

Iscritto nel Registro della Corte
di giustizia sotto il n° 1261866
Lussemburgo, 03.07.2023 Per il Cancelliere
Fax/E-mail:
Depositato il: 30/06/23 Cesare Di Bella
Amministratore

Versione anonimizzata

C-403/23 - 1

Causa C-403/23

Domanda di pronuncia pregiudiziale

Data di deposito:

30 giugno 2023

Giudice del rinvio:

Consiglio di Stato (Italia)

Data della decisione di rinvio:

16 giugno 2023

Appellante:

Luxone Srl, in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con
Iren Smart Solutions SpA

Appellata:

Consip SpA

[OMISSIS]

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso [OMISSIS] proposto da

Luxone S.r.l. in proprio e quale Mandataria del Rti Costituendo con Iren Smart
Solutions S.P.A [OMISSIS]

IT

contro

Consip Spa, [OMISSIS]

nei confronti

Elba Compagnia di Assicurazioni e Riassicurazioni S.p.A., Gi One S.p.A., Iren Smart Solutions S.p.A., Consorzio Stabile Energie Locali S.C.Ar.L., City Green Light S.r.l., [OMISSIS]

Enel Sole S.r.l., [OMISSIS]

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n 4505/2021, resa tra le parti

[OMISSIS] *[formule di rito]*

I) FATTO

1. Consip S.p.A., con bando pubblicato sulla GURI n. 150 del 21.12.2015, ha indetto una gara a procedura aperta, ai sensi del D. Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. (d'ora in poi anche "Codice"), per l'affidamento della fornitura del Servizio Luce e dei servizi connessi ed opzionali - edizione 4 - ID 1614, suddivisa in 12 Lotti geografici.

1.2. Nel termine di presentazione delle offerte del 21.03.2016, ha presentato offerta, per i Lotti 1, 8, 10 e 11, il costituendo RTI allora composto dalla Capogruppo mandataria, Conversion & Lighting S.r.l. (poi divenuta Luxone S.r.l.) e dalle mandanti Consorzio Stabile Energie Locali S.c. a r.l., Iren Servizi e Innovazione S.p.A. (poi divenuta Iren Smart Solutions S.p.A.), Gestione Integrata S.r.l. e Exitone S.p.A., nelle posizioni delle quali ultime è subentrata, nel corso del 2018, Gi One, quale affittuaria dei rispettivi complessi aziendali, in forza dei contratti di affitto d'azienda in data 28.07.2018 e 9.08.2018.

Segnatamente, con comunicazione datata 28 settembre 2018, Gi One ha chiesto a Consip di prendere atto del proprio subentro ad Exitone e a Gestione Integrata [OMISSIS] *[atti notarili relativi ai contratti di affitto]* Ha altresì precisato che "per effetto dei citati atti, Gi One S.p.A. subentra in tutti i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti di Exitone S.p.A. e Gestione Integrata S.r.l., subentrando senza soluzione di continuità ad esse a tutti gli effetti di legge nei requisiti tecnici, economici, finanziari da queste ultime posseduti".

1.3. Consip, pur essendosi riservata - in occasione dell'avvio del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ex art. 87 del D. Lgs. n. 163/2006, risalente al 18.04.2018 - di valutare il possesso ininterrotto in capo all'allora mandante Exitone S.p.A., dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del D. Lgs.

163/2006, in ragione della necessità di valutare le circostanze emerse a seguito di procedimenti giudiziari a rilevanza penale che coinvolgevano l'amministratore della medesima società, non avviava, neppure in occasione del subentro di Gi One nelle posizioni originarie delle mandanti Exitone e Gestione Integrata, alcun conseguente procedimento.

1.4. Nel frattempo, la procedura di gara, pur dovendo concludersi - ai sensi del §1.1. del Disciplinare - entro il termine ultimo del 18.4.2017, diveniva oggetto di otto proroghe aventi il *"fine di garantire a Consip S.p.A. i tempi necessari per la conclusione della procedura"*, con la conseguente necessità di reiterate conferme delle offerte nel tempo scadute e l'estensione delle garanzie provvisorie.

1.5. In occasione della settima richiesta di conferma delle offerte del 2.03.2020, i componenti dell'originario raggruppamento temporaneo di imprese, con nota in data 30.03.2020, rappresentavano a Consip: *"Con riferimento... alla richiesta di conferma delle offerte dei Lotti nn. 1, 8, 10 e 11 di cui alla Nota Consip S.p.A. del 2 marzo 2020... con la presente, LUXONE S.r.l. e Iren Smart Solutions S.p.A. intendono confermare le Offerte di cui ai suddetti..., producendo la*

documentazione richiesta nella Nota oggetto di riscontro, così come di seguito precisato. Le Società Gi ONE S.p.A. e Consorzio Stabile Energie Locali S.C.A.R.L. hanno manifestato e anche qui manifestano la loro volontà -... - di non confermare le Offerte stante la impreveduta e imprevedibile durata pluriennale delle operazioni propedeutiche all'affidamento della gara in oggetto, che, di fatto, ha già comportato la necessità di confermare per ben sei volte la validità delle Offerte presentate e risalenti ormai all'anno 2016, con gli oneri aggiuntivi che ne sono conseguiti. Il che, unito all'incertezza sui tempi ancora necessari alla conclusione della gara, rende, per Gi ONE S.p.A. e Consorzio Stabile Energie Locali S.C.A.R.L., le Offerte in questione non più sostenibili dal punto di vista imprenditoriale e sotto il profilo della corretta e prudente gestione aziendale, anche in considerazione delle operazioni in atto sulla loro organizzazione aziendale. [...] LUXONE S.r.l. e Iren Smart Solutions S.p.A., pertanto, comunicano, a tutti gli effetti di legge, la propria volontà di confermare le Offerte per i Lotti nn. 1, 8, 10 e 11".

