

La Corte costituzionale dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale – che erano state sollevate dalla V sezione del Consiglio di Stato – concernenti la non 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.

**Corte costituzionale, sentenza 26 luglio 2022, n. 198 Pres. Amato, Red. Barbera**

**Contratti pubblici – Cauzione provvisoria – Escussione nei confronti dell’aggiudicatario – Disciplina più favorevole di quella previgente – Mancata previsione della retroattività della *lex mitior* – Questione infondata di costituzionalità.**

*Sono infondate, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 49, paragrafo 1, CDFUE, e all’art. 7 CEDU, le questioni di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 93, comma 6, e 216, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici), nella parte in cui l’applicazione della più favorevole disciplina in tema di escussione della garanzia provvisoria è limitata “alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore”, in quanto la misura de qua – che presenta natura non sanzionatoria e svolge, piuttosto, la funzione tipica dei rimedi apprestati dall’ordinamento a fronte di condotte contrarie a buona fede fondanti la responsabilità precontrattuale – non può essere assimilata a una sanzione sostanzialmente penale e non soggiace, pertanto, al principio di retroattività della *lex mitior*. (1)*

I.–Con la sentenza in epigrafe la Corte costituzionale, sulla base di un lungo *excursus* concernente la natura giuridica del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria negli appalti pubblici, ha giudicato non fondate le questioni di legittimità costituzionale che avevano censurato la non retroattività della disciplina più favorevole per i concorrenti non aggiudicatari, quale introdotta dal combinato disposto

degli artt. 93, comma 6, e 216, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici).

Il Consiglio di Stato rimettente – con [ordinanza della sezione V del 26 aprile 2021, n. 3299](#) (in *Foro amm.*, 2021, 613, solo massima, nonché oggetto della [News US n. 51, del 3 giugno 2021](#), cui si rinvia per ampi approfondimenti) – aveva evidenziato che, nel nuovo codice, l'escussione della cauzione provvisoria è prevista solo a valle dell'aggiudicazione e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario, laddove (a norma del previgente art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006) il regime precedente estendeva l'escussione a danno di qualsiasi concorrente.

Il confronto tra i due diversi regimi si delineava plasticamente nel giudizio *a quo*, nel quale un'impresa, pur non aggiudicataria all'esito di una gara pubblica, ma risultata carente di un requisito di ordine generale, si era vista applicare l'escussione della cauzione provvisoria: ciò, in quanto la gara era stata bandita prima dell'entrata in vigore del nuovo codice (pur essendo, poi, proseguita nella vigenza del nuovo).

II. – Il percorso argomentativo che conduce la Corte costituzionale al rigetto delle questioni sollevate partono, preliminarmente, dalla delimitazione del *thema decidendum* alle sole disposizioni, contenute nel nuovo codice, così come indicate dal giudice rimettente, concernenti la disciplina transitoria che esclude l'applicazione retroattiva della regola più favorevole introdotta nel 2016.

Si esclude, pertanto, lo scrutinio di legittimità sulle norme del codice previgente che hanno stabilito l'escussione della cauzione pure a danno dei concorrenti non aggiudicatari e, nella stessa prospettiva, la Corte rigetta anche la richiesta di sollevare, davanti a sé stessa, la relativa questione di legittimità costituzionale: ciò, proprio per la carenza di quel “*nesso di necessaria strumentalità o di pregiudizialità logica, idoneo a giustificare l'esercizio, da parte di questa Corte, dell'eccezionale potere di autorimessione dinanzi a sé della questione di legittimità costituzionale di una norma rimasta estranea al fuoco delle censure del rimettente*” (così, *ex plurimis*, [sentenza 29 marzo 2021, n. 49](#), in *Giur. cost.*, 2021, 661, con nota di VERNATA; nello stesso senso, tra le ultime, vengono citate anche la [sentenza 13 novembre 2014, n. 255](#), in *Foro it.*,

2015, I, 1, in *Giur. cost.*, 2014, 4490, con nota di REPETTO, ed in *Riv. Nel diritto*, 2015, 405, con nota di MABELLINI, e [l'ordinanza 7 maggio 2014, n. 114](#), in *Foro it.*, 2014, I, 2022, con nota di ROMBOLI, ed in *Giur. cost.*, 2014, 2034, con nota di REPETTO).

