

Tassatività delle cause di esclusione,cauzione quale parte essenziale dell'appalto (TAR Sent.N.00161/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

La cauzione, quale parte integrante dell'offerta, se manca comporta l'esclusione mentre può essere regolarizzata in caso di importo non corretto

Sulla base di tale orientamento, il Collegio è portato a concludere che, anche volendo ritenere che l'articolo 46, comma 1-bis, esprima un principio applicabile alla gara in questione, dalla sua applicazione non possa discendere la nullità della clausola di cui al par. 7.2.

<<l'impegno del soggetto che ha rilasciato la garanzia provvisoria a rilasciare, in caso di aggiudicazione definitiva, una garanzia fideiussoria pari al 20% dell'importo offerto per l'acquisto del ramo, a copertura degli impegni assunti dal concorrente e riportati nel contratto di compravendita>>

sulla base del raffronto tra le due previsioni dell'articolo 75, suddette, è stato recentemente affermato (Cons. Stato, III, 1 febbraio 2012, n. 493) che:

l'articolo 75, ai commi 1 e 6, prescrive 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

- l'interpretazione giurisprudenziale precedente l'introduzione del comma 1-bis all'articolo 46, era nel senso che, assolvendo la cauzione provvisoria allo scopo di garantire la serietà dell'offerta, essa ne costituisce parte integrante e non elemento di corredo, che la stazione appaltante potesse liberamente richiedere; sicché, sebbene non espressamente comminata l'esclusione per il caso di mancato deposito, la ratio della norma così interpretata conduceva a ritenere applicabile la sanzione espulsiva (cfr. Cons. Stato, V, 12 giugno 2009, n. 3746);

- la novella legislativa impone una diversa interpretazione anche dell'articolo 75, valorizzando la diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8, e rendendo 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 (vedi anche TAR Veneto, I, 2 dicembre 2011, n. 1791; TAR Liguria 22 settembre 2011, n. 1396).

Passaggio tratto dalla sentenza numero 161 del 27 aprile 2012 pronunciata dal Tar Umbria, Perugia

Tuttavia, la controinteressata obietta anche che la previsione del par. 7.2. deve ritenersi nulla, in applicazione dell'articolo 46, comma 1-bis, del Codice (introdotto dal d.l. 70/2011), che ha previsto la tassatività delle clausole di esclusione valide, tra le quali non rientrerebbe quella del par. 7.2.

Va ricordato che, secondo il predetto comma 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. >>.

Giova altresì ricordare che l'articolo 75, ai commi 1 e 6, prescrive 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. La norma non prevede, però, alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia in parola non venga prestata; a differenza di quanto prevede, invece, il successivo comma 8, con riferimento alla garanzia fideiussoria del dieci per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario, garanzia che parimenti deve essere presentata unitamente all'offerta.

Il Collegio osserva che - pur nella incertezza interpretativa circa la portata del comma 1-bis dell'articolo 46, anche alla luce dell'orientamento inizialmente manifestato dall'A.V.C.P. (con un parere del 2 agosto 2011) circa la riconducibilità della mancata prestazione della cauzione provvisoria a tali ipotesi, quale condizione essenziale dell'offerta - la giurisprudenza sembra smentire la tesi delle parti resistenti.

Infatti, sulla base del raffronto tra le due previsioni dell'articolo 75, suddette, è stato recentemente affermato (Cons. Stato, III, 1 febbraio 2012, n. 493) che:

- l'interpretazione giurisprudenziale precedente l'introduzione del comma 1-bis all'articolo 46, era nel senso che, assolvendo la cauzione provvisoria allo scopo di garantire la serietà dell'offerta, essa ne costituisse parte integrante e non elemento di corredo, che la stazione appaltante potesse liberamente richiedere; sicché, sebbene non espressamente comminata l'esclusione per il caso di mancato deposito, la ratio della norma così interpretata conduceva a ritenere applicabile la sanzione espulsiva (cfr. Cons. Stato, V, 12 giugno 2009, n. 3746);

- la novella legislativa impone una diversa interpretazione anche dell'articolo 75, valorizzando la diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8, e rendendo 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 (vedi anche TAR Veneto, I, 2 dicembre 2011, n. 1791; TAR Liguria 22 settembre 2011, n. 1396).

Sulla base di tale orientamento, il Collegio è portato a concludere che, anche volendo ritenere che l'articolo 46, comma 1-bis, esprima un principio applicabile alla gara in questione, dalla sua applicazione non possa discendere la nullità della clausola di cui al par. 7.2.

Ecco il commento alla decisione numero 493 dell' 1 febbraio 2012 pronunciata dal Consiglio di Stato citata nella sentenza che ci occupa

Anche per il Consiglio di Stato è illegittima l'esclusione dalla gara dell'appellata per aver presentato una cauzione provvisoria di importo inferiore a quello richiesto

La novella legislativa che ha introdotto il comma 1 bis all'art. 46, impone una diversa interpretazione anche dell'art. 75, che già la giurisprudenza di merito ha fatto propria, valorizzando la diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8, e rendendo 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

L'Amministrazione non può disporre l'esclusione del concorrente che abbia presentato la cauzione di importo inferiore a quello richiesto, e in applicazione della regola di cui all'art. 46, comma 1, deve consentire la regolarizzazione degli atti, tempestivamente depositati, ovvero consentire l'integrazione della cauzione insufficiente.

