

Appalti pubblici: escussa la cauzione se mancano i requisiti generali

19 Dicembre 2014

È legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatrici, ma solo concorrenti, in caso sia stata riscontrata l'assenza dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici

È quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 34 del 10 dicembre 2014, la quale ha dato un indirizzo preciso in merito all'applicazione del combinato disposto degli articoli 48 e 75 del Codice dei contratti pubblici.

Infatti, secondo la lettura evolutiva dell'art. 75 del Codice suggerita dall'Adunanza Plenaria, la stazione appaltante può escludere un concorrente, incamerando la cauzione del 2% a garanzia dell'offerta, qualora sia riscontrata l'assenza o la carenza dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del Codice stesso; ciò indipendentemente dal fatto che questa sia un'impresa sorteggiata per il controllo a campione dei requisiti prima dell'apertura delle buste o l'aggiudicataria.

Sotto il profilo della natura giuridica, l'Adunanza Plenaria ritiene che l'istituto della cauzione provvisoria debba ricondursi alla caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.), fermo restando che dalla generale distinzione fra questa e l'istituto della clausola penale (art. 1383 c.c.) non si evidenzia tanto la funzione di liquidazione anticipata del danno da inadempimento, quanto la funzione di dimostrare la serietà dell'intento di stipulare il contratto sin dal momento delle trattative o del perfezionamento dello stesso, di non penalizzare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno.

Palazzo Spada porta a sostegno di tale tesi un ulteriore riferimento normativo ossia quello previsto dall'articolo 38, comma 2-bis, del Codice dei contratti recentemente inserito dall'art. 39, comma 1, del D.L. 24 giugno 2014, n.90, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 agosto 2014, n.114.

Quest'ultimo articolo prevede, infatti, che in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale (le irregolarità non essenziali non rilevano) degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 dello stesso art. 38 citato, la stazione appaltante provvede all'incameramento della cauzione provvisoria con riferimento a tutti i concorrenti e non al solo aggiudicatario.

Ciò che rileva per l'Adunanza Plenaria è la conferma, anche in questo caso, della legittimità (della previsione nei bandi della "sanzione") dell'incameramento della cauzione provvisoria che, in caso di mancanze relative ai requisiti generali di cui all'art. 38, è riferibile a tutti i concorrenti e non al solo aggiudicatario.

