

Appalti pubblici e sanzioni amministrative: profili di diritto intertemporale collegati alla evoluzione della disciplina in materia di incameramento della garanzia provvisoria.

di Gianpiero GAUDIOSI*

SOMMARIO: **1.** Spunti introduttivi. **2.** L'art. 93 nella sistematica del Codice dei contratti pubblici. **3.** La fattispecie oggetto di scrutinio. **4.** Uno sguardo a ritroso: gli artt. 48 e 75 del D.lgs. n. 163/2006. **5.** L'apporto mitigatore del Codice del 2016. **6.** La cauzione provvisoria: un Giano bifronte. **7.** "Viaggio giurisprudenziale" tra i tornanti della legittimità costituzionale in materia di diritto amministrativo punitivo in caso di disposizioni che ostano ad un'applicazione retroattiva dello *ius superveniens* più favorevole. **8.** Riflessioni conclusive: l'insostenibile complessità dei tentativi di semplificare un "mandala" giuridico. L'*impasse* dei DD.LL. nn. 76/2020 e 77/2021.

ABSTRACT: *This paper aims to investigate the state-of-the-art of the Italian administrative case law as regards the nature and functions attributable to the institution of the provisional guarantee, set out by article 93 of the new Public Procurement Code. In this regard, useful interpretative insights are derived from the recent ordinance no. 3299/2021 of the Italian "Consiglio di Stato", which has recently addressed the issue and has deemed it possible to affirm its punitive nature. Starting from this assumption, at the same time, the Court has questioned to the Italian "Corte Costituzionale" as to whether it is constitutional for the Italian judicial authorities to deny the retroactivity of the rules contained in the 2016 Code, although more favorable than those established by articles 48-75 of the 2006 Code.*

1. Spunti introduttivi.

Come ampiamente noto, l'intera architettura degli affidamenti di contratti pubblici poggia saldamente su un sistema di cautele poste dal legislatore a presidio della posizione del soggetto che bandisce la gara, in piena sintonia con l'esigenza di realizzare l'interesse pubblico sotteso all'appalto. Per quanto qui

* Dottore in giurisprudenza presso l'Università LUISS "Guido Carli" di Roma; abilitato all'esercizio della professione forense; già tirocinante ex art. 73 D.L. n. 69/2013.

rileva, il non infrequente verificarsi – nella prassi di settore – dell’evenienza per la quale possa rimanere inattuato il costituendo sinallagma negoziale costituisce una tra le principali ragioni giustificatrici della necessità, da parte della stazione appaltante, di preconstituirsì una “sorta di tutela” che il codice, più correttamente, inquadra sotto la definizione di «garanzia per la partecipazione». L’art. 93 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce, a questo proposito ed in confronto di quanti intendano partecipare ad una procedura evidenziale, l’obbligo di porre a corredo dell’offerta una garanzia fideiussoria (c.d. “provvisoria”) pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell’invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione¹, a scelta dell’offerente (co. 1). Il composito dibattito giurisprudenziale inteso a delimitare natura e funzioni dell’istituto *de quo*, con l’ordinanza n. 3299/2021, è tornato oggetto di attenzioni da parte dei giudici di Palazzo Spada i quali, incidentalmente, affrontano il tema in quanto chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di un provvedimento di escussione della cauzione. Sul punto, la Quinta Sezione ha ribadito l’orientamento giurisprudenziale secondo cui l’operatività dell’art. 93, comma 6, andrebbe circoscritta a valle dell’aggiudicazione definitiva e pertanto nei soli confronti dell’aggiudicatario (*recte*, “affidatario”). Ciò posto, la medesima pronuncia ha ritenuto sussistere i presupposti di rilevanza e non manifesta infondatezza per rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale della norma sopraindicata nel combinato disposto con l’art. 216², Disposizioni transitorie e di coordinamento, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici. In particolare, il Collegio ha ravvisato un contrasto delle anzidette norme con gli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione (quest’ultimo in relazione all’art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea), nei termini in cui le stesse, congiuntamente applicate e facendo quindi applicazione delle note regole intertemporali

