



News n. 46 del 31 marzo 2023
a cura dell'Ufficio del massimario

La quinta sezione del Consiglio di Stato sollecita la Corte di giustizia UE a verificare la compatibilità della disciplina interna - che prevede l'automatica escussione della garanzia provvisoria a seguito di esclusione dalla gara per violazione delle regole sulla concorrenza - con l'ordinamento eurounitario e, segnatamente, con i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi. Dubbi, infatti, si pongono in relazione alle situazioni nelle quali l'operatore economico sia stato già destinatario di specifiche sanzioni pecuniarie ad opera di altre autorità, per i medesimi fatti che hanno dato luogo all'escussione della garanzia.

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 28 febbraio 2023, n. 2033 – Pres. Sabatino, Est. Quadri

Contratti pubblici – Gara – Esclusione per violazione delle norme in materia di concorrenza – Escussione della garanzia – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Va rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale:

“Se gli artt. 16, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, l'art. 4, Protocollo 7, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – CEDU, l'art. 6 del TUE, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli gli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE, ostino a norme interne (artt. 38, comma 1, lett. f), 48 e 75 del d.lgs. 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, benché il medesimo operatore economico sia stato già destinatario, in relazione alla medesima ed unitaria condotta, di altra sanzione definita a seguito di apposito procedimento attivato ad opera di altra competente Autorità del medesimo Stato membro” (1).

(1)I. – Con l'ordinanza in rassegna la quinta Sezione del Consiglio di Stato ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE dubitando della compatibilità, con il diritto

europeo, dell'obbligo di incameramento automatico della garanzia provvisoria negli appalti pubblici contenuta nella previgente disciplina del d. lgs. n. 163 del 2006, e, segnatamente, con i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, nell'ipotesi di un operatore economico escluso da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di servizi, già destinatario, in relazione alla medesima ed unitaria condotta, di altra sanzione irrogata da altra competente autorità.

II.- L'esclusione dalla gara dell'operatore economico ricorrente in primo grado – e conseguente escussione della garanzia dal rilevante importo – è stata disposta a causa di un provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato con il quale è stato contestato di aver realizzato, insieme ad altri operatori, un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'art. 101 TFUE. Per tale ragione l'Autorità ha anche irrogato una sanzione pecuniaria quantificata in euro 17.027.300,00, interamente già pagata.

Il ricorso proposto avverso tale esclusione è stato rigettato con sentenza T.a.r. per il Lazio, sez. II, 5 febbraio 2021, n. 1504, in seno alla quale è stato, tra l'altro, affermato, che *“a conferma della ontologica differenza tra sanzione antitrust e escussione della cauzione, si osserva che la cauzione provvisoria non ha natura di sanzione amministrativa, bensì rientra tra le misure di indole patrimoniale liberamente contenute negli atti di indizione, accettate dai concorrenti, non irragionevoli, né illogiche, rispondenti all'autonomia patrimoniale delle parti”*.

L'operatore economico ha, quindi, interposto appello avverso la predetta sentenza e, nell'ambito del relativo giudizio si è innestato il rinvio pregiudiziale in rassegna.

III. – Dopo aver proceduto alla ricostruzione del quadro normativo rilevante – la procedura di gara ricade ratione temporis sotto la vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 163 del 2006 (artt. 38, comma 1, lett. f, 48, comma 1, e 75,) – il collegio ha osservato che:

- a) la funzione dell'incameramento della cauzione è ristorare il danno cagionato alla stazione appaltante, danno che non sussisterebbe quando l'operatore economico non è ancora aggiudicatario ma mero concorrente;
- b) in tal caso l'escussione si tradurrebbe in un provvedimento a contenuto fortemente sanzionatorio e di natura penale, dando luogo a una sanzione – nel caso oggetto della vicenda contenziosa in rassegna di importo ragguardevole – del tutto immotivata ed irragionevole, proporzionata rispetto alla condotta tenuta e che darebbe luogo ad un'interpretazione degli artt. 48 e 75 del Codice in contrasto con i principi espressi dagli artt. 6, 7 e 13 della CEDU (nonché dagli artt. 1, Protocollo 1, e 4, Protocollo 7, della medesima CEDU), dagli artt. 16, 17, 47, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali UE, dall'art. 6 TUE, dagli artt. artt. 18, 49, 50, 54, 56, 57 e 63 TFUE, dagli artt. 3, 10, 23, 24, 25, 41, 42, 97, 111 e 117 Cost.;
- c) l'escussione delle fideiussioni si tradurrebbe di fatto nell'applicazione di una sanzione pecuniaria pesantissima, che duplicherrebbe quella irrogata con il provvedimento sanzionatorio antitrust (e di importo che eguaglia quasi lo stesso ammontare), con conseguente violazione del principio del *ne bis in idem*;
- d) sulla configurabilità della sanzione pecuniaria quale sanzione penale:
 - d1) la Corte EDU, nella sentenza del 4 marzo 2014, causa *Grande Stevens ed altri c. Italia* (in *Giornale dir. amm.*, 1, 2014, 1053 ss. con nota di ALLENA; *Dir. penale contemporaneo*, 3-4., 2014, con nota di DE AMICIS; *Dir. penale e processo*, 12, 2014, 82 ss., con nota di LAVARINI), 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[...]";

- d2) tali rilievi sono già stati condivisi dal giudice amministrativo, che ha avuto modo di rilevare che *“la Corte di Strasburgo ha elaborato propri e autonomi criteri al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione. In particolare, sono stati individuati tre criteri, costituiti: I) dalla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta la valenza «intrinsecamente penale» della misura; II) dalla natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; III) dal grado di severità della sanzione. ... L'assegnazione alla «materia penale» di un significato ampio conduce a ritenere che anche il potere amministrativo sanzionatorio deve essere esercitato nel rispetto, non solo delle garanzie dell'equo processo, ma anche dai principi sanciti dal citato art. 7 CEDU” (Cons. Stato, sez. VI, ordinanze 20 ottobre 2014, n. 5167, 9 ottobre 2014, n. 5030, 9 luglio 2014, nn. 3496, 3497, 3498 e 3499)”*;
- d3) in ragione dell'entità e assoluta rilevanza del sacrificio patrimoniale imposto, l'escussione delle cauzioni provvisorie acquisisce i connotati di una sanzione cui non può che necessariamente riconoscersi carattere penale, secondo l'accezione cristallizzata nell'insegnamento 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;
- d4) anche l'art. 1, Protocollo 1, 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);
- d5) è stato affermato che *“il cumulo di sanzioni di natura penale deve accompagnarsi a norme che consentano di garantire che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte corrisponda alla gravità del reato di cui trattasi” con il conseguente “obbligo per le autorità competenti, in caso di irrogazione di una seconda sanzione, di assicurarsi che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte non ecceda la gravità del reato accertato” (Corte di giustizia UE, grande sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a*)*;
- d6) il principio di proporzionalità, peraltro, deve essere applicato in maniera ancor più significativa laddove vi sia un contesto normativo di non immediata interpretazione (cfr. Corte di giustizia CE, sez. VI, 12 luglio 2001, C-262/99, *Paraskevas Louloudakis*), che senz'altro sarebbe quello in cui ci si muove nel caso specie, atteso che la questione circa la riconducibilità dell'illecito antitrust nell'alveo del grave errore professionale sarebbe tutt'altro che univoca, tanto da aver richiesto il pronunciamento della Corte di giustizia;
- d7) sarebbe allora evidente il contrasto degli artt. 38, comma 1, lett. f), e 48 d.lgs. n. 163 del 2006 con le norme e i principi, costituzionali ed europei, in tema di proporzionalità delle sanzioni, ove essi siano interpretati nel senso di consentire, in ogni caso (ed in disparte un'adeguata valutazione delle

circostanze del caso concreto), l'automatico incameramento della cauzione provvisoria a seguito dell'esclusione;