1.6. Con comunicazione in data 9.06.2020 peraltro Consip reiterava una nuova richiesta di conferma dell'offerta, giunta all'ottava scadenza, a tutti i componenti dell'originario RTI, richiedendo altresì l'estensione, sino al 30.11.2020, della validità della cauzione provvisoria.

1.7. In data 18.06.2020, Luxone e Iren Smart Solutions hanno quindi rappresentato nuovamente a Consip che *"con la presente, Luxone S.r.l. e Iren Smart Solutions S.p.A. intendono confermare le Offerte di cui ai suddetti Lotti..., [OMISSIS] [riferimenti alla richiesta di conferma].... Come infatti già ampiamente rappresentato nella richiamata Conferma delle Offerte del 30.03.2020, le Società Gi ONE S.p.A. e Consorzio Stabile Energie Locali S.C.A.R.L. hanno espresso la loro volontà... di non confermare le Offerte..."*; nota questa rimasta priva di riscontro ad opera di Consip.

1.8. Consip, con la Comunicazione in data 30.09.2020 [OMISSIS] avviava un *"procedimento ai sensi della legge n. 241/90 al fine di valutare il possesso del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del D. Lgs. n. 163/2006 e la legittimità del recesso delle mandanti Gi ONE S.p.A. e CSEL", sul presupposto che, in occasione della mancata conferma delle offerte del 30.03.2020, fosse stato da loro posto in essere un "recesso" abusivo dall'RTI.*

1.8.1 [OMISSIS] *[procedimento interno]*

1.9. Consip adottava in seguito i seguenti provvedimenti:

(i) il provvedimento prot. n. 47364/2020 del 11.11.2020, avente ad oggetto *"Gara per la fornitura del Servizio Luce e dei servizi connessi ed opzionali — edizione 4 — ID 1614 - Lotti 1, 8, 10 e 11 - Conclusione del procedimento ai sensi della legge n. 241/90. Comunicazione di esclusione ex artt. 79, comma 5, lett. b), 38, comma 1, lett. f), del D.Lgs. n. 163/2006 e per illegittimità del recesso"*

(ii) il provvedimento prot. n. 47532 del 12.11.2020 relativo all'escussione delle cauzioni provvisorie prestate per i Lotti 1, 8, 10 e 11, dell'importo complessivo di euro 2.950.000,00.

Il tutto contestando a:

- Gi One S.p.A. e Consorzio Stabile Energie Locali S.c.a.r.l., l'illegittimità del recesso, con relativa modifica in riduzione del RTI concorrente, attuato tramite la non conferma dell'offerta, avuto riguardo alla previsione dell'art. 11, comma 6, del D.lgs. 163/2006, *ratione temporis* applicabile alla procedura in esame, che stabilisce che l'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando (e, in caso di mancata indicazione, per 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione) e che la stazione appaltante può chiedere ai concorrenti il differimento di detto termine. Detta previsione normativa prevede in capo al concorrente - e dunque, nel caso di specie, al RTI nel suo complesso e non alle singole società che lo compongono - un diritto potestativo che gli permette di svincolarsi dall'offerta quando sia decorso un certo periodo di tempo dalla celebrazione della gara. Non sarebbe in alcun caso possibile, pertanto, esercitare tale diritto potestativo in maniera frazionata da parte soltanto di alcune delle imprese facenti parte del RTI.

- Gi ONE [,] le finalità elusive del recesso operato, in considerazione:

a) della pretesa riferibilità alla medesima di condotte asseritamente rilevanti in punto di inaffidabilità ex art. 38, comma 1, lett. c), del Codice, delle due società danti causa Exitone e Gestione Integrata per effetto degli intervenuti affitti dei rispettivi complessi aziendali, per i principi della responsabilità personale e della continuità economica d'impresa;

b) di *“condotte penalmente rilevanti (il procedimento di corruzione in atti giudiziari)”*, che al momento aveva avuto parziale conclusione nei confronti di taluni soggetti, ovvero i legali di Exitone [OMISSIS] *[nomi dei soggetti]*

c) di *“condotte penalmente rilevanti (il rinvio a giudizio per turbata libertà degli incanti)”* dei Signori [OMISSIS] *[nomi di soggetti]*

d) della notizia di stampa concernente una sentenza del 14 luglio 2020 del Tribunale di Messina, I sez. Penale, resa nei confronti di soggetti cessati dalle cariche ricoperte in Gi One e in Exitone [OMISSIS] *[nomi dei soggetti e altri dettagli sui medesimi]*

e) [OMISSIS] *[aspetto relativo alla risoluzione di un'altra Convenzione]*

- Luxone [,] un presunto difetto di moralità professionale, discendente dal *“rinvio a giudizio per la turbata libertà degli incanti e [d]alla sentenza del Tribunale di Messina...emerse a carico del Sig. [OMISSIS]...Presidente... della originaria mandataria e dante causa della Luxone... cessato dalla carica in data 22/07/2019”*;

