

La garanzia provvisoria è obbligatoria?

di Federica Cioffarelli

Data di pubblicazione: 7-3-2013

A) Tar Lazio, Roma Sez. I-ter, 15 febbraio 2013, n. 1725.

Presidente Linda Sandulli; Estensore Antonella Mangia

Le prescrizioni di cui all'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 – nel disciplinare la cauzione provvisoria - non prevedono alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente nemmeno per l'ipotesi in cui la cauzione in esame non venga prestata (a differenza di quanto, invece, prevede il successivo comma 8 del medesimo articolo con riferimento alla "garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario") e che, pertanto, sussiste l'obbligo per la stazione appaltante di disapplicare la prescrizione del bando che impone la presentazione della cauzione provvisoria "a pena di esclusione", nel rispetto dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, inserito dall'art. 4, comma 2, lett. d), del d.l. n. 70 del 2011, il quale – nel prescrivere la tassatività delle cause di esclusione – "impone una diversa interpretazione anche dell'art. 75" rendendo "evidente l'intento di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata" e, dunque, a maggior ragione, anche la non corretta "prestazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva.

B) Tar Lazio, Roma, Sez. II, 3 gennaio 2013, n. 16

Presidente Luigi Tosti; Estensore Carlo Polidori

1. L'art. 75 del codice dei contratti pubblici prevede - ai commi da 1 a 6 - l'obbligo di corredare l'offerta di una garanzia pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, 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; tuttavia tale disposizione non prevede alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia non venga prestata, mentre l'ottavo comma dello stesso articolo 75, prevede espressamente "a pena di esclusione" che l'offerta sia corredata altresì dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia di cui all'articolo 113 (ossia la garanzia per l'esecuzione del contratto, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale), qualora l'offerente risultasse affidatario.

2. La disposizione dell'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici impone una diversa interpretazione dell'art. 75, che valorizza la diversa formulazione letterale del comma

6, in relazione al comma 8, e rende evidente «l'intento di ritenere sanabile o regolarizzabile 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».

3. Deve ritenersi che il bando relativo alla gara di cui trattasi sia nullo, ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prevede quale causa di esclusione dalla gara la mancata allegazione della polizza fideiussoria di cui all'art. 75, comma 1, del medesimo codice, e che il provvedimento di esclusione della ricorrente sia illegittimo, perché adottato con riferimento ad una fattispecie che la legge considera come una mera irregolarità sanabile ai sensi dell'art. 46, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

Tar Lazio, Roma Sez. I-ter, 15 febbraio 2013, n. 1725.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Prima Ter)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 11217 del 2012, proposto da:

Scozzarini Group Srl, in persona del legale rappresentante p.t., in qualità di capogruppo del RTI costituendo composto con l'impresa Giannavola Lucio Salvatore, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Altieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Pinto, situato in Roma, via Stresa n. 53;

contro

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro p.t.;

Agenzia del Demanio, in persona del Direttore p.t.;

rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui sono legalmente domiciliati in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Car Snc, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;

per l'annullamento, previa sospensione,

- del provvedimento del 12.11.12 con il quale è stata comunicata la non ammissione del RTI ricorrente alla successiva fase di gara indetta per l'affidamento del servizio di recupero, custodia ed acquisto veicoli oggetto di provvedimento di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'art. 214 bis d.lgs. n. 285/1992, ambito provinciale di Caltanissetta
- della decisione della Commissione esaminatrice, assunta in data sconosciuta, nella parte in cui è stata pronunciata la non ammissione del RTI Scozzarini alla successiva fase di gara in quanto "la cauzione fideiussoria prevista a pena di esclusione al punto A.7 del disciplinare di gara non è intestata a tutti i componenti del costituendo R.T.I.";
- della comunicazione del 21 novembre 2012 con la quale è stata rigettata la richiesta avanzata dalla ricorrente ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 243 bis del d.lgs. n. 163 del 2006;
- del bando di gara e del relativo disciplinare, pubblicato nella GURI del 30 luglio 2012, nella parte in cui ha previsto al punto X, riguardante i raggruppamenti temporanei d'impresa, che "a pena di esclusione la cauzione di cui al punto A7 dovrà essere presentata con riferimento al concorrente complessivamente considerato ed intestata a tutti i componenti il RTI/consorzio";
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Interno e di Agenzia del Demanio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2013 il Consigliere Antonella Mangia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato che:

- con l'atto introduttivo del presente giudizio, la ricorrente – in qualità di capogruppo del costituendo RTI con la impresa Giannavola Lucio Salvatore – impugna il provvedimento con cui il predetto RTI non è stato ammesso alla successiva fase della gara indetta per l'affidamento del servizio di recupero, custodia ed acquisto di veicoli oggetto di provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca, e gli atti presupposti, tra cui il relativo bando di gara – pubblicato nella GURI del 30 luglio 2012 – nella parte in cui, al punto X, prevede "a pena di esclusione" che la cauzione "di cui al punto A7" (ossia, la cauzione provvisoria) "dovrà essere presentata con riferimento al concorrente complessivamente considerato ed intestata a tutti i componenti il RTI/consorzio", denunciando violazione di legge (in particolare, artt. 46 e 75 del d.lgs. n. 163 del 2006) ed eccesso di potere sotto svariati profili;
- con atto depositato in data 8 gennaio 2013 si sono costituiti l'Agenzia del Demanio ed il Ministero dell'Interno, il quale – nel prosieguo e precisamente con memoria prodotta il successivo 23 gennaio 2013 – ha supportato la legittimità del proprio operato;
- alla camera di consiglio del 31 gennaio 2013 – previa avviso alle parti e previa verifica delle condizioni prescritte dall'art. 60 c.p.amm. – il ricorso è stato trattenuto in decisione;

Rilevato che le censure formulate sono fondate, atteso che:

- il caso di specie riguarda la non ammissione di un costituendo RTI alla "successiva fase di

gara” per mancata intestazione della cauzione provvisoria di cui al punto A.7 del disciplinare di gara a tutti i soggetti – mandanti e mandatarari – del raggruppamento, in applicazione del punto X dello stesso disciplinare, il quale imponeva che “la cauzione di cui al punto A.7 dovrà essere presentata con riferimento al concorrente complessivamente considerato e intestata a tutti i componenti il RTI/Consorzio Ordinario”;

- si tratta, dunque, di un’ipotesi in cui – a esito alla contestazione della violazione delle prescrizioni in materia di cauzione provvisoria – si dispone la non ammissione di un concorrente ad una gara;

- al riguardo, la Sezione ha già avuto modo di pronunciarsi di recente e precisamente con la sentenza 30 novembre 2012, n. 10008, affermando – in sintesi - che le prescrizioni di cui all’art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 – nel disciplinare la cauzione provvisoria - non prevedono alcuna sanzione di inammissibilità dell’offerta o di esclusione del concorrente nemmeno per l’ipotesi in cui la cauzione in esame non venga prestata (a differenza di quanto, invece, prevede il successivo comma 8 del medesimo articolo con riferimento alla “garanzia fideiussoria del 10 per cento dell’importo contrattuale per l’esecuzione del contratto, qualora l’offerente risultasse aggiudicatario”) e che, pertanto, sussiste l’obbligo per la stazione appaltante di disapplicare la prescrizione del bando che impone la presentazione della cauzione provvisoria “a pena di esclusione”, nel rispetto dell’art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, inserito dall’art. 4, comma 2, lett. d), del d.l. n. 70 del 2011, il quale – nel prescrivere la tassatività delle cause di esclusione – “impone una diversa interpretazione anche dell’art. 75” rendendo “evidente l’intento di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata” e, dunque, a maggior ragione, anche la non corretta “prestazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva”;

