

**SE L'INTEGRAZIONE DELLA CAUZIONE PROVVISORIA  
INSUFFICIENTE FOSSE POSSIBILE?  
LIMITI E OPPORTUNITA' DI REGOLARIZZAZIONE  
DELLE GARE DI APPALTO.**

**Nota a sentenza n. 1905 del 2012 del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia –  
sezione distaccata di Catania (Sezione Quarta).**

Dott.ssa **Veronica MEOLA**

*Specializzanda presso la Scuola Specializzazione per  
le Professioni Legali dell'Università degli Studi di  
Roma "Tor Vergata"*

**1. IL FATTO STORICO E L'AMBITO PROCESSUALE.**

La Mgm S.r.l. nel 2011 proponeva ricorso contro il Comune di Malvagna, la Gheller Srl, avverso l'ATI costituita dall'impresa Rizza Luigi, dalla S.C.E.S.A.M. Soc. Coop. a.r.l., dalla Edil Consulting Srl nonché nei confronti dei F.lli Barresi Costruzioni Srl, al fine di ottenere l'annullamento sia del verbale di gara del 10 ottobre 2011, relativo all'affidamento dei lavori di recupero primario e secondario di n. 15 edifici ubicati nel centro storico del Comune di Malvagna, sia del verbale dell'11 ottobre 2011, nonché della determinazione dirigenziale n. 143 del 3 novembre 2011, della nota prot. n. 3078 del 28 ottobre 2011 e di ogni altro provvedimento antecedente o successivo a quelli menzionati.

L'ATI composta dall'impresa Rizza Luigi, dalla S.c.e.s.a.m. Soc. Coop. e dalla Edil Consulting s.r.l., in sede di ricorso, contesta in primo luogo di essere stata esclusa, come da verbale del 10 ottobre 2011, dal pubblico incanto indetto dal Comune di Malvagna per l'aggiudicazione di "lavori di recupero primario e secondario di n. 15 edifici ubicati nel centro storico del Comune di Malvagna e incremento della dotazione infrastrutturale" per un importo a base d'asta pari a euro 1.196.699,11, con la seguente motivazione: "nella dichiarazione del direttore tecnico dell'impresa Rizza Luigi, Arch. Salvatore Provenzani, il documento di riconoscimento allegato risulta scaduto in data 18 giugno 2011".

Con verbale dell'11 ottobre 2011, la gara veniva aggiudicata, in via provvisoria, all'ATI Gheller s.r.l. – F.lli Barresi Costruzioni s.r.l., che presentava un ribasso pari a 23,81400 %.

Sostiene parte ricorrente che l'esclusione dalla gara della suddetta ATI sarebbe illegittima e, conseguentemente, atteso che la sua riammissione in gara determinerebbe l'individuazione di una nuova media finale, anche il provvedimento di aggiudicazione dovrebbe essere ritenuto illegittimo.

Con nota prot. n. 3077 del 28 ottobre 2011 del Comune di Malvagna, accade dunque che il responsabile del procedimento, a seguito dei rilievi formulati dall'ATI esclusa, riaprendo in seduta riservata la busta contenente la documentazione amministrativa prodotta dall'ATI in questione, aveva rilevato la sussistenza a carico della stessa di ulteriori motivi che ne avrebbero comunque giustificato l'esclusione, vale a dire i seguenti:

- la mancanza della certificazione di qualità da parte di una delle imprese raggruppate e in particolare della S.C.E.S.A.M. Soc. Coop. A r.l., per:
  - violazione e falsa applicazione della lex specialis;
  - violazione e falsa applicazione degli articoli 8, comma 3 del "testo coordinato" e 4 del DPR n. 34/2000 da essa richiamati;
  - violazione dell'articolo 63 del DPR n. 207/2010;
- l'irregolarità della polizza fideiussoria prodotta dall'ATI, per le seguenti motivazioni:
  - polizza fideiussoria di importo inferiore al 2% dell'importo a base d'asta;
  - violazione dell'articolo 75 del D.lgs 163/2006;
  - violazione dell'articolo 46 comma 1 bis del d.lgs. 163/2006;
  - violazione del principio della massima partecipazione.