III. – Giungendo all'esame del merito delle questioni sollevate dal Consiglio di Stato, la Corte procede ad una trattazione congiunta delle censure (concernenti la violazione degli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 49, paragrafo 1, CDFUE, e all'art. 7 CEDU), iniziando da una ricognizione della propria giurisprudenza in materia di retroattività della *lex mitior* in materia penale:

- a) tale principio, come è noto, non è riconducibile alla sfera di tutela dell'art. 25, secondo comma, Cost., secondo cui "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso" (sono richiamate: sentenza [13 novembre 2020, n. 238](#), in *Giur. cost.*, 2020, 2804, con nota di SPANGHER, ed in *Cass. pen.*, 2021, 520, con nota di RICCARDI; [sentenza 21 marzo 2019, n. 63](#), in *Foro it.*, 2019, I, 2662, in *Giur. cost.*, 2019, 819, con note di BRANCA e PAONESSA, in *Guida al dir.*, 2019, 18, 34, con nota di MAZZINI, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2019, 394, con nota di TROIANIELLO, in *Giur. comm.*, 2019, II, 1005, con nota di BINDI, ed in *Banca, borsa ecc.*, 2020, II, 39, con note di PROVENZANO e TIGANO; [sentenza 22 luglio 2011, n. 236](#), in *Riv. nel diritto*, 2011, 1000, con nota di LISENA, in *Giust. pen.*, 2011, I, 243, con nota di OGGIANO, in *Corriere giur.*, 2011, 1243, con nota di CONTI, in *Giur. cost.*, 2011, 3021, con nota di PINELLI, in *Gazz. forense*, 2012, 5, 78, con nota di AMBROSIO, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2012, 723, con nota di IERMANO; [sentenza 18 giugno 2008, n. 215](#), in *Guida al dir.*, 2008, 27, 83, con nota di CISTERNA, ed in *Giur. cost.*, 2008, 2399, con nota di GAMBARDELLA; [sentenza 23 novembre 2006, n. 393](#), in *Foro it.*, 2007, I, 1, con nota di DI CHIARA, in *Foro it.*, 2007, I, 1676, con nota di LARNÈ, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 153, con nota di DE GIORGIO, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 194, con note di PULITANÒ e ARDIZZONE, in *Giust. amm.*, 2006, 1175, con nota di BARLETTA, in *Cass. pen.*, 2007, 419, con note di AMBROSETTI e

MAZZA, in *Giur. cost.*, 2006, 4106, con nota di DODARO, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, IV, 145, con nota di ATRIPALDI, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1187, con nota di FASSONE, ed in *Giust. pen.*, 2007, I, 269, con nota di LIPRINO); in proposito, la Corte precisa quanto segue:

- a1) il principio in questione – che sottintende il “*diritto dell'autore del reato a essere giudicato, e se del caso punito, in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione*” – si riferisce alla non retroattività delle sole leggi penali che stabiliscano nuove incriminazioni o aggravino il trattamento sanzionatorio già previsto per un reato, ma non anche alle leggi che aboliscano precedenti incriminazioni ovvero attenuino il trattamento sanzionatorio già previsto per un reato; la *ratio*, invero, è quella di “*tutelare la libertà di autodeterminazione individuale, garantendo al singolo di non essere sorpreso dall'inflizione di una sanzione penale per lui non prevedibile al momento della commissione del fatto*”;
- a2) in ogni caso, il principio di retroattività *in mitius*, sancito dall'art. 2 c.p., ha comunque un fondamento costituzionale, “*riconducibile allo spettro di tutela del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.*”, che impone di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice;
- a3) esso, inoltre, ha anche fondamento sovranazionale, riconducibile sia all'art. 49, paragrafo 1, CDFUE, sia all'art. 7 CEDU, nella lettura offerta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (sono qui richiamate: [sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia](#), in *Foro it.*, 2010, IV, 229, con nota di ARMONE, in *Dir. comunitario e scambi internaz.*, 2012, 724, con nota di IERMANO, ed in *Cass. pen.*, 2010, 832, con nota di ICHINO; sentenza 27 aprile 2010, *Morabito contro Italia*; sentenza 24 gennaio 2012, *Mihai Toma contro Romania*; sentenza 12 gennaio 2016, *Gouarré Patte*