- premesso che la ricostruzione della disciplina in esame nei termini sopra riportati consente di superare anche l’eccezione di inammissibilità sollevata dal Ministero dell’Interno (atteso che la lesione della situazione giuridica della ricorrente va riconnessa non al bando ed al disciplinare di gara in sè considerati, bensì all’inosservanza da parte della Stazione appaltante dell’obbligo di disapplicare le prescrizioni di quest’ultimi in contrasto con norme di legge, concretamente attuate con la non ammissione alla successiva fase di gara del RTI costituendo), non si ravvisano motivi per discostarsi dall’orientamento in precedenza assunto, con conseguente illegittimità del provvedimento di non ammissione del RTI Scozzarini alla successiva fase di gara e del successivo rigetto dell’istanza di revoca in autotutela di cui alla nota in data 21 novembre 2012;

Ritenuto che – per i sopra esposti motivi – il ricorso va accolto;

Ritenuto, peraltro, che le spese seguono la soccombenza e devono essere liquidate a favore della ricorrente in € 1.000,00, oltre IVA e CPA;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 11217/2012, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, annulla il provvedimento di non ammissione del RTI ricorrente alla fase successiva della gara ed il successivo rigetto dell’istanza di revoca in autotutela di cui alla nota dell’Agenzia del Demanio in data 21 novembre 2012, meglio indicati in epigrafe.

Condanna le Amministrazioni resistenti in solido al pagamento delle spese di giudizio, così come liquidate in motivazione.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Tar Lazio, Roma, Sez. II, 3 gennaio 2013, n. 16

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10652 del 2012, proposto dalla società Profit N.G. s.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con le società Pol. Dil. a r.l., ASD Nuova Rugby Roma e ASD All. Volley (mandanti), rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Ida Leonardo e Chiara Romanelli, ed elettivamente domiciliata in Roma, via Principessa Clotilde n. 2, presso lo studio dell'avvocato Maria Ida Leonardo;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Graziosi dell'Avvocatura comunale, con il quale è domiciliato per legge in Roma, via Tempio di Giove n. 21;

per l'annullamento

dei seguenti atti: a) provvedimento di esclusione dalla gara "per il ripristino funzionale, ampliamento e gestione dell'impianto sportivo denominato Tre Fontane Esedra Destra - area Rugby di cui alla determinazione dirigenziale n. 305 del 28 giugno 2012", assunto nel corso della seduta pubblica del 26 novembre 2012; b) nota prot. n. 7799 del 29 novembre 2012 con la quale è stata comunicata l'esclusione dalla gara; c) tutti i verbali delle sedute della commissione di gara, ivi compreso quello della seduta del 26 novembre 2012; ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compreso il bando di gara, con particolare riferimento alla clausola che regola la presentazione della polizza fideiussoria;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2012 il dott. Carlo Polidori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

CONSIDERATO che dall'esame dell'impugnata nota del 29 novembre 2012 si evince che il costituendo raggruppamento temporaneo è stato escluso «per inidoneità/irregolarità della documentazione amministrativa, in quanto la copia della cauzione prodotta è carente degli elementi essenziali per renderla conforme alla richiesta del bando, laddove innanzi tutto non era evincibile alcuna sottoscrizione tanto, in particolare, dell'Istituto cauzionante, quanto del partecipante alla gara. Tale prescrizione andava osservata contestualmente alla presentazione della domanda. A fronte di quanto sopra non è stato possibile acquisire la nuova documentazione proposta, ancorché adottata in gara, quale conferma della sussistenza dell'infedeltà adempimento»;

CONSIDERATO che avverso i provvedimenti impugnati la società ricorrente deduce i seguenti motivi:

I) violazione e/o falsa applicazione dell' art. 97 cost.; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 46 e 75 del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 6 della legge 241/1990; violazione dei principi di trasparenza, del favorparticipationis, di buon andamento; eccesso di potere per sproporzione, illogicità manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà, perplessità, sviamento. La società ricorrente riferisce innanzi tutto che: a) ha presentato nella busta relativa alla documentazione amministrativa l'atto di fideiussione n. OL601110211010 rilasciato, in data 10 settembre 2012, in favore di Roma Capitale, dalla Finworld Spa, per un importo pari ad euro 42.255,00; b) nel corso della seduta del 26 novembre 2012, l'Amministrazione ha riscontrato l'incompletezza della polizza fideiussoria e, in particolare, la mancanza della seconda pagina contenente la firma dell'istituto garante, evidentemente dovuta ad un mero errore materiale da parte della stessa ricorrente nella predisposizione della busta relativa alla documentazione amministrativa; c) nella medesima seduta il rappresentante legale della ricorrente ha esibito alla Commissione di gara la polizza fideiussoria rilasciata dalla Finworld Spa completa della suddetta seconda pagina e dunque della sottoscrizione del fideiussore; d) la Commissione di gara - pur avendo verificato sia l'esatta corrispondenza del numero della polizza con quella esibita dal rappresentante legale della ricorrente, sia l'esistenza della sottoscrizione - non ha consentito la produzione del documento completo. Poste tali premesse, l'impugnato provvedimento di esclusione è illegittimo perché la polizza fideiussoria esiste ed è provvista di tutti gli elementi essenziali previsti dalla disciplina generale e di gara, sicché l'Amministrazione, invece di disporre l'esclusione, avrebbe dovuto attivare il c.d. potere di soccorso, previsto dall'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, e consentire la regolarizzazione della polizza stessa.

II) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 46, comma 1-bis, e 75 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento. La società ricorrente sostiene che l'impugnato provvedimento di esclusione è illegittimo anche per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006, perché, secondo la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. III, 1° febbraio 2012, n. 493), l'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 non prevede la mancata presentazione della garanzia a corredo dell'offerta quale causa di esclusione dalla gara e, quindi, «il

delineato indirizzo giurisprudenziale elimina in radice ogni perplessità, anche in relazione ad una eventuale interpretazione estensiva del bando, ove si prevede l'esclusione in mancanza di fideiussione, prescrizione che in questa sede si impugna in via subordinata ... per nullità»; CONSIDERATO che i suesposti motivi possono essere trattati congiuntamente e risultano fondati alla luce delle seguenti considerazioni: A) l'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici, introdotto dall'art. 4, comma 2, lettera d), del decreto legge n. 70/2011, prevede la tassatività delle cause di esclusione dalla procedura di affidamento del contratto di appalto, disponendo come segue: "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"; B) l'art. 75 del codice dei contratti pubblici prevede - ai commi da 1 a 6 - l'obbligo di corredare l'offerta di una garanzia pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, 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; tuttavia tale disposizione non prevede alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia non venga prestata, mentre l'ottavo comma dello stesso articolo 75, prevede espressamente "a pena di esclusione" che l'offerta sia corredata altresì dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia di cui all'articolo 113 (ossia la garanzia per l'esecuzione del contratto, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale), qualora l'offerente risultasse affidatario; C) prima della novella del 2011, con la quale è stato introdotto il comma 1-bis nell'art. 46 del codice dei contratti pubblici, la prevalente giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746) riteneva che la cauzione provvisoria, assolvendo la funzione di garantire la serietà dell'offerta, costituisse parte integrante dell'offerta stessa e non elemento di corredo, sicché la mancata produzione della garanzia giustificava l'esclusione dalla gara; D) a seguito della novella del 2011 la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. III, 1° febbraio 2012, n. 493) ha chiarito che la disposizione dell'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici impone una diversa interpretazione dell'art. 75, che valorizza la diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8, e rende evidente «l'intento di ritenere sanabile o regolarizzabile 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»; E) alla luce di tale condivisibile opzione ermeneutica, non risulta condivisibile la tesi sostenuta dall'A.V.C.P. nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, recante "Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici" (che comunque non vincola questo Tribunale, tanto più se si considera che non è richiamata nel bando, essendo successiva alla pubblicazione dello stesso), secondo la quale costituiscono cause di esclusione tanto la mancata presentazione della cauzione provvisoria, quanto la mancata sottoscrizione da parte del garante, perché tale tesi risulta in contrasto con la ratio della novella del 2011, evidentemente tesa a limitare le cause di esclusione dalle gare ed a favorire, in ossequio al principio del favorparticipationis, la regolarizzazione delle

domande e delle offerte che siano prive dei requisiti richiesti dalla legge o dal bando; F) deve quindi ritenersi che il bando relativo alla gara di cui trattasi sia nullo, ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prevede quale causa di esclusione dalla gara la mancata allegazione della polizza fideiussoria di cui all'art. 75, comma 1, del medesimo codice, e che il provvedimento di esclusione della ricorrente sia illegittimo, perché adottato con riferimento ad una fattispecie che la legge considera come una mera irregolarità sanabile ai sensi dell'art. 46, comma 1, del codice dei contratti pubblici;

CONSIDERATO che, stante quanto precede, il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, si deve dichiarare la nullità del bando nella parte in cui prevede quale causa di esclusione dalla gara la mancata allegazione della polizza fideiussoria di cui all'art. 75, comma 1, del codice dei contratti pubblici e si deve disporre l'annullamento del provvedimento di esclusione della società ricorrente;

CONSIDERATO che, in applicazione della regola della soccombenza, le spese relative al presente giudizio, quantificate nella misura indicata nel dispositivo, devono essere poste a carico dell'Amministrazione resistente;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso 10652/2012, lo accoglie e, per l'effetto, dichiara la nullità del bando di nella parte in cui prevede quale causa di esclusione dalla gara la mancata allegazione della polizza fideiussoria di cui all'art. 75, comma 1, del codice dei contratti pubblici ed annulla il provvedimento di esclusione della società ricorrente.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento, in favore della parte ricorrente, delle spese di giudizio, che si quantificano in complessivi euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre i.v.a. e c.p.a. come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Le due pronunce che qui si commentano insieme, meritano di essere segnalate perché aprono un contrasto di giurisprudenza rispetto al precedente e apparentemente consolidato orientamento secondo cui la cauzione provvisoria non è un semplice elemento corredo dell'offerta, ma ne costituisce parte integrante, sicché, la mancata prestazione della stessa, giustifica l'esclusione dalla gara.

Il nuovo orientamento introdotto dal Tar capitolino si fonda sul presupposto che l'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, inserito dall'art. 4, comma 2, lett. d), del d.l. n. 70 del 2011, – nel prescrivere la tassatività delle cause di esclusione – impone una diversa interpretazione anche dell'art. 75, e questo renderebbe evidente l'intento di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata prestazione della cauzione definitiva e, dunque, a maggior ragione, anche la non corretta prestazione della cauzione provvisoria. I giudici capitolini giungono a tali conclusioni considerando che le prescrizioni contenute nell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 – nel disciplinare la cauzione provvisoria - non prevedono alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta, o di esclusione del concorrente, nemmeno per l'ipotesi in cui la cauzione in esame non venga prestata (a differenza di quanto, invece, prevede il successivo comma 8 del medesimo articolo con riferimento alla “garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario”). Dal che fanno conseguire l'illegittimità dei provvedimenti di esclusione, trattandosi di provvedimenti adottati con riferimento ad una fattispecie che la legge considera come una mera irregolarità sanabile ai sensi dell'art. 46, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

La prima delle due pronunce in commento, TAR Lazio, Sez. I^{ter}, 15 febbraio 2013 n. 1725, merita ancora di essere segnalata per la parte in cui ritiene che, in presenza di un bando che preveda quale causa di esclusione la mancata allegazione della garanzia provvisoria di cui all'art. 75, comma 1 d.lgs. 163 del 06, la stazione appaltante ha l'obbligo di disapplicare la clausola escludente.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Entrambe le pronunce in commento si appuntano su un ricorso proposto avverso il provvedimento di esclusione reso dalla Commissione giudicatrice, in una procedura negoziata bandita dall'Amministrazione, per l'inidoneità/irregolarità della documentazione amministrativa e, nella specie, della garanzia provvisoria ex art. 75, comma 1 d.lgs. 163/ del 2006.

Più in dettaglio, il caso esaminato nella pronuncia del 15 febbraio 2013 il R.T.I. ricorrente era stato escluso per aver non prestato una cauzione priva della intestazione a tutte le imprese associate, mentre la fattispecie vagliata nella sentenza del 3 gennaio 2013 era stata prodotta una cauzione priva delle sottoscrizioni dell'Istituto garante e del partecipante alla gara.

In entrambe le pronunce i giudici capitolini dei diversi Collegi decidenti giungono all'accoglimento dei ricorsi, discostandosi dal prevalente orientamento che fino ad oggi aveva ritenuto che la cauzione provvisoria fosse parte integrante dell'offerta e non elemento di corredo della stessa, in quanto finalizzato a garantire la serietà dell'offerta.

Il nuovo orientamento inaugurato nelle pronunce in commento, invece, giunge a diversa conclusione sull'assunto che l'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici (introdotto dall'art. 4, comma 2, lettera d), del decreto legge n. 70/2011 sulla tassatività delle cause di

esclusione dalla procedura di affidamento del contratto di appalto), impone una rilettura dell'art. 75 del codice dei contratti. Secondo i collegi giudicanti, invero, le prescrizioni di cui all'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 – nel disciplinare la cauzione provvisoria - non prevedono alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente nemmeno per l'ipotesi in cui la cauzione in esame non venga prestata (a differenza di quanto, invece, prevede il successivo comma 8 del medesimo articolo con riferimento alla "garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario"). Secondo i giudici capitolini, dunque, dalla norma in esame non si evincerebbe l'intento di rendere sanabile o regolarizzabile la mancata prestazione della cauzione e, quindi, a maggior ragione, anche la non corretta prestazione della cauzione provvisoria.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il Codice dei contratti pubblici prevede un peculiare e specifico sistema di garanzie volto a tutelare la Stazione Appaltante sia nella fase pubblicistica di scelta del contraente, sia in quella privatistica di esecuzione del contratto. Con riguardo alla fase pubblicistica assumono particolare rilievo le disposizioni dettate dall'art. 75 d.lgs. 163/06, rubricato "Garanzie a corredo dell'offerta". Costituisce dato acclarato, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che la garanzia provvisoria ha una funzione sanzionatorio-indennitaria.

Sotto il profilo sanzionatorio, essa rileva nel caso di inadempimenti procedurali relativi alla veridicità delle dichiarazioni fornite dall'offerente in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale e di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria richiesti dal bando di gara. Sotto il profilo indennitario, invece, viene in gioco con riferimento al pregiudizio subito dalla Stazione Appaltante per l'eventuale rifiuto di stipulare il contratto da parte del concorrente aggiudicatario.

La garanzia provvisoria, quindi, garantisce l'affidabilità dell'offerta il cui primo indice è proprio rappresentato dalla correttezza e dalla serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dal disciplinare di gara. Essa, com'è noto, rappresenta una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga per recesso o per difetto dei requisiti dell'offerente.

La giurisprudenza, senza oscillazioni fino al D.L. 13 maggio 2011 n. 70 (conv. con modif. dalla Legge 106/2011), ha ritenuto la garanzia provvisoria parte integrante dell'offerta e non elemento a corredo della stessa. Secondo tale indirizzo, la presentazione di una valida garanzia provvisoria, in una delle modalità previste a scelta dell'offerente dall'art. 75 d.lgs. 163/06, è, quindi, adempimento necessario a pena di esclusione, non suscettibile di regolarizzazione o integrazione postuma. Secondo questa tesi, altrimenti ragionando, si vanificherebbe il disposto di cui all'art. 48 d.lgs. 163/06 che prevede il potere-dovere della Stazione Appaltante di escutere la garanzia provvisoria, previa segnalazione alla Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (A.V.C.P.), a carico dell'offerente rispetto a cui il controllo sul possesso dei requisiti si sia conclusonegativamente.

Su questo quadro consolidato incide il D.L. 70/2011, che introduce numerose modifiche al d.lgs. 163/06 tra cui quella che ha modificato l'art. 46 con l'introduzione del comma 1*bis* sul principio di tassatività delle cause di esclusione, la cui applicazione giurisprudenziale è tuttora in pieno fermento nel tentativo di definirne l'effettiva portata.