Da ciò il ricorso in esame con il quale si denunciavano sia l'illegittimità dell'esclusione dalla procedura di gara da parte dell'ATI, sia la violazione dell'art. 45 e 71 del D.p.r. n. 445/2000, nonché dell'art. 2 e 46 del d.lgs. n. 163/2006, ritenendo che fosse stato violato il principio di trasparenza e di pubblicità delle sedute di gara.

Pertanto il Comune intimato e l'impresa contro interessata si costituivano avversando il ricorso e chiedendone il rigetto.

Il Collegio ha ritenuto il ricorso in parte inammissibile e in parte infondato e da rigettare.

## **2. LINEE INTERPRETATIVE.**

### **2.1. Profili giurisprudenziali maggioritari.**

Il Consiglio di Stato, sezione VI, già nella sentenza n. 3357 del 06/06/2011, fatta propria dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia nella sentenza oggetto di analisi, riteneva che l'ulteriore esame del contenuto dei singoli documenti, avvenuto in sessione riservata, non ledesse il principio di pubblicità, trattandosi di attività istruttoria riconducibile all'esercizio della potestà di autotutela dell'Amministrazione, ove avesse riscontrato vizi di legittimità in precedenti propri provvedimenti.

Inoltre, a prescindere dalla questione relativa al possesso della certificazione di qualità che comunque era prevista a pena di esclusione dal bando di gara (secondo motivo del ricorso), rileva il Collegio che era ugualmente prevista a pena di esclusione, dal bando di gara, la presentazione di una cauzione provvisoria «nella misura e nei modi previsti dai commi 1, 2, 2-bis, 2-ter dall'art 30 del "testo

coordinato", pari al 2% (due per cento) dell'importo complessivo dell'appalto» (secondo motivo del ricorso).

Ebbene, rilevato che, nella fattispecie in esame, l'insufficienza dell'importo della cauzione provvisoria risulta "per tabulas", l'ATI sopra indicata ha presentato una cauzione d'importo pari al 2% dell'importo complessivo dell'appalto, che tuttavia si presenta nell'importo garantito inferiore al dovuto.

A tale proposito il T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 14/03/2011, n. 2310 che il Collegio condivide e fa propria, ha così sentenziato: *"deve ritenersi che la concreta operatività del beneficio postuli (oltre alla ovvia dimostrazione documentale circa il possesso di tale requisito) che vi sia una manifestazione di volontà da parte dell'impresa di volersi avvalere della riduzione, la cui mancanza non può non integrare una causa di esclusione dalla selezione (cfr TAR Campania, sez. VIII, 9 marzo 2010, n. 1331 e sez. I, 28 giugno 2005 n. 8841)."*

E ancora: Tribunale amministrativo regionale della Campania, Napoli, Prima Sezione, con la sentenza n. 10315 del 13 dicembre 2007 ha statuito che l'obbligo di corredare l'offerta con la cauzione provvisoria sia posto direttamente da una disposizione di legge (art. 75 d.lgs. 163/06) di natura cogente e auto applicativa.

Alla luce di quanto enunciato da costante giurisprudenza, dunque, il Collegio ha rilevato come la garanzia del due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, di cui deve essere corredata l'offerta a norma dell'art. 75 D.Lgs. n. 163/2006, assolve allo scopo di garantirne la serietà e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga per recesso o per difetto dei requisiti del concorrente (Cons. Stato, V, n. 1388/11 e VI, 30 settembre 2004, n. 6347; Cons. Stato, V, 28 giugno 2004, n. 4789).

