

## **Il Tar Veneto non smette di sorprendere per la terza volta\_ illegittima esclusione per cauzione insufficiente, inefficacia del contratto e obbligo di rifacimento dell'intera procedura (TAR N. 01791/2011)**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Appalti pubblici

Ecco i precedenti

sentenza numero

1659 dell' 8 novembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia

sentenza numero 1396 del 22 settembre 2011 pronunciata dal Tar Liguria, Genova

sentenza numero 1376 del 13 settembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto Venezia

Nulla la clausola di esclusione, nulla l'esclusione stessa!

Il ricorrente ha presentato una cauzione, dimezzata per il possesso della certificazione di qualità, ha tuttavia presentato una cauzione di importo inferiore al richiesto, basata sull'importo contrattuale dell'appalto riferito alla durata annuale dello stesso, senza tenere conto del valore complessivamente considerato, comprensivo anche dell'eventuale rinnovo per un ulteriore annualità, interessante la conduzione e manutenzione di successivi impianti

Il dato normativo ed il confronto fra le due disposizioni\_ raffronto fra il primo e l'ottavo comma dell'articolo 75 del codice dei contratti \_ induce quindi a ritenere la diversa valenza della prestazione della due garanzie e quindi che solo la mancata osservanza della seconda previsione, comportando ex lege l'esclusione dalla gara, possa costituire una delle ipotesi contemplate in via generale dall'art. 46, comma 1-bis

Diversamente, anche sulla scorta dell'espressione letterale, ma evidentemente in ragione della diversa rilevanza dell'assunzione dell'obbligo di garanzia all'atto della formulazione dell'offerta, la mancata

osservanza delle previsioni di cui al primo comma dell'art. 75 non determina ex lege l'esclusione dalla gara, ergo non rientra nelle ipotesi di cui all'art. 46, comma 1 - bis.

Di conseguenza, la clausola di esclusione contenuta al punto 12, comma 5 del disciplinare di gara è da considerarsi nulla ex lege e quindi la sua inosservanza non poteva comportare l'esclusione della ricorrente dalla gara.

Appalto aggiudicato con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa: poiché l'esclusione della ricorrente è illegittima in quanto è nulla la clausola del bando sulle conseguenze di una cauzione insufficiente, l'avvenuta valutazione delle altre offerte in gara non consente più di procedere alla valutazione dell'offerta presentata dalla ricorrente senza minare l'imparzialità e la trasparenza del giudizio, in quanto questo verrebbe formulato dopo l'avvenuta valutazione e l'attribuzione dei punteggi, per il contenuto tecnico ed economico, delle altre offerte in gara.

Quindi anche per quanto riguarda la richiesta di risarcimento formulata dalla ricorrente, l'amministrazione dovrà procedere alla riedizione della gara.

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

Stante l'applicabilità del principio della tassatività delle cause di esclusione, il problema è se la prescrizione imposta nel bando a pena di esclusione relativamente alla prestazione della cauzione provvisoria nell'importo indicato rientra in quelle ammesse dalla legge o, diversamente, dovesse ritenersi nulla in quanto esulante dalle ipotesi normativamente previste e quindi insuscettibile di supportare la determinazione dell'esclusione della ricorrente dalla gara.

A tale riguardo è necessario sottolineare come il comportamento tenuto da parte ricorrente nel prestare la cauzione provvisoria si ponesse oggettivamente in contrasto con la prescrizione del bando in punto ammontare della cauzione.

Invero, secondo le regole generali la cauzione provvisoria deve essere rapportata al valore complessivo dell'appalto ed a tale riguardo il bando ha indicato chiaramente detto valore complessivo nella somma di € 2.888.926,26, individuando di conseguenza nel disciplinare l'ammontare della cauzione provvisoria dovuta nella percentuale del 2% di detto importo (riducibile per la ricorrente del 50%) : detta prescrizione risulta

corretta e il riferimento, contenuto nel disciplinare, al prezzo contrattuale per il servizio nei primi 12 mesi, diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, non può essere inteso quale importo di riferimento per il computo della cauzione.

Tale conclusione è invero avallata dallo stesso tenore letterale dell'art. 29 del D.lgs. n. 163/06 ("Il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto"), che comprende nel computo del valore dell'appalto anche le eventuali opzioni, quali componenti del valore massimo stimato dello stesso.