¹ Con specifico riferimento alle modalità di versamento della garanzia, se in forma di cauzione, oltre a titoli di debito pubblico si può ricorrere a contante, bonifico o assegni circolari. Ove invece la garanzia sia riconducibile allo schema tipico del negozio fideiussorio, occorre rammentare che AGCM ha ritenuto illegittime le clausole dei bandi e avvisi che escludano offerte correate da fideiussioni rilasciate da imprese extracomunitarie autorizzate. Si veda in proposito l’atto di segnalazione, 4 dicembre 2017, n. AS1466.

² Stando al quale, le disposizioni contenute nel nuovo Codice si applicano «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 nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte».

stabilite dal nuovo codice in relazione alle procedure bandite prima della sua entrata in vigore, consentirebbero l'applicazione delle previsioni preesistenti (*i.e.* artt. 48 e 75, d.lgs. n. 163/2006) e indubbiamente più afflittive nei riguardi dei partecipanti alla gara.

2. L'art. 93 nella sistematica del Codice dei contratti pubblici.

Prima di addentrarsi nel merito della pronuncia da cui traggono spunto le odierne riflessioni, val la pena soffermarsi brevemente sui tratti caratteristici della cauzione, una volta calata all'interno del complesso *iter* di esecuzione dei contratti pubblici. La latitudine applicativa dell'istituto in esame si apprezza compiutamente già solo pensando alla tradizionale dicotomia tra garanzia provvisoria e definitiva che ricalca perfettamente lo sviluppo diacronico della procedura di affidamento. Quest'ultima si snoda difatti lungo una linea che consta di una duplice fase: quella genetica, di formazione del contratto, ed altra successiva dal carattere tipicamente funzionale-esecutivo. Affidando ad altra e più opportuna sede i dovuti approfondimenti in materia di garanzia definitiva³, mette conto osservare, ad integrazione di quanto già in parte anticipato, che in via generale la misura della garanzia provvisoria, stando all'art. 93, da calcolarsi in percentuale rispetto all'importo posto a base di gara, può oscillare in aumento o in diminuzione entro una forbice ricompresa tra l'1% e il 4%⁴ del prezzo base, sempreché lo scostamento dal valore iniziale risulti adeguatamente motivato dalla stazione appaltante e fatta salva in ogni caso la facoltà per quest'ultima di non farne neppure richiesta in caso di procedure sotto soglia di importo inferiore a 40.000 euro. In aggiunta, la norma elenca al comma 7 un insieme di ipotesi ulteriori al verificarsi delle quali la misura della garanzia è ridotta dalla stazione appaltante. Si tratta, invero, di abbattimenti percentuali che traggono la relativa ragione ispiratrice nella connotazione soggettiva dell'operatore e tra questi, in particolare, i più significativi sono quelli descritti al primo ed al secondo periodo, che postulano la dimidiazione degli importi formanti oggetto di garanzia, ove la stessa debba essere prestata da concorrenti in possesso di certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000 ovvero da microimprese e PMI, anche se costituite in raggruppamento o consorzio

³ La cui disciplina, come ben si saprà, è contenuta nell'art. 103 del Codice e che all'interno della sequenza procedimentale di un appalto pubblico assolve ad una funzione ben diversa da quella che connota la garanzia provvisoria.