- CSEL [,] l'elusività del recesso dal RTI che sarebbe derivata dall'asserita mancanza dei requisiti richiesti e dei mezzi necessari per l'esecuzione. Segnatamente, i suddetti requisiti sarebbero stati ceduti da CSEL al Consorzio Stabile Unienergie, nell'ambito dell'operazione di cessione del ramo d'azienda relativo ai servizi d'illuminazione pubblica, tale che nel periodo ricompreso tra l'1 gennaio 2020 e il 30 marzo 2020 (data in cui il CSEL aveva comunicato di non conformare le proprie offerte) il Consorzio sarebbe stato sprovvisto dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, che invece devono sussistere dal momento della presentazione della domanda di partecipazione sino all'aggiudicazione.

1.10. Con nota del 20.11.2020, [OMISSIS], *[procedura interna]* facendo riferimento agli addebiti formulati nei propri confronti da parte di Consip, CSEL assumeva nel merito di aver mantenuto (e di mantenere tutt'ora) la piena continuità del possesso di tutti i requisiti necessari alla partecipazione, dalla data di presentazione della domanda senza alcuna soluzione di continuità, evidenziando come la ragione della non conferma dell'offerta, non qualificabile in termini di recesso dal RTI concorrente, andasse inquadrata nell'ambito di un complessivo quadro riorganizzativo aziendale.

1.11. [OMISSIS] con la nota in data 10 dicembre 2020, Consip [OMISSIS][confermava] il provvedimento prot. n. 47364/2020 del 11.11.2020, [OMISSIS] *[ulteriori dettagli relativi ai motivi di esclusione]*

II) IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo per il Lazio, Luxone S.r.l., in proprio e quale Mandataria del Rti Costituendo con Iren Smart Solutions S.p.A., impugnava il predetto provvedimento di Consip S.p.A., prot. n. 47364/2020 dell'11 novembre 2020, avente ad oggetto *“l'esclusione del RTI LuxOne S.r.l., Consorzio Stabile Energie Locali S.c.a.r.l., Gi One S.p.A. e Iren Smart Solutions S.p.A. dalla gara”* nonché il conseguenziale provvedimento di Consip S.p.A. prot. n. 47532 del 12 novembre 2020, relativo alla escussione delle cauzioni provvisorie prestate per i Lotti 1, 8, 10 e 11, dell'importo complessivo di euro 2.950.000,00, nonché il bando e il disciplinare di gara, ove da intendersi nel senso fatto proprio da Consip, di legittimare l'escussione della cauzione provvisoria anche al di fuori delle ipotesi normativamente predeterminate.

2.1. Segnatamente, con i primi quattro motivi di ricorso, contestava sia l'illegittimità dell'esclusione dell'originario RTI costituendo, in ragione dell'erronea assimilazione della mancata conferma dell'offerta scaduta da parte delle allora mandanti Gi One e CSEL al recesso da un RTI costituito a gara in corso e ad offerta valida e vincolante, sia la presunta elusività di tale recesso, nonché la lesione del legittimo affidamento riposto dal RTI Luxone - Iren Smart Solutions nel buon esito della conferma delle offerte del 30 marzo 2020 e del successivo 6 giugno 2020, in relazione alle quali Consip non aveva mai rilevato alcunché ed aveva anzi incamerato le cauzioni provvisorie.

Con il quinto e sesto motivo di ricorso contestava nel merito la valutazione di inaffidabilità professionale conclusivamente espressa da Consip [OMISSIS] *[dettagli relativi alla contestazione della valutazione d'inaffidabilità]*

Con il settimo motivo di ricorso censurava l'illegittimità dei provvedimenti di escussione delle cauzioni provvisorie, sia in via derivata che in via autonoma, stante - in ogni caso - la non riferibilità soggettiva delle condotte contestate a Gi One e l'illegittimità dell'incameramento automatico della cauzione a seguito dell'esclusione, avuto riguardo al suo carattere sanzionatore e alla violazione del principio di proporzionalità.

Con l'ottavo motivo di ricorso sollevava questioni di legittimità costituzionale e pregiudiziali alla CGUE ex art. 267 TFUE.

2.2. [OMISSIS] *[riferimenti ai provvedimenti di aggiudicazione in favore di altre imprese]*

III) LA SENTENZA DI PRIMO GRADO

3. Con la sentenza n. 4505/2021 il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione Seconda, ha rigettato il ricorso introduttivo proposto avverso il provvedimento di esclusione e avverso il successivo provvedimento di incameramento della cauzione, ritenendo non sussistessero gli estremi per sollevare questione di legittimità costituzionale o di compatibilità [con il diritto dell'Unione europea] degli articoli 11 e 37 del d.lgs. 163/2006, non ravvisando alcuna antinomia tra la disciplina nazionale e quella contenuta nella direttiva 2004/18, *ratione temporis* vigente, la quale non prevede l'obbligo per il legislatore di introdurre, nella situazione innanzi descritta, la possibilità di ridurre la originaria compagine del raggruppamento.

