

Cauzione provvisoria emessa in favore di un soggetto diverso da quello indicato nella lex specialis e principio di tassatività delle cause di esclusione.

di Marco Coppola

Data di pubblicazione: 19-11-2012

Tar Campania, Napoli, Sez. I, sentenza 11 ottobre 2012, n. 4066
Presidente Mastrocola; Estensore Dell'Olio

A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, aggiunto dall'art. 4, comma 2, lett. d), del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 12 luglio 2011, n. 106, che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto, è illegittima l'esclusione di una ditta da una gara di appalto di forniture che sia motivata con riferimento al fatto che la polizza fideiussoria prestata dalla ditta stessa come cauzione provvisoria è risultata emessa a favore di un soggetto giuridico differente da quello espressamente prescritto a pena di esclusione dall'art. 13 del disciplinare di gara; in tal caso, infatti, si configura la violazione congiunta degli artt. 75 e 46, comma 1 bis, del d.lgs. 163 del 2006, atteso che in nessun comma del primo articolo è prevista l'esclusione in caso di errata indicazione del beneficiario della polizza fideiussoria prestata per la cauzione provvisoria e che tale sanzione è comunque preclusa dal principio di tassatività delle cause di esclusione introdotto dalla seconda disposizione, la quale rende nulla ogni prescrizione in senso contrario della lex specialis di gara.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente
SENTENZA
ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 3922 del 2012, proposto da:
Unlimited Software S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Silvano Gravina di Ramacca, presso lo studio del quale è elettivamente domiciliata in Napoli alla Via Chiatamone n. 55;
contro
- Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale OO.PP. Campania e Molise, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso la quale è domiciliato per legge in Napoli alla Via A. Diaz n. 11 ;

- Comune di Casalnuovo di Napoli, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Carbone, con il quale è elettivamente domiciliato in Napoli al Viale Gramsci n. 16 presso lo studio Abbamonte; per l'annullamento

a) della nota del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale OO.PP. Campania e Molise, prot. n. 18587 dell'8 agosto 2012, con la quale è stata comunicata l'esclusione della società ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento della fornitura di beni e servizi necessari ai fini della completa attuazione del progetto Città Digitale del Comune di Casalnuovo di Napoli, capofila dell'aggregazione dei comuni della provincia di Napoli Gragnano, Volla e Pollena Trocchia;

b) degli atti di gara contenenti la decisione di escludere la società ricorrente ed, in particolare, del verbale di gara del 7 agosto 2012 con cui la commissione giudicatrice ha provveduto ad escludere dalla gara la ricorrente, nonché del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui prevede, all'art. 13, a pena di esclusione che la garanzia fideiussoria sia emessa a favore del Comune di Casalnuovo di Napoli;

c) di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle amministrazioni resistenti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2012 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto che sussistono le condizioni per la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata;

Rilevato che:

- con il presente gravame, la società ricorrente si duole essenzialmente del provvedimento di esclusione dalla gara in epigrafe, adottato dalla stazione appaltante sulla scorta della motivazione che la polizza fideiussoria prestata come cauzione provvisoria non sarebbe stata emessa a favore del Comune di Casalnuovo di Napoli, così come prescritto a pena di esclusione dall'art. 13 del disciplinare di gara;

- effettivamente tale polizza fideiussoria indica come beneficiario il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale OO.PP. Campania e Molise in qualità di stazione appaltante, e non il Comune di Casalnuovo di Napoli;

Considerato che:

- si profila fondata la censura con cui parte ricorrente stigmatizza la violazione congiunta degli artt. 75 e 46, comma 1 bis, del d.lgs. 163/2006, lamentando che in nessun comma del primo articolo è prevista l'esclusione in caso di errata indicazione del beneficiario della polizza fideiussoria prestata per la cauzione provvisoria, e che tale sanzione è comunque preclusa dal principio di tassatività delle cause di esclusione introdotto dalla seconda disposizione, la quale rende nulla ogni prescrizione in senso contrario della lex specialis di gara;

