

L'incameramento della cauzione provvisoria unitamente ad altra sanzione viola il divieto di bis in idem?

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 27-3-2023

La sezione V del Consiglio di Stato con ordinanza n. 2033 del 28 febbraio 2023 ha rimesso alla Corte di Giustizia la seguente questione: “ 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 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. 163/2006) che prevedano l’applicazione della sanzione dell’incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell’esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di servizi, benché il medesimo operatore economico sia stato già destinatario, in relazione alla medesima ed unitaria condotta, di altra sanzione definita a seguito di apposito procedimento attivato ad opera di altra competente Autorità del medesimo Stato membro”.

Guida alla lettura

Con ordinanza n. 2033 del 28 febbraio 2023, la Sezione V del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea la questione pregiudiziale concernente la possibile violazione del *bis in idem* in caso di incameramento della cauzione provvisoria a seguito della irrogazione di altra sanzione, quale quella dell’AGCM.

La vicenda oggetto della rimessione si colloca *ratione temporis* nell’alveo del D.lgs 163/2006 e, in particolare, degli artt. 38 comma 1 lett. f) e dell’art. 75 del decreto richiamato. Infatti, l’abrogato codice dei contratti, contrariamente a quello attualmente vigente (D.lgs 50/2016), stabiliva l’automatico incameramento della cauzione provvisoria, in caso di esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di servizi, a prescindere dall’effettiva causazione di un danno alla stazione appaltante.

La disciplina richiamata si applica, quindi, non solo in caso di illeciti professionali a valle dell’aggiudicazione, ma anche agli illeciti conosciuti prima del provvedimento conclusivo dell’evidenza pubblica, anche nelle ipotesi in cui la stazione appaltante dovesse decidere di non affidare il lavoro o il servizio.

La natura fortemente punitiva della cauzione provvisoria ha posto, pertanto, il problema della compatibilità di tale sanzione con il principio del *ne bis in idem*, nelle ipotesi in cui l’operatore economico abbia subito anche un altro tipo di sanzione, altrettanto punitiva. Ci si riferisce, in particolare, alla sanzione irrogata dall’Autorità *Antitrust* nelle ipotesi di illecito anticoncorrenziale.

Più precisamente, l'incameramento automatico della cauzione provvisoria, si porrebbe in contrasto con i principi stabiliti dalla Cedu in punto a natura penale delle sanzioni.

Come noto, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha elaborato una nozione autonoma di sanzione penale, scollegata rispetto alla qualificazione data dagli Stati membri. Al fine, infatti, di evitare una "truffa delle etichette", la Corte Edu ha elaborato alcuni criteri – cd criteri *Engels* - , in presenza dei quali una sanzione deve essere considerata penale e, conseguentemente, assoggettata alle garanzie e tutele previste in ambito penalistico, tra cui la proporzionalità della sanzione e il divieto del *bis in idem*.

Più precisamente, una sanzione è penale se ricorrono i seguenti requisiti: a) la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale; b) la natura della norma e lo scopo perseguito; c) il grado di severità della sanzione.

Proprio per tale ragione, l'incameramento automatico della cauzione provvisoria ha determinato la necessità della rimessione della questione pregiudiziale. Da un lato, infatti, si colloca l'ingente entità della sanzione, che risulterebbe sproporzionata rispetto alla gravità della condotta; dall'altro, l'incameramento automatico della cauzione, nonostante l'assenza di danno e la precedente irrogazione della sanzione da parte dell'AGCM. L'inflizione della doppia sanzione si collocherebbe, infatti, nel solco del divieto del *bis in idem*, posto che il cumulo delle sanzioni penali eccederebbe la gravità del reato accertato, costituendo, pertanto, un sacrificio eccessivo e sproporzionato rispetto allo scopo da perseguire.

Il cumulo di sanzioni è, infatti, ammesso soltanto quando rappresenti lo snodo prevedibile della pretesa punitiva e risulti proporzionato rispetto alla gravità della condotta.

Le problematiche sopra ricostruite hanno determinato la necessità per il Collegio della rimessione della questione pregiudiziale e, in particolare, del seguente quesito: “ *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 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. 163/2006) che prevedano l'applicazione della sanzione dell'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di servizi, benché il medesimo operatore economico sia stato già destinatario, in relazione alla medesima ed unitaria condotta, di altra sanzione definita a seguito di apposito procedimento attivato ad opera di altra competente Autorità del medesimo Stato membro*”.

