

Alla Corte di Giustizia la questione della compatibilità con il diritto UE e con la Cedu dell'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione dell'operatore economico

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 14-9-2023

La sezione V del Consiglio di Stato con ordinanza n. 5618 del 7 giugno 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 una norma interna 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, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario della gara”.

Guida alla lettura

Con ordinanza n. 5618 del 7 giugno 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 principio di proporzionalità in applicazione dell'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica derivante dall'esclusione dell'operatore da un affidamento pubblico, in assenza di condotte soggettivamente riferibili al medesimo.

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 di proporzionalità, in considerazione del fatto che l'operatore escluso sarebbe destinatario di una sanzione pecuniaria, in virtù di un mero automatismo e senza alcuna adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto.

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, per definizione impedita da un automatismo legislativo.

Nello specifico, 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, dall'incameramento automatico della cauzione, nonostante l'assenza di danno, emergerebbe una palese assenza di giusto bilanciamento tra interesse pubblico e diritti fondamentali garantiti a livello europeo.

Peraltro, anche l'art. 1, Prot. 1 della Cedu 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 e il sacrificio eccessivo e sproporzionato rispetto allo scopo.

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 una norma interna 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, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario della gara”*.

REPUBBLICA ITALIANA**Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 5189 del 2021, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Scacchi, Francesco Vagnucci, Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

-OMISSIS-. in proprio ed in qualità di -OMISSIS-., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Patrizio Leozappa, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giovanni Antonelli 15;

contro

-OMISSIS-, 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 proprio e quale Mandataria -OMISSIS-. e in proprio, -OMISSIS-. e in proprio, -OMISSIS-, non costituiti in giudizio;
-OMISSIS-., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Caracciolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 2565/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS- e di -OMISSIS-;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 febbraio 2023 il Cons. Gianluca Rovelli, uditi per le parti l'avvocato Vagnucci e l'avvocato dello Stato Pintus e dato atto, altresì, del deposito della richiesta di passaggio in decisione senza la preventiva discussione, ai sensi del Protocollo d'intesa del 10 gennaio 2023, da parte degli avvocati Leozappa, Cancrini, Scacchi e Zaccone.

1 – I fatti di causa.

Consip, con Bando pubblicato sulla GURI n. 143/2015, ha indetto una gara ai sensi del d.lgs. n. 163/2006 per l'affidamento del Servizio Integrato Energia e dei Servizi connessi per le P.A., edizione 4.

Nel termine di presentazione delle offerte del 30 marzo 2016 -OMISSIS- ha presentato offerta per i Lotti 14, 15 e 16.

Hanno esposto le appellanti che la gara, che avrebbe dovuto concludersi entro il termine del 25 marzo 2017, è stata fatta oggetto di quattro proroghe, il che ha comportato per -OMISSIS- di dover procedere a reiterate conferme delle offerte e all'estensione delle garanzie provvisorie per i Lotti 14, 15 e 16, da ultimo, fino al 4 novembre 2020.

In vista della seduta di apertura delle offerte economiche del 28 gennaio 2019, -OMISSIS- era stata ammessa con riserva con riferimento ai lotti per cui ha presentato offerta, in ragione della necessità di valutare le circostanze emerse a seguito di procedimenti giudiziari a rilevanza penale che coinvolgevano la -OMISSIS- S.p.A. (ora -OMISSIS- S.p.A.), Consorziata della -OMISSIS-, in ordine al possesso ininterrotto, in capo al concorrente, dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38.

Non essendo intervenuta alcuna decisione in ordine alla riserva così assunta, con nota 29 marzo 2019, il Presidente del Seggio di Gara comunicava che quella presentata da -OMISSIS- era risultata la migliore offerta nel Lotto 15.

Successivamente, Consip con nota in data 3 luglio 2020, dava avvio ad un procedimento di esclusione *“al fine di valutare il possesso del requisito di cui all'art. 38, co. 1, lett. f), del D. Lgs. n. 163/2006 [...], con riferimento alla posizione della -OMISSIS- e -OMISSIS-, oggi -OMISSIS-”*.

Con distinte note in data 13 luglio 2020, -OMISSIS- e -OMISSIS- S.p.A. presentavano le rispettive difese scritte.

Consip, con provvedimento in data 1° settembre 2020, disponeva l'esclusione di -OMISSIS- dalla Gara SIE 4 e l'escussione delle cauzioni provvisorie prestate per i Lotti 14, 15 e 16, intimando il pagamento dell'importo di € 900.000.

Le appellanti hanno proposto ricorso al TAR Lazio. In esito alla camera di consiglio del 21 ottobre 2020, il Collegio accoglieva la domanda di sospensione dei provvedimenti di escussione delle cauzioni provvisorie, contestualmente fissando al 24 febbraio 2021 l'udienza di merito.