[OMISSIS] *[aspetti procedurali]*

[OMISSIS]3.1. Segnatamente il giudice di *prime cure*.

a) ha delibato congiuntamente, rigettandoli, i primi quattro motivi di ricorso [OMISSIS]; *[ripetizione dei motivi di ricorso]*

b) in relazione al quinto motivo di ricorso - afferente alla valutazione di inaffidabilità di Gi One ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. 163/2006 - rilevante anche ai fini della valutazione del carattere elusivo del recesso, ha inteso richiamare e conformarsi [OMISSIS] *[aspetti procedurali]* alla sentenza della medesima sezione del Tar per il Lazio, n. 3385 del 2021 [OMISSIS] *[dettagli sul contenuto della sentenza n. 3385 del 2021]*

c) ha infine rigettato il settimo motivo di ricorso, relativo alla denunciata illegittimità dell'incameramento delle cauzioni provvisorie, rinviando al precedente di cui alla sentenza n. 3385/2021, nonché l'ottavo motivo di ricorso,

con il quale erano stati formulati quesiti di legittimità costituzionale e pregiudiziali ex art. 267 TFUE.

IV) IL GIUDIZIO DI APPELLO

4. Avverso l'indicata sentenza del Tar per il Lazio Luxone, con l'atto di appello, ha quindi formulato i seguenti motivi:

I. *Error in iudicando* sul primo motivo di ricorso: violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 37, commi 8 e 9, 38, co. 1, lett. f), del d.lgs. 163/2006. [OMISSIS]

II. [OMISSIS]

III. [OMISSIS] [*censure di diritto interno non rilevanti ai fini delle questioni pregiudiziali*]

IV *Error in procedendo e in iudicando*. Omessa pronuncia sulla violazione dei principi di diritto comunitario e nazionale di proporzionalità e adeguatezza dell'azione amministrativa. [OMISSIS]

V. *Error in iudicando*. Sulle richieste di quesiti di legittimità costituzionale e pregiudiziali alla Corte di giustizia dell'Unione europea ex art. 267 TFUE.

VI. [OMISSIS]

VII. [OMISSIS]

VIII. [OMISSIS]

IX. [OMISSIS]

X. [OMISSIS] [*altre censure di diritto interno non rilevanti ai fini delle questioni pregiudiziali*]

4.1. [OMISSIS] [*aspetti procedurali*]

4.2. L'istanza cautelare è stata, accolta limitatamente al provvedimento di incameramento della cauzione, con ordinanza cautelare n. 5469/2021 “*in ragione sia dell'entità dell'importo complessivo sia della pendenza della questione di legittimità costituzionale sollevata con ordinanza di questa Sezione V, n. 3299/2021*”.

Con la predetta ordinanza infatti la Sezione ha sollevato nell'ambito di un distinto giudizio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6 - nel combinato disposto con il successivo art. 216 - del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in relazione agli artt. 3 e 117 comma primo Cost.

4.2.1. Nelle more della discussione della presente causa, con sentenza 26 luglio 2022, n. 198, l'adita Corte dichiarava “*non fondate le questioni di legittimità*”

costituzionale del combinato disposto degli artt. 93, comma 6, e 216, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 49, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, e all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e rese esecutive con la legge 4 agosto 1955, n. 848".

Con la suddetta decisione la Corte costituzionale escludeva dunque la retroattività del regime più favorevole introdotto dal nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 in tema di escussione della garanzia provvisoria rispetto alle gare celebrate in applicazione del previgente d.lgs. n. 163 del 2006, altresì smentendo la natura di sanzione *"punitiva"* dell'incameramento della cauzione provvisoria, poiché essenzialmente diretto a garantire il rispetto delle regole di gara, restaurando l'interesse pubblico leso, che è quello di evitare la partecipazione alla gara stessa di concorrenti inidonei o di offerte prive dei requisiti richiesti.

Ed invero, per la sentenza: *"Dall'importo della garanzia provvisoria, dalla previsione di forme alternative di costituzione (la cauzione o la fideiussione) e dal regime delle riduzioni previste dal legislatore, dunque, può ben desumersi l'assenza di quel connotato di speciale gravità, necessario affinché la misura pregiudizievole possa essere assimilata a una sanzione sostanzialmente penale"*.

4.3. Il collegio ritiene, quanto all'impugnativa del provvedimento di incameramento della cauzione, 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, essendo dell'importo complessivo di euro 2.950.000,00.

Parte appellante ha al riguardo richiesto a questo giudice di ultima istanza di rimettere alla Corte di Giustizia dell'UE 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 che permea i Trattati [dell'Unione europea] e con le 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 le richiamate Direttive, al contenuto delle quali ultime sono peraltro estranee sanzioni altamente afflittive ed irragionevoli

4.4. Il collegio peraltro ritiene ancor prima che rivesta carattere pregiudiziale, rispetto all'impugnativa del presupposto provvedimento di esclusione, rilevante anche in relazione al consequenziale provvedimento di incameramento della cauzione, la valutazione di compatibilità con la normativa [dell'Unione europea] della normativa del Codice - quale suffragata dall'interpretazione della

giurisprudenza del giudice amministrativo - che ha condotto all'equiparazione, operata dal provvedimento di esclusione e ritenuta legittima dal giudice di primo grado, tra mancata conferma dell'offerta all'atto della scadenza della sua vincolatività e recesso dal RTI.

Alla luce della normativa del Codice, infatti, il recesso oggetto del presente giudizio è da intendersi illegittimo per un duplice ordine di ragioni, ciascuno dei quali in grado di sorreggere autonomamente il provvedimento di esclusione [OMISSIS] *[elementi che saranno ripetuti e sviluppati al successivo punto 5.2]*.

