

L'escussione della cauzione provvisoria tra nuovo Codice Appalti e Correttivo al Codice

La cauzione provvisoria

Il versamento di una «cauzione provvisoria», per la partecipazione alla gara ad evidenza pubblica era stato, come noto, previsto già dalla Legge sulla Contabilità di Stato (Regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, e Legge n.2440 del 1993).

In attuazione del Trattato di Roma del 1957 e delle direttive comunitarie (ed all'esigenza di evitare la perdita di liquidità delle imprese), dapprima la Legge n. 348 del 1982 (poi trasfusa nella legge n. 109 del 94) aveva consentito ai partecipanti alle gare di non depositare somme a titolo di cauzione, ma di produrre «polizze fideiussorie» (art. 30, co. 1, co. 2-bis, legge n. 109/1994; art. 8, co. 11-quater, legge n. 109/1994).

Successivamente, per la partecipazione alle gare l'art. 75 dell'ormai abrogato D.lgs. n. 163 del 2006 (cd. Codice de Lise) aveva disposto la presentazione di «garanzie a prima richiesta» (commisurate in percentuale fissa al prezzo di gara e aventi anch'esse una funzione di garanzia), ai fini di attribuire alle stazioni appaltanti una 'tutela rafforzata', cioè il potere di disporre l'escussione dell'importo previsto, per il caso in cui l'aggiudicatario non intendesse stipulare il contratto. In particolare l'articolo 75 del D.lgs. 163/2006 rubricato «*garanzie a corredo dell'offerta*» al comma 6 precisava che «...*La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo*».

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/2016) ha ribadito l'obbligo, in capo al partecipante ad una procedura ad evidenza pubblica, di versamento della cauzione provvisoria oggi previsto dall'articolo 93 (poi oggetto di modifica con il cd. Correttivo al Codice).

Sia la normativa della contabilità dello Stato che la Legge Merloni 109/1994 e successivamente il Codice Appalti del 2006 avevano, dunque, previsto che l'impresa per partecipare alla gara dovesse garantire alla stazione appaltante la più rapida soddisfazione nel caso di mancata stipula del contratto, mediante (i) l'incameramento della cauzione (nel sistema della legge di contabilità di Stato); ovvero (ii) la richiesta di pagamento «a prima richiesta» al garante, nel sistema a base dei codici

del 2006 e poi del 2016.

Secondo la Giurisprudenza, la «cauzione provvisoria» ha «natura di garanzia» e non può essere considerata una «caparra penitenziale» (laddove le parti si sono riservate il diritto di recesso dal contratto). Nel caso di mancata stipula del contratto da parte dell'aggiudicatario, l'Amministrazione poteva, quindi, incamerare la cauzione provvisoria, salva la sua possibilità di ottenere il risarcimento del maggior danno effettivo.

Le normative sopra indicate - sull'onere per i partecipanti di versare la cauzione provvisoria, ovvero di presentare la «polizza fideiussoria» - costituiscono applicazione del pacifico principio della risarcibilità del danno prodotto dal partecipante che rifiuti senza motivo di stipulare il contratto. Infatti, mentre per diritto privato il Codice Civile ha previsto regole per i casi di responsabilità cd. *precontrattuale* (disciplinata dagli articoli 1337 e ss. c.c.); nel diritto pubblico la normativa sulla contabilità di Stato ed i Codici sui Contratti Pubblici hanno posto regole specifiche a tutela delle stazioni appaltanti per il caso in cui l'aggiudicatario violi i principi di buona fede e di correttezza non addivenendo alla stipula del contratto (e salva la risarcibilità del danno effettivo ove esso ecceda l'importo della cauzione provvisoria).

L'elemento «soggettivo» dell'escussione della cauzione provvisoria

Per quanto attiene al presupposto che potremmo definire «soggettivo» per l'escussione della cauzione provvisoria - ovvero quanto alla necessità che ai fini della sua escussione da parte delle stazioni appaltanti sia necessario individuare un comportamento imputabile all'operatore economico- la Giurisprudenza Amministrativa (in particolare del Consiglio di Stato) si è in prevalenza attestata su di una tesi piuttosto «rigorosa» affermando che: «...*L'incameramento della cauzione provvisoria è una misura di carattere strettamente patrimoniale, senza un carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio: non ha infatti 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....”

