

IL PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE:
UN'INTERPRETAZIONE POCO "TASSATIVA" DEL CONSIGLIO DI STATO¹

di Massimo Gentile

Grazie alle pronunce della giurisprudenza, inizia a delinarsi con sempre maggiore chiarezza il perimetro applicativo dell'articolo 46, comma 1bis, del Codice dei contratti – introdotto dall'articolo 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 convertito nella legge n. 106/2011 - in tema di "tassatività delle cause di esclusione".

Il nuovo contributo chiarificatore proviene da una pronuncia della sezione III del Consiglio di Stato in data 1 febbraio 2012, n. 493 e riguarda la cauzione provvisoria.

Secondo Palazzo Spada, l'Amministrazione non può disporre l'esclusione del concorrente che abbia presentato una cauzione provvisoria di importo inferiore a quello richiesto dall'art. 75, comma 6, del Codice.

Ciò in quanto, l'articolo 75, comma 6, non prevede la sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia in parola non venga prestata; sanzione di esclusione che, invece, è prevista al comma 8 dello stesso articolo 75, con riferimento alla diversa garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto.

L'assenza di una disposizione di legge che commini l'esclusione preclude, dunque, alla stazione appaltante di estromettere l'offerta, in considerazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'articolo 46 comma 1bis del Codice.

¹ Pubblicato su appalti e contratti del 20 febbraio 2012

Ne deriva che, in applicazione della regola di cui all'art. 46, comma 1, del Codice, la stazione appaltante è tenuta a consentire l'integrazione della cauzione insufficiente.

La decisione non convince del tutto.

Si osserva infatti che il citato articolo 46 comma 1bis impone di procedere all'esclusione del concorrente *"in caso di mancato adempimento alle prescrizioni"* previste dal *"Codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti"*.

L'articolo 75 è chiarissimo nel prescrivere che l'offerta debba essere corredata da una garanzia pari al 2% dell'importo a base di gara.

Ciò sta a significare che la mancata prestazione della cauzione ovvero la prestazione della cauzione per un importo ridotto costituisce una violazione (*rectius*, mancato adempimento) della prescrizione del richiamato articolo 75, da sanzionare con l'esclusione dalla gara.

In buona sostanza, sulla scorta dell'articolo 46, comma 1bis, non occorre comprendere se una norma di legge, nell'imporre una prescrizione, specifichi o meno che la violazione di tale prescrizione è sanzionata "a pena di esclusione" dalla gara.

E' infatti la semplice violazione della norma ad imporre l'esclusione dalla gara.

Nel caso in questione la prescrizione esiste ed è dettata in un duplice senso: obbligo di presentazione della cauzione da parte dei concorrenti e obbligo di prestarla per un certo ammontare.

La violazione di siffatta prescrizione deve determinare l'esclusione del concorrente proprio in ragione del tenore dell'articolo 46 comma 1bis.

Peraltro, la mancata prestazione della cauzione (ovvero la mancata prestazione per l'importo corretto) non può considerarsi una mera <<irregolarità sanabile>>, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali, *"tanto più quando non sussistono equivoci o incertezze eventualmente generati dall'ambiguità della legge di gara"* (Consiglio di Stato, Sez. V 2 febbraio 2012 n. 564).

Non solo, ma lo stesso Consiglio di Stato ha rilevato come il rimedio della regolarizzazione documentale di cui all'art. 46, comma 1, del D.lgs. n. 163/2006 trova applicazione solo qualora la documentazione prodotta da un concorrente sia presente, ma “*carente di taluni elementi formali*”; in tal caso, l'Amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla procedura, “*ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare e chiarire il contenuto di un documento già presente, costituendo siffatta attività acquisitiva un ordinario "modus procedendi", ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma*”. In sostanza, solo quando il documento è già stato presentato in sede di gara, anche se parzialmente, deve ritenersi consentita la sua regolarizzazione “*se la violazione è squisitamente formale ed il rimedio, in concreto, non altera la "par condicio" tra i concorrenti*” (Consiglio di Stato 31 gennaio 2012 n. 467).

Ebbene, la mancata produzione della cauzione per un ammontare pari a quello richiesto non costituisce una violazione “formale”, eventualmente generata dall'ambiguità della legge di gara, integrando piuttosto una mancanza di un documento richiesto dalla legge.

La presentazione della cauzione di importo inferiore a quello richiesto deve, infatti, considerarsi alla stregua della mancanza integrale della cauzione, atteso che, diversamente ragionando, si arriverebbe alla paradossale conseguenza che anche una cauzione di importo largamente insufficiente (in ipotesi, costituita per pochi euro) sarebbe suscettibile di integrazione postuma, in contrasto con ogni esigenza di tutela della *par condicio*.

Conclusivamente, è opinione di chi scrive che indubbiamente la novella del 2011 ha inteso rafforzare il principio di matrice comunitaria della prevalenza della “sostanza” alla “forma” ed, in tal senso, ha inteso soprattutto escludere la possibilità che i bandi e le lettere di invito possano contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle di legge. Ne deriva che la gara per l'assegnazione di un contratto con la P.A. non deve trasformarsi in una sorta di caccia all'errore (di

interpretazione delle clausole dubbie o nel rispetto di meri formalismi partecipativi), ma deve garantire la massima partecipazione di coloro che, *“in possesso del profilo astrattamente idoneo a sorreggere l'esecuzione di un contratto con la P.A., confidano nello svolgimento di procedure concorsuali imparziali e trasparenti”* (TAR Lazio Roma sez. III ter 7 ottobre 2011 n. 7785).

Tuttavia, al fine di assicurare una procedura imparziale e trasparente, è necessario che sia rispettato il principio della *par condicio* tra i concorrenti il quale, ammettendo offerte sprovviste della garanzia di serietà (ossia, una congrua cauzione) richiesta livello normativo, sarebbe evidentemente pregiudicato.