

L'Adunanza plenaria ha chiarito che il comma 6 dell'art. 93, 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.

[Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 26 aprile 2022, n. 7 – Pres. Frattini, Est. Lopilato](#)

L'Adunanza plenaria enuncia il seguente principio di diritto:

Il comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo 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 (1).

(1) I. – Con la sentenza in rassegna – la quale ha definito nel merito il giudizio d'appello – l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in relazione al corrispondente quesito, posto dalla quarta sezione con [sentenza non definitiva 4 gennaio 2022, n. 26](#), ha concluso nel senso che il comma 6 dell'art. 93 [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.

Ciò che determina la conseguente impossibilità di escussione della garanzia a carico dell'operatore economico partecipante alla gara qualora esso non sia stato ancora formalmente individuato quale aggiudicatario.

II. – Il Collegio, dopo aver richiamato la scansione delle varie fasi della vicenda procedimentale, ha così articolato il proprio iter argomentativo:

a) sul quadro normativo previgente:

a1) nella vigenza del [d. lgs. n. 163 del 2006](#), la disciplina era così articolata:

I) l'art. 75, comma 1, disponeva che l'offerta fosse 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;

II) l'escussione di tale garanzia poteva avvenire secondo due differenti forme;

- a2) la prima di dette forme era disciplinata dall'art. 48 di tale decreto che, a sua volta, contemplava due diverse fattispecie:
- I) la prima, prevedeva che le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste, dovessero richiedere ad un numero di offerenti non inferiore al dieci per cento delle offerte presentate, scelti con sorteggio pubblico, di provare, entro dieci giorni dalla richiesta, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (cd. requisiti speciali), eventualmente richiesti (cd. controllo a campione): nel caso in cui tale prova non fosse stata fornita ovvero non fosse risultata conforme alle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti dovevano procedere – oltre all'esclusione dalla gara e alla segnalazione all'Anac – alla *“escussione della relativa cauzione provvisoria”* (art. 48, comma 1);
 - II) l'altra fattispecie riguardava la richiesta indirizzata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che seguiva in graduatoria, qualora gli stessi non fossero stati ricompresi fra i concorrenti sorteggiati (art. 48, comma 2);
- a3) la seconda forma era quella prevista dallo stesso art. 75, il quale, al comma 6, disponeva che *“la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo”*;
- b) sul quadro normativo attuale:
- b1) la disciplina contenuta nel d. lgs. n. 50 del 2016 è basata sulla distinzione tra:
 - I) la fase procedimentale, finalizzata alla selezione del migliore offerente mediante l'adozione, all'esito del procedimento, del provvedimento di aggiudicazione;
 - II) la fase provvedimentale, che va dall'aggiudicazione alla stipulazione del contratto;
 - III) la fase costitutiva di stipulazione del contratto tra pubblica amministrazione e aggiudicatario;
 - IV) la fase esecutiva di adempimento delle obbligazioni contrattuali;
 - b2) 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, 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”;

b3) il d. lgs. n. 50 del 2016 ha mantenuto soltanto la garanzia già prevista dall'art. 75, comma 6, d. lgs. n. 163 del 2006 (per mancata sottoscrizione del contratto):

I) l'art. 93, comma 1, prevede, infatti, che *“l'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata «garanzia provvisoria» 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”*;

II) la *“cauzione”* può essere costituita, *“a scelta dell'offerente, in contanti, con bonifico, in assegni circolari 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”*;

III) la *“fideiussione”* a scelta dell'appaltatore *“può essere rilasciata da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività o rilasciata dagli intermediari finanziari”*, che abbiano anch'essi determinati requisiti specificamente indicati;

IV) il sesto comma dell'art. 93 stabiliva, nel testo originario, che *“la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo”*;

V) l'art. 59, comma 1, lett. d), d. lgs. n. 56 del 2017, ha modificato tale ultimo comma, disponendo che *“la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del [decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159](#); la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto”*;