LEGGI L'ORDINANZA

pubblicato il 28/02/2023

N. 02033/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01827/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1827 del 2021, proposto da

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola, Aristide Police, Fabio Cintioli e David Astorre, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Aristide Police in Roma, viale Liegi, 32;

contro

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

nei confronti

-OMISSIS-. , in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Ferroni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
-OMISSIS-, -OMISSIS-, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione seconda, n. 1504 del 2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip S.p.a. e di -OMISSIS-;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 febbraio 2023 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Notarnicola, Cintioli, Astorre, Ferroni e l'avvocato dello Stato Pintus;

I – I fatti di causa.

Con bando pubblicato il 19 dicembre 2014 Consip indiceva una “*procedura aperta ai sensi del d.lgs. 163/2006 e s.m.i. per l'affidamento dei servizi di pulizia di sanificazione ed altri servizi per gli enti del servizio sanitario nazionale – id 1460*” (“Gara Sanità”), divisa in 14 lotti territoriali, per un valore complessivo di circa 1,5 miliardi di euro.

A seguito di due proroghe, il termine di presentazione delle offerte veniva fissato al 28 aprile 2015.

-OMISSIS- presentava offerta per 12 lotti (nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13 e 14), indicando le proprie consorziate designate all'esecuzione delle prestazioni e presentando le cauzioni provvisorie per ciascun lotto, sottoscritte con -OMISSIS- (per i lotti 3, 4, 5, 6, 11 e 12) e con -OMISSIS- (già -OMISSIS-) (per i lotti 1, 2, 7, 10, 13 e 14), per complessivi euro 11.996.000,00.

Con unico provvedimento del 16 giugno 2017 Consip escludeva -OMISSIS- da tutti i lotti della Gara Sanità, in applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 (applicabile *ratione temporis* alla presente gara).

L'esclusione è derivata dalla circostanza che, con provvedimento n. -OMISSIS-del 22 dicembre 2015, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM”) aveva contestato a -OMISSIS- di aver realizzato, insieme ad altri operatori, un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'art. 101 TFUE e, per l'effetto, irrogato una sanzione pecuniaria che è stata quantificata in euro 17.027.300,00, interamente già pagata da -OMISSIS-.

Il provvedimento di esclusione dalla Gara Sanità veniva impugnato da -OMISSIS- con ricorso dinanzi al TAR Lazio, che con ordinanza n. 3882/2017 sospendeva l'esclusione, rilevando l'assenza della motivata valutazione circa l'incidenza dell'illecito professionale sui requisiti di affidabilità del -OMISSIS-, richiesta ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), del Codice dei contratti.

Nel corso della rinnovata valutazione effettuata da Consip in esecuzione dell'ordinanza cautelare del TAR Lazio, -OMISSIS-, in data 12 ottobre 2017, trasmetteva a Consip la documentazione comprovante le misure di *self cleaning* assunte in conseguenza del

provvedimento sanzionatorio antitrust e positivamente valutate anche dalla stessa AGCM.

Con provvedimento del 15 dicembre 2017, Consip dava atto della circostanza che: *“le misure adottate sono funzionali a regolare le attività future dell’operatore (e cioè successive alla loro adozione) e la loro corretta attuazione appare idonea, sotto il profilo antitrust, ad evitare il riproporsi di condotte collusive nella predisposizione delle offerte nelle future gare”* e confermava, dunque, l’esclusione del -OMISSIS- da tutti i lotti della Gara Sanità.

Tale provvedimento veniva quindi impugnato dal -OMISSIS- con ricorso per motivi aggiunti.

Con sentenza n. 2394 del 2 marzo 2018, il TAR Lazio respingeva il ricorso, confermando la legittimità del provvedimento di esclusione, sul rilievo per cui l’illecito antitrust avrebbe potuto integrare la causa di esclusione prevista dall’art. 38, comma 1, lett. f), del Codice.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 1532/2018, accoglieva la domanda cautelare contenuta nell’appello di -OMISSIS- avverso la sentenza del TAR Lazio, sospendendola, atteso che l’orientamento all’epoca consolidato del giudice amministrativo era nel senso di escludere che l’illecito antitrust potesse integrare la causa di esclusione di cui all’art. 38, co. 1, lett. f), d.lgs. 163 del 2006.

Conseguentemente, con nota datata 11 aprile 2018, Consip disponeva la riammissione di -OMISSIS- alla Gara Sanità, domandando allo stesso di confermare l’offerta a suo tempo presentata e di prorogare la validità delle cauzioni provvisorie. Nelle more del contenzioso, la Gara Sanità non veniva definita e non veniva pronunciata alcuna aggiudicazione dei lotti di gara.

