

Roberto GAROFOLI Giulia FERRARI

I CONTRATTI PUBBLICI

Con *online*

- 📖 **Approfondimenti** avanzati
- 🖋️ **Temi** svolti
- ⚖️ **Giurisprudenza** per esteso

Edizione **2026**



Neldiritto
Editore

accessorietà, è assimilata ad un contratto autonomo di garanzia.

Fatte queste premesse, l'Adunanza Plenaria ha inteso restringere il campo d'applicazione della "garanzia provvisoria". Sul piano letterale, difatti, è previsto che la garanzia copra la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione e sia dovuta a fatti riconducibili all'affidatario e non al mero destinatario della "proposta di aggiudicazione". Dal punto di vista teleologico, invece, è stato rilevato come sia stata una precisa scelta legislativa quella di ridurre il sistema di garanzie della fase procedimentale, escludendo quelle con funzione sanzionatoria.

Se l'intenzione del legislatore è stata quella di rimuovere l'escussione della garanzia provvisoria con funzione punitiva, ci si chiede se l'attuale disciplina possa applicarsi retroattivamente alle gare bandite prima dell'emanazione dell'attuale Codice. La questione è stata sottoposta alla Corte Costituzionale dall'ordinanza n. 3299 del 2021 del Consiglio di Stato che, ipotizzando l'applicabilità del principio della *lex mitior*, desumibile dall'art. 3 Cost., dall'art. 117 Cost. in relazione all'art. 7 della CEDU e all'art. 15 del Patto di New York, nonché dall'art. 49 CDFUE, principio che si estende anche alle sanzioni amministrative che abbiano natura punitiva, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 216 del Codice, che stabilisce il regime intertemporale secondo le regole del "*tempus regit actum*" e del bando come *lex specialis* della procedura.

Al riguardo, Corte cost., 26 luglio 2022, n. 198, ha dichiarato non fondata la questione, dopo aver approfondito compiutamente il tema della natura della garanzia provvisoria ex art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006 ed essere giunta a conclusioni opposte rispetto agli *obiter dicta* dell'Adunanza Plenaria richiamata. Secondo i giudici costituzionali, infatti, anche la garanzia ex art. 48 del decreto citato era priva di carattere sanzionatorio, avendo la finalità di assicurare l'affidabilità delle offerte nella fase fisiologica e una tempestiva liquidazione dei danni nella fase patologica, quale automatica conseguenza della violazione dei doveri di correttezza dell'offerente. A conferma del proprio assunto, la Corte ha valutato l'istituto alla luce dei c.d. criteri Engel, rimarcando la mancanza di una formale qualifica dell'ordinamento come sanzione penale, l'ambito di applicazione ristretto ai soli partecipanti alla gara, la mancanza di discrezionalità nell'applicazione e l'entità, peraltro ridicibile, non particolarmente elevata, tutti indici dell'assenza della natura penale.

La questione sulla natura sanzionatoria o meno dell'atto di escussione della garanzia provvisoria nei confronti dei concorrenti non aggiudicatari è stata nuovamente oggetto di analisi da parte di Cons. St., Sez. V, 6 aprile 2023, n. 3571, che, in un procedimento relativo ad una procedura di gara bandita da Consip per l'affidamento di servizi di pulizia e sanificazione degli Enti del Servizio sanitario nazionale, ha optato per la *pregiudiziale europea*. La società, che aveva partecipato alla procedura bandita prima Cons. St., Sez. V, 6 aprile 2023, n. 3571 dell'entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, era stata escussa in quanto destinataria di sanzione pecuniaria da parte dell'AGCM. Il Consiglio di Stato, non condividendo le conclusioni cui era giunta Corte cost., n. 198 del 2022, ha infatti evidenziato l'assenza della "*causa tipica dell'incameramento della cauzione*", ossia la funzione risarcitoria, non essendovi alcun danno della stazione appaltante da ristorare in quanto la società esclusa non era aggiudicataria ma mera concorrente. Pertanto, ai sensi dell'art. 267 TFUE, ritenendo che l'escussione della cauzione provvisoria abbia *natura afflittiva e sproporzionata*, è stata investita la Corte di giustizia Ue al fine di valutare la compatibilità dell'art. 48, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, laddove prevede l'automatica escussione della garanzia provvisoria in caso di esclusione del concorrente non aggiudicatario da una procedura di gara, benché sia stata già destinataria, in relazione alla medesima condotta, di altra sanzione, nel caso di specie la sanzione AGCM di circa 17 milioni di euro per illecito antitrust, con gli artt. 16, 49, 50 e 52 CDFUE, l'art. 4, Prot. 7 CEDU, l'art. 6 TUE ed i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizio di cui agli artt. 49, 50, 54 e 56 TFUE.

Il Consiglio di Stato, pur rilevando che la pronuncia di rigetto della Corte Costituzionale non è decisiva "*per la risoluzione della controversia, anche in considerazione del fatto che, nella fattispecie all'esame, l'importo complessivo delle cauzioni che Consip ha inteso escutere è di rilevante ammontare*", ha dunque ravvisato comunque la necessità, quale giudice di ultima istanza, di disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, volto ad accertare la compatibilità con i principi europei di libera circolazione e libertà di stabilimento di un sistema che ammetta l'automatismo nell'incameramento delle cauzioni provvisorie di un operatore escluso dalla gara a prescindere dall'effetto ultimo che lo stesso provoca in termini di violazione e compressione dei principi di proporzionalità nell'applicazione della sanzione.

Analoga questione è stata affrontata dall'ordinanza 18 aprile 2024, n. 3530 riguardante un giudizio incardinato da un raggruppamento concorrente e non anche aggiudicatario. Più in particolare,

30. 12. 16. Corte cost.,
26 luglio
2022, n.
198Cons. St.,
Sez. V, 6
aprile 2023,
n. 3571

Cons. St.,
Sez. V, 18
aprile 2024,
n. 3530

secondo l'ordinanza citata ai soli fini dell'escussione della c.d. garanzia provvisoria, anche per il caso di esclusione di un operatore risultato aggiudicatario, si pone un problema di "imputabilità", derivando l'esclusione nel caso di specie dalla perdita di un requisito di ordine generale, relativo a un'impresa ausiliaria della mandante del raggruppamento ciò nella prospettiva della natura sostanzialmente "penale" dell'escussione della garanzia prestata stando ai parametri elaborati, in tema di sanzioni pecuniarie, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha ritenuto applicabili in consimili casi i c.d. *Engel criteria*, di cui alla nota sentenza dell'8 giugno 1976, n. 22, come affinati progressivamente nella successiva giurisprudenza (cfr. 4 marzo 2014, n. 18640, Grande Stevens). Per meglio dire, nella fattispecie, alla stregua della qualificazione sostanziale del pagamento di un simile importo (molto elevato) della garanzia prestata, si pone il dubbio che detta "garanzia provvisoria" in realtà ricopra in concreto la funzione di "sanzione", secondo l'interpretazione della Corte EDU, con violazione anche del principio di proporzionalità. Il punto critico è stato appunto ravvisato nell'incameramento automatico della cauzione provvisoria, la quale colorerebbe una simile escussione in termini di provvedimento a contenuto sanzionatorio e di natura "penale", in tale modo ravvisandosi un contrasto degli artt. 48 e 75, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con gli artt. 16, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, con l'art. 4, Protocollo 7, della medesima C.e.d.u. con l'art. 6 TUE, e con i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, di cui agli artt. 49, 50, 54 e 56 TFUE.

Corte
giust. Ue, 26
settembre
2024, n.
403

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è espressa con sentenza n. 403 del 26 settembre 2024, resa sulle cause riunite C-403/23 e C-404/23, che ha affrontato direttamente il tema dell'incameramento automatico della cauzione provvisoria, ritenendo incompatibile con il diritto dell'UE la previsione automatica di tale incameramento senza una motivazione individuale e in assenza di qualsiasi valutazione del caso concreto, affermando, al punto 69, che *"l'incameramento automatico di tale cauzione così prestabilita, indipendentemente dalla natura delle regolarizzazioni eventualmente operate dall'offerente negligente e, pertanto, in assenza di qualsiasi motivazione individuale, non appare compatibile con le esigenze derivanti dal rispetto del principio di proporzionalità"*.

Alla luce di tali conclusioni, il Consiglio di Stato con diverse sentenze ha accolto una serie di appelli pendenti, annullando i provvedimenti di escussione della cauzione provvisoria nella parte in cui sono stati adottati automaticamente, e puntualizzando anche che: essere primi in graduatoria non equivale ad essere aggiudicatari, ai fini dell'applicabilità delle misure sanzionatorie; l'amministrazione aggiudicatrice non può limitarsi a un'applicazione automatica della norma nazionale o della *lex specialis*, ma deve motivare l'incameramento della cauzione in relazione alle specifiche circostanze del caso. Secondo il Collegio, l'escussione della cauzione è un atto non vincolato, ma espressione di un potere discrezionale o, quantomeno, tecnico e tale potere richiede una motivazione specifica, che tenga conto della posizione del concorrente, della collocazione in graduatoria, e della gravità della violazione commessa; ritenendo che nei casi all'esame la stazione appaltante non avesse svolto alcuna istruttoria né avesse motivato in ordine a tali elementi. Il Consiglio di Stato ha precisato che *"l'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, laddove prevede che "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..."*, va disapplicato nella parte in cui consente l'escussione automatica della garanzia, mentre può continuare ad essere applicato laddove l'escussione della garanzia sia stata o sia subordinata alla valutazione del caso concreto, alla luce dei principi unionali di diretta applicazione nel nostro ordinamento, così come chiariti dalla sentenza della Corte di giustizia, che è vincolante per tutti i giudici nazionali e non solo per quello che ha disposto il rinvio pregiudiziale"¹⁸⁹.

