

Bando Quadro, tassatività ed esclusione per cauzione deficitaria

giovedì 26 luglio 2012

di LUISETTA PERONATO Da qualche giorno è disponibile sui principali siti web del settore lo Schema di determinazione "Bando- Quadro", Indicazioni per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli art.64 comma 4 e 46 comma 1bis del Codice dei Contratti pubblici, predisposto dall"Autorità. Si tratta di un corposo documento, ricco di riferimenti giurisprudenziali, che dovrebbe consentire alle stazioni appaltanti, in attesa della pubblicazione dei bandi tipo, di non incorrere in errori nella redazione dei bandi e lettere di invito; soprattutto, di non articolare nella lex specialis cause di esclusione al di fuori della tipizzazione operata dal legislatore, cozzando con il declinato principio dell"art.46 comma1 bis del Codice dei contratti. Come noto a chi frequenta la materia, con il decreto sviluppo della primavera dello scorso anno (D.L. 13/05/2011, n. 70, convertito poi in Legge 12/07/2011, n.106), gli operatori del settore furono travolti da quello che potremo chiamare il ciclone del 46 comma 1bis, cioè l"introduzione nel tessuto normativo in esame della cosiddetta regola della tassatività delle cause di esclusione dalle gare ad evidenza pubblica. Detta regola, come è noto, sancisce la nullità delle clausole della lex specialis (trascinandone con sé l"illegittimità della disposta esclusione dell"operatore economico dalla gara) che non rispondano ai parametri indicati nella norma. In altri termini, solo in presenza di mancato adempimento alle prescrizioni previste da Codice e dal Regolamento, incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell"offerta, non integrità del plico o dei plichi contenenti l"offerta o la domanda di partecipazione, tale da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza dell"offerta, è lecito (rectius legittimo) escludere il concorrente dalla gara. Negli altri casi, cioè nella maggior parte dell"ipotesi concrete che capitano in corso di scrutinio, la giuria di gara deve soppesare con assoluta attenzione la eventuale esclusione del concorrente alla luce di una regola della lex specialis che può non essere rispettosa del canone della tassatività delle cause di esclusione. All"indomani dell"entrata in vigore della norma, tutte le stazioni appaltanti (quanto meno quelle più avvedute) si interrogarono subito per capire se i bandi da pubblicare fossero aderenti a tale nuova regola e quali fossero le clausole da espungere o modificare nell"articolato, onde evitare di essere travolte dal ciclone 46, comma1bis. Operazione oltremodo non facile, in assenza (quanto meno tra maggio e luglio del 2011) di orientamenti giurisprudenziali sicuri ed inequivoci, vista la freschezza della novità normativa. Ciò che poi inquietava l"interprete era che l"esatto pendant della norma de qua, cioè il sicuro rifugio dei bandi tipo previsti dall"art.64, comma 4, era ancora nella mente di Dio (leggasi Authority) e solo chissà quanto tempo dopo sarebbero stati resi disponibili per tutte le amministrazioni aggiudicatrici: cioè, della serie: vai a cercarti il giusto contraente nella folta boscaglia della gara, il machete te lo fornisco se e quando potrò o vorrò! Difatti, trascorso un anno dalla entrata in vigore della norma e dopo l"espletamento di una consultazione degli operatori del settore, viene prodotto tale primo documento, sulla scorta del quale l"Autorità procederà ad elaborare specifici bandi tipo, distinti in base all"oggetto del contratto, cioè lavori, servizi o forniture. Nel frattempo la consultazione operata ha riguardato, fra l"altro, anche la problematica generata dall"art.81, comma 3 bis sul costo del lavoro in sede di offerta; ma, poiché dum Romae consulitur, Saguntum expugnatur, quella consultazione è risultata pressochè vana, visto che nel frattempo il Legislatore ha ben pensato di abrogare quell"infelice norma. Nonostante tutto, v"è da dire che il documento dell"Authority costituisce sicuramente un pregevole punto di partenza, per scervare i vari orientamenti interpretativi che nel frattempo sono stati declinati da dottrina e giurisprudenza in materia: restano ancora alcuni interrogativi per i quali non v"è una risposta sicura. In primis, la portata vincolante per le Amministrazioni aggiudicatrici del predetto documento, in relazione ad eventuali e diversi scrutini ad opera del Giudice Amministrativo, che potrebbe non concordare con l"opinione dell"Autorità, a cui l"amministrazione si è ispirata nella redazione del bando (e nelle more della disponibilità del bando tipo). Mi riferisco, tra le tante problematiche affrontate, alla vexata quaestio della presentazione in sede di gara della cauzione provvisoria, che si riveli deficitaria: l"opinione del TAR Veneto in relazione alla predetta evenienza è ormai ben delineata, con le sentenze 13/09/2011, n. 1376 e 8/11/2011, n.1659, entrambe dalla prima Sezione ed entrambe pronunciate in forma abbreviata. "L"art.46 comma 1 bis del D.Legisl. n.163/2006, aggiunto dall"art. 4 Il comma n.2 lett.d del D.L. 70/2011, ha introdotto il principio della tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, tra le quali non rientra la prestazione di una cauzione deficitaria" (così sentenza TAR VE, Sez.I, 13/09/2011, n. 1376). Va soggiunto che la posizione del Tar Veneto non è da ritenersi isolata, atteso che, pochi giorni dopo la pronuncia della citata decisione di settembre, il TAR Liguria, con sentenza n.1396 del 22 settembre 2011, richiama medesimi principi, raccordandosi allo scrutinio dei Collegi del TAR lagunare, espressamente citato nel testo della sentenza. Nel caso preso in esame dai Giudici liguri, la Giuria di gara aveva escluso un concorrente che aveva presentato una cauzione dimidiata, "senza che fosse stata provata compiutamente la sussistenza della condizione richiesta " (cioè la possidenza della certificazione di qualità): in tal caso e nonostante tale deficit, la disposta esclusione è stata ritenuta illegittima in applicazione del predetto principio mutuabile dall"art.46 comma 1 bis. L"Autorità nel suo documento appare più dubbiosa e guardinga sul punto, laddove afferma (pag.41) "Fermo restando quanto precede, più complessa appare l"ipotesi di una cauzione provvisoria di importo deficitario, giacchè parte della giurisprudenza ammette, in tal caso, l"esercizio del soccorso istruttorio volto a far integrare la garanzia. Si ritiene che la questione vada ricondotta ai principi generali che presiedono l"applicazione dell"art.46 comma 1 del Codice in tema di integrazione documentale, ammissibile solo ove non incida sulla parità di trattamento tra i concorrenti e, quindi, nel caso di specie in caso di evidente errore formale". Nel documento, (pag.42, punto 3), enumerando a mo" di esempio i casi per i quali potranno essere disposte altrettante esclusioni, indica la "cauzione di importo errato. In