Con tale previsione è stata infatti privilegiata una determinazione del valore dell'appalto, quale è "l'importo massimo stimato", comprensivo anche del valore riferibile all'eventuale rinnovo del contratto o comunque dell'attribuzione al contraente privato di un diritto di opzione al suo rinnovo : ciò al fine evidente di consentire un'immediata valutazione del valore monetario della prestazione da eseguire, nella sua interezza e complessità, comprendente quindi, sin dal primo esame, tutte le evoluzioni possibili del rapporto, fra cui anche il rinnovo o la proroga dello stesso.

Ciò premesso, il Collegio non ignora l'attuale incertezza interpretativa circa la portata della disposizione recentemente introdotta riguardo alla tassatività delle clausole di esclusione e l'orientamento inizialmente manifestato da parte dell'AVCP circa la riconducibilità dell'ipotesi della mancata prestazione della cauzione provvisoria a tali ipotesi, quale condizione essenziale dell'offerta.

Tuttavia, considerato che le disposizioni implicanti la grave sanzione dell'esclusione dalla gara debbono essere di stretta interpretazione e quindi debbono trovare il loro fondamento in una norma che espressamente imponga la loro osservanza, non può essere ignorato il dato di fatto emergente dalla lettura della norma dettata dal Codice dei Contratti con l'art. 75 proprio in materia di garanzie a corredo dell'offerta ed in particolare dal raffronto fra il primo e l'ottavo comma dell'articolo richiamato

Così infatti dispone il primo comma : "L'offerta è corredata da 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 sua volta il comma ottavo dispone : "L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui

all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario".

Appare di tutta evidenza la diversa valenza attribuita dal legislatore alla prestazione della cauzione provvisoria di cui al primo comma, quale indubbia condizione della serietà dell'offerta presentata, ma la cui osservanza non è imposta a pena di esclusione, dall'obbligo imposto con l'ottavo comma, che invece è assistito dalla comminatoria espressa della sanzione dell'esclusione dalla gara in caso di inottemperanza

Il dato normativo ed il confronto fra le due disposizioni induce quindi a ritenere la diversa valenza della prestazione della due garanzie e quindi che solo la mancata osservanza della seconda previsione, comportando ex lege l'esclusione dalla gara, possa costituire una delle ipotesi contemplate in via generale dall'art. 46, comma 1-bis

Diversamente, anche sulla scorta dell'espressione letterale, ma evidentemente in ragione della diversa rilevanza dell'assunzione dell'obbligo di garanzia all'atto della formulazione dell'offerta, la mancata osservanza delle previsione di cui al primo comma dell'art. 75 non determina ex lege l'esclusione dalla gara, ergo non rientra nelle ipotesi di cui all'art. 46, comma 1 - bis.

Di conseguenza, la clausola di esclusione contenuta al punto 12, comma 5 del disciplinare di gara è da considerarsi nulla ex lege e quindi la sua inosservanza non poteva comportare l'esclusione della ricorrente dalla gara.

In conclusione, per tutte le considerazioni sin qui espresse, il ricorso va accolto e per l'effetto va annullato il provvedimento con il quale la società ricorrente è stata esclusa dalla gara, con tutte le conseguenze da ciò derivanti per quanto riguarda l'aggiudicazione dell'appalto a favore della controinteressata ed il relativo contratto, di cui deve essere dichiarata l'inefficacia

per quanto riguarda la richiesta di risarcimento formulata dalla ricorrente, l'amministrazione dovrà procedere alla riedizione della gara.

## PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI

Tassatività delle cause di esclusione, importo della cauzione provvisoria e favor participationis

E siamo a tre! favor participationis contro par condicio\_bella lotta!

Seconda sentenza del Tar Veneto\_terza in tutto dopo anche il Tar Liguria\_ con la quale viene annullata l'esclusione di un partecipante la cui cauzione provvisoria è risultata di importo inferiore a quanto richiesto e dovuto

Tale conclusione viene fondata sul presupposto che <<a fronte dell'oggettiva incertezza interpretativa della norma recentemente introdotta dal legislatore, così come testimoniato dai precedenti richiamati dalla difesa resistente - possa essere invocato il principio di favor participationis>>

In virtù della nota norma di cui all'articolo 46 comma 1 bis del codice dei contratti in tema di tassatività delle cause di esclusione, il Tar sancisce che <<l'amministrazione, riammessa in gara la ricorrente, dovrà provvedere a rideterminare la graduatoria considerando anche l'offerta della medesima, individuando, una volta stabilita la nuova soglia di anomalia, il soggetto aggiudicatario che, se diverso da quello attualmente individuato, dovrà subentrare nel contratto nell'eventualità che risultasse già sottoscritto>>

