

## **L'impresa doveva essere esclusa ai sensi delle previsioni contenute nella lettera di invito nella parte in cui viene richiamato l'art. 75 del codice degli appalti (TAR N. 02310/2011)**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Appalti pubblici

Anche in una gara informale, se richiamato l'art. 75 del codice dei contratti, per dimezzare la cauzione provvisoria, bisogna provare il possesso della qualità

l'impresa doveva essere esclusa ai sensi delle previsioni contenute nella lettera di invito nella parte in cui viene richiamato l'art. 75 del codice degli appalti

Ed invero, seppure si tratti di una procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 57 del D.lgs n. 163 del 2006, ovvero di una gara le cui formalità sono semplificate rispetto alle procedure ordinarie di evidenza pubblica, non può sfuggire all'interprete il fatto che l'amministrazione resistente, nel richiamare espressamente al punto 9. della lettera di invito l'intero art. 75 del citato D.lgs n. 163 del 2006, si sia auto-vincolata a tutte le previsioni ivi contenute, che riportano una serie di formalismi a garanzia dei procedimenti tipici di selezione pubblica (a tutela, in particolare, della par condicio tra i concorrenti e del principio di trasparenza).

Del resto, la corretta interpretazione del punto 14. della lettera di invito, laddove è prevista la sanzione dell'esclusione dalla gara per i concorrenti che non abbiano allegato la garanzia provvisoria, non può prescindere dall'esame del contenuto del precedente punto 9. nel quale si dispone che la cauzione deve possedere tutte le caratteristiche previste dall'art. 75 del D.lgs n. 163 del 2006.

Ciò significa che il concorrente (e, quindi, la controinteressata Controinteressata) che intendeva avvalersi della facoltà prevista dal comma 7 dell'art. 75 del D.lgs n. 163 del 2006 (ovvero il dimezzamento della cauzione provvisoria), nell'allegare la garanzia emessa dalla società autorizzata, avrebbe dovuto altresì segnalare, in sede di offerta, il possesso del requisito e documentarlo nei modi prescritti dalle norme vigenti.

Ciò non è avvenuto nel caso di specie e tale omissione non può essere sanata invocando il dovere di soccorso previsto dall'art. 46 del D.lgs n. 163 del 2006 (in quanto la norma può essere attivata per chiedere chiarimenti riguardanti un documento incompleto e non per sopperire la mancanza di un'allegazione - cfr, tra le tante, Cons. St., sez. V, 2 agosto 2010, n. 5084), ovvero segnalando che l'amministrazione aggiudicatrice era a conoscenza del possesso della certificazione di qualità da parte della società Controinteressata, trattandosi del precedente fornitore del Comune.

Le regole di trasparenza nell'espletamento delle gare pubbliche, invero, alle quali il Comune resistente si è auto-vincolato richiamandole espressamente nella lettera di invito (come quelle contenute nell'art. 75 del D.lgs n. 163 del 2006), non sono dettate esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione aggiudicatrice, ma anche di tutti i partecipanti alla selezione i quali devono essere messi in condizione di effettuare il controllo incrociato, nel rispetto delle regole di gara, circa il possesso dei requisiti prescritti a carico dei concorrenti.

Del resto, l'art. 75, comma 7, del D.lgs n. 163 del 2010 configura un beneficio riconosciuto all'impresa partecipante alla gara d'appalto in considerazione di una sua particolare condizione soggettiva attestata dal possesso della certificazione di qualità (per cui questa è ritenuta maggiormente affidabile, sia come concorrente che come potenziale affidataria dell'appalto), la cui facoltà di avvalersene è però chiaramente regolata dalle previsioni contenute nella norma più volte citata.

Perciò, in presenza di un altrettanto chiaro rinvio contenuto nella lex specialis di gara all'art. 75 del codice degli appalti, deve ritenersi che la concreta operatività del beneficio postuli (oltre alla ovvia dimostrazione documentale circa il possesso di tale requisito) che vi sia una manifestazione di volontà da parte

dell'impresa di volersi avvalere della riduzione, la cui mancanza non può non integrare una causa di esclusione dalla selezione (cfr TAR Campania, sez. VIII, 9 marzo 2010, n. 1331 e sez. I, 28 giugno 2005 n. 8841).

Mancando, quindi, nel caso in esame, una espressa dichiarazione in tal senso da parte della Controinteressata s.p.a., ne consegue che l'impresa doveva essere esclusa ai sensi delle previsioni contenute nella lettera di invito nella parte in cui viene richiamato l'art. 75 del codice degli appalti.

<https://www.diritto.it/l-impresa-doveva-essere-esclusa-ai-sensi-delle-previsioni-contenute-nella-lettera-di-invito-nella-parte-in-cui-viene-richiamato-l-art-75-del-codice-degli-appalti-tar-n-023102011/>