

Sul principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di appalti pubblici e la mancata presentazione della cauzione provvisoria.

- I. - Il comma 8¹ dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016, in ferma, sostanziale, continuità con il previgente comma 1 *bis* dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006², pone il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara, comminando la nullità delle previsioni della *lex specialis* di gara che stabiliscano cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate.

La precitata disposizione, in realtà, codifica l'orientamento sostanzialista già invalso nella più recente giurisprudenza amministrativa, per cui le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di "*stretta interpretazione*"³, senza possibilità di estensione analogica alcuna: con la conseguenza che deve essere preferita un'interpretazione della legge di gara che, in aderenza ai principi di proporzionalità ed adeguatezza, eviti eccessivi formalismi o, comunque, illegittime restrizioni alla partecipazione.

Pertanto, nell'ipotesi di omessa presentazione della cauzione provvisoria non può affatto conseguire la esclusione immediata di un'offerta presentata da un'Impresa partecipante ad una gara, trattandosi di un documento in ordine al quale alcuna legge o disposizione regolamentare ha disposto la comminatoria dell'esclusione in caso di sua mancata presentazione.

- II. - Ciò premesso, in ogni caso, è ben nota, soprattutto in relazione ai più recenti interventi normativi, la volontà del legislatore di scalfire un modello di gara d'appalto precipuamente improntato alla rilevanza dei profili sostanziali, con conseguente

¹ Dispone il comma 8 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016: "... .. *I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*".

² Analogamente all'attuale comma 8 dell'art. 83, il precedente comma 1 bis dell'art. 46 D.Lgs. n. 163/2006 disponeva: "... .. *i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle*".

³ Così, esemplificativamente, Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297.

dequotamento dei vizi dal carattere puramente formale ed in ordine ai quali la Stazione appaltante ha il potere-dovere di esercitare il soccorso istruttorio, al fine di accertare l'effettivo possesso del requisito o, comunque, per sopperire a possibili mancanze, irregolarità e/o insufficienze documentali.

Invero, è proprio in attuazione del predetto principio di tassatività delle cause di esclusione delle gare pubbliche, che la mancata presentazione, da parte di una Ditta partecipante ad una gara, di una cauzione provvisoria, seppur richiesta dalla *lex specialis*, non può mai costituire una causa di esclusione: infatti, la mancanza e/o irregolarità della stessa ben possono essere sanate mediante l'attivazione del cd. soccorso istruttorio.

La giurisprudenza amministrativa, con riguardo ad una fattispecie di mancata presentazione di una garanzia provvisoria, quale è espressamente la cauzione prescritta dall'art. 183, comma 13, del D.Lgs. n. 50/2016, in coerenza al sistema sostanzialistico delle gare pubbliche chiaramente perseguito dal legislatore, ha avuto modo di precisare che: ***“la mancata presentazione della cauzione provvisoria ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria invalida non costituisce causa di esclusione di una procedura di aggiudicazione ma irregolarità sanabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio ...***

L'orientamento trova fondamento nell'art. 46, comma 1 ter, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 per il quale: “Le disposizioni di cui all'art. 38, comma 2 bis e, dunque, il c.d. soccorso istruttorio a pagamento, n.d.s., si applicano ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara”. La cauzione provvisoria è considerata dichiarazione proveniente da un terzo da produrre dal concorrente in base alla legge”⁴.

La suirrichiamata giurisprudenza, in particolare, ha nettamente distinto tra l'ipotesi della mancata presentazione di una cauzione provvisoria ed il ben diverso caso della presentazione

⁴ Così, tra le ultime, Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1846

di una cauzione provvisoria falsa e/o mendace: solo in tale ultima ipotesi, i Giudici amministrativi hanno accordato “l’esclusione dell’impresa”, poiché “la presentazione di una cauzione provvisoria falsa .. costituisce **fattispecie diversa e non assimilabile a quella della cauzione mancante, incompleta o irregolare (e ciò vale anche ad escludere la rilevanza della sanzione dell’esclusione sancita nell’odierna vicenda dal disciplinare di gara per il caso di mancata presentazione della cauzione)”.**

Il condivisibile principio surriportato, secondo cui la mancata presentazione della cauzione provvisoria non costituisce causa di esclusione di una procedura di aggiudicazione, ma irregolarità sanabile, è costantemente applicato dalla giurisprudenza, sia di primo che di secondo grado: vedasi, a titolo meramente esemplificativo, Cons. Stato, Sez. III, 23.11.2017, n. 5467⁵; Cons. Stato, Sez. III, 27.10.2016, n. 4528⁶; id., Sez. V, 10.02.2015, n. 687⁷; Tar Basilicata - Potenza, Sez. I, 27.07.2017, n. 531⁸; Tar Calabria - Catanzaro, Sez. II, 16.01.2015, n. 101⁹; id., 14.07.2014, n. 1189¹⁰.

Aprile 2018

⁵ Secondo cui: “La mancata presentazione (o i vizi della) cauzione provvisoria ex art. 75 d.lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti 2006) non costituiscono causa di esclusione ma irregolarità sanabile, non rientrando tra le ipotesi considerate dall’art. 46, comma 1 bis del medesimo codice”.

⁶ Si legge in tale pronuncia: “nelle gare pubbliche è sanabile o regolarizzabile, in applicazione del c.d. soccorso istruttorio di cui all’art. 46, comma 1, D.Lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti), la mancata presentazione della cauzione provvisoria, atteso che essa non è parte integrante dell’offerta e che gli eventuali vizi che l’affliggono non possono comunque determinare l’esclusione della partecipante”.

⁷ Che ha sancito: “le cause di esclusione della gara sono quelle tassativamente previste dall’aet. 46, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 163 del 2006 e tra di esse non è contemplata la mancata presentazione della garanzia provvisoria di cui all’art. 75 .. del D.Lgs. ..” [n. 163/2006, oggi art. 93 D.Lgs. n. 50/2016].

⁸ Con tale decisione è stato affermato che: “non possono essere esclusi da una gara pubblica gli offerenti che abbiano stipulato la cauzione provvisoria dopo la presentazione dell’offerta e (o) dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte in quanto la cauzione provvisoria non assume la configurazione di un requisito di ammissione alla gara, che deve essere già posseduto entro il termine di presentazione delle offerte, ma costituisce una garanzia di serietà dell’offerta e di liquidazione preventiva e forfettaria del danno in caso di mancata sottoscrizione del contratto di appalto imputabile al concorrente a titolo di dolo o di colpa e (o) di esclusione dalla gara per l’assenza dei requisiti di ammissione alla gara”.

⁹ Secondo cui: “nelle gare pubbliche è sanabile o regolarizzabile, in applicazione del cd. soccorso istruttorio di cui all’art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti), la mancata presentazione della cauzione provvisoria, atteso che essa non è parte integrante dell’offerta e che gli eventuali vizi che l’affliggono non possono comunque determinare l’esclusione della partecipante”.

¹⁰ Con tale decisione è stato ancora una volta ribadito che: “in materia di gare d’appalto è sanabile o regolarizzabile la mancata presentazione della cauzione provvisoria”.