Il Consiglio di Stato solleva una questione di legittimità costituzionale in materia di escussione della cauzione provvisoria negli appalti pubblici, censurando la mancata previsione della retroattività della regola più favorevole, introdotta dall'art. 93, comma 6, del nuovo codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 50 del 2016), secondo la quale l'escussione della cauzione può avvenire solo nei confronti dell'aggiudicatario e non anche (come in precedenza disponeva l'art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006) nei confronti degli altri concorrenti pur non aggiudicatari.

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 26 aprile 2021, n. 3299 – Pres. Severini, Est. Perotti

Contratti pubblici – Cauzione provvisoria – Escussione nei confronti dell'aggiudicatario – Disciplina più favorevole di quella previgente – Mancata previsione della retroattività della *lex mitior* – Questione rilevante e non manifestamente infondata di costituzionalità

E' rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel combinato disposto con l'art. 216 dello stesso codice dei contratti pubblici, nella parte in cui preclude l'applicabilità della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta la quale prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica, anziché (come prevedeva il previgente art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006) nei confronti di qualsiasi concorrente (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna, la Sezione V del Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale del combinato disposto tra l'art. 93, comma 6, del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) e l'art. 216 dello stesso codice, nella parte in cui, pur prevedendo una regola "sanzionatoria" più mite rispetto a quella previgente – in materia di escussione della cauzione provvisoria negli appalti pubblici – non estende la propria applicazione in modo retroattivo.

Nella controversia portata all'attenzione del Giudice rimettente, un'impresa – pur risultata non aggiudicataria di una gara pubblica, bandita in epoca antecedente all'entrata in vigore del nuovo codice – ha impugnato il provvedimento di escussione della cauzione provvisoria adottato dalla stazione appaltante in ragione della riscontrata carenza di un requisito di ordine generale. In base alla disciplina transitoria dettata dall'art. 216 del nuovo codice, tuttavia, il regime più favorevole introdotto da quest'ultimo – regime che, nel caso di specie, manderebbe esente l'impresa dal provvedimento di escussione della cauzione, trattandosi di un'impresa non aggiudicataria – è applicabile solo alle gare bandite successivamente alla sua entrata in vigore, con la conseguenza che, nel caso di specie,

dovrebbe continuare ad applicarsi la regola previgente che assoggetta al provvedimento di escussione qualsiasi concorrente, anche se non aggiudicatario.

II. – L’ordinanza del Consiglio di Stato si apre con una breve ricognizione della normativa in materia di escussione della cauzione provvisoria, ricordandosi che, in base all’art. 93, comma 6, del nuovo codice, tale garanzia, che viene obbligatoriamente posta a corredo dell’offerta, *“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”*.

Il Collegio osserva che tale norma *“è dunque chiara nel circoscrivere la possibilità, per la stazione appaltante, di escutere detta garanzia nei soli confronti dell’aggiudicatario (recte, ‘affidatario’)”*.

Al contempo, a norma dell’art. 216 del d.lgs. n. 50 del 2016, le disposizioni dello stesso 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”*.

Il Collegio precisa che, nel nuovo codice, *“non vi è una disposizione espressa che estenda l’applicazione della disciplina di cui al comma sesto dell’art. 93 cit. anche alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano stati sì pubblicati in epoca antecedente all’entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, ma relativamente alle quali l’amministrazione si sia determinata ad escutere la cauzione prestata da uno dei partecipanti alla gara non aggiudicatario in un momento successivo all’entrata in vigore dello stesso”*.

Nel caso di specie, pertanto, deve trovare applicazione la normativa sull’escussione della cauzione dettata dal vecchio codice, atteso che la procedura di gara è stata bandita prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016. Viene pertanto in rilievo l’art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, che non distingue, ai fini dell’escussione della cauzione provvisoria, tra aggiudicatari e semplici partecipanti alla gara (come invece fa il sopravvenuto art. 93, comma 6 del d.lgs. n. 50 del 2016).

III. – Sulla base di queste premesse, il Consiglio di Stato ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità incentrata sulla mancata previsione dell’applicazione retroattiva della *lex mitior* (individuata, per l’appunto, nella disciplina dettata dall’art. 93, comma 6, del nuovo codice), e svolge, in proposito, il seguente ragionamento:

a) anzitutto, il Collegio ritiene di confermare la *“natura anche sanzionatoria dell’istituto dell’escussione della garanzia provvisoria, per come disciplinato dal d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile alla concreta vicenda controversa, in coerenza con i propri precedenti arresti”*; in proposito vengono richiamate:

a1) la decisione dell’Adunanza plenaria 4 ottobre 2005, n. 8 (in *Urb. e appalti*, 2006, 311, con nota di CAPOTORTO, ed in *Nuovo dir.*, 2006, 1046, con nota di VALLETTI), secondo cui la cauzione provvisoria, oltre ad indennizzare la stazione appaltante dall’eventuale mancata sottoscrizione del contratto da parte dell’aggiudicatario (funzione indennitaria), può svolgere altresì una funzione sanzionatoria verso altri possibili inadempimenti contrattuali dei concorrenti;

a2) la sentenza 10 dicembre 2014, n. 34, della stessa Adunanza plenaria (in *Urb. e appalti*, 2015, 171, con nota di MANFREDI, ed in *Foro amm.*, 2015, 1363, con nota di AMATO), la quale *“faceva salvo tale presupposto”* (ossia, quello della natura sanzionatoria) ed ha in proposito affermato quanto segue: *“E’ 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 aggiudicatarie, 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”*; secondo questa pronuncia, in particolare, la cauzione provvisoria, oltre ad indennizzare la stazione appaltante dall’eventuale mancata sottoscrizione del contratto da parte dell’aggiudicatario (funzione indennitaria, ipotesi che nel caso di specie non rileva), svolge altresì una funzione sanzionatoria verso altri possibili inadempimenti contrattuali dei concorrenti;

a3) la giurisprudenza delle sezioni IV e V del Consiglio di Stato (in particolare: sentenza 27 giugno 2017, n. 3701, della sez. V; sentenza 19 aprile 2017, n. 1818, della sez. V; sentenza 19 novembre 2015, n. 5280, della sez. IV, in *Foro amm.*, 2015, 2770, solo massima; sentenza 9 giugno 2015, n. 2829, della sez. IV; sentenza 10 settembre 2012, n. 4778, della sez. V, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2012, 4, 60, con nota di SANTARELLI), secondo cui l’incameramento della cauzione va considerata una misura a carattere latamente sanzionatorio, che costituisce conseguenza *ex lege* dell’esclusione per riscontrato difetto dei requisiti da dichiarare ai sensi dell’art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006;

a4) la sentenza della sezione V del Consiglio di Stato, n. 2181 del 10 aprile 2018, che ha esplicitamente parlato di *“sanzione amministrativa”*, sia pure in senso

non proprio, “in considerazione della natura sanzionatoria e afflittiva della determinazione relativa all’incameramento della cauzione”;

b) il Collegio passa poi a ricordare la giurisprudenza della Corte costituzionale sul principio della retroattività della *lex mitior* in “materia penale”, principio che – come da ultimo affermato dalla sentenza della Corte 21 marzo 2019, n. 63 (in *Foro it.*, 2019, I, 2662, con nota di PALMIERI, in *Giur. cost.*, 2019, 819, con note di BRANCA e PAONESSA, in *Guida al dir.*, 2019, 18, 34, con nota di MAZZINI, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2019, 394, con nota di TROIANIELLO, in *Giur. comm.*, 2019, II, 1005, con nota di BINDI, ed in *Banca, borsa ecc.*, 2020, II, 39, con note di PROVENZANO e TIGANO) – risulta fondato tanto sull’art. 3 Cost., quanto sull’art. 117, primo comma, Cost., “eventuali deroghe a tale principio dovendo superare un vaglio positivo di ragionevolezza in relazione alla necessità di tutelare controinteressi di rango costituzionale”; in proposito, il Collegio osserva quanto segue:

b1) il principio della retroattività della *lex mitior* “deve ritenersi applicabile anche alle sanzioni di carattere amministrativo che abbiano natura ‘punitiva’”;

b2) secondo la costante giurisprudenza della Corte costituzionale (sono qui richiamate: sentenza 22 luglio 2011, n. 236, in *Riv. neldiritto*, 2011, 1000, con nota di LIENA, in *Giust. pen.*, 2011, I, 243, con nota di OGGIANO, in *Corriere giur.*, 2011, 1243, con nota di CONTI, in *Giur. cost.*, 2011, 3021, con nota di PINELLI, in *Gazz. forense*, 2012, 5, 78, con nota di AMBROSIO, ed in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2012, 723, con nota di IERMANO; sentenza 18 giugno 2008, n. 215, in *Guida al dir.*, 2008, 27, 83, con nota di CISTERNA, ed in *Giur. cost.*, 2008, 2399, con nota di GAMBARDELLA; sentenza 23 novembre 2006, n. 393, in *Foro it.*, 2007, I, 1, con nota di DI CHIARA, in *Foro it.*, 2007, I, 1676, con nota di LARNÈ, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 153, con nota di DE GIORGIO, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 194, con note di PULITANÒ e ARDIZZONE, in *Giust. amm.*, 2006, 1175, con nota di BARLETTA, in *Cass. pen.*, 2007, 419, con note di AMBROSETTI e MAZZA, in *Giur. cost.*, 2006, 4106, con nota di DODARO, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, IV, 145, con nota di ATRIPALDI, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1187, con nota di FASSONE, ed in *Giust. pen.*, 2007, I, 269, con nota di LIPRINO) la regola della retroattività della *lex mitior* in materia penale non è riconducibile alla sfera di tutela dell’art. 25, secondo comma, Cost., che sancisce piuttosto il principio – apparentemente antinomico – secondo cui “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”;

b3) tale principio va “interpretato nel senso di vietare l’applicazione retroattiva delle sole leggi penali che stabiliscano nuove incriminazioni, ovvero che aggravino il

trattamento sanzionatorio già previsto per un reato, non ostando così a una possibile applicazione retroattiva di leggi che, all'opposto, aboliscano precedenti incriminazioni ovvero attenuino il trattamento sanzionatorio già previsto per un reato";

- b4) un fondamento costituzionale della regola dell'applicazione retroattiva della *lex mitior* in materia penale è da rinvenire nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., *"che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice"* (Corte cost., sentenza 23 novembre 2006, n. 394, in *Foro it.*, 2007, I, 2008, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 324, con nota di LA ROSA, in *Cass. pen.*, 2007, 449, con nota di GAMBARDELLA, in *Giur. cost.*, 2006, 4127, con note di MARINUCCI e DE MARTINO, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 321, con nota di PECORELLA, in *Indice pen.*, 2007, 141, con nota di GRASSI, in *Guida al dir.*, 2007, 3, 59, con nota di GIORDANO, ed in *Dir. e giustizia*, 2006, 46, 34, con nota di MANES), in quanto, in via generale, *"Non sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve)"* (Corte cost., sentenza n. 236 del 2011, cit.);
- b5) la copertura ex art. 3 Cost., tuttavia, *"segna [...] anche il limite della garanzia costituzionale della quale la regola in parola costituisce espressione"*, essendo consentite *"limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli"* (così, ancora, Corte cost., sentenza n. 236 del 2011, cit.);
- b6) la retroattività della *lex mitior* risulta affermata anche a livello internazionale e nel diritto dell'Unione europea, in particolare, come ha ricordato la Corte costituzionale, *"tanto dall'art. 15, comma 1, terzo periodo, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, concluso a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881; quanto dall'art. 49, paragrafo 1, terzo periodo, CDFUE"*;
- b7) ne consegue che un eventuale sacrificio di questo principio può derivare, con legge ordinaria, solo se in favore di interessi di analogo rilievo, risultando quindi richiesto, in sede di giudizio di costituzionalità, *"un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole"* (è ancora richiamata, dal Collegio, la sentenza della Corte costituzionale n. 393 del 2006, cit.);

- b8) oltre che dal principio di eguaglianza, la regola *de qua* risulta sorretta, a livello internazionale, anche dall'art. 7 CEDU, con conseguente ingresso nel nostro ordinamento attraverso l'art. 117, primo comma, Cost., nonché dall'art. 49, paragrafo 1, della CDFUE, *“quest'ultimo rilevante nel nostro ordinamento anche ai sensi dell'art. 11 Cost.”*;
- c) su un piano generale, sempre con riferimento al principio di retroattività della *lex mitior*, il Collegio inoltre osserva che la sua *ratio* consiste nel *“diritto dell'autore del comportamento sanzionato ad essere giudicato in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione”*; in proposito:
- c1) il Collegio richiama la sentenza 20 luglio 2016, n. 193, della Corte costituzionale (in *Foro it.*, 2016, I, 2977, con nota di CERBO, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 316, con nota di BIANCHI, ed in *Giur. cost.*, 2016, 1388, con note di BRANCA e SCOLETTA), che ha rilevato come la giurisprudenza CEDU non abbia *“mai avuto ad oggetto il sistema delle sanzioni amministrative complessivamente considerato, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie, ed in particolare quelle che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell'ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche ‘punitive’ alla luce dell'ordinamento convenzionale”*;
- c2) rispetto, comunque, a singole sanzioni amministrative aventi natura e finalità *“punitiva”*, non può che trovare applicazione – precisa il Collegio – proprio il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo, ivi compreso quello di retroattività della *lex mitior*, e ciò, del resto, in conformità al ragionamento sviluppato dalla Corte costituzionale intorno all'art. 3 Cost. con riguardo alle sanzioni propriamente penali: *“laddove, infatti, la sanzione amministrativa abbia natura ‘punitiva’, di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare [...] tale sanzione, qualora il fatto sia 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. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo «vaglio positivo di ragionevolezza», al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività in mitius nella materia penale”* (Corte cost., sentenza n. 63 del 2019, cit.);
- d) tirando, quindi, le somme di quanto precede il Collegio conclude come di seguito:
- d1) il regime di escussione della garanzia provvisoria, quale previsto a suo tempo dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, integra *“una forma di sanzione di*

carattere punitivo a carico dell'operatore economico che abbia fornito dichiarazioni rimaste poi senza riscontro, sanzione peraltro abbandonata dalla normativa sopravvenuta";

- d2) la misura sanzionatoria amministrativa prevista dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 ha *"natura punitiva"* e soggiace, pertanto, *"alle garanzie che la Costituzione ed il diritto internazionale assicurano alla materia, ivi compresa la garanzia della retroattività della lex mitior"*;
- d3) l'escussione della garanzia in parola, infatti, *"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"*, ma costituisce, piuttosto, *"una sanzione dall'elevata carica afflittiva (nel caso di specie, all'incirca due milioni di euro)"*, che trova la propria ragion d'essere *"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"* (cfr. Corte cost., sentenza n. 63 del 2019, cit.);
- d4) la più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta – la quale prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica – non si sottrae, pertanto, agli illustrati dubbi di illegittimità costituzionale, *"in quanto già in vigore al momento dell'adozione, [nel caso di specie], del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria"*.

IV. – Per completezza, si consideri quanto segue:

- e) la natura prettamente sanzionatoria del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria non è unanimemente sostenuta nella giurisprudenza amministrativa; in senso parzialmente contrario può, ad esempio, richiamarsi proprio la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 34 del 2014 (menzionata anche dall'ordinanza in epigrafe) la quale ha affermato quanto segue:

- e1) l'istituto della cauzione provvisoria – *"ferma restando la generale distinzione fra l'istituto della clausola penale (1383 c.c.) avente funzione di liquidazione anticipata del danno da inadempimento e della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.) avente la funzione di dimostrare la serietà dell'intento di stipulare il contratto sin dal momento delle trattative o del perfezionamento dello stesso"* – va ricondotto alla caparra confirmatoria, *"sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione risulta la più coerente"*

con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno";

- e2) *l'istituto in esame consiste, dunque, in "una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati";*
- e3) *non assumono rilievo, pertanto, né il principio di tassatività né quello di legalità, il quale ultimo riguarda le "sanzioni in senso proprio" e non già "le misure di indole patrimoniale liberamente contenute negli atti di indizione, accettate dai concorrenti, non irragionevoli né illogiche, rispondenti all'autonomia patrimoniale delle parti, non contrarie a norme imperative e anzi agganciate alla ratio rinvenibile nelle disposizioni del codice";*
- f) *anche la più recente dottrina ha evidenziato favore per la tesi che nega la natura prettamente sanzionatoria; cfr., in proposito:*
 - f1) *R. DE NICTOLIS, in Appalti pubblici e concessioni, Bologna, 2020, 1171 ss., secondo la quale, pur dopo il correttivo, la disciplina della cauzione di cui all'art. 93 del nuovo codice dei contratti, lungi da evidenziare aspetti sanzionatori, ha determinato un indebolimento del sistema della garanzia a corredo dell'offerta (con ciò, ponendosi anche in contrasto con le indicazioni della legge di delegazione), e ciò, specialmente laddove è stato previsto che l'incameramento della cauzione avvenga solo a carico dell'aggiudicatario, ovvero laddove è stata introdotta la possibilità che la garanzia venga prestata anche da un pool di garanti, ovvero ancora laddove si è ammessa l'implementazione incontrollata delle riduzioni degli importi della cauzione;*
 - f2) *M. ZOPPOLATO, in Trattato sui contratti pubblici, diretto da M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS, III, Procedure di gara e criteri di scelta del contraente, Milano, 2019, 477 ss., secondo cui, in particolare, la funzione della cauzione provvisoria, dopo il correttivo al nuovo codice dei contratti, pare recuperare la fisionomia della clausola penale;*
- g) *per altre pronunce del giudice amministrativo che hanno sostenuto il carattere "strettamente patrimoniale" del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria, anche con riferimento alla disciplina dettata dall'art. 75 del vecchio codice, cfr.:*
 - g1) *Cons. Stato, sez. V, n. 3701 del 2017, cit. (menzionata anche dall'ordinanza in epigrafe), secondo cui "l'incameramento della cauzione provvisoria è una misura di carattere strettamente patrimoniale, senza un carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio: non ha infatti né carattere reintegrativo o*

ripristinatorio di un ordine violato, né di punizione per un illecito amministrativo previsto a tutela di un interesse generale [...]. Essa ha il suo titolo e la sua causa nella violazione di regole e doveri contrattuali già espressamente accettati negli stretti confronti dell'amministrazione appaltante. La lata funzione sanzionatoria che sopra si è detta, dunque, inerisce al solo rapporto che si è costituito inter partes con l'amministrazione appaltante per effetto della domanda di partecipazione alla gara”;

- g2) Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 2016, n. 5501, secondo cui *“l’escussione della cauzione provvisoria ai sensi dell’art. 48 del decreto legislativo n. 163 del 2006 rappresenta una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo, che costituisce l’automatica conseguenza della violazione di doveri o regole contrattuali espressamente accertate”;* come tale essa è *“applicabile a prescindere dalla scusabilità dell’errore, sicché il detto incameramento della cauzione provvisoria previsto dall’art. 48 del Codice dei contratti pubblici, costituisce una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti. Tale misura, quindi, risulta insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che ha dato causa all’esclusione”;*
- g3) Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5 (in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2016, 2, 85, con nota di TONON, in *Nuovo notiziario giur.*, 2016, 255, con nota di BARBIERI, in *Urb. e appalti*, 2016, 787, con nota di CARANTA, in *Guida al dir.*, 2016, 13, 82, con nota di CORRADO, ed in *Riv. neldiritto*, 2016, 1586, con nota di CELLAI), secondo cui *“l’incameramento della cauzione provvisoria previsto dall’art. 48 del Codice dei contratti pubblici, costituisce una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti. Tale misura, quindi, risulta insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che ha dato causa all’esclusione”;*
- h) sul riparto di giurisdizione per le controversie concernenti i provvedimenti di incameramento della cauzione provvisoria cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. un., sentenza 31 marzo 2021, n. 9005, secondo cui *“La controversia avente ad oggetto l’escussione di una polizza fideiussoria a cui una stazione appaltante abbia proceduto a seguito dell’esclusione di un concorrente dalla gara – per non avere quegli fornito la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti nel bando di gara, mediante presentazione della documentazione ivi indicata o richiamata nella lettera di invito – è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario ove si discuta esclusivamente dei diritti derivanti dalla polizza (con riguardo, ad es.,*

all'ammontare delle somme dovute, ai tempi e alle modalità del relativo pagamento e all'individuazione dei soggetti obbligati), mentre è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo ove si discuta della sussistenza dei presupposti di esclusione del concorrente dalla gara";

i) sul principio di retroattività della *lex mitior*, sulla sua applicazione anche all'ipotesi delle sanzioni amministrative nella cornice dei c.d. *Engel criteria* secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, cfr., nella giurisprudenza costituzionale più recente:

i1) Corte cost., 16 aprile 2021, n. 68 (in *Diritto & Giustizia*, 19 aprile 2021, con nota di PICCIONI), secondo cui *"l'attrazione di una sanzione amministrativa nella materia penale in virtù dei 'criteri Engel' trascina con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalla CEDU, come elaborate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo: giurisprudenza nella quale non si rinviene l'affermazione di un principio analogo a quello affermato dalla norma censurata (che impedisca, cioè, l'esecuzione di una sanzione sostanzialmente penale inflitta con sentenza irrevocabile sulla base di una norma poi dichiarata incostituzionale). Il legislatore nazionale, dal canto suo, può bene apprestare garanzie ulteriori rispetto a quelle previste dalla Convenzione, riservandole alle sole sanzioni qualificate come penali dall'ordinamento interno"* ed ha così riepilogato la propria giurisprudenza degli ultimi anni: *"questa Corte ha ormai esteso alle sanzioni amministrative a carattere punitivo – in quanto tali (indipendentemente, cioè, dalla caratura dei beni incisi) – larga parte dello 'statuto costituzionale' sostanziale delle sanzioni penali: sia quello basato sull'art. 25 Cost. – irretroattività della norma sfavorevole (sentenze n. 96 del 2020, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017; nonché, a livello argomentativo, sentenze n. 112 del 2019 e n. 121 del 2018; ordinanza n. 117 del 2019), determinatezza dell'illecito e delle sanzioni (sentenze n. 134 del 2019 e n. 121 del 2018) – sia quello basato su altri parametri, e in particolare sull'art. 3 Cost. – retroattività della *lex mitior* (sentenza n. 63 del 2019), proporzionalità della sanzione alla gravità del fatto (sentenza n. 112 del 2019)";*

i2) Corte cost., 28 luglio 2020, n. 171 (in *Foro it.*, 2020, I, 3705, con nota di CERBO, nonché oggetto della News US n. 18, del 12 febbraio 2021, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui *"Sono inammissibili, per difetto di rilevanza, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 11, quarto comma, della legge 5 marzo 2001, n. 57, modificativo dell'art. 15, primo comma, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nella parte in cui non prevede l'applicazione del trattamento sanzionatorio sopravvenuto più favorevole alle condotte poste in essere in precedenza (posto che l'eventuale pronuncia di accoglimento non potrebbe produrre effetti nel giudizio a quo, in ragione del giudicato già formatosi sulla gravità e sulla*

durata della violazione e, conseguentemente, sulla normativa applicabile ratione temporis), in riferimento agli art. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali";

- i3) Corte cost., n. 63 del 2019, cit. (menzionata anche dall'ordinanza in epigrafe), secondo cui *"È incostituzionale l'art. 6, comma 2, del d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche apportate dal 3° comma dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per l'illecito disciplinato dall'art. 187-bis del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58".*