VI) la possibilità di escussione della *“garanzia provvisoria”* per il concorrente è prevista soltanto nel caso di dichiarazioni false rese dall'operatore economico nell'ambito della procedura di avvalimento (art. 89, comma 1);

VII) la *“garanzia definitiva”* deve essere rilasciata dall'appaltatore al momento della sottoscrizione del contratto, nella forma della *“cauzione”* o della *“fideiussione”*, a garanzia, in particolare, *“dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale*

inadempimento delle obbligazioni stesse” (art. 103, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016; cfr. anche art. 113 d.lgs. n. 163 del 2006);

c) sulla natura e funzione della “*garanzia provvisoria*” nell’evoluzione della disciplina e nella giurisprudenza:

c1) nella vigenza del Codice del 2006, l’orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa distingueva la “*garanzia provvisoria*” escussa nei confronti dei concorrenti di cui all’art. 48, comma 1, e la “*garanzia provvisoria*” escussa nei confronti dell’aggiudicatario di cui all’art. 75, comma 1 ([Cons. Stato, Ad. plen., 4 ottobre 2005, n. 8](#), in *Urbanistica e appalti*, 2006, 311, con nota di CAPOTORTO; *Nuovo dir.*, 2006, 1046, con nota di VALLETTI; 10 dicembre 2014, n. 34, in *Giurisdiz. amm.*, 2014, 276; *Urbanistica e appalti*, 2015, 171, con nota di MANFREDI; *Foro amm.*, 2015, 1363, con nota di AMATO; [sez. V, ordinanza 26 aprile 2021, n. 3299](#), in *Comuni d’Italia*, 2021, 4-5, 148, oggetto della [News US in data 3 giugno 2021](#)):

I) alla prima tipologia di garanzia si assegnava natura sanzionatoria, con funzione punitiva, in quanto l’amministrazione poteva escutere la garanzia, incamerando la somma predeterminata, nei confronti di tutti gli offerenti sorteggiati che non fossero in possesso dei requisiti di partecipazione, con conseguenze economiche sovra-compensative: ne conseguiva la necessità – in conformità con le regole convenzionali (art. 7 Cedu) – di assicurare il rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari della prevedibilità, accessibilità e limiti di applicabilità delle norme nel tempo;

II) alla seconda tipologia di garanzia si assegnava natura non sanzionatoria, qualificando la “*cauzione*” quale garanzia avente una valenza analoga a quella della caparra confirmatoria e la “*fideiussione*” quale contratto di garanzia personale, con funzione di evidenziare “*la serietà ed affidabilità dell’offerta*” ([Cons. Stato, Ad. plen., n. 34 del 2014](#), cit.), nonché con funzione compensativa dei danni subiti dalla stazione appaltante;

c2) nella vigenza del Codice del 2016, l’orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, essendo stata eliminata la prima forma di garanzia, ha attribuito alla “*garanzia provvisoria*” natura esclusivamente non sanzionatoria (Cons. Stato, sez. IV, ordinanza n. 26 del 2022, cit.);

c3) va rilevato, ad avviso della Plenaria, che entrambi gli istituti in esame hanno natura non sanzionatoria, con differente qualificazione giuridica a seconda che venga in rilievo la “*cauzione*” o la “*fideiussione*”;

c4) quanto alla “cauzione”:

- I) è una obbligazione di garanzia di fonte legale imposta ai fini della partecipazione alla gara, che deve essere eseguita dallo stesso debitore;
- II) essa, nella fase fisiologica, assolve alla funzione di evidenziare la serietà e l’affidabilità dell’offerta, con obbligo dell’amministrazione di restituire la prestazione al momento della sottoscrizione del contratto; nella fase patologica, la “cauzione” ha natura di rimedio di autotutela, con funzione compensativa, potendo l’amministrazione incamerare il bene consegnato a titolo di liquidazione forfettaria dei danni relativi alla fase procedimentale;
- III) in questa prospettiva, non è conferente il richiamo alla caparra confirmatoria di cui all’art. 1385 cod. civ., in quanto la stessa, nella configurazione del codice civile, presuppone la stipulazione di un contratto – che, nella specie, manca – con l’inserimento della clausola che consente, in caso di inadempimento, di recedere dal contratto stesso trattenendo la caparra (cfr. Cass. civ., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 107, con nota di COGNOLATO; *Giust. civ.*, 2010, I, 671, con nota di PARDI; *Strumentario avvocati*, 2009, 5, 26, con nota di CRETELLA; *Riv. dir. proc.*, 2010, 1189, con nota di D’ALESSIO);

c5) quanto alla fideiussione:

- I) la “fideiussione”, che rileva in questa sede (e che si caratterizza in modo peculiare rispetto al contratto di fideiussione disciplinato dal codice civile), è una obbligazione di garanzia di fonte legale imposta ai fini della partecipazione alla gara, che sorge a seguito della stipulazione di un contratto tra un terzo garante e il creditore che si può perfezionare anche mediante la sola proposta del primo non rifiutata secondo il meccanismo dell’art. 1333 cod. civ.;
- II) le regole civilistiche rilevanti in questa sede prevedono che:
 - il fideiussore è obbligato in solido con il debitore principale al pagamento del debito, con la possibilità che le parti convengano che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell’escussione del debitore (art. 1944, commi 1 e 2, cod. civ.);
 - il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall’incapacità (art. 1945 cod. civ.);
 - il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell’obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze

contro il debitore e le abbia con diligenza continuate (art. 1956, comma 1, cod. civ.);

III) l'art. 93, comma 4, del Codice dei contratti pubblici deroga alle disposizioni sopra riportate, disponendo che deve essere prevista la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, al rapporto di accessorietà (dovendo operare questa forma di garanzia a semplice richiesta), all'eccezione che consente di fare valere la garanzia anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale;

IV) tale peculiare disciplina e, in particolare, la deroga al rapporto di accessorietà comporta che il tipo contrattuale deve essere identificato nel contratto autonomo di garanzia (Cass. civ., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, 905, con nota di PUPPO; *Banca, borsa ecc.*, 2010, II, 257, con nota di BARILLA'; *Giust. civ.*, 2010, I, 1349, con nota di LAMORGESE; *Giur. it.*, 2010, 2033, con nota di ROCCHIO; *Riv. not.*, 2010, 1353; *Gazzetta forense*, 2010, 5, 18, con nota di DE NOTARISTEFANI; *Contratti*, 2010, 440, con nota di LOBUONO; *Obbligazioni e contratti*, 2011, 104, con nota di NASTRI; *Assicurazioni*, 2010, 482, con nota di ROSSETTI; *Obbligazioni e contratti*, 2011, 89, con nota di MONTANI; *Giust. civ.*, 2010, I, 2489, con nota di PASCIUCCO; *Dir. ed economia assicuraz.*, 2011, 227, con nota di CERINI, GALANTINI; *Giust. civ.*, 2011, I, 497, con nota di TARTAGLIA; *Rass. giur. umbra*, 2012, 3, con nota di CERRI);

- c6) nella fase fisiologica, la "fideiussione" 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;
- c7) l'operatività di entrambe le forme di 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 citato [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;

d) sull'individuazione dei "soggetti" nei cui confronti può essere escussa la "garanzia provvisoria" (specifica questione rimessa alla Plenaria):

d1) l'orientamento espresso nell'ordinanza di rimessione è nel senso che i "soggetti" siano non solo l'"aggiudicatario", ma anche il destinatario di una "proposta di aggiudicazione" per le seguenti ragioni:

I) in primo luogo, si osserva che occorre valorizzare una interpretazione di "carattere logico-sistematico e teleologico", che fa emergere "plasticamente l'assoluta identità [...] tra la situazione dell'aggiudicatario e quella in cui versa il soggetto «proposto per l'aggiudicazione» che, tuttavia, si sia visto rifiutare la formale aggiudicazione, con contestuale esclusione dalla procedura, poiché, all'esito dei controlli operati dalla stazione appaltante proprio in vista della stipulazione del contratto, sia emersa l'assenza, non importa se originaria o sopravvenuta, dei necessari requisiti di legge";

II) in secondo luogo, si afferma come risulterebbe "contraddittorio e diseconomico obbligare la stazione appaltante a procedere all'aggiudicazione nei confronti del «proposto» e, subito dopo, ad esercitare l'annullamento in autotutela di tale provvedimento per carenza, in capo all'affidatario, di un imprescindibile requisito soggettivo";

d2) ciò detto, deve essere seguito un orientamento diverso da quello appena esposto, per ragioni che si fondano sui criteri di interpretazione della legge;

d3) sul versante dell'interpretazione letterale:

I) il comma 6 dell'art. 93 d. lgs. n. 50 del 2016 è chiaro nello stabilire che "la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario [...]";

II) il riferimento sia all'aggiudicazione, quale provvedimento finale della procedura amministrativa, sia al "fatto riconducibile all'affidatario" e non anche al concorrente destinatario della "proposta di aggiudicazione", rende palese il significato delle parole utilizzate dal legislatore nel senso di delimitare l'operatività della garanzia al momento successivo all'aggiudicazione (in questo senso anche [Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2021, n. 8367](#), successiva alla remissione all'Adunanza plenaria);

III) il comma 9 dello stesso art. 93 prevede, inoltre, che "la stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia" prestata a corredo dell'offerta;

- d4) sul piano dell'interpretazione teleologica, il legislatore ha inteso ridurre l'ambito di operatività del sistema delle garanzie nella fase procedimentale, come risulta dall'analisi della successione delle leggi nel tempo:
- I) in particolare, il Codice del 2016 non ha confermato il sistema previgente disciplinato dall'art. 48 del Codice del 2006, che prevedeva la possibilità, ricorrendo i presupposti indicati, di escutere la garanzia, con funzione sanzionatoria, anche nei confronti dei partecipanti alla procedura, sicché l'estensione del perimetro della "*garanzia provvisoria*" si porrebbe in contrasto con la *ratio legis*;
- II) l'esposta diversità di regime ha indotto il Consiglio di Stato, con la citata [ordinanza sez. V, 26 aprile 2021, n. 3299](#), a rimettere alla Corte costituzionale la questione relativa all'applicazione retroattiva della nuova disciplina della "*garanzia provvisoria*" (applicata al solo aggiudicatario con funzione compensativa) perché più favorevole rispetto alla precedente disciplina (applicata anche al concorrente con funzione punitiva);
- d5) sul piano dell'interpretazione sistematica, in primo luogo, dall'analisi del contesto in cui la norma è inserita e, in particolare, dalla lettura coordinata di alcune disposizioni del Codice, risulta chiara la distinzione tra la fase procedimentale relativa alla "*proposta di aggiudicazione*" e la fase provvedimentale relativa all'"*aggiudicazione*": I) con riguardo alla "*proposta di aggiudicazione*", il destinatario della proposta è ancora un concorrente, ancorché individualizzato; nella prospettiva della tutela, la "*proposta di aggiudicazione*", essendo atto endoprocedimentale, non è suscettibile di autonoma impugnazione; II) con riguardo all'aggiudicazione, l'art. 32, comma 6, stabilisce che essa "*non equivale ad accettazione dell'offerta*" e, nella prospettiva della tutela, può essere oggetto sia di impugnazione in sede giurisdizionale sia di autotutela amministrativa; la valutazione sistematica anche delle regole civilistiche impone di evitare che il terzo – che ha stipulato un contratto autonomo di garanzia collegato al rapporto principale tra amministrazione e partecipante alla procedura di gara – debba eseguire prestazioni per violazioni non chiaramente definite dalle regole di diritto pubblico;
- d6) sul piano dell'applicazione analogica, la diversità della disciplina e delle situazioni regolate relativa alle due fasi, risultante dall'applicazione degli esposti criteri interpretativi, impedisce di estendere alla fase

procedimentale le *“garanzie provvisorie”* della fase provvedimentale in considerazione che:

I) nel caso di mancata stipulazione del contratto a seguito di una *“aggiudicazione”*, le ragioni, come esposto, possono dipendere sia dalla successiva verifica della mancanza dei requisiti di partecipazione sia, soprattutto, dalla condotta dell’aggiudicatario che, per una sua scelta, decide di non stipulare il contratto;

II) in queste ipotesi la stazione appaltante deve annullare d’ufficio il provvedimento di aggiudicazione e rinnovare il procedimento con regressione alla fase della *“proposta di aggiudicazione”*: in tale contesto i possibili pregiudizi economici determinati dalla condotta dell’aggiudicatario sono coperti dalla *“garanzia provvisoria”* che consente all’amministrazione di azionare il rimedio di adempimento della prestazione dovuta con la finalità di compensare in via fortettaria i danni subiti dall’amministrazione per violazione delle regole procedurali nonché dell’obbligo di concludere il contratto;

III) nel caso di *“mancata aggiudicazione”* a seguito di una *“proposta di aggiudicazione”*, i motivi di tale determinazione possono dipendere, oltre che da ragioni relative all’offerta, dalla verifica negativa preventiva del possesso dei requisiti di partecipazione del concorrente individuato: in queste ipotesi, l’amministrazione non è costretta a procedere all’aggiudicazione e poi ad esercitare il potere di annullamento in autotutela, potendosi limitare a non adottare l’atto di aggiudicazione e ad individuare il secondo classificato nei cui confronti indirizzare la nuova *“proposta di aggiudicazione”*;

IV) in tale contesto i pregiudizi economici, se esistenti, hanno portata differente rispetto a quelli che si possono verificare nella fase provvedimentale, con possibilità per l’amministrazione, ricorrendone i presupposti, di fare valere l’eventuale responsabilità precontrattuale del concorrente ai sensi degli artt. 1337-1338 cod. civ., fermo restando il potere dell’ANAC di applicare sanzioni amministrative qualora si accertino specifiche condotte contrarie alle regole della gara da parte degli operatori economici (art. 213, comma 13, d.lgs. n. 50 del 2016).

III. – Per completezza si osserva quanto segue:

- e) sull’escussione della garanzia prevista dall’art. 93, comma 6, d. lgs. n. 50 del 2016 e dalla precedente disciplina contenuta nel d. lgs. n. 163 del 2006:

- e1) con specifico riferimento alla disciplina transitoria della cauzione provvisoria, Cons. Stato, sez. V, ordinanza 26 aprile 2021, n. 3299, citata nella sentenza in rassegna;
- e2) Cons. Stato, sez. IV, 22 aprile 2021, n. 3255;
- e3) Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2017, n. 3701;
- e4) Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2017, n. 1818;
- e5) Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 2016, n. 5501;
- e6) Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2016, 2, 85, con nota di TONON; *Nuovo notiziario giur.* 2016, 255, con nota di BARBIERI; *Urbanistica e appalti*, 2016, 787, con nota di CARANTA; *Guida al dir.*, 2016, 13, 82, con nota di CORRADO; *Riv. Neldiritto*, 2016, 1586, con nota di CELLAI;
- e7) Cons. Stato, sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5280, in *Foro amm.*, 2015, 2770;
- e8) Cons. Stato, sez. IV, 9 giugno 2015, n. 2829;
- e9) Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34, citata nella sentenza in rassegna;
- e10) Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2012, n. 4778, in *Foro amm.*, 2015, 2509;
- e11) con specifico riferimento alle questioni di giurisdizione: Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9005;
- f) sulla caparra confirmatoria nella giurisprudenza della Corte costituzionale: ordinanza 2 aprile 2014, n. 77; 4 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, 382, con nota di PATTI;
- g) sull'interpretazione della legge:

- g1) sul criterio letterale quale canone fondamentale di ermeneutica: tra le diverse, Cass. civ., sez. lav., 26 gennaio 2012, n. 1111, secondo cui *“la norma giuridica deve essere interpretata, innanzi tutto e principalmente, dal punto di vista letterale, non potendosi al testo «attribuire altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse», pertanto, nell’ipotesi in cui l’interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l’interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, merce l’esame complessivo del testo, della mens legis, specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma, così come inequivocabilmente espressa dal legislatore; soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti ambigua (e si appalesi altresì infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l’elemento letterale e l’intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, cosicché il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all’equivocità del testo da interpretare”*;
- g2) sulla generale regola ermeneutica c.d. *“di conservazione degli atti”*: Cass. civ., sez. un., 5 giugno 2014, n. 12644, secondo cui tale regola *“espressamente codificata dall’articolo 1367 c.c., in materia contrattuale, ma da ritenersi operante, in quanto espressione di un sovraordinato principio generale insito nel sistema, anche e soprattutto in tema di interpretazione della legge, sulla scorta della quale, tra le diverse accezioni possibili di una disposizione (normativa, amministrativa o negoziale), deve propendersi per quella secondo cui la stessa potrebbe aver qualche effetto, anziché nessuno”*;
- g3) sull’interpretazione storico evolutiva: Cass. civ., 25 febbraio 2020, n. 5022, secondo cui essa determina che *“una determinata fattispecie negoziale non può che essere valutata sulla base dell’ordinamento vigente, posto che l’attività ermeneutica non può dispiegarsi «ora per allora», ma all’attualità”*;
- g4) sulla finalità dell’interpretazione autentica: tra le tante, da ultimo, [Corte cost., 10 marzo 2022, n. 61](#) (oggetto della [News US in data 29 aprile 2022](#), alla quale si rinvia, in particolare, con specifico approfondimento sul legittimo affidamento rispetto alla retroattività legislativa); 22 novembre 2000, n. 252 (in *Foro it.*, 2000, I, 3397) secondo cui *“il legislatore può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze*

sull'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali irrisolti, ma anche «quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore»;

g5) sulla nozione e presupposti della applicazione analogica: Cass. civ., sez. lav., 10 maggio 2003, n. 7170;

g6) sulla nozione di interpretazione restrittiva: Cass. civ., sez. III, 20 luglio 1977, n. 3250, secondo cui *“L'interpretazione restrittiva ricorre quando il giudice ritenga che le espressioni usate dal legislatore ne abbiano tradito il pensiero ovvero non lo abbiano esattamente rivelato - di modo che nella norma appaiano compresi casi che non vi dovrebbero rientrare secondo l'intenzione della legge - e, di conseguenza, escluda, per tali casi, l'applicazione della norma stessa al fine di attuare la reale volontà legislativa. Pertanto, non si è in presenza di una siffatta interpretazione quando il giudice non escluda dall'applicazione della norma un caso, che la formula letterale di questa contempra, bensì accerti che la fattispecie prospettata dalla parte non rientri nella disciplina legale risultante dal testo letterale della norma”;*

h) in dottrina:

h1) sulla nuova disciplina della cauzione disegnata dall'art. 93 del codice e in particolare sulla previsione che ne prevede l'escussione solo a carico dell'aggiudicatario: M. ZOPPOLATO, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di SANDULLI – DE NICTOLIS, Milano, 2019, III, *Procedure di gara e criteri di scelta del contraente*, 477 ss.; R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 1168 ss.