*contro Andorra*, in *Cass. pen.*, 2016, 1747; sentenza 12 luglio 2016, *Ruban contro Ucraina*); vi sono, inoltre, le altre norme del diritto internazionale, concernenti i diritti umani, che sono vincolanti per l'Italia, tra cui l'art. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici;

- a4) la regola della retroattività *in mitius* della legge penale “è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, «purché giustificabili al metro di quel ‘vaglio positivo di ragionevolezza’ [...], in relazione alla necessità di tutelare interessi di rango costituzionale prevalenti rispetto all’interesse individuale in gioco»” (così, sentenza n. 63 del 2019, cit.);
- a5) inoltre, il principio dell’applicazione retroattiva della pena più mite “rientra nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e fa parte dei principi generali del diritto dell’Unione di cui la Corte garantisce il rispetto” (sono citate, della Corte di Lussemburgo: sentenza 3 maggio 2005, C-387, 391 e 403/02, *Berlusconi*, punti 67 e 68, in *Foro it.*, 2005, IV, 285, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 873, con nota di LANZI, in *Foro ambrosiano*, 2005, 96, con nota di CAMERA, in *Giur. it.*, 2006, 291, con nota di NEBBIA, ed in *Cass. pen.*, 2005, 2764, con note di INSOLERA e MANES; sentenza 11 marzo 2008, C-420/06, *Jager*, punto 59; sentenza 28 aprile 2011, C-61/11 PPU, *El Dridi*, punto 61, in *Foro it.*, 2011, IV, 287, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1485, con nota di WINKLER, in *Cass. pen.*, 2011, 2780, con nota di AMALFITANO, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 938, con nota di GUERINI, in *Guida al dir.*, 2011, 20, 17, con nota di CASTELLANETA, ed in *Giur. cost.*, 2012, 1485, con nota di ROMANO), ed è menzionato all’articolo 49, paragrafo 1, terza frase, della Carta (sentenza 14 febbraio 2012, C-17/10, *Toshiba Corporation*, in *Giust. civ.*, 2012, I, 575, con nota di BARATTA);
- a6) come più volte chiarito dalla Corte costituzionale, il principio *de quo* è inoltre applicabile anche alle sanzioni amministrative (cfr. sentenza 16 aprile 2021, n. 68, in *Foro it.*, 2021, I, 3054, in *Giur. cost.*, 2021, 855, con note di MORRONE, CELOTTO, GAMBARDELLA e VICOLI, ed in *Dir. pen. e*

*proc.*, 2021, 1613, con nota di MAZZACUVA; nonché sentenza 20 luglio 2016, n. 193, in *Foro it.*, 2016, I, 2977, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 316, con nota di BIANCHI , ed in *Giur. cost.*, 2016, 1388, con note di BRANCA e SCOLETTA), trovando applicazione le medesima logica sottesa alla giurisprudenza che si è formata sulle sanzioni propriamente penali;

b) tanto premesso, in punto di ricostruzione del quadro normativo generale, la Corte fa presente quanto segue:

b1) nel vigore del codice previgente, l'escussione della garanzia provvisoria poteva avvenire in due ipotesi: all'esito del controllo a campione sui requisiti di capacità economico-finanziaria (art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006), come conseguenza della mancata dimostrazione del possesso dei requisiti speciali di partecipazione in capo al concorrente, anche non aggiudicatario (cfr. [ordinanza 13 luglio 2011, n. 211](#), in *Riv. amm. appalti*, 2011, 207, con nota di BRUNETTI); ovvero, in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario (art. 75, comma 6), potendo l'escussione essere disposta, in tal caso, solamente a carico di quest'ultimo;

b2) nel nuovo codice dei contratti pubblici, in cui i controlli sui requisiti di partecipazione sono stati ridotti al momento dell'aggiudicazione, è stata mantenuta unicamente questa seconda fattispecie (art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, con svincolo della garanzia al momento della sottoscrizione del contratto);

b3) questa disciplina, che è più favorevole per i concorrenti non aggiudicatari, è tuttavia applicabile solo alle procedure o ai contratti i cui bandi (o avvisi) siano stati pubblicati dopo l'entrata in vigore del nuovo codice (art. 216, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016), con regola che è in linea con il principio del *tempus regit actum*: lo *ius superveniens* non può avere alcun effetto diretto sul procedimento di gara (sono qui richiamate, *ex multis*, della sezione V del [Consiglio di Stato le sentenze: 25 marzo 2021, n. 2521](#); [sentenza 12 maggio](#)