Parte appellante ha, al riguardo, richiesto a questo giudice di ultima istanza la rimessione alla Corte di Giustizia d[i una] questione pregiudiziale interpretativa: [OMISSIS] *[questione simile, anche se non identica, alla prima questione sollevata dal giudice del rinvio]*

V) L'INDIVIDUAZIONE DELLA FATTISPECIE CONTROVERSA E LA NORMATIVA APPLICABILE

A) Quanto al provvedimento di esclusione.

5. I primi quattro motivi di appello sono diretti a censurare i capi della sentenza di primo grado che hanno ritenuto legittima l'esclusione di tutte le imprese partecipanti al RTI.

Infatti, il fulcro motivazionale della decisione di primo grado, che si è pronunciata in *parte qua* sul rigetto del ricorso, sta nell'impossibilità di conferma parziale, ovvero da parte di solo alcuni componenti del RTI, dell'offerta presentata, all'atto della scadenza del termine di vincolatività, e nell'inammissibilità dell'esercizio del diritto del recesso da un RTI nel vigore della disciplina del D.lgs. 163/2006 (applicabile *ratione temporis* alla procedura di cui è causa), se non nei ristretti limiti ammessi dalla giurisprudenza, ed in ogni caso nel carattere elusivo del recesso esercitato nella gara *de qua*, in quanto volto ad evitare un provvedimento di esclusione.

[OMISSIS]. *[elementi già contenuti al precedente punto 1.9 e che saranno sviluppati al successivo punto 5.2]*

5.1. Ai fini della disamina delle censure articolate avverso il provvedimento di esclusione, assume, pertanto, portata dirimente il combinato disposto degli artt. 11 comma 6, 37 commi 8, 9, 10, 18 e 19 e 38 comma 1 lett. f) del D.lgs. 163/2006 “*ratione temporis*” vigenti.

L'art. 11, comma 6, dispone che “*Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine*”

L'art 37, ai commi 8, 9, 10, 18 e 19, a sua volta, prevede che “8. È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

9. [OMISSIS] [ipotesi non rilevante] Salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

10. L'inosservanza dei divieti di cui al precedente comma comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto. [...].

18. In caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto.

19. In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”.

Infine, ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f): “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” [OMISSIS]

5.2. Avuto riguardo all'interpretazione di tali norme, operata dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, il provvedimento di esclusione si profila come atto dovuto, in primo luogo in quanto violativo del divieto di modifica del raggruppamento temporaneo.

Infatti, il diritto potestativo di sciogliersi dall'offerta presentata in gara, una volta che la stessa sia giunta a scadenza, può essere esercitato dal costituendo RTI nella sua interezza, avendo riguardo al combinato disposto dell'art. 11 comma 6 e dell'art. 37, commi 8 e 9 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Al principio di immodificabilità del RTI fanno eccezione le sole ipotesi contemplate dai successivi commi 18 e 19 del medesimo art. 37.

La violazione di tale divieto è sanzionata con l'esclusione degli operatori riuniti in raggruppamento, ai sensi del comma 10 del medesimo disposto normativo.

Il RTI partecipa infatti alla gara in qualità di parte plurisoggettiva composta da *“tutti gli operatori economici”* che lo costituiranno. La sottoscrizione dell'offerta da parte dei singoli operatori del raggruppamento consente, da un lato, di imputare la proposta contrattuale che è stata formulata a tutti i partecipanti del futuro raggruppamento e, dall'altro lato, in caso di aggiudicazione, di vincolare i singoli operatori, ognuno secondo il diverso regime di responsabilità solidale previsto per la tipologia di raggruppamento prescelto (verticale o orizzontale), nei confronti della stazione appaltante.

Avuto riguardo al combinato disposto di tali norme non sarebbe pertanto possibile la conferma dell'offerta, all'atto della scadenza della sua vincolatività, da parte di soli due componenti (rispetto ai quattro originari) del RTI, avendo da un lato riguardo alla *ratio* dell'art. 11 comma 6 del Codice e dall'altro al principio di immodificabilità soggettiva del RTI in corso di gara, evincibile dal disposto dell'art. 37 comma 9 del Codice.

Ed invero *“la ratio posta a presidio del disposto dell'art. 11 comma 6 “è evidentemente quella di mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della gara e non quella di limitare nel tempo la validità (o meglio l'efficacia) dell'offerta, non corrispondendo certamente tale limitazione ad un interesse”* [OMISSIS] *[riferimenti alla giurisprudenza del Consiglio di Stato]*.

Tale ricostruzione è del tutto coerente con la giurisprudenza amministrativa [OMISSIS] *[riferimenti alla giurisprudenza del Consiglio di Stato]* che ha *“chiarito che l'art. 11 comma 6 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 [OMISSIS] [ripetizione del testo dell'articolo] è posto a protezione e tutela dell'offerente, il quale, decorso il termine, può ritenersi sciolto dall'offerta presentata; pertanto, la sussistenza del “vincolo” non significa che l'offerta decade ex lege decorso il termine, ma solo che l'offerente può svincolarsi da essa e se non dichiara di ritenersi sciolto, l'offerta non decade, con la conseguenza che la circostanza che allo scadere dei predetti 180 giorni il concorrente non abbia dichiarato di voler mantenere l'offerta non comporta la decadenza dell'offerta medesima”*.

