

NORME

I giudici amministrativi contraddicono l'Autorità: errori e carenza sempre sanabili

Cauzione provvisoria «a prova di esclusione»

DI SONIA LAZZINI

Oramai è appurato: la nostra giurisprudenza sottolinea l'inefficienza – ai fini dell'esclusione – della mancanza della cauzione provvisoria da allegare all'offerta a norma dell'articolo 75 del codice dei contratti. Il principio della tassatività delle cause di esclusione rende sanabili sia la mancanza che l'irregolare presentazione della cauzione in sede di partecipazione. Pertanto anche le eventuali irregolarità devono essere sanabili a mezzo del potere di «soccorso istruttorio» che consente, oltre ai chiarimenti, anche l'eventuale “completamento” dei documenti.

Ma non solo. Le eventuali prescrizioni del bando o della lettera di invito che impongono l'obbligo di presentare cauzione provvisoria «a pena di esclusione» debbono essere oggetto di disapplicazione, nel rispetto dell'art. 46, comma 1 bis, del codice. Lo ha stabilito da ultimo il Tar Lazio, a con la sentenza numero 8711 del 9 ottobre 2013. Ma si tratta solo si una tra le pronunce recenti sul tema.

Tale assunto deriva dal fatto che le prescrizioni afferenti la cauzione provvisoria, riportate nell'art. 75 del codice, non prevedono alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta nemmeno per l'ipotesi in cui la cauzione in esame non risulti prestata e tanto meno quindi, in caso di sua irregolarità (ad esempio importo insufficiente, erronea indicazione del beneficiario o durata inferiore a quanto richiesto).

Risulta infatti assente nel primo comma dell'articolo la locuzione «a pena di esclusione» che legittimerebbe invece la mancata accettazione dell'offerta in caso di assenza della garanzia provvisoria. Peraltro quindi non ci troviamo di fronte a nessuna delle due ipotesi (cfr. Consiglio di Stato, decisione 4663 del 18 settembre 2013) né di esclusione per «causa normativa» – contemplata dalle singole disposizioni del decreto stesso mediante la previsione espressa della esclusione o la loro formulazione in termini di divieto o di imposizione di adempimenti doverosi – né per «causa amministrativa», rientrante nell'ambito della fattispecie generali tassativamente indicate dallo stesso art. 46, comma 1 bis.

Questo nuovo orientamento giurisprudenziale – ormai consolidato – contrasta peraltro in modo palese con quanto affermato dall'Autorità nella determinazione n. 4/2012 (il cosiddetto «bando-quadro») per la quale costituiscono cause di esclusione, oltre alla mancata presentazione della cauzione provvisoria, anche tutta un'altra serie di irregolarità della stessa

Mentre, e in questo troviamo una contraddizione legislativa, è bene ricordare che, qualunque sia la modalità richiesta dall'offerente di presentazione della garanzia provvisoria (sia essa con cauzione oppure tramite un fidejussore), il comma 8 sempre dell'articolo 75 sancisce che «L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fidejussore a rilasciare la garanzia fidejussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario».

Difatti, com'è noto, l'art. 75, commi 1 e 6 del codice, prescrivono l'obbligo di corredare l'offerta di una garan-

LA NORMA Dlgs 163/2006

Art. 46 Documenti e informazioni complementari Tassatività delle cause di esclusione

1- Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

1-bis La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.

zia pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fidejussione, a scelta dell'offerente, a garanzia della serietà dell'impegno di sottoscrivere il contratto e quale liquidazione preventiva e forfettaria del danno in caso di mancata stipula per fatto dell'affidatario, in caso di mancata dimostrazione dei requisiti partecipativi.

La norma non prevede, però, alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia in parola non venga prestata; a differenza di quanto prevede, invece, l'8° comma dello stesso articolo 75, con riferimento all'impegno di un fidejussore ad emettere la definitiva del 10% dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario.

L'interpretazione giurisprudenziale precedente l'introduzione del comma 1 bis all'articolo 46 si basava sul fatto che, assolvendo la cauzione provvisoria allo scopo di garantire la serietà dell'offerta, essa ne costituisce parte integrante e non elemento di corredo. Sicché sebbene non espressamente comminata l'esclusione per il caso di mancato deposito, la ratio della norma così interpretata conduceva a ritenere applicabile l'esclusione dalla gara. Tuttavia, ora si impone una diversa interpretazione anche dell'art. 75, che la giurisprudenza ha basato sulla diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8. Essa, rende evidente l'intento di ritenere sanabile o regolizzabile la mancata prestazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva, che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto e giustifica l'esclusione dalla gara. In altri termini le stazioni appaltanti, a fronte della violazione di prescrizioni contenute in tali fonti normative, non possono disporre l'esclusione se queste ultime non lo prevedono. In tal modo l'applicazione della sanzione espulsiva dalle procedure di gara è limitata ai casi espressamente previsti da dette fonti normative (tassatività delle cause di esclusione) impedendo alle stazioni appaltanti di stabilirne ulteriori, a pena di nullità. ■