[2017, n. 2222; sentenza 7 giugno 2016, n. 2433](#), in *Foro amm.*, 2016, 1498, solo massima);

c ) in tale quadro – precisa la Corte – la natura di sanzione “punitiva” dell’escussione della garanzia provvisoria, prevista per l’ipotesi di esito negativo del controllo a campione di cui all’art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, “*non riflette il quadro giurisprudenziale costituzionale e amministrativo, che è sempre stato prevalentemente orientato in senso opposto*”; in particolare:

c1) l’escussione, in tale ipotesi, rispondeva “*alla funzione di garantire serietà ed affidabilità dell’offerta*”, tutelando la correttezza del procedimento di gara, in modo da assicurarne il “*regolare e rapido espletamento*” (ordinanza n. 211 del 2011, cit.);

c2) vi era sotteso, dunque, l’intento “*di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese e al dovere di correttezza*”, allo scopo di garantire la serietà e l’affidabilità dell’offerta e prevenire l’inutile e non proficuo svolgimento di complesse attività selettive ([sentenza 28 gennaio 2022, n. 23](#), in *Giur. cost.*, 2022, 310, pur se relativa alla cauzione prevista dal nuovo codice);

c3) anche la prevalente giurisprudenza amministrativa, nota la Corte, si è espressa in termini analoghi, riscontrando un’omogeneità di funzione della cauzione provvisoria in entrambe le ipotesi regolate dal vecchio codice dei contratti, nel senso dunque che essa assurge a “*garanzia del rispetto dell’ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica*” (sono citate, in tal senso, del [Consiglio di Stato: Ad. plen., sentenza 10 dicembre 2014, n. 34](#), in *Urb. e appalti*, 2015, 171, con nota di MANFREDI, ed in *Foro amm.*, 2015, 1363, con nota di AMATO, che ha parlato di “*una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio*”, che costituisce l’automatica conseguenza della violazione del dovere di correttezza gravante sull’offerente e realizza un’anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante; in senso analogo, Cass. civ., sez. un.,

sentenza 4 febbraio 2009, n. 2634, in *Giust. civ.*, 2010, I, 2909, che ne ha sottolineato l'affinità con la caparra confirmatoria; ancora, per la giurisprudenza amministrativa, la Corte richiama le seguenti: [Cons. Stato, sez. IV, sentenza 22 aprile 2021, n. 3255](#), in *Appalti & Contratti*, 2021, 67, solo massima; sez. V: [sentenza 10 aprile 2018, n. 2181](#); [sentenza 19 aprile 2017, n. 1818](#); [sentenza 22 dicembre 2014, n. 6302](#), in *Foro amm.*, 2014, 3091, solo massima);

- c4) non sposta tali conclusioni, avverte la Corte, la recente pronuncia [dell'Adunanza plenaria del 26 aprile 2022, n. 7](#) (in *Appalti & Contratti*, 2022, 98, solo massima, nonché oggetto della [News US n. 47, del 23 maggio 2022](#), cui si rinvia per ampi approfondimenti), in ordine alla rilevata funzione "punitiva" propria dell'incameramento della cauzione provvisoria;
- d) la Corte giunge, dunque, ad escludere che l'escussione della cauzione provvisoria, come prevista dall'art. 48 del vecchio codice dei contratti, abbia natura "punitiva" (ciò, anche "*se talvolta, in letteratura e in giurisprudenza, viene adottata la assai generica espressione 'sanzione'*"); e tanto, in applicazione dei c.d. "criteri Engel", elaborati dalla Corte di Strasburgo (sui quali, della Corte costituzionale, è richiamata la sentenza 24 febbraio 2017, n. 43, in *Foro it.*, 2017, I, 3251, in *Bollettino trib.*, 2017, 479, con nota di AZZONI, ed in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2018, 306, con nota di NARDI):
- d1) l'escussione della garanzia provvisoria non è, nella specie, formalmente qualificata dall'ordinamento nazionale come sanzione penale;
- d2) né essa assume rilevanza formalmente penale, in quanto essa non è una misura rivolta alla generalità dei consociati ma "*ha un ambito applicativo limitato agli operatori economici che partecipano alle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici*";
- d3) lo scopo perseguito "*non è repressivo e punitivo*", ma mira a "*garantire serietà ed affidabilità dell'offerta*" e "*a consentire «l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante» in caso di omessa dimostrazione dei requisiti*



