

**Sulle conseguenze relative alla mancata presentazione di una garanzia provvisoria nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica.**

E' 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 "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, proprio in attuazione del predetto principio di tassatività delle cause di esclusione delle gare pubbliche, la mancata presentazione, da parte di una Ditta partecipante ad una gara, della 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, ad esempio, 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 .. ..*<sup>1</sup>.

La richiamata giurisprudenza, in particolare, ha nettamente distinto tra l'ipotesi della mancata presentazione di una cauzione provvisoria ed il ben diverso caso della presentazione 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 riportato, 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. 5467<sup>2</sup>; id., 27.10.2016, n. 4528<sup>3</sup>; id., Sez. V, 10.02.2015, n. 687<sup>4</sup>; Tar Basilicata - Potenza, Sez. I, 27.07.2017, n. 531<sup>5</sup>; Tar Calabria - Catanzaro, Sez. II,

---

<sup>1</sup> Così, tra le ultime, Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1846

<sup>2</sup> 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”*.

<sup>3</sup> 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”*.

<sup>4</sup> Che ha sancito: *“le cause di esclusione della gara sono quelle tassativamente previste dall'art. 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].

<sup>5</sup> 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*

16.01.2015, n. 101<sup>6</sup>; id., 14.07.2014, n. 1189<sup>7</sup>.

Da quanto innanzi, deve ritenersi infondata qualsivoglia censura volta a lamentare la mancata esclusione di una Ditta partecipante in ragione dell'omessa presentazione della cauzione *ex art. 183, comma 13, D.Lgs. n. 50 del 2016*: ed infatti, non è ammissibile l'esclusione dalla gara di un'impresa in ragione della mancata presentazione della predetta cauzione, essendo detta omissione del tutto regolarizzabile e/o sanabile mediante l'istituto del soccorso istruttorio, al quale *“deve riconoscersi portata generale”* ed *“in virtù del quale l'Amministrazione procedente ha il dovere (prima ancora che il potere) di richiedere - nel corso della fase di interlocuzione procedimentale - le integrazioni documentali che risultino pertinenti e necessarie al fine dell'utile conclusione del procedimento (Conferma della sentenza del T.a.r. Campania - Napoli, sez. I, n. 119/2005)”*<sup>8</sup>.

Del resto, ciò è anche in linea con la preminente l'esigenza di tutelare l'affidamento del privato, in coerenza coi i canoni della leale cooperazione e del *favor* per la più ampia partecipazione alle gare pubbliche.

Ottobre 2018

---

*l'assenza dei requisiti di ammissione alla gara”.*

<sup>6</sup> 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”.*

<sup>7</sup> 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”.*

<sup>8</sup> Cons. Stato, Sezione Sesta, 6 settembre 2010, n. 6463.