Medio tempore, la questione circa la riconducibilità (o meno) dell’illecito anticoncorrenziale nell’alveo delle fattispecie di esclusione di cui all’art. 38, comma 1, lett. f), del Codice veniva rimessa alla Corte di Giustizia dell’Unione europea da parte del TAR Piemonte con ordinanza n. 770 del 21 giugno 2018, resa in un giudizio in cui era parte -OMISSIS-.

Per questa ragione, all’udienza di merito del contenzioso sull’esclusione dalla Gara Sanità, con ordinanza n. 4397/2018 del 19 luglio 2018, il Consiglio di Stato disponeva “la c.d. sospensione impropria del processo” in ragione della “possibile rilevanza nel presente contenzioso della decisione del giudice europeo”.

La Corte di Giustizia, con ordinanza del 4 giugno 2019 resa nella causa C-425/18, risolveva la questione pregiudiziale sollevata dal TAR Piemonte con il seguente principio di diritto:

“L’articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), 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, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che è interpretata nel senso di escludere dall’ambito di applicazione dell’«errore grave» commesso da un operatore economico «nell’esercizio della propria attività professionale» i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di

concorrenza, accertati e sanzionati dall'autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale, e che preclude alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente una siffatta violazione per escludere eventualmente tale operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico”.

A seguito dell'istanza di prosecuzione del giudizio, con la sentenza n. 2260 del 6 aprile 2020, il Consiglio di Stato respingeva in parte l'appello del -OMISSIS-, confermando l'esclusione dello stesso dalla Gara Sanità, ma riconoscendo la trasparenza e buona fede di -OMISSIS- nella partecipazione alla predetta gara, in particolare, escludendo che -OMISSIS- avesse reso dichiarazioni mendaci in ordine all'illecito antitrust, sottolineando che: *“con riguardo alla Gara Sanità non può parlarsi di dichiarazione mendace poiché, all'atto della presentazione dell'offerta, il 28 aprile 2015, l'atto sanzionatorio di AGCM non era stato ancora adottato, per cui il -OMISSIS- non poteva avere consapevolezza che fosse stato accertato a suo carico un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale”.*

In seguito alla conferma della legittimità dell'esclusione di -OMISSIS- dalla procedura per violazione del disposto dell'art. 38, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 68 R.d. n. 827 del 1924, con provvedimento prot. n. 3537 del 31 gennaio 2020 Consip disponeva di procedere all'escussione delle cauzioni provvisorie prestate dal -OMISSIS-; con note prot. nn.-OMISSIS- del 31 gennaio 2020, inviate rispettivamente a -OMISSIS- e -OMISSIS-, Consip richiedeva l'escussione delle cauzioni provvisorie prestate dal -OMISSIS- in sede di partecipazione per un importo complessivo di euro 11.996.000,00.

II – Il giudizio di primo grado.

-OMISSIS- impugnava dinanzi al Tar Lazio i suddetti provvedimenti assunti da Consip, deducendo l'illegittimità dell'escussione delle cauzioni per violazione degli artt. 38, 48 e 75 d.lgs. n. 163 del 2006 e della *lex specialis* che non consentivano l'escussione nei confronti del mero concorrente non aggiudicatario (come nel caso di -OMISSIS-); la violazione dei principi di legalità e di proporzionalità, avendo Consip disposto l'escussione milionaria come conseguenza automatica di un'esclusione a sua volta basata su di una valutazione discrezionale della stazione appaltante e senza alcuna considerazione circa l'assenza dell'elemento soggettivo della colpa in capo al -OMISSIS-; la mancata considerazione delle misure di *self cleaning*, riconosciute efficaci dalla stessa Consip e tutte implementate al momento di adozione del provvedimento di escussione delle cauzioni assunto solo nel 2020; la violazione dei principi del *ne bis in idem* e del principio di proporzionalità, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU, per aver disposto in maniera pressoché automatica l'incameramento di cauzioni milionarie.

III.- La sentenza di primo grado.

