

Dichiarata nullità clausola a pena di esclusione per mancata presentazione garanzia provvisoria

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

A seguito dell'entrata in vigore della novella legislativa che ha introdotto nel Codice dei contratti pubblici il principio della tassatività delle cause di esclusione (comma 1-bis aggiunto dal D.L. n. 70/2011 all'art. 46 del Codice), il collegio abbia abbandonato la tradizionale interpretazione, secondo cui la mancata produzione della cauzione provvisoria legittimerebbe l'esclusione dell'impresa concorrente dalla gara nonostante la mancanza di una esplicita disposizione di legge in tal senso, per aderire a una diversa lettura dell'art. 75 del Codice, la cui formulazione letterale - 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 invece l'esclusione dalla gara - non soltanto impedisce alla stazione appaltante, alla luce della novella, di disporre l'esclusione dalla gara dell'impresa concorrente che abbia presentato la cauzione di importo inferiore a quello richiesto, ma impone la regolarizzazione degli atti, ovvero l'integrazione della cauzione insufficiente (si vedano T.A.R. Toscana, sez. I, 28 gennaio 2013, n. 141). _Poiché non vi sono ragioni per discostarsi da tale indirizzo, peraltro confermato in grado d'appello (cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781), tanto basterebbe per accertare l'illegittimità del provvedimento qui impugnato previa declaratoria di nullità, per violazione dell'art. 46 co. 1-bis del Codice dei contratti pubblici, della clausola contenuta al punto A.3) del disciplinare di gara laddove sancisce con l'esclusione l'assenza dei requisiti richiesti per la cauzione provvisoria. _Va respinta, del resto, l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla difesa dell'Estav con riferimento alla mancata impugnazione della delibera A.V.C.P. n. 4/2012, la quale mostra di ritenere insanabile causa di esclusione la presentazione di cauzione provvisoria non conforme a quanto stabilito dall'art. 75 co. 4 del Codice dei contratti: la vincolatività che l'amministrazione annette a detta delibera ne presuppone, infatti, la valenza regolamentare, con la conseguenza che, in virtù del principio di gerarchia delle fonti, il giudice anche d'ufficio può procedere alla sua disapplicazione per contrasto con la fonte di rango primario, vale a dire con lo stesso art. 75 rivisitato, come si è visto, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione (sulla disapplicazione c.d. normativa da parte del G.A., da ultimo e per tutte cfr. Cons. Stato, sez. V, 26

settembre 2013, n. 4778; id., sez. III, 18 ottobre 2012, n. 5363). (sentenza numero 143 del 22 gennaio 2014 pronunciata dal Tar Toscana, Firenze).

<https://www.diritto.it/dichiarata-nullita-clausola-a-pena-di-esclusione-per-mancata-presentazione-garanzia-provvisoria/>