PREVEDIBILI RISVOLTI

Sulla lotta fra par condicio e massima partecipazione possibile, abbiamo già detto!

Resta un grosso dubbio:

e se un'impresa, apposta per alterare la propria offerta, sin da subito presenta una cauzione che, garantendo la metà, costa anche la metà?

Certo per i piccoli appalti, o per gli appalti da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, forse il problema non si porrà, ma staremo a vedere quali saranno le catastrofiche conseguenze dell'applicazione di questa suppur giusta norma

Ora, poiché nelle ultime settimane (non più mesi né anni) stiamo assistendo ad una continua rivisitazione del codice dei contratti tra l'altro

a livello europeo_ da parte dei membri del Consiglio si ha l'intenzione di trovare un accordo sulla semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici entro la fine dell'anno e di esaminare celermente le proposte della Commissione su una fase pilota per l'utilizzo delle "obbligazioni di progetto" al fine di stimolare il finanziamento privato dei principali progetti infrastrutturali>> (tratto da DICHIARAZIONE DEI MEMBRI DEL CONSIGLIO EUROPEO 30 GENNAIO 2012; VERSO UN RISANAMENTO FAVOREVOLE ALLA CRESCITA E UNA CRESCITA FAVOREVOLE ALLA CREAZIONE DI POSTI DI LAVORO)

allora perché non si inserisce una semplice modifica, all'articolo 75, rendendo legittima l'esclusione in

caso di cauzione o fideiussione presentata in difformità alle norme dell'INTERO articolo stesso?

Basterebbe infatti far cominciare il comma 1 con la nota dicitura, <<a pena di esclusione>>; così facendo si eviterebbero veramente le future controversie

Era il 7 settembre del 2011: il Tar Veneto (sentenza numero 1376 del successivo 13 settembre), per la prima volta, in applicazione al principio della tassatività delle cause di esclusione, entrato in vigore il 14 maggio precedente_per lo stupore di tutti gli operatori_ ci insegna che una cauzione di importo inferiore a quanto richiesto_NON E' PIU' legittima causa di esclusione

I giudici veneti così infatti si pronunciavano:

<< 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">>

ovviamente la sentenza veniva commentata in tutti i siti specializzati

2 dicembre 2011_ il Supremo giudice amministrativo (decisione numero 493 pubblicata l' 1 febbraio 2012) conferma la tesi dei giudici di primo grado

<< Nel merito, è illegittima l'esclusione dalla gara dell'appellata per aver presentato una cauzione provvisoria di importo inferiore a quello richiesto per poter concorrere all'assegnazione di più lotti>>

Queste le motivazioni del Supremo giudice amministrativo:

<< L'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti, inserito dall'articolo 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, ha previsto la tassatività delle cause di esclusione, disponendo che la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal 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; ma i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione.

L'art. 75, 1° e 6° comma, cod. contr., prescrive 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.

La norma non prevede, però, alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del

concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia in parola non venga prestata; a differenza di quanto prevede, invece, l' 8° comma dello stesso articolo 75, con riferimento alla garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario, garanzia che parimenti deve essere presentata unitamente all'offerta.

L'interpretazione giurisprudenziale precedente la novella legislativa era nel senso che, assolvendo la cauzione provvisoria allo scopo di garantire la serietà dell'offerta, essa ne costituisse parte integrante e non elemento di corredo, che la stazione appaltante potesse liberamente richiedere; sicchè sebbene non espressamente comminata l'esclusione per il caso di mancato deposito, la ratio della norma così interpretata conduceva a ritenere applicabile la sanzione espulsiva (Consiglio Stato , sez. V, 12 giugno 2009 , n. 3746)

Tuttavia la novella legislativa che ha introdotto il comma 1 bis all'art. 46, impone una diversa interpretazione anche dell'art. 75, che già la giurisprudenza di merito ha fatto propria, valorizzando la diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8, e rendendo 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 (TAR Liguria 22.9.2011 n. 1396).

La disposizione dell'art. 75, comma 6, cod. contratti, va, dunque, intesa nel senso indicato dal giudice di primo grado, ovvero nel senso che l'Amministrazione non può disporre l'esclusione del concorrente che abbia presentato la cauzione di importo inferiore a quello richiesto, e in applicazione della regola di cui all'art. 46, comma 1, deve consentire la regolarizzazione degli atti, tempestivamente depositati, ovvero consentire l'integrazione della cauzione insufficiente.

Si legga anche il commento alla

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

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.

<https://www.diritto.it/tassativita-delle-cause-di-esclusione-cauzione-quali-parte-essenziale-dell-appalto-tar-sent-n-001612012/>