



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

News n. 90 dell' 11 luglio 2023
a cura dell'Ufficio del massimario

La V sezione del Consiglio di Stato dispone un nuovo, ulteriore, rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE al fine di verificare la compatibilità della disciplina interna della automatica escussione della garanzia provvisoria – a seguito, nel caso di specie, di esclusione dalla gara in ordine al possesso ininterrotto, in capo al concorrente, dei requisiti di ordine generale – con l'ordinamento eurounitario e, segnatamente, con i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, nell'ipotesi che l'operatore economico attinto non sia risultato aggiudicatario.

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 7 giugno 2023, n. 5618 – Pres. Sabatino, Est. Rovelli

Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Garanzia – Esclusione di operatore economico non aggiudicatario – Escussione automatica – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Va rimessa alla Corte di giustizia UE la 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” (1).

(1) I. – Con la ordinanza in rassegna la quinta sezione del Consiglio di Stato ha disposto un nuovo, ulteriore, rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE dubitando della compatibilità col diritto europeo dell'obbligo – di incameramento automatico della garanzia provvisoria negli appalti pubblici in danno dell'operatore economico non aggiudicatario che sia stato escluso dalla gara – previsto nella previgente disciplina di cui al d.lgs. n. 163 del 2006.

Ciò in un sistema che ammette l'automatismo nell'incameramento delle cauzioni provvisorie del soggetto 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.

Il caso in relazione al quale si è innestato il rinvio riguarda l'esclusione – e correlata escussione della cauzione – di un operatore economico partecipante alla gara in ragione del mancato possesso ininterrotto, in capo al medesimo concorrente non aggiudicatario, dei requisiti di ordine generale.

Il rinvio pregiudiziale segue quelli, paralleli ma discendenti da presupposti di fatto diversi, disposti con pronunce della stessa sezione V (alle quali si rinvia per ogni ulteriore approfondimento e anche per i testi delle disposizioni di riferimento) 28 febbraio 2023, n. 2033 (oggetto della News UM in data 31 marzo 2023), 29 marzo 2023, n. 3264 (oggetto della News UM in data 5 maggio 2023), 6 aprile 2023, n. 3571 (oggetto della News UM in data 12 maggio 2023), inerenti alla compatibilità della disciplina interna con l'ordinamento UE della automatica escussione della garanzia provvisoria a seguito di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti (diversi, nei singoli casi) di partecipazione alla gara.

II. – Dopo aver proceduto alla ricostruzione del quadro normativo rilevante (la procedura di gara ricade *ratione temporis* sotto la vigenza del secondo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006), il collegio – anche in questo caso, come d'altronde avvenuto con i precedenti rinvii pregiudiziali di cui si è detto – ha osservato che:

- a) la pronuncia della Corte costituzionale 26 luglio 2022, n.198 (oggetto della News UM in data 24 ottobre 2022) non si è rivelata del tutto decisiva per la risoluzione della controversia: essa potrebbe disvelare un contrasto con norme e principi del diritto europeo espressi dagli artt. 6, 7 e 13 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 UE, dall'art. 6 TUE, dagli artt. artt. 18, 49, 50, 54, 56, 57 e 63 TFUE;
- b) la Corte EDU (sentenza 4 marzo 2014, causa Grande Stevens ed altri c. Italia, in Giornale dir. amm., 1, 2014, 1053 ss. con nota di ALLENA; Dir. penale contemporaneo, 3-4., 2014, con nota di DE AMICIS; Dir. penale e processo, 12, 2014, 82 ss., con nota di LAVARINI; cfr. anche sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi del giorno 8 giugno 1976; nonché sentenza Zolotoukhine, 10 febbraio 2009 e Corte di giustizia UE, grande sezione, sentenza 5 giugno 2012, C-489/10) 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, § 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 Corte di giustizia UE, grande sezione, 5 giugno 2012, C-489/10, cit.);
- c) 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)";

- d) in ragione dell'entità e assoluta rilevanza 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;
- e) assumerebbe anzitutto rilievo l'art. 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali UE a mente del quale *"le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato"*;
- f) nel caso di specie, emergerebbe una palese assenza di giusto bilanciamento tra interesse pubblico e diritti fondamentali garantiti a livello europeo, essendo risultato l'odierno appellante destinatario di una sanzione pecuniaria dall'importo rilevantissimo, 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;
- g) 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);
- h) sarebbe allora evidente il contrasto degli artt. 38, comma 1, lett. f), e 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 con le norme ed i principi, costituzionali ed europei, in tema di proporzionalità delle sanzioni, ove essi siano interpretati nel senso di consentire, in ogni caso (ed in disparte un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto), l'automatico incameramento della cauzione provvisoria a seguito dell'esclusione;
- i) 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.

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

- j) si veda la News UM a Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2023, n. 3571, cit., in data 12 maggio 2023 in relazione ai profili di seguito indicati:
- j1) sulla non retroattività del regime più favorevole introdotto dal d.lgs. n. 50 del 2016 in tema di escussione della garanzia provvisoria;
 - j2) sulla previsione della garanzia provvisoria a corredo dell'offerta che copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario quale sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la proposta di aggiudicazione e l'aggiudicazione;
 - j3) sull'escussione della garanzia provvisoria in ipotesi di mancato possesso dei requisiti generali; sulla escussione della garanzia provvisoria e definitiva in ipotesi di violazione dei c.d. patti di integrità;
 - j4) sull'escussione della garanzia e mutamento delle condizioni economiche prima della stipulazione del contratto; sull'escussione della cauzione quale liquidazione anticipata dei danni subiti dalla stazione appaltante;
 - j5) sulla funzione della garanzia; sulla doverosità dell'incameramento della cauzione in caso di esclusione dalla gara per irregolarità insanabile della documentazione;
 - j6) sulla (ir)rilevanza del dolo e della colpa nella condotta dell'operatore economico che ha dato luogo all'incameramento della cauzione;
 - j7) sulla riconducibilità dell'istituto della cauzione provvisoria alla caparra confirmatoria;
 - j8) sull'escussione della cauzione quale conseguenza automatica dell'esclusione;
 - J9) sulla natura e finalità del diverso istituto della garanzia prevista dall'art. 103, comma 7, d. lgs. n. 50 del 2016.