*speciali di partecipazione dichiarati dal concorrente in sede di presentazione dell'offerta" (ordinanza n. 211 del 2011, cit.);*

e) in questo contesto, precisa la Corte, l'incameramento della garanzia provvisoria, cui può pure riconoscersi un *"effetto indirettamente punitivo"*, costituisce *"il rimedio apprestato dall'ordinamento a tutela dell'interesse della stazione appaltante alla serietà e affidabilità dell'offerente [...] e al rispetto, da parte sua, delle regole di gara"*; sul punto:

e1) l'attività contrattuale dell'amministrazione è inquadrabile *"nello schema delle trattative prenegoziali"*, da cui deriva *"l'assoggettamento al generale dovere di comportarsi secondo buona fede enunciato dall'art. 1337 cod. civ."* ([Cons. Stato, Ad. plen. 29 novembre 2021, n. 21](#), in *Foro it.*, 2022, III, 68, con nota di PALMIERI – PARDOLESI, nonché oggetto della [News US n. 3 del 12 gennaio 2022](#) cui si rinvia per ogni approfondimento), con obbligo che grava anche sui partecipanti alla procedura di gara; la sua violazione dà vita a responsabilità precontrattuale, che è posta appunto *"a presidio dell'interesse di ordine economico a che sia assicurata la serietà dei contraenti nelle attività preparatorie e prodromiche al perfezionamento del vincolo contrattuale"* (ad. plen., sentenza n. 21 del 2021, cit.);

e2) l'escussione della garanzia provvisoria risponde, quindi, alla funzione tipica dei rimedi apprestati dall'ordinamento a fronte di condotte contrarie a buona fede fondanti la responsabilità precontrattuale, che, anche quando *"sanzionano"* comportamenti scorretti imputabili alla parte, non sono *"punitivi"* perché sono tesi a salvaguardare posizioni giuridiche soggettive contro la violazione ingiustificata del dovere di correttezza;

e3) in definitiva, la misura *de qua* costituisce *"un rimedio atto a sanzionare il mancato rispetto del dovere di buona fede e correttezza nella fase precontrattuale da parte di coloro che, partecipando alla procedura di gara, si impegnano a osservarne le regole"*;

e4) inoltre, alla funzione di tutela dell'interesse dell'amministrazione ad evitare l'inutile e non proficuo svolgimento di complesse attività selettive,

si aggiunge la funzione *“di liquidare, preventivamente e forfettariamente, il danno da essa eventualmente subito”*: si erge, pertanto, una *“funzione complessa”* della garanzia e della sua escussione, che sono volte *“a rafforzare complessivamente la posizione giuridica dell’amministrazione a tutela dell’interesse pubblico alla concorrenza, trasparenza e legalità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici di cui essa è portatrice”*;

- e5) la natura *“non punitiva”* è poi confermata anche dalla *“mancanza di discrezionalità in capo all’autorità amministrativa”* (è qui richiamata la [sentenza 16 dicembre 2016, n. 276](#), in *Foro it.*, 2017, I, 3521, in *Giur. it.*, 2017, 449, con nota di BAILO, in *Giur. cost.*, 2016, 2353, con nota di RIVOSECCHI, ed in *Le Regioni*, 2017, 771, con nota di PUPO) che è chiamata ad escutere la cauzione provvisoria, in modo automatico, a fronte dell’esclusione dalla procedura di gara;
- e6) ad ulteriore conforto, la Corte pone l’accento sul basso grado di severità della misura *de qua*, posto che, ai sensi dell’art. 75 del previgente codice dei contratti pubblici, la garanzia provvisoria era pari al *“due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell’invito”* (con possibilità di ulteriore riduzione, in casi specifici) e, quindi, nota la Corte, *“ad una percentuale non particolarmente elevata di esso”*;
- f) non può dunque condividersi, secondo la Corte, il presupposto interpretativo da cui è partita l’ordinanza di rimessione, che si basava sulla natura di sanzione *“punitiva”* dell’incameramento della garanzia provvisoria, in caso di esito negativo del controllo a campione, ai sensi dell’art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006; ne escono, pertanto, *“infirmate”* le conclusioni del giudice a quo circa la violazione di tutti i parametri costituzionali evocati.

