

**Cauzione ed esclusione:
persiste il contrasto tra Autorità e giurisprudenza¹**

di Massimo Gentile

Prosegue la diatriba tra l'Autorità e i giudici amministrativi in tema di conseguenze correlate alla presentazione di una cauzione provvisoria di importo minore di quello richiesto dalla legge.

Come noto, l'Autorità, in sede di determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, recante le indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara, aveva, tra l'altro, affrontato il caso della presentazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario.

Secondo l'Autorità, la questione deve essere affrontata sulla scorta dei principi generali che presiedono l'applicazione dell'art. 46, comma 1, del Codice, in tema di integrazione documentale, la quale è ammissibile solo ove non incida sulla parità di trattamento tra i concorrenti.

Continua, quindi, l'Autorità osservando che costituiscono cause di esclusione sia la mancata presentazione della cauzione, sia la presentazione di una cauzione di importo errato in diminuzione.

In relazione a tale posizione, la seconda sezione del TAR Lazio (TAR Lazio - Roma sez. II 3 gennaio 2013 n. 16) ha manifestato il proprio reciso dissenso, affermando testualmente di non condividere la tesi sostenuta dall'Autorità *“perché tale tesi risulta in contrasto con la ratio della novella del 2011, evidentemente tesa a limitare le cause di esclusione dalle gare ed a favorire, in ossequio al principio del favor participationis, la regolarizzazione delle domande e delle offerte che siano prive dei requisiti richiesti dalla legge o dal bando”*.

Dello stesso avviso si è mostrata anche la sezione I-ter del medesimo Tribunale capitolino, con la recente sentenza 15 febbraio 2013 n. 1725, nella quale (richiamando la posizione espressa dalla medesima sezione con la

¹ Pubblicato su www.appaltiecontratti.it

sentenza 30 novembre 2012, n. 100089) è stato ribadito che le prescrizioni di cui all'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 – nel disciplinare la cauzione provvisoria - non prevedono alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente nemmeno per l'ipotesi in cui la cauzione non venga prestata (a differenza di quanto, invece, prevede il successivo comma 8 del medesimo articolo con riferimento alla "garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario"); pertanto, in ossequio all'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, occorre interpretare l'art. 75 nel senso di *"ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata e, dunque, a maggior ragione, anche la non corretta "prestazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva"*.

Sussiste, dunque, una evidente diversità di vedute sull'argomento tra l'Autorità e la giurisprudenza amministrativa, con ogni correlata difficoltà che ne consegue per gli operatori del settore costretti ad agire in assenza del crisma della certezza interpretativa.

Ad avviso di chi scrive la posizione dell'Autorità appare più in linea con la *ratio* dell'articolo 46 comma 1 bis, così come interpretato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 7 giugno 2012 n. 21, laddove ha evidenziato che, anche in vigenza dell'art. 46, comma 1-bis d.lgs. n. 163 del 2006, l'esclusione dalle gare può essere disposta, *"oltre che nei casi in cui disposizioni del codice o del regolamento la prevedano espressamente, anche nei casi in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione"*.

Ebbene, è di tutta evidenza che l'articolo 75 sancisce un obbligo – quello della presentazione della cauzione provvisoria di un importo ben specificato – che, seppur non sanzionato con l'esclusione, costituisce un adempimento doveroso e, dunque, un'eventuale tolleranza in caso di violazione dello stesso determinerebbe un'alterazione della *par condicio* dei concorrenti.

Meno condivisibile appare invece l'affermazione dell'Autorità secondo cui l'integrazione documentale deve comunque ritenersi possibile *"solo ove non incida sulla parità di trattamento tra i concorrenti"* e, quindi, *"in ipotesi di evidente errore formale"*.

Tale affermazione, oltre a porsi in contraddizione con la tesi che la presentazione della cauzione con modalità e termini differenti da quelli di legge va sanzionata con l'esclusione, crea un pesante dubbio interpretativo.

Quando si è in presenza di “un evidente errore formale”?

La risposta (purtroppo) è rinviata alla prossima puntata.