

# Esclusione da gara: la mancata presentazione della garanzia fideiussoria

Il soccorso istruttorio è attivabile per eventuali carenze formali ma non in caso di versamento oltre la scadenza per la presentazione delle offerte

di [Redazione tecnica](#) – 20.04.2022

Il **soccorso istruttorio** deve essere attivato anche nei casi di invalidità o irregolarità della cauzione provvisoria, quando le ipotesi si riconducono all'ambito delle "**carenze di elementi formali della domanda**", ossia di documentazione mancante, incompleta o che presenta un'irregolarità essenziale. Esso va a buon fine solo se la **cauzione provvisoria** presentata in sanatoria è stata emessa in data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione.

## Garanzia fideiussoria: condizioni per attivare il soccorso istruttorio

Lo conferma il TAR Lazio con l'**ordinanza n. 2524/2022**, inerente il ricorso di un operatore, un consorzio stabile escluso da una procedura di gara aperta (la cd. "**asta pubblica**") per l'affidamento di un servizio di gestione e di manutenzione di infrastrutture.

La Commissione di gara ha rilevato che la società ricorrente aveva presentato domanda di partecipazione alla gara producendo una cauzione provvisoria non conforme allo schema posto a base di gara, per cui ai fini della partecipazione era necessario versare una cauzione provvisoria a garanzia dell'offerta pari al 2 % dell'importo a base di gara e avente validità per almeno 180 giorni dalla data di scadenza del termine fissato per la presentazione dell'offerta. Essa poteva essere costituita da un **versamento in contanti**, oppure da **fideiussione a prima domanda** e corredata da autentica notarile attestante poteri e qualità del firmatario

È stato quindi attivato il soccorso istruttorio, chiedendo l'integrazione della garanzia mancante, assegnando anche più giorni di quanto previsto dallo stesso art. 83, comma 9 del **Codice dei Contratti**. Lo stesso disciplinare di gara, stabiliva che "*Nel caso in cui il concorrente non provveda ad integrare e/o regolarizzare la documentazione risultata carente entro il termine indicato in sede di soccorso istruttorio, la SA provvederà ad escluderlo dalla gara e a segnalare il fatto all'ANAC*".

## Deposito "in numerario" e garanzia fideiussoria

La ricorrente non ha integrato la garanzia fideiussoria, consistente nella "*clausola a prima richiesta*" che, abilita il beneficiario ad escutere in via diretta il garante senza la previa escussione del garantito, ma ha invece effettuato un bonifico dell'importo pari a quello oggetto della non prodotta polizza. Ciò ha determinato l'**esclusione dalla gara**, perché la stazione appaltante ha giudicato non surrogabile la prescritta e sollecitata polizza fideiussoria recante l'illustrata clausola "a prima richiesta", con l'equivalente monetario, versato per altro oltre il termine ultimo di presentazione dell'offerta;

Sul punto, il TAR ha ricordato che in una gara d'appalto, il cd. deposito "in numerario" dell'importo oggetto di una garanzia fideiussoria può essere utilizzato soltanto qualora esso venga effettuato entro il termine ultimo fissato dalla lex specialis per la **presentazione dell'offerta di gara**. Si tratta di una ratio che sottende al principio generale, vigente nel diritto degli appalti pubblici, secondo cui la cauzione provvisoria (a garanzia dell'offerta), nonché quella a presidio della corretta esecuzione dell'opera o del servizio o della fornitura pubblica, deve essere prodotta alla stazione appaltante entro il termine di presentazione dell'offerta stessa.

## Quando è ammesso il soccorso istruttorio?

Nel caso in esame, quando la ricorrente ha inviato alla SA l'appendice di polizza richiesta in occasione del soccorso istruttorio corredata di autentica notarile, il termine ultimo stabilito per la presentazione

dell'offerta era abbondantemente decorso. Come spiega il Collegio, la **regolarizzazione della cauzione provvisoria** è consentita solo in caso di mancata produzione del documento rappresentativo per svista o dimenticanza e sempre che essa si riferisca ad un atto comunque perfezionato prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Quindi in caso di irregolarità concernenti la cauzione provvisoria è ammesso l'istituto del soccorso istruttorio, ma 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.

Diversamente, qualora fosse consentita la presentazione di una cauzione provvisoria formata successivamente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, e, nel termine del soccorso istruttorio, si violerebbe la **par condicio** tra i concorrenti.

### **Interesse a ricorrere dopo esclusione**

Infine, il TAR ha anche ribadito che, per giurisprudenza costante, il concorrente legittimamente escluso da una gara pubblica non ha interesse processuale a ricorrere contro i **provvedimenti adottati nelle ulteriori fasi della procedura** e, in particolare, contro quello di aggiudicazione ad altra impresa partecipante, posto che *"l'eventuale accoglimento del gravame nessun vantaggio recherebbe alla sua sfera giuridica, restando invulnerata la sua esclusione dalla gara"*.

[Documenti Allegati](#)

[Ordinanza](#)