⁴ Fino al 4%, fatta salva l'ipotesi in cui si tratti di gare realizzate da centrali di committenza.

ordinario. Nelle ipotesi testé menzionate, la concessione del beneficio è accordata al ricorrere di precisi *standard* dimensionali dell'impresa e/o del carattere qualitativo della relativa prestazione, purché debitamente attestato da organismi accreditati, sì da far presumere la maggiore affidabilità strutturale ed operativa del concorrente. Tra gli altri aspetti idonei a contraddistinguere la portata di un siffatto istituto risalta la previsione contenuta al comma 4, a mente del quale la fideiussione o polizza assicurativa presentata quale garanzia provvisoria importa la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la rinuncia altresì a tutte le altre eccezioni da questi altrimenti opponibili ai sensi dell'art. 1945 del codice civile. In punto di efficacia, il comma 5 – in assenza di diversa previsione contenuta nella *lex specialis* di gara – ne fissa l'operatività in almeno centottanta giorni a decorrere dalla data di presentazione dell'offerta. Resta salva in ogni caso la facoltà per la Stazione appaltante, allorché ciò risulti espressamente previsto nel disciplinare, di richiedere l'estensione temporale della copertura fideiussoria ove, al momento della sua scadenza, non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione⁵. Sulla scorta di quanto detto, non sfuggirà di certo che la misura disciplinata dal citato art. 93 può a buon diritto ritenersi un istituto specifico del diritto pubblico che – malgrado la continua opera di "tentata civilizzazione" e le innegabili analogie con alcuni istituti privatistici – obbedisce a logiche sue proprie e, come tale, va ricostruito ed applicato in base alle norme pubblicistiche che lo disciplinano⁶. Siffatte considerazioni assumono

⁵ Fermo restando che, secondo quanto riconosciuto più di recente dal Consiglio di Stato, nell'ipotesi in cui la SA non si fosse avvalsa della suddetta facoltà, la polizza fideiussoria deve intendersi cessata alla scadenza ordinaria del contratto, cfr. Cons. St., sez. III, 19 maggio 2020, n. 3190.

⁶ In argomento, particolare interesse rivestono i ragionamenti sviluppati dal recente Tar Marche – Ancona, sez. I, 2 marzo 2021, n. 177. Nella pronuncia in commento il Tribunale fa il punto delle più significative posizioni su cui si è attestata la giurisprudenza amministrativa in anni recenti per ciò che riguarda la qualificazione normativa della cauzione provvisoria. A questo proposito la ricorrente, richiamandosi all'indirizzo fatto proprio da un recente Consiglio di Stato n. 2408/2020, aveva ritenuto che la cauzione presentata in una procedura ad evidenza pubblica andasse qualificata alla stregua della caparra confirmatoria ex 1385 c.c.; il Collegio si mostra *a contrario* di tutt'altro avviso osservando come l'assimilazione *de qua* fosse giuridicamente scorretta dal momento che: «la caparra confirmatoria presuppone la consegna anticipata da parte di uno dei contraenti all'altro contraente di una "porzione" della prestazione contrattuale (tanto è vero che, laddove l'esecuzione del contratto non faccia registrare eventi patologici, la caparra viene restituita oppure, ed è il caso più frequente, imputata alla prestazione)» e che, di contro, «nulla di tutto questo è osservabile con riguardo alla cauzione provvisoria, visto che essa non può in alcun modo essere intesa come un "anticipo" della prestazione che sarà dovuta dal contraente privato» (punto 8.1.1.). Al più, prosegue il giudice amministrativo, potrebbe ritenersi

notevole importanza se rapportate all'esigenza di risalire all'esatta qualificazione normativa dell'istituto e in maniera del tutto consequenziale alle relative funzioni, aspetti sui quali si tornerà più avanti nel corso della trattazione⁷.

3. La fattispecie oggetto di scrutinio.

Tanto premesso in via generale, volendo offrire al lettore un breve inquadramento fattuale della vicenda da cui trae abbrivio l'odierna analisi – afferente nello specifico a una procedura aperta e suddivisa in più lotti per «l'affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi» concernenti alcuni interventi di manutenzione degli uffici di un'Amministrazione Pubblica – basti qui ricordare che il consorzio, primo graduato in uno dei lotti, vistosi dapprima revocare l'aggiudicazione in esito al riscontro di una serie di irregolarità fiscali a carico di una delle imprese consorziate e dappoi subito l'escussione della cauzione provvisoria anche in relazione a quei lotti per i quali non era risultato né aggiudicatario provvisorio né secondo graduato, gravava il provvedimento di esclusione unitamente all'escussione della relativa garanzia con ricorso innanzi al T.A.R.. Quindi, a seguito di rigetto del giudice di *primae curae*, proponeva appello al Consiglio di Stato e contestualmente sollevava questione di legittimità costituzionale per «omessa applicazione del principio della *lex mitior* in relazione all'art. 93 comma 6 del d.lgs. n. 50 del 2016».

4. Uno sguardo a ritroso: gli artt. 48 e 75 del D.lgs. n. 163/2006.

Ai fini di una corretta esegesi della pronuncia è d'uopo confrontarsi primariamente con il contesto normativo in cui si inserisce la *quaestio facti*. In

che – al pari di ciò che accade tanto per la clausola penale quanto per la caparra confirmatoria – la garanzia provvisoria produce l'effetto di «liquidare *ex ante* il danno subito dalla parte fedele (ossia, nel caso delle gare ad evidenza pubblica, dalla stazione appaltante) per effetto del comportamento omissivo, negligente, etc., del concorrente escluso» (punto 8.1.2). Ad ogni buon conto, conclude la sentenza, la cauzione *de qua* non può dirsi riconducibile ad un istituto civilistico, in quanto presidiata da talune peculiarità che corrispondono ai principi generali sanciti dall'art. 97 Cost. e, in questo senso, le garanzie di celerità e regolarità cui assolve la Stazione appaltante mediante richiesta di prestazione della garanzia, rappresentano un valore la cui tutela è imposta a monte dal legislatore ed è perciò sottratta alla libera scelta dell'amministrazione aggiudicatrice.

⁷ Per un maggiore approfondimento sul tema si rinvia diffusamente a P. ALGIERI e F. FEDERICI, *Le garanzie negli appalti pubblici* in www.ildirittoamministrativo.it. Sul punto, anche S. CERRATO, *Anatomia giuridica di un contratto «singolare»: l'appalto pubblico. Un «tipo negoziale» al confine fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, Pacini Giuridica Editore, 2021, pp. 150 e ss.

parte già si è detto che la disciplina applicabile *ratione temporis* alla procedura evidenziale, nel caso *de quo*, era quella tratteggiata dal vecchio codice, oggi abrogato, che all'art. 48 prevedeva l'obbligo per la Stazione Appaltante – in un momento antecedente all'apertura delle buste – di verificare a campione il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (c.d. "speciali") da parte dei concorrenti⁸, mediante sorteggio pubblico di un «numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate». Il sistema previgente risultava, dunque, congegnato in maniera tale che alla pluralità di adempimenti a carico della Stazione Appaltante facesse da contraltare la possibilità per quest'ultima, in caso di esito negativo del suddetto controllo, di escutere la cauzione provvisoria anche prima che fosse intervenuta l'aggiudicazione⁹. Possibilità che, di fatto, veniva normata e trovava riscontro nel primo comma della norma sopraindicata¹⁰. In generale, la suddetta previsione viene letta congiuntamente all'art. 75, d.lgs. cit., che regola l'ipotesi della mancata stipula del contratto "per fatto dell'affidatario", con perifrasi che – secondo l'interpretazione graniticamente condivisa dal Consiglio di Stato e consolidatasi in seguito all'entrata in vigore del nuovo Codice, come meglio si dirà *infra* – sembrerebbe alludere a qualunque ostacolo sia stato frapposto alla stipula del contratto dal concorrente aggiudicatario¹¹. Accogliere una siffatta lettura equivale ad integrare la possibilità per l'Amministrazione di incamerare la cauzione provvisoria, destinata per l'appunto a coprire la mancata sottoscrizione (co. 6), non solo in presenza del rifiuto dell'affidatario di formalizzare il c.d. *pactum fiduciae*, ma anche in caso di difetto in capo a questi dei requisiti (generali o speciali) ovvero per incongruenza palese dell'offerta tecnica rispetto alla realtà effettivamente appurata all'esito dei controlli propedeutici alla stipula; ossia, al verificarsi di evenienze tutte in egual modo ostative al perfezionamento dell'aggiudicazione definitiva. Alla stregua di

⁸ È bene qui precisare che, secondo giurisprudenza costante, rientra nella discrezionalità dell'amministrazione richiedere ai partecipanti il possesso di speciali requisiti di capacità tecnica o economico-finanziaria, sempreché tali limitazioni rispettino la concorrenza tra operatori economici e risultino coerenti e proporzionate rispetto all'oggetto dell'affidamento; in tal senso, si veda più di recente Tar Lombardia, Milano, sez. I, 11 febbraio 2021, n. 380.

⁹ Come, fra gli altri, più di recente ci ricorda anche il T.A.R. Lazio, Sezione II-ter Sentenza 5 febbraio 2020, n. 1553.

¹⁰ Cfr. Art. 48, co. 1: «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».

¹¹ T.A.R. Lazio, Sezione I, 20/10/2016, n. 10465.

ciò, viene ad instaurarsi una sorta di automatismo¹² tra l'esclusione dalla gara, quale effetto dell'accertata infrazione, e l'escussione della garanzia, intesa a sua volta come conseguenza vincolata e diretta (*ope legis*) del provvedimento di esclusione. Per dirla in altri termini, il meccanismo dell'incameramento della garanzia assume i caratteri propri di un "atto dovuto", «insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che abbia dato causa all'esclusione»¹³ e in relazione al quale «l'Amministrazione difetta di facoltà di scelta»¹⁴.

5. L'apporto mitigatore del Codice del 2016.

Giova a questo punto rammentare che l'assetto normativo *ante* riforma è stato oggetto di una profonda e intensa opera di rivisitazione la quale, attraversando l'intero *corpus codiciale*, ha finito per travolgere anche il regime di escussione della cauzione provvisoria prestata dagli operatori economici che partecipino ad una gara. La nuova disposizione, oggi scolpita all'art. 93, si discosta – come correttamente rimarca in più occasioni il Consiglio di Stato¹⁵ – da quella contenuta nel testo del previgente codice e merita particolare notazione non solo in ragione del fatto che, rispetto ad esso, aggiunge la positiva denominazione di "garanzia provvisoria", ma anche in quanto reca con sé l'indiscutibile pregio di aver recepito, adoperando una formula linguistica più comprensiva, la consolidata elaborazione giurisprudenziale cui sopra si faceva menzione e di aver dunque puntualizzato che la copertura riguarderebbe «ogni fatto riconducibile all'aggiudicatario» (co. 6). Allo stesso modo, dal tenore letterale della norma in parola emerge inequivoca – ad avviso dei giudici dell'odierna pronuncia – la volontà del legislatore del 2016 di «circoscrivere la possibilità, per la stazione appaltante, di escutere detta garanzia nei soli confronti dell'aggiudicatario, nei casi specifici ivi contemplati» (p. 11). Dai rilievi che precedono si coglie altrettanto chiaramente il carattere più favorevole che riveste la disciplina sanzionatoria sopravvenuta. Pertanto, dalla esigenza di garantirne il retroagire a fatti di gara occorsi prima del 2016 trae fondamento il dubbio di legittimità costituzionale prospettato da parte ricorrente.

¹² In questo senso, si vedano, tra le altre, Cons. St., Sez. V, 16/5/2018, n. 2896; Cons. Stato, Sez. V, 02/02/2018, n. 691.

¹³ Cons. di St., Sezione V, 24 gennaio 2019, n. 589.

¹⁴ Cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 29 aprile 2003, n. 2190.

¹⁵ Cons. di St., Sezione V, 6 aprile 2020, n. 2264.

6. La cauzione provvisoria: un Giano bifronte.

Così delineata la cornice normativa, il Massimo Consesso si volge ad esaminare più attentamente la natura della garanzia di che trattasi ed il relativo perimetro funzionale. Allo scopo, la Sezione ripercorre alcune tra le principali "tappe" che hanno scandito il sentiero esegetico nel cui solco si inseriscono anche i ragionamenti di seguito riproposti. In merito a ciò, il Collegio menziona in primo luogo la Plenaria n. 8 del 2005, giunta a conclusioni pressoché pedissequamente riprese da una *recentiore* pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2181/2020¹⁶. Il mosaico di decisioni meticolosamente ricomposto dai giudici amministrativi è avvinto dal *fil rouge* che ascrive alla cauzione provvisoria – da intendersi come parte integrante dell'offerta e non un mero elemento di corredo della stessa – una duplice natura in quanto misura di indole patrimoniale in grado di assolvere, a un tempo, una funzione indennitaria, preposta a garantire alla stazione appaltante il risarcimento dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto-impedimento dell'impresa aggiudicataria di stipulare il contratto, «ipotesi che nel caso di specie non rileva», e suscettiva di realizzare nel contempo anche una funzione latamente sanzionatoria¹⁷, in caso di inadempimenti procedurali addebitabili al concorrente. Sempre attingendo ai principi ricavabili dall'ampio *excursus* giurisprudenziale in discorso, è ordunque evidente che si tratta di un istituto atto a svolgere un'azione di "garanzia" del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche, autoresponsabilizzandosi per il tramite di esso. Ciò posto, la Sezione condivide e intende dare continuità al suo precedente e riconosce pertanto che «l'escussione della cauzione provvisoria assumerebbe quindi anche la funzione di una sanzione amministrativa, seppure non in senso proprio». *Ad abundantiam*, più avanti nel testo e compiendo un sforzo terminologico ancor maggiore, i giudici chiariscono che:

«l'escussione della garanzia in parola non può essere considerata una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, né ha natura risarcitoria (o anche solo indennitaria), né mira semplicemente alla prevenzione di nuove irregolarità da parte dell'operatore economico»,

¹⁶ Tra le altre si ricordano, inoltre, Cons. Stato, V, 27 giugno 2017, n. 3701; V, 19 aprile 2017, n. 1818; IV, 19 novembre 2015, n. 5280; IV, 9 giugno 2015, n. 2829; V, 10 settembre 2012, n. 4778.

¹⁷ Pur non avendo, ricorda l'A.P. n. 34/2014, anch'essa menzionata, carattere di sanzione amministrativa in senso proprio.

trattandosi piuttosto:

«di una sanzione dall'elevata carica afflittiva ...che in assenza di una specifica finalità indennitaria (propria della sola ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario) o risarcitoria si spiega soltanto in chiave di punizione dell'autore dell'illecito in questione, in funzione di una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, che è certamente comune anche alle pene in senso stretto».

7. "Viaggio giurisprudenziale" tra i tornanti della legittimità costituzionale in materia di diritto amministrativo punitivo in caso di disposizioni che ostano ad un'applicazione retroattiva dello *ius superveniens* più favorevole.

Preso atto del carattere punitivo ascrivibile al meccanismo dell'escussione, quale delineato a suo tempo dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, essa non può in alcun modo sottrarsi alle garanzie che la Costituzione e il diritto internazionale dedicano alla materia penale così come convenzionalmente inquadrata e tra queste, in particolare, al principio della retroattività della *lex mitior*, di cui il Collegio si sforza di tracciare le coordinate normative nell'ottica di definirne il preciso ambito di operatività. Sul punto si mostra dirimente il richiamo alla sentenza della Corte Costituzionale n. 63 del 2019, senz'altro innovativa nella misura in cui àncora il principio della retroattività *in bonam partem* alle previsioni contenute negli artt. 3 e 117, primo comma, Cost. e ne estende l'operatività anche alle sanzioni amministrative aventi natura punitiva, facendo propri i ragionamenti espressi, già qualche tempo prima, dalla sentenza n. 193 del 2006. Nell'occasione la Consulta aveva rilevato che:

«laddove, infatti, la sanzione amministrativa [avesse avuto] natura "punitiva"¹⁸, di regola non vi [sarebbe stata] ragione per continuare ad applicare nei confronti [dell'autore] tale sanzione, qualora il fatto [fosse stato] successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento».

Sempre guardando in via generale ai precedenti cui si rifà il Consiglio di Stato, la Corte Costituzionale non ritiene di poter collocare il principio *de quo* nell'alveo dell'art. 25, secondo comma, Cost.; norma quest'ultima che,

¹⁸ Alla luce dei ben noti *Engel criteria*.

sancendo il principio – apparentemente antinomico – secondo cui: «[n]essuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», risponderrebbe piuttosto all'esigenza di tutelare la libertà di autodeterminazione individuale del singolo, garantendogli di non essere sorpreso dall'inflizione di una sanzione penale per lui non prevedibile al momento della commissione del fatto. Siffatte considerazioni finiscono inevitabilmente per riverberarsi anche sul diverso regime di deroghe operanti in relazione alle due distinte ipotesi. Sicché, mentre l'irretroattività *in peius* della legge penale costituisce un «valore assoluto e inderogabile», il retroagire della sopravvenuta modifica mitigatrice «è suscettibile di limitazioni e deroghe, legittime sul piano costituzionale [a condizione che le stesse siano] sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli». Alla luce dei predetti orientamenti e in particolare delle valutazioni offerte dalla 63/2019, seppur calibrate sulla scorta di precise ipotesi di illecito amministrativo confinabili all'interno del T.U.B., la Quinta Sezione conclude per l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che precludono l'applicabilità, al caso di specie, della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta ed investe la Consulta della citata questione di legittimità.

8. Riflessioni conclusive: l'insostenibile complessità dei tentativi di semplificare un "mandala" giuridico. L'impasse dei DD.LL. nn. 76/2020 e 77/2021.

Ragioni di completezza argomentativa impongono di fare un breve accenno alle deroghe che – fra le altre – sono state introdotte anche in materia garanzia provvisoria dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. Decreto Semplificazioni), convertito in legge n. 120/2020, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali». Il Decreto, come ampiamente noto, risponde ad una finalità dichiaratamente acceleratoria delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici e disegna, in deroga a quanto previsto in via ordinaria dal Codice Appalti, un regime normativo temporaneo e semplificato, diretto a incentivare, come testualmente recita l'art. 1:

«gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19».

Più in particolare, dall'impianto complessivo del decreto emerge che è proprio verso la fase di gara – malgrado quest'ultima mediamente impegni tempi di durata relativamente contenuta – che si sono affastellate le più pregnanti

istanze acceleratorie¹⁹. Ebbene, seppur solo in relazione alle procedure sottosoglia (e perciò anche per i lavori di importo superiore ai cinque milioni), l'art. 1, co. 4, ha previsto una peculiare ipotesi di semplificazione che consiste proprio nella disapplicazione della garanzia provvisoria. La previsione, in piena armonia con la finalità di alleggerire gli oneri economici e amministrativi a carico degli operatori economici, importa il divieto di richiedere la cauzione *de qua*, mentre riveste carattere puramente eccezionale la possibilità per la stazione appaltante di farne espressa richiesta nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente. Richiesta che peraltro, chiarisce ulteriormente il decreto, necessita in ogni caso di una congrua motivazione sorretta da "particolari esigenze", tali da giustificarla in rapporto alla tipologia e specificità della procedura ed il cui ammontare andrebbe ad ogni modo dimezzato rispetto alla misura indicata dall'art. 93²⁰. Dal momento che la norma derogatoria fa un generico riferimento alle garanzie provvisorie di cui all'art. 93, senza compiere alcuna distinzione tra i diversi commi, comunemente si è ritenuto che l'intero testo della disposizione in parola fosse da intendersi derogato con riferimento alle procedure di affidamento dei contratti aventi un valore non rilevante rispetto alla soglia di interesse comunitario, sino al 31 dicembre 2021. Ad una valutazione complessiva, l'abolizione della garanzia, così declinata, ha dato adito ad accese discussioni. In particolare, per quanto attiene alla effettiva opportunità della scelta derogatrice, se l'opzione è parsa certamente apprezzabile e pienamente logica con riferimento agli affidamenti diretti, per i quali di fatto l'art. 93, primo comma, all'ultimo periodo – richiamandosi per l'appunto alle ipotesi di cui all'art. 36, comma 2, lett. a) – già concedeva alla stazione appaltante la possibilità di non chiederne il rilascio, coerentemente con la logica secondo cui «l'affidamento diretto consente la scelta del contraente e, quindi, dovrebbe condurre alla selezione di operatori economici di cui già si conoscono le caratteristiche di serietà ed attendibilità»²¹,