La cauzione provvisoria costituisce, quindi, parte integrante dell'offerta e non elemento di corredo della stessa, che la stazione appaltante possa liberamente richiedere (Cons. Stato, IV, 15 novembre 2004, n. 7380), salvo vanificare il disposto dell'art. 48 D.Lgs. n. 163/2006 circa il poterdovere delle stazioni appaltanti di escutere la cauzione provvisoria previa la esclusione dalla gara e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza (a carico dell'offerente che non abbia comprovato il possesso dei requisiti richiesti nel bando di gara ovvero non abbia confermato le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta).

Rileva ancora il Collegio che la cauzione provvisoria è nettamente distinta da quella definitiva, che l'esecutore del contratto è obbligato a costituire in misura pari al dieci per cento (10%) dell'importo contrattuale e con le modalità previste all'art. 113 D.Lgs. n. 163/2006, al momento dell'aggiudicazione che adempie alla funzione di garantire l'obbligo di stipulare il relativo contratto e la corretta esecuzione delle opere (Cons. Stato, IV, 08 ottobre 2007, n. 5222).

In relazione alla funzione di vera e propria clausola penale, determinando la liquidazione preventiva e forfettaria del danno subito dall'amministrazione, in conseguenza dell'accertato inadempimento dell'obbligo di stipulare il contratto, la prestazione della cauzione provvisoria deve essere necessariamente contemplata dalla *lex specialis*, perché diretta a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto proprio dell'aggiudicatario, predeterminando la conseguenza dell'inadempimento con la liquidazione forfettaria del danno e prescindendo dall'esatta portata quantitativa del nocumento patito dall'amministrazione appaltante (Cons. Stato, V, 11 dicembre 2007, n. 6362; Cons. Stato, IV, 30 gennaio 2006, n. 288).

In conclusione il motivo di esclusione da ultimo trattato si appalesa legittimo ed esente dalle denunciate censure ed è anche assorbente rispetto agli altri motivi.

Pertanto il ricorso in esame in parte viene dichiarato inammissibile e, in parte, viene rigettato.

Per quanto concerne la prima causa di ricorso, ossia la dichiarazione di inammissibilità per documento di riconoscimento scaduto, scrive il Consiglio di Stato nella sent. n. 2366 del 2011: "*La questione giuridica da dirimere attiene alla legittima partecipazione alla gara per cui è causa di un concorrente, il quale ha prodotto le dichiarazioni relative al direttore tecnico ( richieste dalla lex specialis di gara) corredate da un documento d'identità scaduto. Il punto nodale riguarda se la fattispecie in esame è assimilabile a quella di una carenza documentale insuscettibile di integrazione postuma, e come tale determinante la esclusione dalla selezione, ovvero della semplice incompletezza suscettibile di regolarizzazione. Come è noto, il compito dell'interprete nel tracciare il confine tra le categorie della incompletezza e della irregolarità documentale suppone il contemperamento di due opposte esigenze che devono coniugarsi in materia di procedure competitive pubbliche: da un lato, quella di osservare la par condicio competitorum e di evitare per tal via indebite rimessioni in termini per la produzione di documentazione richiesta ab initio dalla lex specialis di gara e, dall'altro, quella della massima partecipazione, che impone al contrario di non frustrare il gioco della concorrenza a mezzo di esclusioni dovute a ragioni di vacua forma". Volendo applicare siffatte considerazioni al caso di specie, se ne ricava, dal punto di vista dell'appellante, in confutazione di quanto ritenuto dai giudici di primo grado, la pretesa che il documento di identità scaduto, se prodotto a corredo di una dichiarazione imposta dalla lex specialis di gara, debba ritenersi idonea ad assolvere la propria funzione di collegamento identitario tra l'autore della dichiarazione ed il titolare del documento di identità personale prodotto in copia, onde fornire da prova sull'effettivo autore della dichiarazione.*

Non si verterebbe, in sostanza, nell'ipotesi dell'art. 45 del d.P.R. n. 445/2000 in cui, per comprovare i dati relativi a cognome, nome, luogo e data di nascita, la cittadinanza, lo stato civile e la residenza, è necessario produrre un documento di identità valido, pena la necessità di una dichiarazione aggiuntiva dell'interessato circa la persistenza dei dati risultanti dal documento di identità scaduto.