Con sentenza del 5 febbraio 2021, n. 1504, il TAR Lazio ha respinto il ricorso di -OMISSIS-, ritenendo che: *“... non sembra dubbio che Consip abbia escusso sulla base della previsione secondo cui “la cauzione provvisoria copre e viene escussa per la mancata stipula della convenzione per fatto del concorrente... La formulazione guarda al bene finale della gara (appunto la stipula della Convenzione), anelato da tutti i concorrenti, senza che possa*

irragionevolmente inferirsi da ciò una limitazione della escussione nei riguardi del solo aggiudicatario; e nel momento in cui fa riferimento al “fatto del concorrente” certamente si riferisce alla riscontrata mancanza di un requisito di ordine generale, posto che l’integrità morale dell’operatore è condizione essenziale per la partecipazione.

... vi è un automatismo tra esclusione ed escussione, prescindendosi dalla tipologia (tassativa e vincolata ovvero facoltativa) della causa che l’ha determinata e dalla necessità di motivare il provvedimento, trattandosi di atto consequenziale.

... le misure di self cleaning valgono solo de futuro e non possono essere considerate al fine di esentare il concorrente dalla misura espulsiva (e dunque dalla escussione automatica della cauzione), la quale va vagliata alla luce del quadro fattuale esistente al momento della medesima gara de qua, come da univoca giurisprudenza della Sezione e del Giudice di appello. Per altro, le misure stesse sono state anche considerate da parte di Consip, in sede di esclusione, e ritenute inidonee in quanto tra l’altro adottate successivamente alla presentazione dell’offerta.

... pare evidente la differente “causa” del provvedimento antitrust e della cauzione: l’uno diretto a sanzionare l’illecito anticoncorrenziale commesso “nel mercato”; l’altra a compensare il pregiudizio patito dall’amministrazione per effetto della patologia procedurale connessa all’esclusione, tramite l’intervento per altro di soggetto terzo che sopporta il peso economico dell’esclusione in forza di garanzia sostanzialmente assicurativa.

Deve ribadirsi che l’escussione delle garanzie provvisorie per l’assenza di un requisito essenziale ai fini della partecipazione alla gara e la collegata esclusione sono misure previste dall’ordinamento rispettivamente a presidio dell’elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico e a presidio del patto di integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche”.

IV – Il giudizio di appello.

-OMISSIS- ha proposto appello avverso la sentenza succitata, deducendo i seguenti motivi di gravame:

*I. Sull’erroneità della sentenza nella parte in cui ha escluso l’illegittimità dell’escussione per violazione della *lex specialis* e degli artt. 38, 48 e 75 d.lgs. n. 163 del 2006, atteso che l’escussione della cauzione provvisoria non potrebbe essere effettuata nei confronti del soggetto non ancora aggiudicatario della gara.*

II. Sull’erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto legittima l’automatica escussione della cauzione quale conseguenza di un’esclusione disposta ai sensi dell’art. 38, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto la stazione appaltante non potrebbe escutere le cauzioni in via automatica e, dunque, prescindendo completamente dalla considerazione dell’elemento soggettivo del concorrente; inoltre, l’escussione non potrebbe essere conseguenza dell’applicazione di una clausola di esclusione frutto di una valutazione discrezionale da parte della Stazione appaltante.

III. Sull'erroneità della sentenza nella parte in cui ha escluso la rilevanza delle misure di *self cleaning* di -OMISSIS- rispetto all'escussione delle cauzioni, atteso che le misure di *self cleaning*, in quanto adottate prima dell'escussione, sarebbero state illegittimamente trascurate nella valutazione di Consip, che non le avrebbe valutate neppure ai fini di escludere l'automatismo nell'escussione delle cauzioni.

IV. Sull'erroneità della sentenza nella parte in cui ha escluso la violazione del principio di proporzionalità, del divieto *di bis in idem* e la natura sanzionatoria dell'escussione.

Sulla scorta delle suddette considerazioni, -OMISSIS- ha sollevato questione di legittimità costituzionale per contrasto con il parametro costituzionale di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3 della Costituzione) e ha chiesto di disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art. 267 TFUE al fine di sottoporre le seguenti questioni pregiudiziali:

- se gli artt. 16 e 50 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, gli artt. 18, 49, 50, 54, 56, 63 e 106 del TFUE, ostino a norme interne 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, benché il medesimo operatore economico sia stato già destinatario, in relazione alla medesima ed unitaria condotta, di altra sanzione definita a seguito di apposito procedimento attivato ad opera di altra competente Autorità del medesimo Stato membro.

Consip S.p.a. ha resistito al gravame chiedendone il rigetto, mentre -OMISSIS- si è costituita in adesione all'appello.