- d8) il denunciato contrasto sarebbe tanto più evidente ove si ritenesse che una misura come quella in questione, cui non può non riconoscersi natura sanzionatoria in ragione della sua attitudine ad incidere in termini così afflittivi sulla vita di un'impresa, possa essere adottata prescindendo dalla doverosa considerazione dell'elemento soggettivo e, in particolare, della prevedibilità dell'esclusione;
- d9) il contrasto del provvedimento di escussione delle cauzioni con il diritto europeo emergerebbe anche sotto ulteriore profilo. Più in dettaglio, vengono in rilievo gli artt. 4, Protocollo 7, della CEDU e 50 della Carta di Nizza, recanti il principio ne bis in idem: l'escussione delle polizze fideiussorie ulteriore conseguenza della medesima condotta (i.e. l'illecito anticoncorrenziale) già oggetto di sanzione pecuniaria da parte dell'AGCM, con l'effetto di duplicare illegittimamente il trattamento sanzionatorio all'operatore economico che ha comunque già subito l'esclusione dalla gara.

IV. – Per completezza si segnala quanto segue:

- e) sulla (non) conformità all'ordinamento UE dell'esclusione - dall'ambito di applicazione dell'errore grave commesso da un operatore economico nell'esercizio della propria attività professionale - dei comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall'autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale, con la conseguenza che sarebbe precluso alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente una siffatta violazione: Corte di giustizia UE, sez. IX, 4 giugno 2019, C-425/18, Consorzio nazionale servizi società cooperativa (CNS), oggetto della News US in data 16 luglio 2019, citata nell'ordinanza in rassegna;
- f) sulla 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 cost. 26 luglio 2022, n.198, oggetto della News UM in data 24 ottobre 2022, citata nell'ordinanza in rassegna, secondo cui *“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”*;
- f1) la Corte ha operato una ricognizione della propria giurisprudenza sulla retroattività della *lex mitior* in materia penale e giunge, dunque, ad escludere che l'escussione della cauzione provvisoria, come prevista dall'art. 48 del vecchio codice dei contratti del 2006, abbia natura *“punitiva”* (cioè, 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 (Corte cost. 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);

f2) in tale contesto 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" (nel caso oggetto dell'ordinanza in rassegna, l'incedere dei fatti restituisce un assetto nel quale sembra che l'operatore economico non abbia tenuto conto dei diversi presupposti dell'incameramento e della sanzione antitrust)

f3) la Corte ha escluso il dato interpretativo basato 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;

g) sulla previsione della garanzia provvisoria a corredo dell'offerta che copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario quale sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la proposta di aggiudicazione e l'aggiudicazione: Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2022, n. 7 (oggetto della News US in data 23 maggio 2022), la quale ha escluso l'escussione della garanzia a carico dell'operatore economico partecipante alla gara qualora esso non sia stato ancora formalmente individuato quale aggiudicatario. La Plenaria ha – tra l'altro – evidenziato che:

g1) l'art. 93, comma 4, del nuovo codice dei contratti pubblici deroga alle disposizioni civilistiche in tema di fideiussioni, 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;

g2) 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);

g3) 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;

- g4) 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;
- h) sull'escussione della garanzia provvisoria in ipotesi di mancato possesso dei requisiti generali: Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 171, con nota di MANFREDI, *Foro amm.*, 2015, 1363 (m), con nota di AMATO, secondo cui, con riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 38 d. lgs. n. 163 del 2006, "È legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatrici, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici";
- i) sulla escussione della garanzia provvisoria e definitiva in ipotesi di violazione dei c.d. patti di integrità: Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 9 gennaio 2023, n. 23;
- j) sull'escussione della garanzia e mutamento delle condizioni economiche prima della stipulazione del contratto: Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 16 marzo 2022, n. 306
- k) sull'escussione della cauzione quale liquidazione anticipata dei danni subiti dalla stazione appaltante: Corte cost., ordinanza 4 luglio 2011, n. 211, in *Riv. amm. appalti*, 2011, 207, con nota di BRUNETTI;
- l) sulla funzione della garanzia:
- 11) sulla natura indennitaria rispetto al rifiuto dell'aggiudicatario di stipulare il contratto e *lato sensu* sanzionatoria rispetto a cause di esclusione non dichiarate dal concorrente ed accertate dalla stazione appaltante: Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2021, n. 3469;
 - 12) sulla natura funzionale di tutela della concorrenza: Corte cost., 28 gennaio 2022, n. 23 (in *Dir. pen. globalizzazione*, 2022, 145, (m), con nota di POZZUOLI), secondo cui: I) "la cauzione provvisoria è strettamente funzionale alla tutela della concorrenza"; II) "essa serve a garantire, ai sensi dell'art. 93, comma 6, cod. contratti pubblici, il rischio della mancata sottoscrizione del contratto a seguito dell'aggiudicazione, per fatti riconducibili all'affidatario o per «l'adozione di informazione antimafia interdittiva», nonché, ai sensi dell'art. 103, comma 3, cod. contratti pubblici, il rischio della mancata costituzione da parte dell'aggiudicatario della garanzia definitiva. In tal modo, la cauzione provvisoria assicura la serietà e