Avendo riguardo a tale *ratio*, una volta che sia venuto a scadenza il termine di vincolatività dell'offerta, non si tratta di confermare un'offerta non più efficace, ma di liberarsi da un vincolo che, pertanto, in mancanza di contraria volontà espressa da tutti i soggetti componenti la parte plurisoggettiva, deve intendersi ancora sussistente.

Inoltre, al contrario di quanto ritenuto da parte appellante, il principio di immutabilità soggettiva del RTI, è applicabile anche alle ipotesi in cui quest'ultimo non sia ancora formalmente costituito.

Infatti, come ritenuto da questa Sezione [OMISSIS] *[riferimenti alla giurisprudenza del Consiglio di Stato]* “l'art. 37, comma 8, del D.Lgs. n. 163 del 2006 impone ai soggetti di cui all'art. 34, comma 1, lett. d) ed e), l'impegno, in sede di offerta, a rilasciare un mandato collettivo speciale con rappresentanza, ad una componente del raggruppamento per il caso di aggiudicazione.

[OMISSIS] *[ulteriori sviluppi nello stesso senso]*

In definitiva, detto impegno mira a garantire alla stazione appaltante la serietà della partecipazione alla procedura di raggruppamenti formalmente non ancora costituiti, in guisa da garantire la stazione appaltante in ordine all'effettiva costituzione del soggetto collettivo chiamato alla stipulazione del contratto a seguito dell'aggiudicazione. Il soddisfacimento di tale interesse richiede, in definitiva, l'assunzione di un impegno formale giuridicamente vincolante nei termini richiesti dalla normativa primaria -ossia un contratto preliminare di mandato condizionato all'aggiudicazione [OMISSIS]. [ulteriori dettagli]

5.3. Peraltro l'esclusione [OMISSIS] *[ripetizione]* si profila come atto dovuto anche per altro motivo, risolvendosi la mancata conferma dell'offerta da parte della mandante Gi One- *id est* il suo recesso - in un atto elusivo del preannunciato controllo sull'affidabilità morale.

La giurisprudenza, infatti, [OMISSIS] *[riferimenti alla giurisprudenza del Consiglio di Stato]* ha ammesso la legittimità del recesso di una delle imprese del raggruppamento “*purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. o consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva*”.

La giurisprudenza successiva, [OMISSIS] *[riferimenti alla giurisprudenza]* sulla base di tali principi ha pertanto precisato che il rigore di questa disposizione vada temperato in ragione dello scopo che persegue, “*che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari[...]*”.

[OMISSIS] [ripetizione della giurisprudenza già citata]

Si è pertanto precisato che la modifica soggettiva del RTI è possibile solo in presenza di tre presupposti: “a) laddove tale modificazione operi ‘in riduzione’ (e non ‘in aggiunta’ o ‘in sostituzione’ di alcuno dei componenti il raggruppamento); b) laddove la modificazione soggettiva non risulti finalizzata ad impedire la verifica dei controlli in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione; c) laddove, comunque, i residui membri del raggruppamento siano di per sé in possesso - anche in assenza dell’operatore escluso - della totalità dei requisiti di partecipazione, senza la possibilità di ammettere a tal fine integrazioni di sorta” [OMISSIS] [riferimenti alla giurisprudenza del Consiglio di Stato]

5.4. Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche, quali elaborate nel tempo dalla giurisprudenza amministrativa, l’esclusione del raggruppamento nel suo complesso si profila quale atto dovuto, sia in quanto violativo del principio di immodificabilità del RTI - qualora non sia dimostrata la sussistenza di esigenze organizzative dell’intero raggruppamento a base del recesso esercitato dal singolo operatore aderente al raggruppamento (cui deve equipararsi, per le ragioni innanzi evidenziate, la mancata conferma dell’offerta all’atto della scadenza della sua vincolatività) - sia laddove il recesso si profili come operato con finalità elusiva, in quanto volto a evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente del RTI che viene meno per effetto dell’operazione riduttiva.

5.5. Peraltro, il combinato disposto di tali norme, come interpretat[e] dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, come evidenziato da parte appellante, costringendo i componenti del RTI a rimanere vincolati all’offerta presentata per un periodo indefinito di tempo, anche in caso di plurime scadenze della sua vincolatività, in presenza di gare complesse di lunga durata - con la sola possibilità di non conferma dell’offerta da parte di tutti gli originari componenti del RTI - appare al collegio di dubbia compatibilità con il principio di libertà di impresa di cui all’art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione europea secondo cui “È riconosciuta la libertà d’impresa, conformemente al diritto dell’Unione e alle legislazioni e prassi nazionali” nonché con i principi di proporzionalità di cui all’art. 52 della medesima Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, nonché di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli gli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE.

5.5.1. Come noto, l’art. 16 cit. codifica in termini positivi gli approdi della giurisprudenza della Corte di giustizia che hanno riconosciuto la libertà di esercitare un’attività economica o commerciale (cfr. sentenze del 14 maggio 1974, causa 4-73, Nold, e del 27 settembre 1979, causa 230/78, SpA Eridania) e la libertà contrattuale (cfr., tra l’altro, sentenze Sukkerfabriken Nykobing, causa 151/78; del 5 ottobre 1999, causa C-240/97, Spagna/Commissione) e sull’articolo

119, paragrafi 1 e 3 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea che riconosce la libera concorrenza.