Passaggio tratto dalla sentenza numero

1659 dell' 8 novembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia

Richiamato l'orientamento espresso dal Tribunale in ordine all'interpretazione del disposto di cui all'art. 46, comma 1 bis, così recentemente introdotto al fine di disciplinare, secondo principi di tassatività, le cause di esclusione dalle pubbliche gare;

ritenuto di poter ribadire quanto puntualizzato con la pronuncia n. 1376/11 (peraltro, confermata in sede cautelare d'appello) e quindi di applicare i medesimi principi ivi espressi anche al caso di specie;

osservato, altresì, che il caso specifico oggetto del presente giudizio si manifesta quale espressione di un evidente errore materiale (confermato nella sua essenza dallo stesso fideiussore) nell'indicazione dell'importo garantito, inferiore a quello dovuto in base al bando, peraltro esattamente indicato nel modulo utilizzato;

ritenuto che - a fronte dell'oggettiva incertezza interpretativa della norma recentemente introdotta dal legislatore, così come testimoniato dai precedenti richiamati dalla difesa resistente - possa essere invocato il principio di favor participationis;

il ricorso può trovare accoglimento e per l'effetto l'amministrazione, riammessa in gara la ricorrente, dovrà provvedere a rideterminare la graduatoria considerando anche l'offerta della medesima,

individuando, una volta stabilita la nuova soglia di anomalia, il soggetto aggiudicatario che, se diverso da quello attualmente individuato, dovrà subentrare nel contratto nell'eventualità che risultasse già sottoscritto

\*\*\*\*\*+

Le irregolarità nella presentazione della cauzione provvisoria, dopo il 14 maggio 2011, sono sanabili

Dopo il Tar Veneto, anche in Liguria i giudici amministrativi fanno riammettere un'impresa esclusa dalla Stazione appaltante per "colpa" della cauzione provvisoria

Mentre non vi è alcun dubbio che la mancata presentazione della cauzione provvisoria sia, legittima, causa di esclusione, sembra che i nostri giudici, in applicazione del neo nato comma 1 bis dell'articolo 46 del codice dei contratti, siano di diverso avviso per quanto concerne le "mancanze" della garanzia stessa

Prima il Tar Veneto \_ sentenza numero 1376 del 13 settembre 2011\_ e ora il Tar Liguria\_ sentenza numero 1396 del 22 settembre 2011 si trovano d'accordo nell'affermare che, tra le tassative cause di esclusione, non vi è spazio per errate presentazioni della cauzione provvisoria.

Di conseguenza, nelle due fattispecie sottoposte ai giudici amministrativi, le Stazioni appaltanti dovranno riammettere le imprese illegittimamente escluse

In entrambe le situazioni si è trattato di un problema di importo della cauzione provvisoria(e non di clausole mancanti o di altre diversità rispetto alle prescrizioni di legge)

La sinteticità della sentenza veneta non ci permette di saperne di più, mentre sul caso genovese, qualche osservazione ci sembra opportuna

La ricorrente ha allegato una polizza fideiussoria che teneva la p.a. indenne solo per il cinquanta per cento dell'importo fissato nel bando, senza che fosse stata provata compiutamente la sussistenza della condizione richiesta.

Fino a 14 maggio era palese la legittimità dell'esclusione

Ora non più

Infatti, ci insegnano i giudici genovesi << La formulazione della novella\_ comma 1 bis dell'articolo 46 \_ non è chiarissima, ma sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi.

Ne deriva che il motivo per cui la società in questione è stata esclusa dall'esperimento non sembra rientrare nell'elenco introdotto dal legislatore, sì che la domanda va accolta, dovendosi annullare l'esclusione e tutti gli atti ad essa conseguenti.

La domanda è la seguente

Che ne sarà della par condicio?

Nel senso che, specialmente per appalti di una certa importanza e da aggiudicarsi al prezzo più basso, è ovvio che risulta avvantaggiata la partecipante che ha speso meno per la cauzione provvisoria

Questo minor costo ha sicuramente influito sulla determinazione dell'offerta economica

Permettere di integrare l'importo in garanzia, significa inosservanza del principio di concorrenza e di par condicio; e tale situazione, invece di alleggerire il carico dei nostri Tar, sarà sicuramente fonte di ulteriori controversie

Per buona pace della semplificazione amministrativa

Per non tacer dell'eventualità che l'errore nella presentazione della cauzione provvisoria provenga da mancata indicazione di alcune obbligatorie clausole.....