Con ordinanza collegiale n. 7046/2021, *“Considerato che la Sezione, con ordinanza n. 3299 del 26 aprile 2021 – resa nell’ambito di una controversia avente ad oggetto l’escussione da parte di Consip di cauzioni provvisorie nei confronti di un concorrente non aggiudicatario escluso da una gara bandita nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 – ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle previsioni dell’art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, in combinato disposto con l’art. 216 del medesimo decreto legislativo, per contrasto con gli artt. 3 e 117 della Costituzione, confermando come “la misura sanzionatoria amministrativa prevista dall’art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 abbia natura punitiva e soggiaccia pertanto alle garanzie che la Costituzione ed il diritto internazionale assicurano alla materia, ivi compresa la garanzia della retroattività della lex mitior”, e ha ravvisato un profilo di contrasto con il parametro costituzionale “delle disposizioni che precludono l’applicabilità, al caso di specie, della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta – la quale prevede l’escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell’aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell’aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica – in quanto già in vigore al momento dell’adozione, da parte di Consip s.p.a., del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria” e “Ritenuto che la risoluzione della questione di legittimità costituzionale di cui alla ricordata ordinanza n. 3299/2021 risulta rilevante e pregiudiziale anche ai fini della decisione dell’appello in discussione, per evidente sovrapposibilità della fattispecie di cui all’ordinanza di rimessione con quella che forma oggetto del presente contenzioso relativo ad analogo provvedimento di escussione della cauzione provvisoria adottato da Consip*

nell'ambito della Gara Sanità” la sezione ha ritenuto, per ragioni di economia processuale e di omogeneità delle decisioni da adottare, di disporre la sospensione impropria del giudizio, ai sensi degli artt. 79, comma 1, c.p.a. e 295 c.p.c., in attesa del deposito della suddetta decisione da parte della Corte Costituzionale.

Con sentenza n. 198 del 2022 la Corte costituzionale ha dichiarato: *“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, dal Consiglio di Stato, sezione quinta, con l’ordinanza in epigrafe indicata”*.

Con la suddetta decisione la Corte costituzionale ha escluso 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, e ha escluso la natura di sanzione “punitiva” dell’incameramento della cauzione provvisoria, perché 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, anche in considerazione del fatto che, nello specifico caso sottoposto all’esame, l’importo della cauzione non raggiungeva un particolare grado di severità.

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, raggiungendo l’importo di circa 12 milioni di euro, e che il -OMISSIS- è già stato destinatario di una sanzione pecuniaria di 17 milioni di euro per l’illecito antitrust.

V – L’individuazione della fattispecie controversa e la normativa applicabile.

Come emerge dalla esposizione fin qui svolta, -OMISSIS- contesta la legittimità dell’escussione delle cauzioni provvisorie in seguito all’esclusione dalla Gara Sanità 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 (309) 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 (ristorare il danno cagionato alla stazione appaltante, danno che, nella specie, Consip non ha subito in ragione dell'esclusione di -OMISSIS- dalla gara perché lo stesso non era aggiudicatario, ma mero concorrente, sicché la sua esclusione non ha comportato 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'assai ingente e oneroso importo di quasi euro 12 milioni, sarebbe una sanzione del tutto immotivata ed irragionevole, patentemente sproporzionata rispetto alla condotta tenuta da -OMISSIS- e che darebbe luogo ad un'interpretazione degli artt. 48 e 75 del Codice in radicale ed insanabile contrasto con i principi e le previsioni, costituzionali ed europee, quali quelli 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. 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.

Ed ancora, l'escussione delle fideiussioni si tradurrebbe di fatto nell'applicazione di una sanzione pecuniaria pesantissima, che duplica quella già irrogata al -OMISSIS- con il provvedimento sanzionatorio antitrust (e di importo che eguaglia quasi lo stesso ammontare, ossia quasi 12 milioni di euro per l'escussione delle cauzioni sulla Gara Sanità a fronte di 17 milioni di euro, già versati, per la sanzione antitrust), con conseguente violazione del principio del *ne bis in idem*.

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 a -OMISSIS-, per lo stesso l'escussione delle cauzioni provvisorie acquisisce i connotati di una sanzione cui non può che necessariamente riconoscersi carattere penale, secondo l'accezione cristallizzata nell'insegnamento 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. Ciò a maggior ragione ove si consideri che, in relazione all'illecito concorrenziale accertato dall'AGCM, il -OMISSIS- è già stato destinatario di una rilevantissima sanzione pecuniaria di 17 milioni di euro.

