

Le irregolarità della cauzione provvisoria sono sanabili tramite soccorso istruttorio

Scritto da Interdata Cuzzola | 18/01/2021

Il soccorso istruttorio previsto ora dall'art. 83, comma 9, del Codice degli appalti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) è applicabile in caso di irregolarità della cauzione provvisoria: è quanto ribadito dal TAR Campania, Napoli, sez. II, nella sent. 11 gennaio 2021, n. 183, richiamando un precedente orientamento consolidato (cfr., ad esempio, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 26 luglio 2021, n. 3372).

Al riguardo, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che:

- la mancata allegazione all'offerta della cauzione provvisoria, come pure della dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 6 settembre 2018, n. 5230), non fosse causa di esclusione, per essere, invece, la stazione appaltante tenuta ad attivare il soccorso istruttorio, invitando il concorrente ad integrare la documentazione mancante (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 22 luglio 2019, n. 5138; sez. III, sent. 23 novembre 2017, n. 5467 e sent. 27 ottobre 2016, n. 4528);
- il soccorso trova applicazione a prescindere dagli stati soggettivi del concorrente relativi all'imputabilità o meno dell'omissione o della irregolarità (Consiglio di Stato, sez. III, sent. 11 agosto 2015, n. 3918; sez. V, sent. 10 febbraio 2015, n. 687).

Il soccorso istruttorio è attivabile in quanto le (ragioni di) invalidità della cauzione provvisoria, ma analogo discorso vale per la dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva, costituiscono altrettante ipotesi di "carenze di elementi formali della domanda", ovvero ipotesi di "mancanza, incompletezza" o di "irregolarità essenziale" della documentazione allegata alla domanda di partecipazione (e, dunque, non dell'offerta economica o tecnica).

Il soccorso istruttorio, però, va a buon fine - e l'operatore può restare in gara - solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria, come pure la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva, sono di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 2 settembre 2019, n. 6013; sent. 22 ottobre 2018, n. 6005 e sent. 26 luglio 2016, n. 3372); sarebbe, infatti, violata la *par condicio* tra tutti i concorrenti, qualora fosse consentito ad uno di essi la presentazione di una cauzione provvisoria o di una dichiarazione di impegno al rilascio di garanzia definitiva formata successivamente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, e, nel termine del soccorso istruttorio. Costui, infatti, si gioverebbe di un termine più lungo per acquisire la documentazione necessaria alla partecipazione alla gara, e così, probabilmente, per la natura onerosa della garanzia potrebbe spuntare condizioni economiche più favorevoli (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 4 dicembre 2019 n. 8296).