- soccorre al riguardo la condivisibile pronuncia resa dal tribunale amministrativo romano in un caso del tutto analogo a quello di specie, alla quale il Collegio integralmente si riporta: "assume dirimente rilevanza la non sussumibilità dell'affermata irregolarità della cauzione provvisoria (assunta a fondamento dell'avversata determinazione) fra le cause di esclusione da una gara. L'art. 46, comma-1 bis, del Codice dei contratti di cui al D.Lgs. 13 aprile 2006 n. 163, inserito dall'articolo 4, comma 2, lettera d), del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70, ha

infatti introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione, disponendo che la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti: - in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti - nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. Ferma la preclusione per i bandi e le lettere di invito a recare contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, la norma in rassegna soggiunge che "dette prescrizioni sono comunque nulle". La disposizione di cui all'art. 75 del Codice dei contratti prevede la sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente nel solo caso di mancata prestazione della garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto (comma 8); senza che tale disposizione risulti, ulteriormente, dettata e/o estesa anche alla irregolarità della cauzione provvisoria (che viene in considerazione nel quadro della presente vicenda). L'interpretazione giurisprudenziale precedente la novella legislativa era nel senso che, assolvendo la cauzione provvisoria allo scopo di garantire la serietà dell'offerta, essa ne costituisse parte integrante e non elemento di corredo, che la stazione appaltante potesse liberamente richiedere; sicché sebbene non espressamente comminata l'esclusione per il caso di mancato deposito, la ratio della norma così interpretata conduceva a ritenere applicabile la sanzione espulsiva (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009 n. 3746). La novella legislativa che ha introdotto il comma 1-bis all'art. 46, impone peraltro (come recentemente affermato dalla Sezione III del Consiglio di Stato con sentenza n. 493 del 1° febbraio 2012) "una diversa interpretazione anche dell'art. 75, che già la giurisprudenza di merito ha fatto propria, valorizzando la diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8, e 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 l'esclusione dalla gara (cfr., in termini, T.A.R. Veneto, sez. I, 13 settembre 2011 n. 1376 e T.A.R. Liguria, sez. II, 22 settembre 2011 n. 1396). La disposizione dell'art. 75, comma 6, del D.Lgs. 163/2006, va, dunque, intesa nel senso che l'Amministrazione non può disporre l'esclusione del concorrente che abbia presentato – come appunto nella fattispecie all'esame – una cauzione caratterizzata da incompletezza e/o irregolarità; piuttosto imponendosi che, in applicazione della regola di cui all'art. 46, comma 1, venga consentita la regolarizzazione della relativa documentazione, ove tempestivamente depositata, ovvero l'integrazione della cauzione insufficiente." (così TAR Lazio Roma, Sez. I, 8 marzo 2012 n. 2308);

- in conclusione, sulla base di quanto esposto – previa ovviamente declaratoria di nullità dell'art. 13 del disciplinare di gara nella parte in cui riconnette la sanzione dell'esclusione al fatto che la garanzia fideiussoria sia emessa a favore del Comune di Casalnuovo di Napoli – deve essere ravvisata l'illegittimità del gravato provvedimento di esclusione, che merita di essere annullato con assorbimento delle rimanenti censure quivi non esaminate;
- le spese di lite devono essere addebitate alla soccombente stazione appaltante statale nella misura liquidata in dispositivo, mentre vanno compensate per il resto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara.

Condanna il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale OO.PP. Campania e Molise, a pagare in favore della società ricorrente le spese del presente giudizio, che si liquidano in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), oltre IVA, CPA ed importo del contributo unificato come per legge. Compensa le spese per il resto.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Primo Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 11/10/2012

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Il Tar Campania, Napoli, ha affrontato il tema della prestazione di cauzione provvisoria emessa a favore di un soggetto giuridico differente da quello espressamente indicato dalla *lex specialis* alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto di cui all'art. 46 comma 1 *bis* del D.Lgs. 163/2006.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La ditta ricorrente, avendo presentato una cauzione provvisoria non emessa a favore del soggetto prescritto dalla "*lex specialis*", veniva esclusa da una procedura aperta per l'affidamento di fornitura di beni e servizi, per violazione congiunta degli artt. 75 e 46 comma 1 *bis* del D.Lgs. 163/2006

Il provvedimento di esclusione e gli atti di gara venivano impugnati dalla medesima ditta alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione come disciplinato dall'art. 46 comma 1 *bis* del D.Lgs. 163/2006, introdotto dal d.L. 13 maggio 2011 n. 70, ai sensi del quale "*La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle*".