Ad avviso dei Supremi Giudici Amministrativi: “...ai sensi dell'art. 75, comma 6, d.lgs. 163 del 2006 nelle gare pubbliche l'incameramento della cauzione provvisoria va disposto in ogni caso in cui la mancata sottoscrizione del contratto sia dipesa da circostanze imputabili all'affidatario. Infatti, la cauzione provvisoria ha la funzione di garantire la complessiva solidità e serietà dell'offerta. Inoltre, l'incameramento della cauzione provvisoria non è condizionato dall'intervenuta aggiudicazione provvisoria dell'appalto, perché essa, in ragione dell'essenziale funzione di garanzia della serietà e attendibilità dell'offerta e del patto d'integrità, copre tutte le ipotesi i cui sono addebitati al concorrente la mancata sottoscrizione del contratto e il mancato perfezionamento dei suoi presupposti procedurali, quali l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva”

(Cons. Stato, Sez. V, 13.06.2016, n.2531) (enfasi aggiunta n.d.r.).

La finalità dell'istituto è, dunque, quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, nonché di escludere da subito i soggetti privi delle richieste qualità volute dal bando. La presenza di dichiarazioni oggettivamente non veritiere risulta di per sé idonea ad alterare la gara quantomeno per un aggravio di lavoro della stazione appaltante, chiamata a vagliare anche concorrenti inidonei o offerte prive di tutte le qualità indicate (ibidem). Ne consegue, ad avviso della Giurisprudenza Amministrativa, che l'escussione della cauzione costituisce, pertanto, l'ordinaria conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, tenuto conto che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, sottoscrivono e si impegnano ad osservare le regole della relativa procedura delle quali hanno piena conoscenza (Consiglio di Stato sezione V, 31/8/2016 n. 3751 con richiami ai principi in precedenza espressi da Adunanza Plenaria 10 dicembre 2014, n. 34).

L'escussione della cauzione provvisoria è, dunque, la conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza che grava sull'offerente ad una gara pubblica costituendo essa garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica. Caso tipico, infatti, di escussione della cauzione è quello in cui il concorrente aggiudicatario della gara non compie i requisiti (generali o speciali) auto-dichiarati in sede di partecipazione alla gara così impedendo alla stazione appaltante di poter procedere alla stipula del contratto.

Alla luce di questo prevalente orientamento, la decisio-

ne della stazione appaltante di procedere all'escussione della cauzione sembrerebbe dover prescindere da ogni possibilità di valutazione da parte delle stazioni appaltanti medesime dell'effettiva gravità (o meno) della condotta del concorrente.

La tesi meno rigorosa e l'articolo 93 del nuovo Codice (ante Correttivo del 2017). Altre pronunce (soprattutto dei Giudici Amministrativi di I grado ed, in particolare, del Tar Lazio) intervenute sotto la vigenza del “vecchio” Codice Appalti del 2006, invece, hanno ritenuto che la stazione appaltante nel procedere all'incameramento della cauzione possa valutare l'entità della violazione commessa in concreto dal concorrente. In caso di “lieve entità” della violazione commessa, la stazione appaltante avrebbe facoltà di non procedere all'escussione della cauzione e, comunque, dovrebbe motivare in ordine all'adozione del provvedimento sanzionatorio di escussione.

Si è, quindi, affermato che: “...l'escussione di tale garanzia, riguarda, quindi, tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare, ma anche il difetto dei requisiti di capacità economico-finanziaria e dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, estendendosi tali ultime ipotesi anche agli altri partecipanti alla gara” e che “...proprio in ragione della funzione della cauzione provvisoria, il relativo incameramento, in caso di esclusione dalla gara del concorrente, debba essere preceduto da un'attività valutativa volta al riscontro della gravità degli elementi che hanno condotto a tale esclusione, non potendo l'Amministrazione, in considerazione della natura sanzionatoria e comunque afflittiva dei provvedimenti conseguenti all'esclusione (escussione della cauzione, segnalazione e sospensione dell'impresa dai pubblici appalti), prescindere, prima della loro adozione, dall'effettuazione di un'espressa valutazione in ordine all'effettiva responsabilità dell'impresa...” (cfr *ex multis* Tar Lazio, sentenza n.6197/2014, TAR Lazio, 15 marzo 2016, n. 3260; 11 giugno 2014, n.6197; 20 maggio 2011, n. 4454; 27 ottobre 2008, n. 9172; C. Stato, V, 28 giugno 2004, n. 4789; 12 maggio 2003, n. 2512).

Questa interpretazione appariva (ed appare) evidentemente volta ad una maggior tutela di quei concorrenti che, ad esempio, siano incorsi in meri errori materiali o, comunque, scusabili e, che non hanno compiuto alcun rifiuto di addvenire alla stipula del contratto dopo l'aggiudicazione o nei cui confronti sia stata accertata la carenza dei requisiti di partecipazione alla gara in precedenza dichiarati (ipotesi “classiche” di escussione della cauzione). Nei confronti di tali soggetti l'escussione

della cauzione appariva (ed appare) una misura sproporzionata se comparata, appunto, all'effettivo grado di colpevolezza del soggetto e all'incidenza di tali vicende sulla procedura di gara.

Tale interpretazione sembrava poter trovare avallo nel nuovo Codice Appalti (Dlgs. 50/2016) che all'articolo 93, comma 6, parzialmente innovando rispetto alla previgente normativa, aveva disposto che: "...la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave...".

Rispetto alla previgente disposizione di cui all'articolo 75, comma 6 del D.lgs. 163/2006, la nuova disposizione specificava - prima di essere modificata dal Correttivo del 2017 - che l'escussione della cauzione dovesse avvenire soltanto in ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione e "...per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave".

Di qui la necessità che, come sottolineato nelle citate pronunce del Tar Lazio, la stazione appaltante, prima di disporre l'incameramento della cauzione provvisoria, procedesse a valutare il profilo "soggettivo" del comportamento tenuto dall'operatore economico, dovendo il provvedimento di escussione della cauzione necessariamente fondarsi anche sul giudizio di gravità del comportamento dell'impresa concorrente.

Per considerare legittima l'escussione della cauzione provvisoria non sarebbe, dunque, sufficiente il verificarsi dell'evento oggettivo della mancata sottoscrizione del contratto per "fatto dell'aggiudicatario", ma sarebbe necessaria anche una valutazione dei profili soggettivi dell'inadempimento (come affermato già dal Consiglio di Stato nella pronuncia n. 6362/2007).

Proprio sulla scia di questa corrente interpretativa, recentemente il TAR Lazio (sentenza 21/4/2017 n. 4880) aveva, quindi, riconosciuto la rilevanza dell'elemento soggettivo in tema di escussione della cauzione affermando che - poiché per espressa previsione di legge la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da "dolo" o "colpa grave" - è necessario che l'escussione sia preceduta dalla valutazione della sussistenza di un comportamento imputabile al concorrente (appunto a titolo di dolo o colpa grave).

I Giudici Amministrativi Capitolini pur dando atto del prevalente orientamento della Giurisprudenza secondo cui: "...nella vigenza delle norme preesistenti, emerge come sicuramente prevalente l'avviso giurisprudenziale secondo cui, nelle procedure finalizzate all'affidamento di appalti pubblici, l'incameramento della cauzione costituisce una conseguenza pressoché automatica del provvedimento di esclusione dalla gara, in quanto prevista ex lege e, come tale, non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale da parte dell'Amministrazione appaltante con riguardo ai singoli casi concreti e, in particolare, alle ragioni, formali o sostanziali, poste a giustificazione dell'esclusione stessa" hanno rilevato che, tuttavia: "...è dato registrare avvisi di segno opposto, che, tenuto conto della funzione della cauzione provvisoria (tutela della P.A. per caso della mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario), richiedono che l'incameramento, in caso di esclusione dalla gara del concorrente, debba essere preceduto da un'attività valutativa volta al

riscontro della gravità degli elementi che hanno condotto a tale esclusione, non potendo l'Amministrazione, in considerazione della natura sanzionatoria e comunque sicuramente afflittiva della determinazione, prescindere dall'effettuazione di un'espressa valutazione in ordine all'effettiva responsabilità dell'impresa, da ragguagliare anche al parametro di gravità della condotta". (enfasi aggiunta n.d.r.)

Sulla base di tali premesse

e considerato che l'articolo 93 comma 6 del Codice Appalti nella formulazione al tempo vigente riconnetteva espressamente l'escussione della cauzione provvisoria alla sussistenza del *dolo* o della *colpa grave* del concorrente la sentenza è giunta alla conclusione che: "... il presupposto dell'escussione della cauzione provvisoria non può ormai che essere individuato in un rifiuto immotivato ovvero colpevole del partecipante di addiventare alla conclusione del contratto".

La cauzione provvisoria a seguito del cd. Correttivo al Codice

In tale quadro - in cui, come visto, ad un orientamento prevalente della Giurisprudenza Amministrativa attestato sull'automaticità dell'escussione della cauzione si contrapponevano pronunce (anche recenti) che sottolineavano la necessità che l'escussione non potesse avvenire a prescindere da una valutazione da parte

Il Correttivo ha modificato l'articolo 93 comma 6 del D.lgs 50/2016 eliminando il riferimento "alla condotta connotata da dolo o colpa grave" quale presupposto per l'escussione della cauzione

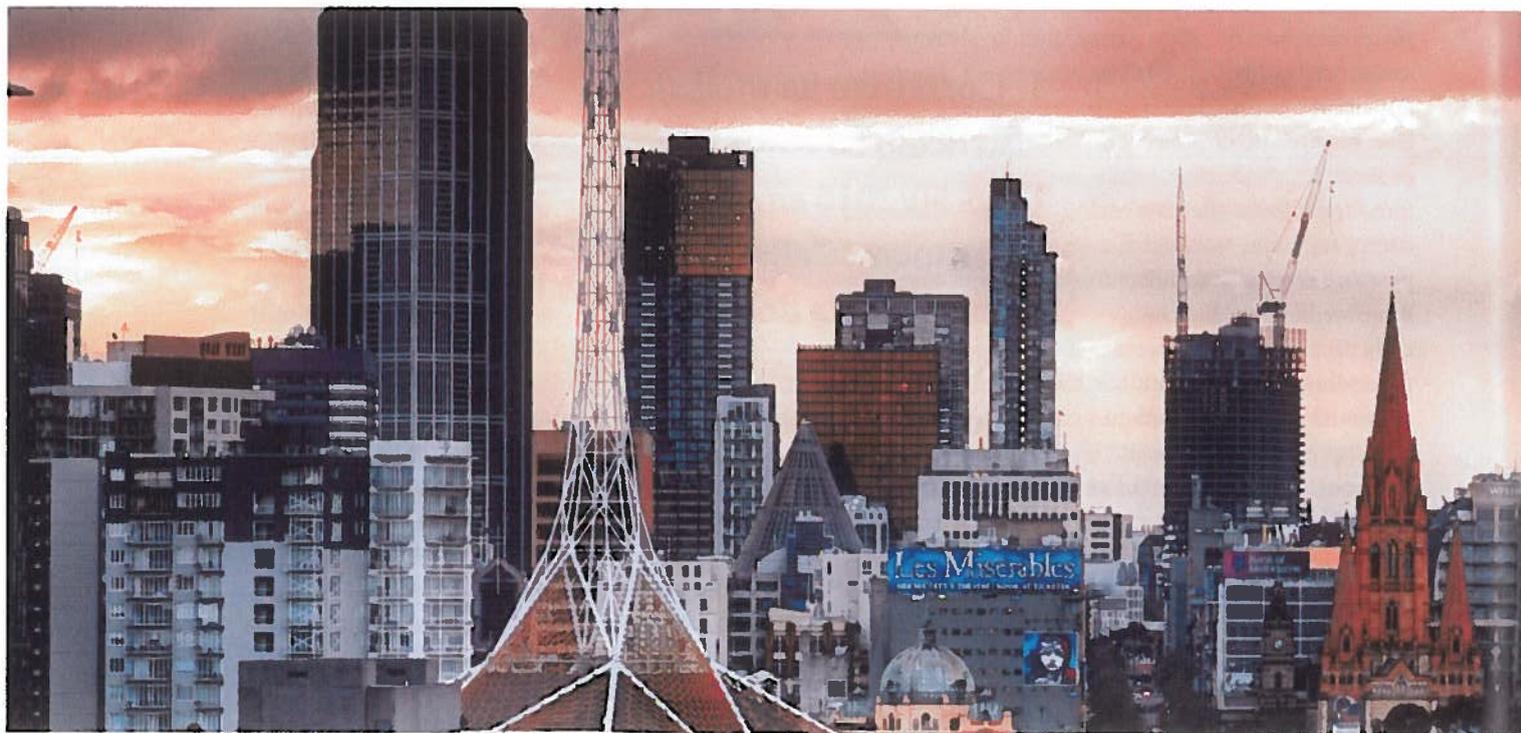
della stazione appaltante dell'elemento "soggettivo" - è intervenuto il cd. Correttivo al Codice Appalti (D.lgs. 56/2017) che ha modificato l'articolo 93 comma 6 del D.lgs 50/2016 disponendo che: *".....La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto"*.

La "correzione" (*rectius* sostanziale modifica) è consistita, quindi, nell'eliminazione del riferimento *"....alla condotta connotata da dolo o colpa grave"* quale presupposto per l'escussione della cauzione così recependosi anche le indicazioni del Consiglio di Stato che non aveva mancato di sottolineare il suo "dissenso" rispetto alla formulazione dell'articolo 93 introdotta dal Codice del 2016.

vedendo che la cauzione provvisoria coprisse la mancata sottoscrizione del contratto "per fatto dell'affidatario", prescindendosi dall'imputabilità a titolo di dolo o colpa grave". Il Consiglio di Stato manifestava, quindi, la preoccupazione che *"...la formulazione definitiva indebolisce la posizione della stazione appaltante che potrà incamerare la cauzione provvisoria, in caso di mancata stipulazione del contratto per fatto dell'affidatario solo se provi il dolo o la colpa grave"* e riteneva doveroso segnalare questo aspetto al Governo al fine di ulteriore riflessione in sede di decreto correttivo al Codice.

