'applicazione dell'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di lavori, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario della gara».

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 7942 del 2016, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Elena Pontiroli e Salvatore Alberto Romano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Salvatore Alberto Romano in Roma, viale XXI Aprile n. 11;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano, Stefania Pagano e Sara Pagliosa, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio 15;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Prima, 20 luglio 2016, n. 1471, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Milano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 22 novembre 2022 il Cons. Giorgio Manca e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I) *Il fatto*

I.1. L'impresa -OMISSIS- ha partecipato alla gara, indetta dal Comune di Milano, per l'affidamento dell'appalto integrato per la progettazione e l'esecuzione dei lavori concernenti la «*Scuola Primaria Viale Puglie 14 (Zona 4) – Risanamento Conservativo dell'edificio prefabbricato leggero realizzato nel 1972*». Dopo aver determinato la soglia dell'anomalia e individuato le offerte da sottoporre a verifica (seduta di gara del 30 settembre 2015), tra le quali era compresa l'offerta della -OMISSIS-, nella seduta di gara del 4 marzo 2016, la commissione giudicatrice ha disposto l'esclusione dell'impresa dalla procedura di gara, l'escussione della relativa cauzione e la segnalazione all'ANAC in quanto il responsabile del procedimento, nel corso delle operazioni di verifica dell'anomalia dell'offerta, accertava che l'impresa offerente -OMISSIS- aveva presentato un preventivo "non veridico" rilasciato dalla ditta -OMISSIS-

In sede di chiarimenti, la società -OMISSIS- ha evidenziato, in primo luogo, l'assenza di alcuna propria responsabilità per il falso, che era stato prodotto da un tecnico esterno all'impresa, sottolineando altresì l'inutilità del falso, relativo alle sole lavorazioni per l'impianto dell'ascensore, per un importo irrisorio rispetto al valore dell'appalto (circa 16.000 euro su un valore di 9 milioni di euro), del tutto ininfluenza anche ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta.

I.2. Con nota prot. n. 167635, del 30 marzo 2016, il Comune di Milano, disattendendo le argomentazioni addotte dalla -OMISSIS-, ha confermato l'esclusione dalla gara, l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'ANAC.

II) *Il giudizio di primo grado*

II.1. I provvedimenti sono stati impugnati con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia che, con sentenza 20 luglio 2016, n. 1471, lo ha respinto. Muovendo dal fatto che la presentazione di un preventivo falso da parte della ricorrente è circostanza incontestata, ha ritenuto irrilevante che il falso fosse imputabile al comportamento fraudolento del professionista al quale la ricorrente si era rivolta, in quanto l'impresa concorrente risponderrebbe anche dell'operato dei soggetti (interni o esterni alla propria

organizzazione) ai quali decide di affidare la predisposizione dei documenti di gara. Detta condotta dell'offerente è di per sé sufficiente a ledere irrimediabilmente il rapporto fiduciario che deve sussistere tra l'impresa concorrente e la stazione appaltante, anche in forza del cd. principio di autoresponsabilità di cui all'art. 1228 del codice civile.

III) *Il giudizio di appello*

III.1. Rimasta soccombente, la società -OMISSIS-. ha proposto appello, deducendo l'ingiustizia della sentenza per la violazione dell'art. 75 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e la falsa applicazione dell'art. 1228 cod. civ.

III.2. La sentenza sarebbe erronea nella parte in cui ha ritenuto infondati i vizi dedotti avverso l'atto di escussione della cauzione provvisoria e ha fatto discendere questa conseguenza sanzionatoria dalla responsabilità oggettiva dell'operatore economico. La giurisprudenza, infatti, nell'estendere l'ambito soggettivo dell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 a tutte le imprese partecipanti alla procedura di gara, richiederebbe comunque che la conseguenza sia ricollegabile a un comportamento almeno negligente del soggetto che si intende sanzionare. Secondo l'appellante il ragionamento del primo giudice risulterebbe affetto da errore perché pretenderebbe dall'impresa un livello di controllo eccessivo e incompatibile con l'organizzazione di una grande società. L'impresa -OMISSIS--OMISSIS- si era avvalsa di un professionista esterno proprio perché il personale interno, già impegnato nel reperimento della documentazione necessaria alla partecipazione ad altre gare, non aveva il tempo di occuparsene. Evidenzia inoltre che la -OMISSIS- ha controllato la correttezza formale del preventivo dell'impianto ascensore, così come tutti gli altri preventivi, nonché il resto della documentazione proveniente da terzi da produrre in gara, come emergerebbe anche dalle seguenti ulteriori circostanze in fatto:

- il prezzo era congruo e simile a quello, autentico, che già era stato prodotto per altra gara del Comune di Milano;

- l'architetto che aveva proposto il preventivo era un professionista noto e di ausilio a varie imprese;

- l'eventuale falsificazione era inutile in quanto il preventivo riguardava una somma irrisoria rispetto all'ammontare dell'appalto.

III.3. Erroneo risulterebbe anche il riferimento all'art. 1228 cod. civ. in quanto al consulente esterno era stata commissionata un'attività del tutto lecita, che lo stesso ha eseguito in modo infedele, commettendo un illecito. Pertanto, la falsità del preventivo, causa dell'esclusione, non sarebbe imputabile a colpa dell'impresa offerente.

III.4. Si è costituito in giudizio il Comune di Milano, chiedendo che l'appello venga respinto.

III.5. All'udienza pubblica straordinaria del 22 novembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

IV) L'individuazione della fattispecie controversa e la normativa applicabile

IV.1. Come emerge dalla esposizione fin qui svolta, la -OMISSIS- contesta la legittimità dell'escussione della cauzione provvisoria in seguito all'esclusione dalla procedura di gara, come previsto dall'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile *ratione temporis*, il quale così recita:

«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 UNICEI 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 UNIEN 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/TS14067. 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».

IV.2. Secondo l'appellante l'incameramento della cauzione quale conseguenza automatica dell'esclusione, anche nel caso in cui non sarebbe imputabile all'operatore economico la condotta che ha costituito la causa dell'esclusione (nel caso di specie rappresentata, come si è riferito in fatto, dall'aver presentato un preventivo falso fornito da un consulente esterno), costituirebbe una forma di responsabilità oggettiva che si tradurrebbe in un provvedimento a contenuto fortemente sanzionatorio e di natura "penale", consistente nell'incameramento di una somma rilevante (nella specie pari a euro 97.370,00), e realizzerebbe una notevole deviazione dal principio secondo il quale le sanzioni vengono applicate, di regola, secondo il criterio dell'imputabilità soggettiva.

Sottolinea, inoltre, che l'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede espressamente la sanzione dell'incameramento della cauzione per il solo aggiudicatario, mentre nella specie la -OMISSIS- non era l'aggiudicataria ma un semplice concorrente (l'esclusione, quindi, non avrebbe determinato alcun ritardo nella stipula del contratto o nell'individuazione del primo classificato, né danni per la stazione appaltante).

IV.3. Il Collegio rileva che la ricostruzione prospettata dall'appellante potrebbe rivelare un contrasto con norme e principi del diritto europeo 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 Tdue.

IV.4. 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 della automaticità e della entità del sacrificio patrimoniale imposto all'operatore economico -OMISSIS- S.p.a., 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.

IV.5. 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, 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 dell'art. 75 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 della cauzione provvisoria 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 DIGIUSTIZIA

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 una norma interna (quale contenuta nell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006) che preveda l'applicazione dell'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di lavori, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario della gara».

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 dell'art. 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), definitivamente 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 sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2022 e del 16 febbraio 2023.