Di conseguenza, non vi è ragione di non applicare nella fattispecie in esame le regole generali in materia di dichiarazioni sostitutive ( art. 71 d.P.R. cit.), secondo cui "*qualora le dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47 presentino delle irregolarità o delle omissioni rilevabili d'ufficio, non costituenti falsità, il funzionario competente a ricevere la documentazione dà notizia all'interessato di tale irregolarità*" e che "*questi è tenuto alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione*". D'altra parte, l'art. 77-bis del citato d.P.R., estende espressamente alla materia delle gare per l'affidamento di pubblici appalti la disciplina dettata in tema di dichiarazioni sostitutive, di tal che nessun ostacolo nella specie si frappone alla applicazione dell'istituto della regolarizzazione della produzione documentale.

Per quanto concerne, invece, la contestazione della carenza di certificazione del sistema di qualità, il D.P.R. n. 34 del 25/01/2000 ha stabilito che soltanto gli organismi di diritto privato (S.O.A.) sono competenti al rilascio dell'attestazione di qualificazione a seguito della verifica della sussistenza dei requisiti richiesti alle imprese che intendono concorrere per l'esecuzione di lavori pubblici (*Tar Campania, Salerno, sez. I, sent. n. 1116 del 23/09/2010*). La citata modalità, denominata "sistema unico di qualificazione delle imprese", preclude dunque la possibilità di forme alternative di dimostrazione del requisito quali, ad esempio, l'autocertificazione. L'attestazione S.O.A. assolve, inoltre, al delicato

compito di certificare che quel documento è stato rilasciato da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000.

Da ultimo, sotto il profilo del terzo motivo di ricorso, avente ad oggetto la cauzione provvisoria, va evidenziato che essa svolge una duplice finalità, da un lato di garanzia nei confronti della stazione appaltante, in caso di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e, dall'altro, di assicurazione dell'affidabilità e della serietà dell'offerta presentata. La funzione indennitaria dei danni cagionati da un eventuale rifiuto di stipulare il contratto, era accompagnata da quella sanzionatoria in caso di inadempimenti procedurali relativi alla veridicità delle dichiarazioni fornite in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando. (*Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 4 marzo 2011, n. 300*). La sua durata, pertanto, non può prescindere dalla durata di validità dell'offerta.

Se il Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza del 1/02/2012 n. 493 ha stabilito che la disposizione dell'articolo 75, comma 6, del codice dei contratti, va intesa nel senso che l'Amministrazione non può disporre l'esclusione del concorrente che abbia presentato la cauzione d'importo inferiore a quello richiesto e, in applicazione della regola di cui all'articolo 46 comma 1, deve consentire la regolarizzazione degli atti, tempestivamente depositati, ovvero consentire l'integrazione della cauzione insufficiente (al contrario della cauzione definitiva, che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto che giustifica l'esclusione dalla gara), di contro il Tar Basilicata, sez. I, con sentenza n. 109 del 11 marzo 2010, ha invece stabilito che l'ente pubblico non solo non possa, ma debba rifiutare, nell'ambito di un procedimento di gara ad evidenza pubblica, qualunque successiva integrazione documentale. Proprio in ragione della tutela delle ragioni dei creditori della stazione appaltante, pertanto, non sarebbe possibile, per quest'ultima, accettare un importo inferiore a quello richiesto, così da sanare l'irregolarità.

Una giurisprudenza costante<sup>1</sup>, infine, conferma la necessità da parte della stazione appaltante di far seguire all'esclusione dalla gara, nell'ipotesi di mancata comprova dei requisiti di carattere speciale, il provvedimento di escussione della cauzione provvisoria, senza che a tal fine abbia rilievo la buona fede o meno dell'impresa, accertata evidentemente in una fase successiva a quella dell'esclusione.