Con la decisione in commento, in applicazione del citato principio, il giudice amministrativo

partenopeo ha ritenuto illegittima l'esclusione da una gara di appalto di una ditta concorrente nel caso in cui la stessa abbia prestato una cauzione provvisoria emessa a favore di un soggetto diverso da quello indicato dalla "*lex specialis*" in quanto l'art. 75 del D.Lgs. 163/2006 prevede espressamente la sanzione dell'esclusione del concorrente solo laddove manchi l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario, e non anche nel caso di mera irregolarità dovuta dall'errata indicazione del beneficiario della cauzione provvisoria.

Pertanto, alla luce del dettato del comma 1 *bis* dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006 secondo il quale è altresì nulla ogni prescrizione degli atti di gara che preveda cause di esclusione ulteriori rispetto alle prescrizioni del codice dei contratti pubblici, l'Amministrazione resistente avrebbe dovuto richiedere la regolarizzazione della garanzia provvisoria tempestivamente presentata (cfr. *Tar Lazio, Roma, Sez. I, 8 marzo 2012, n. 2308*).

La decisione del Tar Campania, Napoli, si pone così in contrasto con la giurisprudenza precedente alla novella legislativa secondo la quale, costituendo la cauzione provvisoria parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo, il suo mancato deposito comporterebbe la sanzione dell'esclusione sebbene la stessa non sia in tal caso espressamente comminata dal codice dei contratti pubblici (*Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746*).

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Nella sentenza in esame trova applicazione la normativa introdotta dal decreto sviluppo (d.l. 13 maggio 2011 n. 70) in materia di tassatività delle cause di esclusione.

La giurisprudenza, prima dell'introduzione del comma 1 *bis* all'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, era giunta a riconoscere un'ampia discrezionalità delle stazioni appaltanti le quali potevano individuare ulteriori cause di esclusione dalle gare di appalto rispetto a quelle previste dalla normativa vigente, seppur nei limiti dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità (cfr. *Corte Giust. CE, 19 maggio 2009, n. 538/07; Cons. Stato, Sez. VI, 24 giugno 2010, n. 4019*).

A seguito della novella legislativa, le cause di esclusione possono essere individuate esclusivamente dal legislatore e sono nulle le prescrizioni della stazione appaltante che ne individuano delle altre.

Resta, tuttavia, dubbio il caso concreto, in quanto la cauzione costituisce di per se stessa un elemento essenziale dell'offerta, con conseguenza che una sua erronea prestazione è idonea ad inficiarne la validità. Né si può ritenere in modo automatico che nel caso di specie (errore nell'indicazione del beneficiario), il garante accordi *tout court* un mutamento della cauzione medesima.

La correttezza dell'impostazione giurisprudenziale adottata dal Tar Campania dipende, dunque ed esclusivamente dalla considerazione di fondo se la cauzione provvisoria costituisce o meno un elemento essenziale di cui si compone un'offerta presentata nell'ambito di una gara pubblica.

Il tema ci pare che debba essere ulteriormente approfondito da dottrina e giurisprudenza.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

Sul principio di tassatività delle cause di esclusione degli appalti pubblici, si veda:

- M. Monteduro - *“Art. 46 - Le novità introdotte dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70 c.d. decreto sviluppo in tema di tassatività delle clausole di esclusione”* in *“Codice dei Contratti Pubblici”* – a cura di F. Caringella e M. Proto, Ed. DIKE 2012, 373 ss.;
- G. Barzazi, *“Il principio di tassatività delle cause di esclusione dagli appalti pubblici”* in *I contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2012, 1, 5 ss.
- D. Capotorto – M. Nunziata, *“Forma e sostanza nella partecipazione alle gare pubbliche: tassatività delle cause di esclusione, integrazioni, controlli sui requisiti e sanzioni”* in www.giustamm.it.