Ancora una volta il legislatore ha perso l'occasione per dimostrare la propria lungimiranza nel scrivere alcuni divieti negli appalti pubblici

Ora non ci resta che attendere il Consiglio di Stato!

Ecco la norma

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

(rubrica così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera d), decreto-legge n. 70 del 2011)

(art. 43, dir. 2004/18; art. 16, d.lgs. n. 157/1995; art. 15, d.lgs. n. 358/1992)

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.

(comma aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera d), decreto-legge n. 70 del 2011)

Passaggio tratto dalla sentenza numero 1396 del 22 settembre 2011 pronunciata dal Tar Liguria, Genova

Il collegio può pronunciare sentenza brevemente motivata, vista la completezza del contraddittorio, la richiesta di adozione di una misura cautelare e la sufficienza degli elementi di prova, resa nota alle parti la presente determinazione.

Sono impugnati gli atti con cui la provincia di Genova ha escluso l'interessata dalla gara indetta per la fornitura di software antivirus, ed ha poi dichiarato la controinteressata aggiudicataria.

La ragione dell'atto concretamente lesivo è individuato nella presentazione da parte della concorrente di una cauzione che la p.a. ha ritenuto insufficiente: la legge di gara prevedeva che per (punto 7.2 delle



norme di partecipazione) "... i candidati in possesso della certificazione al sistema di qualità conforme alle norme UNI EN ISO 9000 l'importo della cauzione provvisoria ... è ridotto del 50 per cento...". La ricorrente ha allegato una polizza fideiussoria che teneva la p.a. indenne solo per il cinquanta per cento dell'importo fissato nel bando, senza che fosse stata provata compiutamente la sussistenza della condizione richiesta.

Il collegio osserva che l'atto impugnato è stato adottato alla fine del decorso mese di luglio, allorché era già entrato in vigore l'art. 46 1 bis del d.lvo 12.4.2006, n. 163, che prevede la tassatività delle cause di esclusione dei soggetti partecipanti agli esperimenti indetti dalla p.a..

La formulazione della novella non è chiarissima, ma sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi.

Ogni altra ragione di non partecipazione agli incanti non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito (in tal senso, tar Veneto, 13.9.2011, n. 1376) .

Ne deriva che il motivo per cui la società in questione è stata esclusa dall'esperimento non sembra rientrare nell'elenco introdotto dal legislatore, sì che la domanda va accolta, dovendosi annullare l'esclusione e tutti gli atti ad essa conseguenti.

Sulla possibilità di applicazione di tale norma è stata attirata l'attenzione delle parti, come dal verbale d'udienza.

\*\*\*\*\*++

Si legga anche

sentenza numero 1376 del 13 settembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto Venezia

Rivoluzione nella presentazione della provvisoria \_può essere integrata una cauzione di importo inferiore

Ecco la prima sentenza in materia di cauzioni dopo l'introduzione della tassatività delle clausole di esclusione

Considerato

che l'art. 46, comma 1-bis del DLgs n. 163/2006, aggiunto dall'art. 4, II comma, n. 2, lett. "d" del DL n. 70/2011, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, tra le quali non rientra la prestazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario;

che nel caso di specie - ove peraltro la cauzione era incompleta, non già assente - l'odierna ricorrente non poteva essere automaticamente estromessa dalla gara, ma doveva essere previamente invitata ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto;

che, ciò stante, va accolto il ricorso (per motivi aggiunti) dd. 21 luglio 2011 e, conseguentemente, annullato l'impugnato provvedimento 19.7.2011 n. 344409 di esclusione della ricorrente dal "proseguo della gara d'appalto".

[https://www.diritto.it/il-tar-veneto-non-smette-di-sorprendere-per-la-terza-volta\\_illegittima-esclusione-per-cauzione-insufficiente-inefficacia-del-contratto-e-obbligo-di-rifacimento-dell-intera-procedura-tar-n-01791201/](https://www.diritto.it/il-tar-veneto-non-smette-di-sorprendere-per-la-terza-volta_illegittima-esclusione-per-cauzione-insufficiente-inefficacia-del-contratto-e-obbligo-di-rifacimento-dell-intera-procedura-tar-n-01791201/)