La giurisprudenza sopra richiamata, quindi, conferma l'assenza di ogni facoltà o comunque potere discrezionale in capo alla stazione appaltante in ordine all'applicazione di entrambe le sanzioni previste dall'art. 10, comma 1-quater, per le imprese che non forniscono alcuna prova o una prova non adeguata del possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione alla gara, e cioè la denuncia all'Autorità e l'escussione della cauzione provvisoria.

## 2.2. Considerazioni dottrinali.

---

<sup>1</sup> Cfr. Art. 10 comma 1 quater l. n. 109/1994: *escussione della cauzione provvisoria e rilevanza dell'avente buona fede dell'impresa*, a cura di D. Scerbo in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

L'art. 75, come più volte ribadito, tutela l'interesse della stazione appaltante, inserendosi in un filone profondamente radicato nel tessuto legislativo.

L'importo della garanzia è fissato, in forma di cauzione, al due per cento del prezzo base. La normativa finalizzata alla revisione della spesa pubblica (c.d. *spending review*), contenuta nella l. 7.08.2012 n. 135 (G. U. 14.08.2012 n. 189), ha introdotto altresì nell'art. 75 una previsione destinata alle "procedure di gara realizzate in forma aggregata di gara da centrali di committenza", in base alla quale alla stazione appaltante viene concesso discrezionalmente di modulare la misura della garanzia entro il *range* predeterminato dalla legge.

La cauzione provvisoria è intesa ad assicurare la serietà della proposta, (come rimarca anche la Corte Costituzionale, secondo la quale l'incameramento della cauzione assolve alla funzione di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta), non solamente per quanto attiene all'omessa conclusione del contratto, per fatto e per responsabilità dell'aggiudicatario, ma anche per quanto concerne la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e di quelli tecnico-organizzativi, ai sensi dell'articolo 48 del codice.

L'istituto, che si prefigge il conseguimento di finalità sia di tipo cautelativo che di natura sanzionatoria, viene ricostruito dalla prevalente dottrina sotto plurime angolazioni. Degna di menzione si ritiene sia la distinzione formulata da Luca R. Perfetti<sup>2</sup>. L'autore, in una prima elaborazione, ritiene che la cauzione provvisoria integri una caparra confirmatoria, costituita a garanzia della futura stipula di un contratto, al fine di predeterminare, in via preventiva, la quantificazione dei danni assicurando, da un lato, un sollecito soddisfacimento della pretesa risarcitoria a beneficio della stazione appaltante, dall'altro, in un'ottica paritaria del rapporto, la tutela dell'esatto adempimento delle contrapposte obbligazioni (art. 1218 c.c.).

Un'altra teoria accosta, invece, l'istituto a quello della clausola penale, disciplinato dall'art. 1382 c.c. che, pur avendo fonte in atto di autonomia privata, grava su di una sola delle parti. Dal momento che la caparra confirmatoria postula l'impiego dei poteri di autotutela che presiedono alla cura dell'interesse pubblico, ne è dubbia la ricostruzione mediante l'impiego di istituti di matrice civilistica. Certo è che, se da un lato all'impresa che ha prestato la garanzia va riconosciuta la titolarità di un interesse legittimo, il sindacato sull'incameramento della cauzione provvisoria resta devoluto alla giurisdizione amministrativa.

L'ATI della sentenza in oggetto, come esposto, omettendo così di presentare ulteriore documentazione integrativa attestante il possesso dei requisiti, secondo parte della dottrina dovrebbe essere esclusa dalla gara. La stazione appaltante, dal proprio canto, non dovrebbe escutere la cauzione provvisoria oppure dovrebbe procedere alla sua restituzione, qualora l'avesse già incamerata, sul presupposto dell'accertata buona fede dell'impresa.