¹⁹ Le stime ricavabili da alcuni rapporti hanno calcolato, relativamente alla fase di gara, una durata media di 0,6 anni al cospetto di una media complessiva pari a 4,4 anni circa. Più in generale, un interessante *focus* in merito alle principali novità introdotte dal D.L. semplificazioni del 2020 si ricava da A.M. COLARUSSO, *Il Decreto Legge "Semplificazioni": alcune novità in tema di esecuzione dei contratti pubblici*, in www.amministrativamente.com, IV, 2020, pp. 461 e ss.

²⁰ Beneficio che, ben s'intende, potrebbe finire per cumularsi ad altro già tipicamente previsto a vantaggio dell'operatore, che fruisca del dimezzamento dell'importo previsto a titolo di cauzione al ricorrere dei casi di cui all'art. 93, co. 7, d.lgs. 50/2016.

²¹ Così atto A.N.AC. di segnalazione n. 2 del 26 febbraio 2020, concernente l'articolo 93, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e gli articoli 36, comma 2, lettera a) e 98

d'altro canto non è meno vero che l'esclusione dell'istituto – nel caso di lavori di importo significativo – equivarrebbe alla rinuncia a qualsivoglia cautela in sede di dichiarazioni rese a corredo dell'offerta e si tradurrebbe allo stesso tempo nella facoltà, di fatto accordata all'aggiudicatario, di venir meno al suo impegno a firmare il contratto ove l'offerta non dovesse risultargli più vantaggiosa. In via generale, ad onta del pur condivisibile intento di semplificazione della macchina burocratica, sulle cui "nobili fondamenta" è stato eretto anche l'ultimo e più recente D.L. 31 maggio 2021, n. 77, «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure», resta da chiarire se, a fronte di un'analisi costi-benefici e viste anche le numerose zone d'ombra create dal disorganico insieme di "interventi tampone"²² messi a punto dalla novella legislativa, non si sia trattato dell'ennesimo "specchietto per le allodole"²³, a conferma della cronica debolezza manifestata dal nostro Paese nell'approntare soluzioni realmente idonee a snellire e rendere più efficiente l'apparato amministrativo e, contestualmente, a restituire competitività alle procedure selettive.

del medesimo decreto, cui integralmente si rinvia:
<https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anaccdocs/Attivita/Atti/attiDiSegnalazione/2020/AttoSegnalazione.2.2020.pdf>.

²² Tra i quali quello concernente la materia delle garanzie provvisorie rappresenta probabilmente uno degli esempi maggiormente paradigmatici.

²³ Espressione questa che si rifà ad una breve nota critica del prof. Clarich, rivolta alle più recenti riforme previste all'interno del PNRR. A questo proposito, si v. M. CLARICH, *Basta martoriare il Codice degli appalti*. La ricetta di Clarich consultabile su <https://formiche.net/2021/05/codice-appalti-clarich/> del 25/05/2021.