IV. – Per completezza, si consideri quanto segue:

g) con la sentenza n. 7 del 2022, cit., l'Adunanza plenaria, pronunciandosi in tema di garanzia provvisoria nelle procedure relative ad affidamenti pubblici, ha affermato quanto segue:

- g1) il comma 6 dell'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016 – nel prevedere che la “*garanzia provvisoria*” a corredo dell'offerta “*copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario*” – delinea un 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;
- g2) ne deriva l'impossibilità di escussione della garanzia a carico dell'operatore economico partecipante alla gara qualora esso non sia stato ancora formalmente individuato quale aggiudicatario;
- g3) in particolare, la “*proposta di aggiudicazione*” si inserisce nella fase procedimentale (art. 32, comma 5); il legislatore ha attribuito autonomia all'istituto in esame, recependo le indicazioni fornite da [Cons. Stato, comm. spec., parere, 1 aprile 2016, n. 855](#) (in *Merito extra*, 2016, 715, 1, nonché oggetto della [News US, in data 4 aprile 2016](#), alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), che aveva ritenuto necessario superare i dubbi interpretativi sorti con riguardo all'istituto, elaborato in sede giurisprudenziale, dell'“*aggiudicazione provvisoria*” che era un atto infraprocedimentale, considerato, però, suscettibile, in via facoltativa, di immediata impugnazione, con onere di impugnazione successiva anche dell'“*aggiudicazione definitiva*”;
- g4) con specifico riferimento alla “*fideiussione*”, essa assolve alla sola funzione di consentire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, con obbligo dell'amministrazione di svincolare tale garanzia al momento della sottoscrizione del contratto; nella fase patologica, la “*fideiussione*” consente all'amministrazione di azionare il rimedio di adempimento dell'obbligo di

pagamento della somma predeterminata dalla legge con funzione compensativa dei danni relativi alla fase procedimentale;

h) la natura non sanzionatoria dell'escussione della garanzia provvisoria era già stata sostenuta dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 34 del 2014, cit. (menzionata anche dalla Corte con la pronuncia in epigrafe) la quale ha affermato quanto segue:

h1) l'istituto della cauzione provvisoria – *“ferma restando la generale distinzione fra l'istituto della clausola penale (1383 c.c.) avente funzione di liquidazione anticipata del danno da inadempimento e della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.) avente la funzione di dimostrare la serietà dell'intento di stipulare il contratto sin dal momento delle trattative o del perfezionamento dello stesso”* – va ricondotto alla caparra confirmatoria, *“sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione risulta la più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno”*;

h2) l'istituto in esame consiste, dunque, in *“una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati”*;

h3) non assumono rilievo, pertanto, né il principio di tassatività né quello di legalità, il quale ultimo riguarda le *“sanzioni in senso proprio”* e non già *“le misure di indole patrimoniale liberamente contenute negli atti di indizione, accettate dai concorrenti, non irragionevoli né illogiche, rispondenti all'autonomia patrimoniale delle parti, non contrarie a norme imperative e anzi agganciate alla ratio rinvenibile nelle disposizioni del codice”*;

i) anche la più recente dottrina ha evidenziato favore per la tesi che nega la natura prettamente sanzionatoria; cfr., in proposito:

i1) R. DE NICTOLIS, in *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 1171 ss., secondo la quale, pur dopo il correttivo, la disciplina della cauzione di cui

all'art. 93 del nuovo codice dei contratti, lungi da evidenziare aspetti sanzionatori, ha determinato un indebolimento del sistema della garanzia a corredo dell'offerta (con ciò, ponendosi anche in contrasto con le indicazioni della legge di delegazione), e ciò, specialmente laddove è stato previsto che l'incameramento della cauzione avvenga solo a carico dell'aggiudicatario, ovvero laddove è stata introdotta la possibilità che la garanzia venga prestata anche da un *pool* di garanti, ovvero ancora laddove si è ammessa l'implementazione incontrollata delle riduzioni degli importi della cauzione;