L'elemento psicologico dell'impresa, pertanto, assumerebbe un rilievo decisivo ai fini dell'applicazione della suddetta sanzione.

---

<sup>2</sup> In *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di Luca R. Perfetti, IPSOA Editore, Milano, 2013, p. 1039.  
Cfr. Sul tema del subappalto si vedano, tra i più recenti contributi sui contratti pubblici Cianflone - Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, XII ed., Milano, 2012.

Tale argomentazione<sup>3</sup>, tuttavia, non sembra poggiare su basi solide.

E' assai dubbio, infatti, che possa essere attribuito rilevanza alla eventuale buona fede dell'impresa resasi responsabile della violazione dell'obbligo normativo poiché la lettera dell'art. 10, comma 1-quater legge n. 109/94 non consente, invero, alcuna interpretazione estensiva in merito all'obbligo della stazione appaltante a far seguire al provvedimento di esclusione dalla gara, quello relativo all'escussione della cauzione provvisoria.

Nel diritto positivo non esiste altra disposizione che consenta di derogare agli adempimenti previsti dalla norma sopraccitata a carico delle stazioni appaltanti.

L'Autorità di Vigilanza LL.PP., con l'atto di regolazione n. 15/2000, afferma il principio per cui gli effetti delle sanzioni di cui all'art. 10, comma 1-quater possono subire un'attenuazione solo nell'ipotesi in cui la mancata comprova del possesso dei requisiti dichiarati dall'impresa in gara sia dovuta a cause comunque non imputabili all'impresa stessa, e cioè a circostanze esterne che in qualche modo hanno impedito, oggettivamente, all'impresa di fornire le adeguate giustificazioni relative ai requisiti richiesti, o hanno causato un ritardo rispetto al termine perentorio fissato dalla legge, nella presentazione di tali giustificazioni (si fa riferimento, sostanzialmente, alle ipotesi di caso fortuito e forza maggiore).

A tale situazione è equiparato il caso in cui la mancata comprova riguardi i requisiti di carattere generale (e non quelli di capacità tecnico-organizzativa e/o economico-finanziaria) ed il caso in cui sia la stazione appaltante ad incorrere in un errore nel ritenere non provato il possesso dei requisiti richiesti.

Per tutto il resto l'Autorità conferma l'automatismo tra esclusione dalla gara ed escussione della cauzione a prescindere da quella che può essere stata o meno la buona fede dell'impresa, ribadendo il dettato letterale dell'art. 10 comma 1-quater.

In altri termini, l'applicazione delle stesse sanzioni discende quale effetto automatico ed oggettivo dell'accertamento dell'inadempimento dell'impresa rispetto all'obbligo di fornire la comprova del possesso dei requisiti e senza che su tale effetto automatico abbia rilievo l'eventuale buona fede dell'impresa, salvo il caso eccezionale delle ipotesi di caso fortuito e forza maggiore, o le altre ipotesi di errori macroscopici da parte della stazione appaltante che proceda alla verifica dei requisiti generali in luogo di quelli speciali o che comunque si sbaglia nella valutazione dei documenti presentati a comprova di quanto dichiarato. Tale conclusione del resto è l'unica che trova, come si è detto, un sostegno normativo positivo.

D'altra parte, oltre al dato letterale dell'art. 10 comma 1-quater, vi sono altre considerazioni che fanno propendere per un'applicazione automatica delle conseguenze previste in caso di mancata prova dei requisiti dichiarati dall'impresa.

La cauzione provvisoria ha come scopo quello di garantire la "serietà ed affidabilità dell'offerta" (Autorità di Vigilanza LL.PP. – Atto di regolazione n. 15/2000), mirando ad evitare la partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici di soggetti sforniti dei necessari requisiti, con conseguente grave pregiudizio per la serietà e la regolarità del sistema delle procedure di selezione" (Consiglio di Stato, V sez., 9 dicembre 2002, n. 6768, in questa Rivista n. 2-2003).

