

# Attivabile il soccorso istruttorio nel caso di erronea modalità di presentazione della cauzione provvisoria

Scritto da Interdata Cuzzola | 30/01/2024

Secondo un consolidato orientamento, in linea di principio, al di fuori dell'ipotesi di radicale mancanza della garanzia, *"l'erronea modalità di presentazione della cauzione provvisoria, ove pure dia luogo alla invalidità della cauzione, non costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara, ma mera irregolarità sanabile attraverso il soccorso istruttorio"* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 22 novembre 2022, n. 10274).

Ne consegue che *"le carenze inerenti alla cauzione provvisoria possono determinare l'esclusione dell'impresa che tuttavia non può essere immediata in ragione dell'ammissibilità sul punto del ricorso allo strumento del soccorso istruttorio"* (TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. 6 aprile 2023, n. 5865).

In applicazione di tali principi, il TAR Lazio, Roma, sez. IV-ter, nella recente sent. 22 gennaio 2024, n. 1147, ha ritenuto legittimo il ricorso al soccorso istruttorio nel caso di una polizza fideiussoria, a titolo di garanzia provvisoria, priva dell'autenticazione notarile digitale.

Secondo i giudici romani, *"Se si ritiene ammissibile il soccorso istruttorio finanche in caso di "invalidità" della garanzia (da intendersi non tanto come patologia negoziale in senso stretto, quanto come non corrispondenza ai requisiti contenutistici previsti dall'art. 93 del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/16) o dalla lex specialis di gara, al punto che la giurisprudenza ritiene emendabili anche carenze di sicuro rilievo sostanziale, come quelle relative all'importo garantito e all'efficacia temporale della garanzia), deve ammettersi, a fortiori, la possibilità di integrare successivamente elementi estrinseci del negozio (anche per ragioni di coerenza sistematica, nel rispetto del principio di proporzionalità delle sanzioni escludenti) benché coesenziali all'assolvimento dello scopo cui la garanzia provvisoria è preordinata, tra i quali rientra indubbiamente l'autenticazione notarile con funzione di certificazione del potere rappresentativo del sottoscrittore della polizza. [...] Laddove venga definitivamente accertato, all'esito del soccorso istruttorio, che il rapporto di garanzia si è validamente costituito tra il garante e il garantito, la condizione per la partecipazione alla procedura può dirsi soddisfatta, specie allorché non venga seriamente messa in discussione l'effettiva esistenza della garanzia in data antecedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte"*.

Ricordiamo che, in precedenza, il TAR Campania, Napoli, sez. I, nella sent. 7 dicembre 2017, n. 5807, aveva affermato che *"l'irregolarità relativa alla cauzione provvisoria rilasciata in favore della (...) da una società estera senza autentica notarile della sottoscrizione non costituisce causa di esclusione dalla gara ma dà luogo a soccorso istruttorio"*.