È pur vero che questo diritto si esercita nel rispetto del diritto dell'Unione e delle legislazioni nazionali e che esso può essere sottoposto alle limitazioni previste all'articolo 52, paragrafo 1 della Carta (*"Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui"*).

5.5.2. Peraltro, il divieto di svincolo dall'offerta, giunta alla sua ulteriore scadenza, da parte del singolo componente del RTI, soprattutto in relazione a gare che si protraggano per un significativo periodo di tempo, pena l'esclusione del RTI nel suo complesso [OMISSIS] *[ripetizione]* non sembra al collegio misura proporzionale rispetto all'esigenza di garanzia della serietà dell'offerta presentata e della sua imputabilità al RTI quale parte plurisoggettiva, laddove gli operatori economici che hanno confermato l'offerta siano di per sé in possesso - anche in assenza dell'operatore che si sia svincolato dall'offerta - della totalità dei requisiti di partecipazione, senza la possibilità di ammettere a tal fine integrazioni di sorta.

5.5.3. In particolare, la normativa nazionale in *parte qua* copre gli spazi lasciati liberi dal legislatore [dell'Unione], il quale, all'art. 4, paragrafo 2, della Direttiva 2004/18 CE e all'art. 11, paragrafo 2, della Direttiva 2004/17 CE, si limita a stabilire che *"I raggruppamenti di operatori economici sono autorizzati a presentare offerte o a candidarsi. Ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica; tuttavia al raggruppamento selezionato può essere imposto di assumere una forma giuridica specifica una volta che gli sia stato aggiudicato l'appalto, nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto"*.

Il considerando 2 della direttiva 2004/18 prevede, inoltre, quanto segue:

«L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare

l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato».

L'articolo 2 di tale direttiva, intitolato «*Principi di aggiudicazione degli appalti*», così dispone:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

Conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione e cui l'aggiudicazione di appalti conclusi negli Stati membri deve conformarsi, come risulta dal considerando 2 della direttiva 2004/18, le misure adottate dagli Stati membri non devono infatti andare al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo (v., in tal senso, sentenze della Corte 28 febbraio 2018, cause riunite MA.T.I. SUD SpA C523/16 e C536/16, del 16 dicembre 2008, Michaniki, C213/07, punti 48 e 61; del 19 maggio 2009, Assitur, C538/07, punti 21 e 23; del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C376/08, punto 33, nonché del 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C425/14, punto 29).

5.5.4. Peraltro, una volta operata l'equiparazione fra mancata conferma dell'offerta da parte del singolo operatore economico aderente al RTI e recesso dal raggruppamento, l'esclusione diventa in ogni caso vincolata, laddove ritenuta elusiva del controllo sull'affidabilità morale, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del Codice, dell'operatore che viene meno per effetto del recesso; per contro, nell'ipotesi in cui fosse ammessa la non conferma dell'offerta da parte di tale operatore, non potendo più considerarsi lo stesso come componente del RTI partecipante alla gara, alcun controllo successivo dovrebbe essere operato su detta affidabilità professionale.

B) Quanto al provvedimento di incameramento della cauzione.

5.6. Parte appellante contesta con il settimo motivo di appello la legittimità dell'escussione delle cauzioni provvisorie in seguito all'esclusione dalla gara nei vari lotti a cui ha partecipato in applicazione degli artt. 38, comma 1, lett.f), 48, comma 1, e art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006, che così recitano:

Art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 [OMISSIS]; *[articolo citato al precedente punto 5.1]*

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 [OMISSIS]. [ulteriori dettagli]

4. [OMISSIS].

5. [OMISSIS]. [ulteriori dettagli]

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. [OMISSIS]. [criteri in base ai quali viene ridotto l'importo della garanzia]

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”.

5.7. In tesi di parte appellante il provvedimento di escussione *de quo*, oltre ad essere illegittimo in via derivata, stante l'illegittimità del presupposto provvedimento di esclusione, sarebbe illegittimo anche in via autonoma, potendo l'escussione della cauzione avvenire solamente al ricorrere dei due presupposti individuati dalla normativa *ratione temporis* vigente:

i) qualora il concorrente sottoposto a verifica non provi e non dimostri “il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa” (art. 48, c. 1, D. Lgs. n. 163/2006) assolvendo in questo caso l'escussione una funzione eminentemente sanzionatoria;

ii) ovvero in caso di mancata sottoscrizione del contratto “per fatto dell'affidatario” (art. 75, co. 6, D. Lgs. n. 163/2006), assolvendo in questo caso l'escussione anche una funzione indennitaria.

5.7.1. In ambedue i casi, l'escussione della cauzione presuppone la sussistenza di una condotta soggettivamente riferibile all'operatore economico, cui è imputabile la mancata sottoscrizione del contratto o, comunque, la prosecuzione della propria partecipazione alla gara.

L'appellante afferma infatti che nell'ipotesi di specie non ricorrerebbe non solo la seconda ipotesi - non riguardando la disposta esclusione l'aggiudicataria - ma neanche la prima ipotesi, avuto riguardo al rilievo che non potrebbe profilarsi un automatismo fra esclusione dalla gara ed incameramento della cauzione, in quanto il carattere sanzionatorio dell'escussione in siffatta ipotesi implicherebbe la necessaria valutazione in ordine alla concreta imputabilità, sul piano oggettivo e soggettivo, delle condotte contestate al concorrente, risolvendosi altrimenti in una sanzione a titolo di responsabilità oggettiva.