E' evidente che tale serietà ed affidabilità deve essere valutata al momento della gara, nell'ambito della procedura di verifica ed entro il limite temporale fissato dall'art. 10, comma 1-quater.

---

<sup>3</sup> Cfr. Art. 10 comma 1 quater l. n. 109/1994: *escussione della cauzione provvisoria e rilevanza dell'avente buona fede dell'impresa*, a cura di D. Scerbo in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).



A nulla rileva, pertanto, l'eventuale buona fede dell'impresa resasi inadempiente rispetto all'obbligo prescritto: l'inadempimento dell'impresa, infatti, incide di per sé, in modo oggettivo, sulla serietà e affidabilità dell'offerta, che non presenti le necessarie caratteristiche nella fase di gara, e conduce all'esclusione dell'impresa stessa.

La cauzione provvisoria, in tal senso, assume una duplice valenza. Da un lato, occorre tenere presente che la stazione appaltante, nell'espletamento della gara, ha comunque preso in considerazione l'offerta, avviando una procedura preliminare di ammissione alla gara, valutando le dichiarazioni sostitutive e ponendo in essere una procedura di verifica, articolata su più fasi quali il sorteggio, la richiesta della documentazione a comprova di quanto dichiarato, l'esame e la valutazione dei documenti forniti, il provvedimento di esclusione ecc.

Tali passaggi procedurali comportano un consistente impegno temporale e materiale per la stazione appaltante e per la Commissione di gara, a fronte del quale la cauzione provvisoria rappresenta in primo luogo una forma di ristoro e al contempo di tutela, nei confronti di eventuali offerte poco serie, o come tali valutate e riconosciute nella fase di gara.

Dall'altro lato, la cauzione provvisoria rappresenta anche una garanzia a favore dell'amministrazione di una scrupolosa valutazione dell'attendibilità dell'offerta presentata, anche sotto il profilo della regolarità formale della documentazione in possesso dell'impresa e da esibire qualora risulti poi sorteggiata in gara, in modo da non arrecare alcun pregiudizio al complesso meccanismo di selezione ed aggiudicazione.

*"L'escussione della cauzione, pertanto, è il sacrificio che l'impresa deve sostenere non solo nell'ipotesi di un comportamento doloso, cioè posto in essere con la volontà di sottrarsi agli obblighi di legge, ma anche nel caso di una negligenza commessa in buona fede per non aver valutato con sufficiente attenzione e scrupolo l'attendibilità dell'offerta nel suo complesso, anche sotto il profilo formale della documentazione comprovante il possesso dei requisiti richiesti, e quindi per non essersi astenuta dal presentare un'offerta che comunque, nella fase di verifica prevista dalla legge, si è rilevata inaffidabile e che oltretutto, qualora fosse stata sorteggiata, avrebbe comunque influito sull'esito finale della gara"<sup>4</sup>.*

Alla luce di quanto esposto, emerge con evidenza il carattere preventivo dell'efficacia della cauzione provvisoria, finalizzata cioè a garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta in una fase antecedente a quella della apertura e valutazione delle buste contenenti le offerte economiche: da qui l'obbligo di procedere all'escussione della stessa immediatamente dopo aver constatato l'inadempimento da parte dell'impresa rispetto alla comprova del possesso dei requisiti dichiarati.

L'elemento psicologico, e quindi la riconducibilità o meno dell'inadempimento da parte dell'impresa a buona fede, assume invece rilievo in una fase successiva a quella della gara e cioè in sede di irrogazione delle ulteriori sanzioni previste dall'art. 10, comma 1-quater, da parte dell'Autorità di Vigilanza sui LL.PP.. Non c'è dubbio, infatti che in tale fase l'Autorità ben può tenere conto del comportamento dell'impresa sotto il profilo soggettivo, e cioè della volontà o meno dell'impresa di sottrarsi agli adempimenti prescritti per legge, e quindi graduare l'entità delle sanzioni e, nei casi più

---

<sup>4</sup> Cfr. Art. 10 comma 1 quater l. n. 109/1994: *escussione della cauzione provvisoria e rilevanza dell'avente buona fede dell'impresa*, a cura di D. Scerbo in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).



evidenti, giungere all'archiviazione. (v. sempre Autorità di Vigilanza sui LL.PP., Atto di regolazione n. 15/2000).