Nelle more, Consip comunicava l'aggiudicazione del lotto 14 in favore del -OMISSIS-.

Avverso il suddetto provvedimento veniva proposto ricorso per motivi aggiunti censurandone l'illegittimità derivata dai vizi già dedotti a carico dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo.

Con sentenza del 3 marzo 2021 n. 2565, il TAR Lazio ha rigettato il ricorso introduttivo e dichiarato inammissibile il terzo motivo di ricorso, respingendo altresì il ricorso per motivi aggiunti.

Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, -OMISSIS- S.c.a.r.l. e -OMISSIS- S.p.A. hanno chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua di sei articolati motivi, rubricati: *"I. – ERROR IN IUDICANDO: Sull'illegittimo protrarsi delle operazioni di gara e sulla violazione delle norme sul contraddittorio procedimentale; II. ERROR IN IUDICANDO ED OMESSA PRONUNCIA O INSUFFICIENTE MOTIVAZIONE IN ORDINE AL II MOTIVO DI RICORSO; III. SULL'ERRONEO RIGETTO DEL IV MOTIVO DI RICORSO; IV. SULL'ERRONEO RIGETTO DEL V MOTIVO DI RICORSO; V. IN SUBORDINE, RICHIESTE DI QUESITI PREGIUDIZIALI ALLA C.G.U.E. EX ART. 267, III COMMA, TFUE; VI. RIPROPOSIZIONE DEI MOTIVI AGGIUNTI PER ILLEGITTIMITÀ DERIVATA DELL'AGGIUDICAZIONE DEL LOTTO 14"*.

Hanno resistito al gravame, chiedendone il rigetto, -OMISSIS- e -OMISSIS-.

Alla udienza pubblica del 17 febbraio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. – La sentenza non definitiva del 14 luglio 2022 n. 5973.

Con la sentenza non definitiva n. 5973/2022 questa Sezione così decideva:

"- rigetta i motivi di appello con esclusione del solo quarto motivo (in parte motiva, sub § 23);

- sospende il processo per la definizione della questione posta con il quarto motivo di appello fino all'esito del giudizio sulla questione di legittimità costituzionale sollevata con ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3299 del 26 aprile 2021".

Come si può vedere, la Sezione ha respinto tutti i motivi di appello fatta eccezione per quello inerente l'escussione della garanzia provvisoria.

Sul motivo non è stata assunta ancora alcuna decisione definitiva ed è stato, in prima battuta, sospeso il giudizio tenuto conto della necessità di attendere l'esito del giudizio di costituzionalità sulla questione sollevata con ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3299 del 26 aprile 2021.

Si è in sostanza ritenuto che la questione potesse essere risolta nell'ambito del diritto interno.

3. – *La sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 2022.*

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.

Secondo 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”.*

4. – *La memoria di -OMISSIS- -OMISSIS-. depositata il 17 gennaio 2023.*

A seguito di rituale istanza di fissazione udienza per processo sospeso, -OMISSIS- -OMISSIS-, con memoria depositata il 17 gennaio 2023 ha affermato, in sintesi, che:

a) sia palese la natura sanzionatoria e finalità afflittiva ai sensi dei c.d. “criteri Engel” individuati dalla Corte EDU e della Carta di Nizza dell'atto di escussione delle cauzioni provvisorie in concreto adottato da Consip, come dedotto nel quinto motivo di appello;

b) sussistono tutti i presupposti per sollevare la questione di compatibilità degli artt. 38, 48 e 75 del d.lgs. 163/2006 con il Diritto dell'Unione Europea e, in particolare, con il principio di

proporzionalità, quale criterio dei Trattati eurounitari e delle previsioni delle Direttive 17 e 18/2004/CE, nella misura in cui la normativa italiana, ove da intendersi nel senso fatto proprio da Consip, contrasta con il suddetto principio e con le richiamate Direttive, al contenuto delle quali ultime sono senz'altro estranee sanzioni altamente afflittive ed irragionevoli quale quella qui contestata;

c) sia necessario sollevare, in relazione al principio di proporzionalità, di cui al Trattato, Titolo III, Articolo I-11, punto 4 dei "Principi fondamentali", la seguente questione pregiudiziale: *"Se le Dir.2014/23, 2014/24 e 2014/25 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26.02.2014, ostino all'applicazione di disposizioni nazionali, come quella di cui all'art. 48 del d.lgs. 163/2006, che prevedono, in caso di mancata prova o di mancata conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, oltre all'esclusione dalla gara, anche l'escussione della garanzia provvisoria; in particolare, se tali disposizioni nazionali siano compatibili con i principi fondamentali del diritto dell'Unione europea e segnatamente del principio di proporzionalità"*.