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, emerge una palese assenza di giusto bilanciamento tra interesse pubblico e diritti fondamentali garantiti a livello europeo. Ed infatti, l'odierno appellante è stato destinatario di una sanzione pecuniaria dall'importo rilevantissimo, in virtù di un 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).

E' stato affermato che *"il cumulo di sanzioni di natura penale deve accompagnarsi a norme che consentano di garantire che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte corrisponda alla gravità del reato di cui trattasi"* con il conseguente *"obbligo per le autorità competenti, in caso di irrogazione di una seconda sanzione, di assicurarsi che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte non ecceda la gravità del reato accertato"* (Corte di Giustizia, Grande Sezione, causa C-537/17, sent. 20 marzo 2018).

Il principio di proporzionalità, peraltro, deve essere applicato in maniera ancor più significativa laddove vi sia un contesto normativo di non immediata interpretazione (cfr. CGUE, sentenza 12 luglio 2001, C-262/99), che senz'altro sarebbe quello in cui ci si muove nel caso specie, atteso che la questione circa la riconducibilità dell'illecito antitrust nell'alveo del grave errore professionale sarebbe tutt'altro che univoca, tanto da aver richiesto il pronunciamento della Corte di Giustizia.

Sarebbe allora evidente il contrasto degli artt. 38, comma 1, lett. f), e 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 con le norme e 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 e, in particolare, della prevedibilità dell'esclusione.

Il contrasto del provvedimento di escussione delle cauzioni con il diritto europeo emergerebbe anche sotto ulteriore profilo. Più in dettaglio, vengono in rilievo gli artt. 4, Protocollo 7, della CEDU e 50 della Carta di Nizza, recanti il principio *ne bis in idem*.

Si è detto che in relazione all'illecito antitrust contestato a -OMISSIS-, l'AGCM ha irrogato una pesantissima sanzione pecuniaria di 17 milioni di euro, che il -OMISSIS- ha già pagato.

L'escussione delle polizze fideiussorie qui in discussione costituirebbe l'ennesima conseguenza della medesima condotta (i.e. l'illecito anticoncorrenziale) già oggetto di sanzione pecuniaria da parte dell'AGCM, con l'effetto di duplicare illegittimamente il trattamento sanzionatorio inflitto al -OMISSIS- appellante, che ha comunque già subito l'esclusione dalla gara.

Per l'appellante, la sanzione antitrust e l'escussione della cauzione provvisoria hanno (illegittimamente) avuto ad oggetto la tutela del medesimo bene giuridico, costituito dalla finalità dissuasiva e repressiva (dunque sanzionatoria) di una condotta in conflitto con l'interesse pubblico connesso con lo svolgimento delle procedure di affidamento dei contratti. Sia il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, sia l'escussione delle garanzie provvisorie hanno riguardato una materia sostanzialmente afflittiva e sanzionatoria – penale, nell'accezione europea – di talché non può che trovare applicazione la regola del *ne bis in idem*.

Vengono nuovamente in rilievo, allora, i canoni ermeneutici elaborati dalla Corte EDU con la citata sentenza Grande Stevens, con la quale – a fronte di una cornice analoga a quella connessa con l'affiancarsi del procedimento dinanzi l'ANAC e del giudizio dinanzi codesto ecc.mo Consiglio di Stato – è stato stabilito che un "*tale sistema di sanzioni a doppio binario viola il principio del ne bis in idem, sia nella sua concezione dogmatica, sia nella sua attuale applicazione*", atteso che le norme

sanzionatorie "*hanno ... per oggetto una violazione derivante da una sola condotta e ... tutelano lo stesso «bene giuridico»*".

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:

a) 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;

b) che permetta l'automaticità dell'escussione delle cauzioni anche nelle ipotesi in cui l'operatore economico sia già stato sanzionato, quale effetto di una medesima condotta, in altro procedimento, in possibile contrasto con il richiamato principio del *ne bis in idem* di cui agli artt. 4, Protocollo 7, della CEDU e 50 della Carta di Nizza.

VI - 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, benché il medesimo operatore economico sia stato già destinatario, in relazione alla medesima ed unitaria condotta, di altra sanzione definita a seguito di apposito procedimento attivato ad opera di altra competente Autorità del medesimo Stato membro”.

La segreteria della sezione curerà la trasmissione della presente ordinanza alla cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione Europea, mediante plico raccomandato al seguente indirizzo: Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925, Lussemburgo. 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'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 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 nella camera di consiglio del giorno 2 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere