

APPALTI/IL TAR DEL LAZIO CONTRADDICE L'AUTORITÀ

No all'esclusione per i senza polizza

Il «bando-tipo» dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici si pone in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione laddove prevede l'esclusione del concorrente che non allega la polizza fideiussoria o cauzione provvisoria, o ne allega una non sottoscritta; viceversa si tratta di irregolarità sanabile e la clausola del bando che prevede l'esclusione è nulla. È quanto afferma il Tar del Lazio, sezione II con la pronuncia del 3 gennaio 2013, n. 16, che contraddice la delibera 4/2012 dell'organismo di vigilanza sui contratti pubblici rispetto a una fattispecie in cui un concorrente era stato escluso per mancata sottoscrizione della cauzione da parte dell'Istituto cauzionante, nonché del partecipante alla gara. L'adempimento in questione è quello previsto dall'articolo 75 del Codice dei contratti pubblici che impone la cauzione provvisoria del 2% a corredo dell'offerta e a garanzia della stessa, ma non prevede l'esclusione del concorrente come nel caso della cauzione definitiva. Sul punto il Consiglio di stato era però intervenuto in passato affermando (Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746) che la cauzione provvisoria, assolvendo la funzione di garantire la serietà dell'offerta, costituisce parte integrante dell'offerta stessa e non elemento di corredo, sicché la mancata produzione della garanzia giustificava l'esclusione dalla gara. Con l'articolo 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici, introdotto dall'art. 4, comma 2, lettera d), del decreto legge n. 70/2011, è stata però prevista la tassatività delle cause di esclusione dalla procedura di affidamento del contratto di appalto: l'esclusione consegue quindi sia alla violazione di norma del Codice o del regolamento in cui è espressamente prevista l'esclusione, sia ai casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali. E dopo

la norma del decreto 70 sempre il Consiglio di stato (Sez. III, 1° febbraio 2012, n. 493) si era espresso nel senso di ritenere «sanabile o regolarizzabile la mancata prestazione della cauzione provvisoria».

Successivamente al decreto legge 70/2011, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, nel fornire delle prime indicazioni per la redazione dei bandi di gara (il cosiddetto «bando-tipo» nel quale è stata effettuata la ricognizione delle diverse fattispecie di esclusione, tipizzate dalla legge o ricavabili in sede interpretativa), ha affermato che costituiscono cause di esclusione tanto la mancata presentazione della cauzione provvisoria, quanto la mancata sottoscrizione da parte del garante, così come effettivamente prevedevano gli atti di gara (ancorché precedenti alla delibera n. 4). Il Tar del Lazio contraddice l'Autorità e ritiene invece nullo il bando per violazione di legge (e del principio di tassatività delle cause di esclusione affermato dall'articolo 46, comma 1-bis del Codice). Non solo: la sentenza afferma anche che non risulta condivisibile la tesi sostenuta dall'Autorità, perché tale tesi risulta in contrasto con la ratio della novella del 2011, evidentemente tesa a limitare le cause di esclusione dalle gare e a favorire, in ossequio al principio del favor participationis, la regolarizzazione delle domande e delle offerte che siano prive dei requisiti richiesti dalla legge o dal bando.