5. La normativa applicabile.

Come emerge dalla esposizione fin qui svolta, -OMISSIS- -OMISSIS- contesta la legittimità dell'escussione delle cauzioni provvisorie disposta 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”.

6. Le argomentazioni dell'appellante.

In sintesi, secondo l'appellante:

a) l'escussione delle polizze prestate è stata disposta quale automatica conseguenza del provvedimento di esclusione della -OMISSIS- dalla gara, senza in alcun modo considerare che, nel caso di specie, i fatti e le circostanze addotti a sostegno dell'esclusione – vale a dire le condotte ascritte ai danti causa di -OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS- – non sarebbero in alcun modo soggettivamente riferibili alla -OMISSIS-;

b) la contestata escussione è stata disposta alla stregua di una sanzione a titolo di responsabilità oggettiva, in assenza cioè di alcuna indagine sulla effettiva riferibilità soggettiva degli episodi contestati alla -OMISSIS- né, soprattutto, a -OMISSIS-;

c) da ciò discende l'illegittimità dell'escussione della cauzione provvisoria in relazione ai lotti a cui -OMISSIS- ha partecipato, pur pacificamente non risultandone aggiudicataria;

d) -OMISSIS- non è aggiudicataria di nessuno dei lotti cui l'escussione delle polizze si riferiscono (-OMISSIS- si sarebbe posizionata nelle distinte graduatorie dei Lotti 14, 15 e 16, rispettivamente al quarto, secondo e terzo posto): e, quindi, la sanzione in contestazione non

assolve una funzione indennitaria;

e) la natura sanzionatoria e finalità afflittiva ai sensi dei c.d. “criteri Engel” individuati dalla Corte EDU e della Carta di Nizza dell’atto di escussione delle cauzioni provvisorie in concreto adottato da Consip, come dedotto nel quinto motivo di appello, dovrebbe indurre a sollevare la questione di compatibilità degli artt. 38, 48 e 75 del d.lgs. 163/2006 con il Diritto dell’Unione Europea e, in particolare, con il principio di proporzionalità, quale criterio dei Trattati eurounitari e delle previsioni della Direttive 17 e 18 /2004/CE, nella misura in cui la normativa italiana, ove da intendersi nel senso fatto proprio da Consip, contrasta con il suddetto principio e con le richiamate Direttive, al contenuto delle quali ultime sono senz’altro estranee sanzioni altamente afflittive ed irragionevoli quale quella qui contestata.

7. La decisione. La questione pregiudiziale rimessa alla Corte di Giustizia.

Il Collegio rileva che la ricostruzione prospettata dall’appellante, tenuto conto che la pronuncia della Corte costituzionale n. 198 del 2022 non si è rivelata del tutto decisiva per la risoluzione della presente controversia, potrebbe disvelare 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. artt. 18, 49, 50, 54, 56, 57 e 63 TFUE, contrasto che, a questo punto, diviene rilevante per decidere la parte del presente giudizio che non è stata ancora decisa.

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, 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 risultata l'appellante destinataria 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 degli artt. 38, comma 1, lett. f), 48 e 75 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.

Alla luce di tali considerazioni, il Collegio, non essendo intervenuta alcuna decisione definitiva su questo segmento della controversia, e tenuto conto dei residui dubbi interpretativi che permangono, pure a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 198 del 2022, 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.

La questione è rilevante, conformemente alle "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" in quanto:

a) *“Un giudice nazionale può indirizzare alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale non appena constati che una pronuncia relativa all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione è necessaria ai fini della decisione che esso deve emanare”;*

b) *“Dal momento che, tuttavia, tale domanda servirà da base per il procedimento che si svolgerà dinanzi alla Corte e che quest'ultima deve poter disporre di tutti gli elementi che le consentano sia di verificare la propria competenza a rispondere alle questioni poste, sia di fornire, in caso affermativo, una risposta utile a tali questioni, è necessario che la decisione di effettuare un rinvio pregiudiziale venga presa in una fase del procedimento nella quale il giudice del rinvio sia in grado di definire con sufficiente precisione il contesto di fatto e di diritto del procedimento principale, nonché le questioni giuridiche che esso solleva”.*

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

Ai sensi delle “Raccomandazioni all'attenzione dei Giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” sopra citate, vanno trasmessi, a cura della segreteria della Sezione, la sentenza non definitiva emessa nel presente giudizio e gli ulteriori atti componenti il fascicolo della presente causa.

In conseguenza della rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale di cui sopra il presente giudizio, nella parte in cui non è ancora stato definito, 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 10 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.