tale ultima ipotesi rientra il caso della cauzione presentata in misura dimezzata senza osservanza di quanto osservato sul possesso di certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Dunque, per quanto l'elencazione offerta dalla Autorità nel documento possa consistere in un utile strumento di soccorso istruttorio, questa volta per la Stazione appaltante, tuttavia resta ancora (almeno parzialmente) irrisolto tra i tanti il problema della cauzione deficitaria e le conseguenze in sede di gara, considerato che l'opinione dell'Autorità non sempre coincide con quella del Giudice amministrativo. Ma poiché è il Giudice e non l'Autorità che può intervenire in termini demolitori sullo scrutinio di gara, l'eventuale esclusione per il caso di specie andrà soppesata con grandissima attenzione e cautela, non senza aver considerato i predetti orientamenti giurisprudenziali. In altri termini: in presenza di una cauzione dimezzata, offerta in corso di gara e non corredata dalla certificazione di qualità (ad esempio per mera dimenticanza del concorrente), va attuato il soccorso istruttorio, con richiesta di integrazione documentale? Ovvero detta integrazione viola la par condicio competitorum? Quesito che rimane ancora privo di una risposta sicura, visto che in subiecta materia non c'è unanimità di opinioni. Ultima annotazione: l'Autorità, trattando in generale della portata del principio di tassatività delle cause di esclusione, giunge ad affermare che (pag.6) «la sanzione di nullità, in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, induce infatti a ritenere che le clausole di bandi e lettere invito che prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale». Affermazione quest'ultima greve di conseguenze, considerato che è principio pacificamente assodato in giurisprudenza che la lex specialis è norma autovincolante per la P.A., da cui la stessa non può distaccarsi. In attesa dei bandi – tipo, che sicuramente e comunque non saranno la panacea di tutti i mali, non resta che dire con il Magnifico «del diman non v'è certezza».