

Le clausole escludenti discrezionali anche in materia di cauzioni sono nulle se il bando è stato pubblicato sulla GURI dopo il 14 maggio 2011 (TAR Sentenza N. 01791/2011)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Per quanto riguarda gli effetti giuridici derivanti dalla pubblicazione dei bandi, assume unica rilevanza quella effettuata nella GURI, indipendentemente quindi dall'antecedente pubblicazione operata nella GUCE

il principio di tassatività della clausole di esclusione vale, a pena di nullità delle clausole difformemente introdotte, per tutti i bandi la cui pubblicazione, avvenuta nella GURI, sia successiva all'entrata in vigore della norma, a prescindere all'antecedente pubblicazione dei medesimi nella GUCE

poiché il bando di cui è causa è stato pubblicato nella GURI in data 20 maggio 2011 e quindi successivamente alla data di entrata in vigore del D.L. n. 70/11, convertito sul punto senza modifiche dalla L. n. 106/11, la nuova disciplina operante in ordine alle clausole di esclusione dalle pubbliche gare era suscettibile di applicazione anche con riferimento al bando di cui alla gara in oggetto

Passaggio tratto dalla sentenza numero 1791 del 2 dicembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia

I motivi del ricorso

Tenuto conto del fatto che il bando di gara è stato pubblicato nella GURI in data successiva all'entrata in

vigore della disposizione di cui all'art. 46, 1-bis del codice dei contratti - che quindi risulta pienamente applicabile essendo rilevante, ai sensi dell'art.66, detta pubblicazione e non quelle antecedente nella GUCE - parte ricorrente invoca la nuova disciplina che limita i casi di esclusione dalla partecipazione alle pubbliche gare alle sole ipotesi previste dal codice, dal regolamento o da altre disposizioni di legge, fra le quali non rientra quella relativa alla prestazione della cauzione provvisoria di cui al primo comma dell'art. 75, da cui la conseguente nullità della clausola che ha previsto l'esclusione dei concorrenti per tale mancanza, così come disposto nei confronti della ditta Ricorrente Trent

Le argomentazioni della difesa

le difese resistenti, eccepita preliminarmente l'inammissibilità della doglianza in quanto tardivamente proposta avverso la clausola della lex specialis, hanno controdedito evidenziando l'inapplicabilità ratione temporis della nuova disciplina, in quanto il bando risulta essere stato pubblicato nella GUCE in data anteriore alla entrata in vigore del D.L. n. 70/2011, sottolineando altresì come la prestazione di una cauzione insufficiente debba essere considerata quale mancanza di un elemento essenziale dell'offerta, che giustifica la sanzione dell'esclusione del concorrente (così come ritenuto dall'A.V.C.P. nel parere del 2 agosto 2011).

Il punto di partenza del giudice amministrativo

Appare quindi evidente che il punto dirimente della controversia in esame è stabilire innanzitutto l'applicabilità ratione temporis della novella introdotta con D.L. n. 70/2011 circa le cause di esclusione dalle pubbliche gare, per le quali, in virtù della disposizione richiamata, è stato introdotto il principio di tassatività.

In base all'art. 46, comma 1-bis, infatti, le ipotesi di esclusione sono unicamente conseguenti al "...mancato adempimento delle 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...", per cui "...i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Sul punto parte ricorrente ritiene sia necessario fare unico riferimento alla data di avvenuta pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (nella specie successiva - 20.5.2011 - all'entrata in vigore della norma, avvenuta il 14 maggio 2011), invocando il disposto di cui all'art. 66 del Codice dei Contratti, in base al quale (comma 8) è stabilito che gli effetti giuridici che l'ordinamento riconnette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Su tale impostazione dissente parte resistente, dando rilevanza alla data di avvenuta adozione del bando e comunque alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, entrambe antecedenti la data del 14 maggio 2011, sottolineando la valenza accessoria della successiva pubblicazione (peraltro per estratto) sulla GURI.

Ritiene il Collegio, conformemente all'indirizzo già espresso su analoga questione (cfr. T.A.R. Veneto, I, n. 1575/2011), che il riferimento temporale da tenere in considerazione sia quello dell'avvenuta pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Invero, la disposizione contenuta nel comma 8 dell'art. 66 del Codice dei Contratti ha espressamente introdotto il principio generale per cui gli effetti giuridici connessi dall'ordinamento italiano all'avvenuta pubblicazione dei bandi di gara debbano essere ricondotti unicamente alla pubblicazione effettuata nella GURI, a nulla rilevando, a questo specifico fine, la data di pubblicazione nella GUCE.

Quindi, per espressa previsione normativa, per quanto riguarda gli effetti giuridici derivanti dalla

pubblicazione dei bandi, assume unica rilevanza quella effettuata nella GURI, indipendentemente quindi dall'antecedente pubblicazione operata nella GUCE.

Conseguenza diretta del combinato disposto della norma di cui al comma 8 dell'art. 66 e di quella introdotta dal comma 1-bis dell'art. 46, è che il principio di tassatività della clausole di esclusione debba valere, a pena di nullità delle clausole difformemente introdotte, per tutti i bandi la cui pubblicazione, avvenuta nella GURI, sia successiva all'entrata in vigore della norma, a prescindere all'antecedente pubblicazione dei medesimi nella GUCE.

Di conseguenza, poiché il bando di cui è causa è stato pubblicato nella GURI in data 20 maggio 2011 e quindi successivamente alla data di entrata in vigore del D.L. n. 70/11, convertito sul punto senza modifiche dalla L. n. 106/11, la nuova disciplina operante in ordine alle clausole di esclusione dalle pubbliche gare era suscettibile di applicazione anche con riferimento al bando di cui alla gara in oggetto.

<https://www.diritto.it/le-clausole-escludenti-discrezionali-anche-in-materia-di-cauzioni-sono-nulle-se-il-bando-e-stato-pubblicato-sulla-guri-dopo-il-14-maggio-2011-tar-sentenza-n-017912011/>