Considerazioni in attesa della prassi applicativa sul nuovo articolo 93 (post Correttivo).

Il Legislatore in sede di Correttivo al Codice ha, come visto, prontamente ascoltato il suggerimento del Consiglio di Stato ed ha eliminato il riferimento al "dolo" o "colpa grave", così (almeno apparentemente) eliminando ogni necessità di valutazione dell'elemento



In sede di parere sulla (bozza di) Linee Guida ANAC sull'*"Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80 comma 5 del codice"* (Adunanza della Commissione Speciale del Consiglio di Stato del 26 ottobre 2016) era stato affermato che: *"...nello schema originario del Codice l'articolo 93, c. 6, aveva una diversa formulazione, in linea con la previgente disciplina pre-*

soggettivo del concorrente nei cui confronti si procede all'escussione della cauzione e dell'eventuale sua non colpevolezza nella commissione della violazione. Appare, tuttavia, assai auspicabile che la Giurisprudenza faccia un'applicazione il più possibile "equilibrata" della nuova norma, evitando di legittimare provvedimenti di escussione della cauzione fondati su motivi meramente "formalistici" e in presenza di meri errori materiali ed evidentemente scusabili di concorrenti in buona fede.

Se è giusto che i concorrenti si avvicinino alle gare pubbliche con la necessaria "consapevolezza" del complesso quadro normativo che le regola e che essi siano, pertanto, responsabili di comportamenti negligenti tenuti in sede di gara (*in primis* il rifiuto immotivato di addivenire alla conclusione del contratto ad aggiudicazione avvenuta) sembra, al tempo stesso, da evitarsi quella "caccia all'errore" che conduca a sanzionare, con l'escussione della cauzione, concorrenti in relazione ad aspetti del tutto formalistici. E' facile prevedere che ciò sarebbe foriero, come avvenuto in analoghe situazioni (si pensi alla *never ending story* del vecchio articolo 38 e poi del cd.soccorso istruttorio a pagamento al contenzioso che hanno generato), ad inevitabili appendici contenziose. Anche alla luce della nuova dizione dell'articolo 93, come modificato dal Correttivo, l'escussione della cauzione deve, d'altra parte, avvenire per "...fatto riconducibile all'affidatario" e, dunque, se non è necessario l'accertamento di un grado di consapevolezza della

delle imprese concorrenti, che non sarebbero compatibili con i principi in tema di evidenza pubblica europei e nazionali.

Rimarrà, dunque, pur sempre necessario valutare da parte delle stazioni appaltanti l'effettiva incidenza di tali condotte sulla procedura di gara dovendosi, ad esempio, escludere che possa avvenire l'escussione della cauzione in presenza di comportamenti dei concorrenti che non abbiano prodotto effettive conseguenze pregiudizievoli sullo svolgimento della gara, né ne abbiano falsato l'esito con riflessi sulle altre imprese partecipanti o che non abbiano inficiato in alcun modo le operazioni di gara.

Come visto nel rapido *excursus* legislativo *supra* effettuato, le varie leggi che si sono succedute nel tempo nel disciplinare l'istituto della cauzione si sono basate sul principio indiscusso – e basato anche sul buon senso – della risarcibilità del danno prodotto dal partecipante che rifiuta senza motivo di stipulare il con-



condotta con l'intensità del dolo o della colpa grave appare pur sempre necessario che il fatto che conduce all'escussione della cauzione sia "imputabile" ad una condotta indicativa di una negligenza del concorrente e non già di mere sviste o errori materiali commessi dal concorrente.

Altrettanto equilibrio è auspicabile da parte delle Stazioni Appaltanti nel comminare provvedimenti di escussione della cauzione fondati su interpretazioni eccessivamente rigorose e formalistiche nei confronti

tratto", potendo, quindi, affermarsi che il presupposto dell'escussione della cauzione provvisoria è pur sempre costituito da un rifiuto "imotivato" e "colpevole" del concorrente di addivenire alla conclusione del contratto e non certo qualsivoglia "mancanza" che l'operatore economico abbia commesso durante il corso della procedura di gara.