Il dibattito intorno all'art. 46, comma 1*bis* ruota intorno alla interpretazione dell'espressione *"la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento delle prescrizioni del presente codice o del regolamento e di altre disposizioni di leggi vigenti"*. Autorevole dottrina ritiene che sia causa legittima di esclusione dalla gara l'inosservanza non solo di quelle prescrizioni di legge in cui la sanzione della esclusione sia prevista esplicitamente, ma anche di quelle in cui tale sanzione difetti in via espressa. Rientrano in questa seconda fattispecie tutte quelle norme che sanciscono un obbligo, ovvero un divieto necessari ad assicurare il corretto svolgimento del confronto concorrenziale.

Nel medesimo senso si è espresso di recente il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria con la sentenza 7 giugno 2012 n. 21: *"la previsione (art. 46, comma 1bis) rende evidente che l'esclusione dalle gare possa essere disposta, oltre che nei casi in cui disposizioni del codice o del regolamento la prevedono espressamente, anche nei casi in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione."*

Richiamandosi alla interpretazione fornita dall'Adunanza Plenaria e alla, non ancora smentita, funzione sanzionatorio-indennitaria della garanzia provvisoria, l'A.V.C.P. nella Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 "Bandi-tipo" riconosce all'art. 75 d.lgs. 163/06 un contenuto immediatamente precettivo e vincolante, tale per cui la presentazione della garanzia provvisoria deve ritenersi un adempimento necessario a pena di esclusione.

Di diverso avviso sono state le pronunce del TAR Lazio in commento che valorizzando il dato letterale dell'art. 75, comma 1 d.lgs. 163/06, il quale non prevede la prestazione della garanzia provvisoria a pena di esclusione (contrariamente a quanto disposto con riferimento alla garanzia definitiva di cui al successivo comma 6), concludono per il carattere non escludente di una eventuale mancata o irregolare presentazione della garanzia provvisoria.

Va a questo punto osservato che la Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 "Bandi-tipo" vincola le Stazioni Appaltanti, ma non anche il Giudice. Infatti, l'art. 64, comma 4*bis* d.lgs. 163/06 dispone: *"i bandi sono predisposti dalle Stazioni appaltanti sulla base dei modelli (bandi-tipo) approvati dalla Autorità, previo parere del Ministro dei trasporti e delle infrastrutture e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1bis. Le Stazioni appaltanti nelle delibere a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo."*

Di qui un invito a riflettere sulla sussistenza, sostenuta da TAR Lazio, Sez. Iter 15 febbraio 2012 n. 1725, di un obbligo per la Stazione appaltante di disapplicare la prescrizione del bando che impone la prestazione della garanzia provvisoria "a pena di esclusione". Il Collegio osserva che il rispetto dell'art. 46, comma 1*bis* impone una diversa interpretazione dell'art. 75 d.lgs. 163/06 rendendo evidente l'intento di ritenere sanabile e regolarizzabile la mancata o

non corretta prestazione della garanzia provvisoria.

A prescindere dalla vincolatività delle indicazioni fornite dalla A.V.C.P. nella Determinazione 4/2012 e dalla circostanza che il bando di gara era stato pubblicato in epoca precedente al 10 ottobre 2012, si osserva che il bando di gara non sarebbe comunque disapplicabile dalla Stazione Appaltante. Nonostante, infatti, la presenza di tesi eccentriche sulla questione, la tesi prevalente ritiene che il bando di gara sia un atto amministrativo generale, con funzione normativa che esprime un autovincolo per l'Amministrazione, che può, quindi, interpretarlo, revocarlo, annullarlo ma non disapplicarlo senza violare i principi di certezza dei rapporti giuridici e di legittimo affidamento.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

F. Caringella-M. Protto, Codice dei Contratti Pubblici, 2012, 228 ss, Dike Giuridica. *A. Bargone*, Manuale dei lavori pubblici, Milano 2001, 282. *R. Damonte e C. Giampaolo*, La nuova legge-quadro sui lavori pubblici, Milano, 1999, 326 a cura di F. Caringella. *R. De Nictolis*, I contratti di lavori, servizi e forniture, Milano, 2007. *Sandulli*, Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria 63/2005, Milano 2005. *F. Caringella-L. Buffoni*-Manuale di Diritto Civile, 2013, Dike Giuridica.