- i2) M. ZOPPOLATO, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS, III, *Procedure di gara e criteri di scelta del contraente*, Milano, 2019, 477 ss., secondo cui, in particolare, la funzione della cauzione provvisoria, dopo il correttivo al nuovo codice dei contratti, pare recuperare la fisionomia della clausola penale;
- j) nella giurisprudenza amministrativa più recente, in tema di escussione della garanzia provvisoria, con particolare riguardo alla natura sanzionatoria o meno della misura, si vedano le seguenti:
- j1) [Cons. Stato, sez. V, sentenza 2 agosto 2022, n. 6794](#), secondo cui l'escussione della cauzione provvisoria costituisce una *"conseguenza vincolata e automatica, che prescinde quindi da un'indagine sui profili soggettivi di imputabilità del fatto che ha determinato la sanzione espulsiva e la mancata stipula del contratto"*;
- j2) [Cons. Stato, sez. V, sentenza 20 luglio 2022, n. 6389](#), secondo cui *"la garanzia provvisoria, sia in forma di cauzione che in forma di polizza fideiussoria, non ha natura sanzionatoria [...]; in entrambi i casi, nella fase patologica, l'incameramento della cauzione o l'escussione della fideiussione operano, infatti, in funzione compensativa, a titolo di liquidazione forfettaria dei danni relativi alla fase procedimentale"*, dovendosi ricordare, con richiamo alle parole dell'Adunanza plenaria, sentenza n. 7 del 2022, cit., che l'operatività della

garanzia presuppone “un ‘fatto’ del debitore principale che viola le regole di gara che comporta – a seguito dell’eliminazione del riferimento al dolo e alla colpa grave da parte del decreto legislativo n. 56 del 2017 – la configurazione di un modello di responsabilità oggettiva, con conseguente esclusione di responsabilità nei soli casi di dimostrata assenza di un rapporto di causalità”;

- j3) [Cons. Stato, sez. II, sentenza 9 maggio 2022, n. 3585](#), secondo cui “L’escussione della cauzione, strumento di garanzia della serietà dell’offerta e della possibilità di ristoro di risorse profuse dall’Amministrazione, costituisce una ‘conseguenza della violazione dell’obbligo di diligenza gravante sull’offerente, tenuto conto che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, sottoscrivono e si impegnano ad osservare le regole della relativa procedura; si tratta, perciò, di una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo, che costituisce l’automatica conseguenza della violazione di regole e doveri espressamente accettati (cfr. [Cons. Stato, V, 15 marzo 2017, n. 1172](#))” (con richiamo a [Cons. Stato, sez. V, sentenza 17 settembre 2018, n. 5424](#)); la natura non sanzionatoria dell’escussione comporta, come conseguenza, che “la mancanza di responsabilità dell’offerente/dichiarante in caso dei requisiti dichiarati in sede di presentazione dell’offerta appare un profilo del tutto irrilevante ai fini dell’escussione della garanzia e la Stazione Appaltante può conseguentemente procedere all’escussione per il solo fatto di aver legittimamente deciso l’esclusione per mancanza dei requisiti dichiarati” (con richiamo, qui, a [Cons. Stato, sez. V, sentenza 16 maggio 2018, n. 2896](#));
- j4) [Cons. Stato, sez. VI, sentenza 16 febbraio 2022, n. 1153](#), secondo cui “l’escussione della garanzia (in applicazione di una norma di legge) non presenta profili di contrasto con l’invocato principio di proporzionalità di cui dalla 49 della Carta di Nizza, sia in quanto si tratta di una misura che riguarda le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto comunque dell’affidatario, intendendosi per fatto dell’affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, nel caso di specie conseguente al negativo giudizio circa la

*sussistenza del requisito dell'affidabilità professionale, espresso sulla base di una valutazione circa la gravità delle condotte addebitate maturata nell'ambito di un procedimento in contraddittorio; sia perché, sul piano sistematico, l'istituto in questione non è una sanzione che colpisce il concorrente per il comportamento tenuto (il che rende non pertinente, in questo caso, il richiamo ai criteri Engel), ma piuttosto una misura di indole patrimoniale che garantisce la stazione appaltante (tenendola indenne) per il mancato corretto adempimento degli obblighi assunti dagli operatori economici in relazione ad una partecipazione ad una gara di appalto, ivi compresi, naturalmente, la dimostrazione del possesso dei requisiti dichiarati in sede di offerta e per i quali è avvenuta la ammissione alla gara" (con richiamo a quanto statuito dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 34 del 2014, cit.).*