Si tratta tuttavia di valutazioni che nulla a che vedere hanno con la fase della gara, non finalizzate cioè a garantire quella serietà e attendibilità dell'offerta nel momento in cui essa viene esaminata dalla commissione aggiudicatrice a cui è invece preordinata la cauzione provvisoria.

*"Occorre perciò distinguere tra le singole procedure di gara, rispetto alle quali la serietà e affidabilità dell'offerta incidono sul corretto svolgimento delle stesse procedure, e la fase successiva alla gara in cui si valuta l'offerta rispetto anche all'elemento psicologico dell'impresa e che incide sulla serietà dell'impresa nel suo complesso, come soggetto dotato perciò di affidabilità e quindi autorizzato a partecipare alle gare. Nelle prime assume un fondamentale rilievo la cauzione provvisoria, e proprio l'automatismo dell'escussione sancito dalla legge contribuisce a rafforzarne la finalità; nella seconda, invece, acquista rilievo l'aspetto psicologico, laddove si tratta di valutare l'impresa complessivamente, quale soggetto qualificato a presentare offerte nelle pubbliche gare, e non con riferimento alla specifica procedura, rispetto alla quale è risultata inadempiente all'obbligo di legge"<sup>5</sup>.*

### 3. Conclusioni.

In merito alla prima causa di esclusione, nonché alla luce di quanto stabilito dal consiglio di Stato, correttamente si sarebbe dovuto dare la possibilità all'ATI di essere ammessa alla regolarizzazione della documentazione e di non venir esclusa dalla selezione, essendo il vizio del documento di riconoscimento scaduto, un ostacolo superabile.

A contrario, in merito alla contestazione della carenza di certificazione del sistema di qualità, dal momento che soltanto gli organismi di diritto privato (S.O.A.) sono competenti al rilascio dell'attestazione di qualificazione a seguito della verifica della sussistenza dei requisiti richiesti alle imprese che intendono concorrere per l'esecuzione di lavori pubblici, è preclusa dall'ordinamento qualsivoglia altra forma alternativa di dimostrazione del requisito quale, ad esempio, l'autocertificazione. Pertanto anche in secondo grado tale motivo di ricorso non può trovare accoglimento.

In conclusione, quindi, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania, ha ritenuto che tale motivo di esclusione sia da ritenersi legittimo e perfino assorbente rispetto agli altri motivi.

A parere della scrivente, invero, in ragione delle pronunce giurisprudenziali di cui si è detto, sarebbe stata auspicabile un'apertura, in tal senso, da parte del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia affinché, in applicazione della regola di cui all'articolo 46 comma 1, acconsentisse alla regolarizzazione degli atti, tempestivamente depositati, ovvero all'integrazione della cauzione insufficiente. Se per il primo ed il terzo motivo di ricorso, in definitiva, sembra potersi ravvisare qualche possibilità di accoglimento da parte del TAR, per quanto concerne la carenza di certificazione del

---

<sup>5</sup> Cfr. Art. 10 comma 1 quater l. n. 109/1994: *escussione della cauzione provvisoria e rilevanza dell'avente buona fede dell'impresa*, a cura di D. Scerbo in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).



# Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

sistema di qualità, l'ordinamento preclude qualsiasi forma di attestazione che non provenga dagli organismi di diritto privato (S.O.A.), gli unici competenti al rilascio del certificato di qualità, previa verifica della sussistenza dei requisiti richiesti.