5.8. Inoltre, diversamente da quanto ritenuto dal giudice di primo grado, sussisterebbero, a dire di parte appellante, 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 che permea i Trattati [dell'Unione europea].

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

L'automatico incameramento della cauzione, per l'ingente ed oneroso importo sarebbe infatti una sanzione del tutto immotivata ed irragionevole, nonché sproporzionata rispetto alla condotta tenuta dal RTI partecipante alla gara, e sarebbe fondato su un'interpretazione degli artt. 48 e 75 del Codice in radicale ed insanabile contrasto con i principi e le previsioni, costituzionali ed europei e, in particolare, con il principio di proporzionalità che permea i Trattati [dell'Unione europea] e con le previsioni della Direttive 17 e 18 /2004/CE, nella misura in cui la normativa italiana, ove da intendersi nel senso fatto proprio da Consip e ritenuto legittimo dal giudice di primo grado (interpretazione che da ultimo, quanto alla natura non sanzionatoria dell'incameramento della cauzione, ha ricevuto l'avallo della Corte Costituzionale con l'indicata sentenza 26 luglio 2022, n. 198), contrasta con il suddetto principio e le richiamate Direttive, al contenuto delle quali ultime sono da ritenersi estranee sanzioni altamente afflittive ed irragionevoli.

5.9. 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, Inocéncio c. Portogallo (dec.), n. 43862/98, CEDU2001 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 sanzionatore deve essere esercitato nel rispetto, non solo delle garanzie dell'equo processo, ma anche dai principi sanciti dal citato art. 7 CEDU”* [OMISSIS]. *[riferimenti alla giurisprudenza del Consiglio di Stato]*

In ragione dell'entità e assoluta rilevanza del sacrificio patrimoniale imposto a parte appellante, per la stessa l'escussione delle cauzioni provvisorie verrebbe ad acquisire i connotati di una sanzione cui non può che necessariamente riconoscersi carattere penale, secondo l'accezione cristallizzata nell'interpretazione della Corte

EDU: l'automatico incameramento delle garanzie provvisorie, nella vicenda controversa, integrerebbe invero gli estremi di una evidente violazione del principio di proporzionalità delle sanzioni.

Assumerebbe anzitutto rilievo l'art. 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, a mente del quale *“le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”*.

Nel caso di specie, emergerebbe una palese assenza di giusto bilanciamento tra interesse pubblico e diritti fondamentali garantiti a livello europeo, essendo risultato l'odierno appellante destinatario di una sanzione pecuniaria dall'importo 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.

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).

Peraltro il principio di proporzionalità è in generale espresso anche nell'indicato considerando 2 della direttiva 2004/18.

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

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

5.10. Alla luce di tali considerazioni, il Collegio ravvisa la necessità, quale giudice di ultima istanza, di disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, volto ad accertare la compatibilità con i principi europei di libera circolazione e libertà di stabilimento di un sistema che:

A) equipari la mancata conferma dell'offerta da parte di una delle imprese del costituendo RTI, all'atto della scadenza della sua vincolatività, al recesso dal RTI, rendendo pertanto vincolata l'esclusione del raggruppamento, per violazione del divieto di modifica soggettiva del RTI; posta tale equiparazione, ed a prescindere

dal divieto innanzi indicato, sanzioni in ogni caso con l'esclusione del raggruppamento la mancata conferma dell'offerta - *id est* il recesso - operata dall'operatore economico con finalità elusive del controllo ex art. 38 comma 1 lett. f) d.lgs. 163/2006;

B) 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.

VI- LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI RIMESSE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

6. 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 [di diritto dell'Unione europea], impregiudicata ogni altra decisione in rito e nel merito, si chiede alla Corte di giustizia dell'UE di pronunciarsi sulle seguenti questioni pregiudiziali:

A) “se la direttiva 2004/18/CE, gli articoli 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli [OMISSIS]49, 50, 54 e 56 del TFUE, ostino a norme interne (articoli 11 comma 6, 37 commi 8, 9, 10, 18 e 19, 38, comma 1, lettera f) del decreto legislativo 163 del 2006) che escludono, in caso di scadenza del termine di validità dell'offerta originariamente presentata da un Raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, la possibilità di ridurre, all'atto dell'estensione della validità temporale della medesima offerta, la originaria compagine del raggruppamento; in particolare, se tali disposizioni nazionali siano compatibili con i principi generali del diritto dell'Unione europea di libera iniziativa economica ed effetto utile, nonché con l'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”;

B) “se la direttiva 2004/18/CE, gli articoli 16, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, l'articolo 4, Protocollo 7, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo - CEDU, l'articolo 6 del TUE, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli [OMISSIS]49, 50, 54 e 56 del TFUE, ostino a norme interne (articoli 38, comma 1, lettera f), 48 e 75 del decreto legislativo n. 163 del 2006) che prevedano l'applicazione della sanzione d'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di servizi, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario dell'affidamento medesimo”.

6.1. [OMISSIS] *[istruzioni alla segreteria]*

6.2. [OMISSIS]. *[istruzioni alla segreteria, sospensione, istruzioni all'autorità amministrativa]*

[OMISSIS] Roma [OMISSIS] 20 ottobre 2022, 16 febbraio 2023, [OMISSIS].