la correttezza delle offerte presentate”; III) “la sua funzione è, dunque, quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese e al dovere di diligenza, allo scopo di garantire la serietà e l’affidabilità dell’offerta e prevenire l’inutile e non proficuo svolgimento di complesse attività selettive”; IV) “Del resto, se è vero che «il principio cardine delle gare pubbliche è quello del favor participationis», questo attiene, nondimeno, solo alla partecipazione di operatori economici «qualificati», che possono «garantire, da un lato, che l’Amministrazione individui, tra i tanti, il «miglior contraente», dall’altro, l’esplicazione di una piena ed effettiva concorrenza tra le imprese in un mercato libero”;

- m) sulla doverosità dell’incameramento della cauzione in caso di esclusione dalla gara per irregolarità insanabile della documentazione: Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2810;
- n) sulla (ir)rilevanza del dolo e della colpa nella condotta dell’operatore economico che ha dato luogo all’incameramento della cauzione: Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017, n. 2041;
- o) sulla riconducibilità dell’istituto della cauzione provvisoria alla caparra confirmatoria: Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6455;
- p) sull’escussione della cauzione quale conseguenza automatica dell’esclusione: 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;
- q) sul versante della specifica disciplina normativa va rilevato che la materia ha costituito oggetto di diverse impostazioni nei due codici degli appalti (d.lgs. n. 163 del 2006 – al quale si riferisce la vicenda contenziosa oggetto dell’ordinanza in rassegna – e n. 50 del 2016):

q1) quanto al d. lgs. n. 163 del 2006: I) 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”; II) art. 48, comma 1:

“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"; III) art. 75:

- "1. L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento (309) del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente. Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è fissato nel bando o nell'invito nella misura massima del 2 per cento del prezzo base.*
- 2. La cauzione può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice.*
- 3. La fideiussione, a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.*
- 4. La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.*
- 5. La garanzia deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta. Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura.*
- 6. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.*

7. *L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, anche cumulabile con la riduzione di cui al primo periodo, per gli operatori economici in possesso di registrazione al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS), ai sensi del regolamento (CE) n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, o del 20 per cento per gli operatori in possesso di certificazione ambientale ai sensi della norma UNI EN ISO 14001. Nei contratti relativi a servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 20 per cento, anche cumulabile con la riduzione di cui ai periodi primo e secondo, per gli operatori economici in possesso, in relazione ai beni o servizi che costituiscano almeno il 50 per cento del valore dei beni e servizi oggetto del contratto stesso, del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) ai sensi del regolamento (CE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009. Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 15 per cento per gli operatori economici che sviluppano un inventario di gas ad effetto serra ai sensi della norma UNI EN ISO 14064-1 o un'impronta climatica (carbon footprint) di prodotto ai sensi della norma UNI ISO/TS 14067. Per fruire dei benefici di cui al presente comma, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso dei relativi requisiti, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti.*
8. *L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario.*
9. *La stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia di cui al comma 1, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a trenta giorni dall'aggiudicazione, anche quando non sia ancora scaduto il termine di validità della garanzia";*
q2) quanto al d. lgs. n. 50 del 2016 la disciplina della cauzione provvisoria è contenuta, a più ampio raggio, nelle seguenti disposizioni: I) art. 35, comma 18:
- "18. Sul valore del contratto di appalto viene calcolato l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20 per cento da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prestazione. L'erogazione dell'anticipazione, consentita anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del presente codice, è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorata del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al*

recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma della prestazione. La predetta garanzia è rilasciata da imprese bancarie autorizzate ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o assicurative autorizzate alla copertura dei rischi ai quali si riferisce l'assicurazione e che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano la rispettiva attività [...]"; II) art. 93:

"1. L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata «garanzia provvisoria» pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente. Al fine di rendere l'importo della garanzia proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso, la stazione appaltante può motivatamente ridurre l'importo della cauzione sino all'1 per cento ovvero incrementarlo sino al 4 per cento. 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. In caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, la garanzia fideiussoria deve riguardare tutte le imprese del raggruppamento medesimo. Nei casi di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), è facoltà della stazione appaltante non richiedere le garanzie di cui al presente articolo [...].

6. 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"; III) art. 103:

"11. E' facoltà dell'amministrazione in casi specifici non richiedere una garanzia per gli appalti di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), nonché per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori o di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati. L'esonero dalla prestazione della garanzia deve essere adeguatamente motivato ed è subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione";

r) la garanzia provvisoria ha costituito oggetto anche della disciplina transitoria (fino al 30 giugno 2023) dell'art. 1, comma 4, d.l. n. 76 del 2020 convertito con l. n. 120 del 2020, secondo cui "Per le modalità di affidamento di cui al presente articolo la stazione appaltante non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016, salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente. Nel caso in cui sia richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare è dimezzato rispetto a quello previsto dal medesimo articolo 93";

s) lo schema definitivo del nuovo codice dei contratti pubblici elaborato dall'apposita commissione presso il Consiglio di Stato in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici" contiene una sua disciplina in materia:

s1) art. 53:

" 1. Nelle procedure di affidamento di cui all'articolo 50, comma 1, la stazione appaltante non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 106 salvo che, nelle procedure di cui alle lettere c), d) ed e) dello stesso comma 1, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta. Le esigenze particolari sono indicate nella decisione di contrarre oppure nell'avviso di indizione della procedura o in altro atto equivalente.

2. Quando è richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare non può superare l'uno per cento dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito per il contratto oggetto di affidamento.

3. La garanzia provvisoria può essere costituita sotto forma di cauzione oppure di fideiussione con le modalità di cui all'articolo 106.

4. In casi debitamente motivati è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti di cui alla presente Parte oppure per i contratti di pari importo a valere su un accordo quadro. Quando richiesta, la garanzia definitiva è pari al 5 per cento dell'importo contrattuale";

s2) art. 101:

"1. [...] la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte"; III) art. 106:

"1. L'offerta è corredata da una garanzia provvisoria pari al 2 per cento del valore complessivo della procedura indicato nel bando o nell'invito. Per rendere l'importo della garanzia proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto dell'affidamento e al grado di rischio a esso connesso, la stazione appaltante può motivatamente ridurre l'importo sino all'1 per cento oppure incrementarlo sino al 4 per cento. 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 valore complessivo della procedura. In caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, anche se non ancora costituito, la garanzia deve coprire le obbligazioni di ciascuna impresa del raggruppamento medesimo. La garanzia provvisoria può essere costituita sotto forma di cauzione oppure di fideiussione;

2. La cauzione è costituita presso l'istituto incaricato del servizio di tesoreria o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore della stazione appaltante, esclusivamente con bonifico o con altri strumenti e canali di

pagamento elettronici previsti dall'ordinamento vigente. Si applica, quanto allo svincolo, il comma 10 [...];

8. *[...] In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.13 [Certificazioni o marchi rilevanti ai fini della riduzione della garanzia] è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica e il Ministro per gli affari europei, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice".*