17.

41. La selezione delle offerte: i criteri di aggiudicazione.

La fase di scelta del contraente culmina nell'aggiudicazione, atto finale dei procedimenti di gara pubblica, mediante il quale, in base alle risultanze della gara, è accertato e proclamato il vincitore. All'aggiudicazione la stazione appaltante deve procedere applicando i criteri di aggiudicazione previsti dal bando.

Al riguardo, in modo innovativo rispetto al passato, il nuovo Codice propone una disciplina organica delle norme contenenti detti criteri, le quali si aprono con una

¹⁸⁹ Cons. St., Sez. V, 11 giugno 2025, n. 5043; Id., 19 marzo 2025, n. 2260.

dichiarazione di carattere generale, contenuta all'art. 107 che definisce i principi generali in materia di selezione degli offerenti, prevedendo, *in primis*, che gli appalti sono aggiudicati sulla base dei criteri stabiliti conformemente agli artt. da 108 a 110, previa verifica della sussistenza di alcuni presupposti.

In particolare, l'offerta deve essere conforme ai requisiti, alle condizioni e ai criteri indicati nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, nonché nei documenti di gara e deve provenire da un offerente che non è escluso e che possiede i requisiti di cui all'art. 100 e, se del caso, dell'art. 103.

Inoltre, mentre i primi due commi della norma in questione sono sostanzialmente riproduttivi dell'art. 54 della Direttiva 2014/24/UE e risultano invariati rispetto al testo dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016, il comma 3 introduce a regime l'istituto (frutto della dichiarata volontà di semplificazione di cui alla legge delega) dell'inversione procedimentale, prevedendo che nelle procedure aperte, la stazione appaltante può decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti; tale facoltà può essere esercitata se prevista dagli atti di gara e, qualora la stazione appaltante decida di avvalersi di tale possibilità, deve garantire che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente.

L'art. 108, comma 9, del nuovo Codice prevede espressamente che nell'offerta economica l'operatore deve indicare, a pena di esclusione, i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro¹⁹⁰, ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale¹⁹¹.

Offerta e costi per la sicurezza sul lavoro

Sotto la vigenza del Codice del 2016 è sorto in tema un acceso dibattito, in specie relativo alle conseguenze del mancato inserimento dei *costi della sicurezza sul lavoro*.

I costi della sicurezza sul lavoro

Il comma 10 dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016 stabiliva che *“nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”*. Sul punto era già intervenuto *Cons. St., Ad. Plen., 20 marzo 2015, n. 3178*, secondo cui nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara; non appare coerente, infatti, imporre alle stazioni appaltanti di tenere espresso conto nella determinazione del valore economico di tutti gli appalti dell'insieme dei costi della sicurezza, che devono altresì specificare per assicurarne la congruità, e non imporre ai concorrenti, per i soli appalti

¹⁹⁰ Con sentenza 19 giugno 2025, n. 80 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, comma 13, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 luglio 2024, n. 2 che prevede che la stazione appaltante richieda al solo concorrente collocatosi primo in graduatoria di indicare il costo della manodopera e del personale nonché gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. La Corte, accogliendo il ricorso del Governo, ha ritenuto che la norma violasse le disposizioni del Codice dei contratti pubblici che prevedono: i) sia la specifica indicazione nell'offerta economica, da parte di tutti i concorrenti, dei costi della manodopera e della sicurezza a pena di esclusione dell'operatore dalla procedura di gara (art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023), ii) sia la verifica ad opera della stazione appaltante dell'offerta che appaia anormalmente bassa sulla base di tali indicazioni (art. 110, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023). Risulta così vanificata – ha osservato la Corte – la *ratio* dell'obbligo dichiarativo e dell'automatica esclusione dalla gara in caso di mancata dichiarazione, che rispondono alla finalità perseguita dal nuovo Codice di rafforzare gli strumenti di tutela dei lavoratori, di responsabilizzare gli operatori economici e di rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo. Si consente alla stazione appaltante, in tal modo, di verificare con trasparenza ed *ex ante*, sulla base dei costi dichiarati nella stessa offerta, come gli operatori siano giunti a formulare il prezzo, evitando un pregiudizio alla tutela del lavoro.

¹⁹¹ L'ANAC, nel parere di precontenzioso 9 ottobre 2024, n. 450, ha evidenziato che la qualificazione dei servizi oggetto di gara come servizi di natura intellettuale determina, ai sensi dell'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023, l'insussistenza dell'obbligo per l'operatore economico di indicare, nell'offerta, i costi della manodopera e gli oneri della sicurezza; conseguentemente, la Stazione appaltante non è tenuta a chiedere spiegazioni su tali voci di costo nell'ambito del subprocedimento di anomalia dell'offerta.