

Parere n. 188 del 20/10/2010

PREC 177/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla soc. coop. Anacapri Costruzioni – Procedura aperta per l’affidamento dei lavori di demolizione e ricostruzione della struttura da destinare ad asilo nido – Importo a base d’asta €800.000,00 – S.A.: Comune di Turi.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15 luglio 2010 è pervenuta all’Autorità l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la soc. coop. Anacapri Costruzioni ha contestato l’esclusione dalla gara bandita dal Comune di Turi per l’affidamento dei lavori di demolizione e ricostruzione della struttura da destinare ad asilo nido. Osserva l’istante che secondo la stazione appaltante la dichiarazione sostitutiva rilasciata dal fideiussore a corredo della polizza è stata sottoscritta con firma non in originale, diversamente da quanto richiesto dalla *lex specialis* a pena di esclusione, conseguentemente la Anacapri Costruzioni è stata esclusa dalla gara de qua. Di contro l’istante fa presente che la dichiarazione in questione reca in realtà la sottoscrizione con firma digitale come previsto dall’art. 3, punto 2, del disciplinare di gara e pertanto il provvedimento censurato sarebbe illegittimo.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall’Autorità nell’istruttoria procedimentale, la società Battezzato Costruzioni srl, aggiudicataria provvisoria, ha presentato osservazioni a sostegno del corretto operato della stazione appaltante. In particolare la società ha ritenuto che è pacifico, perché ammesso dall’istante, che la firma apposta sulla dichiarazione allegata alla polizza è stata trasmessa sprovvista di firma autentica, diversamente da quanto richiesto a pena di esclusione dal punto 2 dell’art. 3 del disciplinare di gara, conseguentemente sarebbe legittimo il provvedimento censurato, stante l’espressa comminatoria dell’esclusione disposta dalla *lex specialis*, quale diretta conseguenza del mancato rispetto della puntuale ed inequivoca prescrizione su indicata.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta con l’istanza di parere in oggetto concerne la legittimità del provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante in conseguenza della violazione della *lex specialis*.

La disposizione che rileva nel caso di specie è quella relativa alle modalità di presentazione della polizza fideiussoria a corredo dell’offerta. Il disciplinare di gara art. 3, punto n. 2, dispone sul punto che “*la polizza o fideiussione deve essere sottoscritta con firma possibilmente leggibile ovvero con firma digitale ma in ogni caso dovrà essere accompagnata da fotocopia di un documento valido di riconoscimento nonché da dichiarazione sostitutiva, debitamente sottoscritta con firma leggibile dell’agente, riportante gli estremi della documentazione giustificante i poteri a lui conferiti a pena di esclusione*”.

La stazione appaltante in applicazione della disposizione su trascritta ha ritenuto di escludere l’istante, motivando il provvedimento come di seguito trascritto “*si comunica che codesta ditta è stata esclusa in quanto la polizza, è accompagnata da dichiarazione sostitutiva sottoscritta con firma non in originale dell’agente pertanto, non è conforme a quanto prescritto negli atti di gara e precisamente: art. 3, punto 2 – ultimo capoverso del disciplinare di gara*”.

A ben vedere la stazione appaltante ha errato nell’applicazione della disposizione su citata, in

quanto la stessa ha ritenuto che la dichiarazione sostitutiva dovesse recare la firma in originale dell'agente sottoscrittore, in realtà il disciplinare di gara richiede che tale firma sia leggibile. E' evidente allora che l'aggettivo originale non può essere considerato sinonimo di leggibile, stante il diverso significato semantico che hanno i due termini. Né è possibile un'interpretazione estensiva della disposizione in esame, essendo pacifico che *“in materia di procedure ad evidenza pubblica le clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta l'impresa partecipante alla gara sono di stretta interpretazione dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 10 settembre 2010 n. 6550, Consiglio di Stato, Sez. V, 28 settembre 2005 n. 5194; Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 giugno 2004 n. 3903).

A ciò si aggiunga che, pur volendo seguire l'interpretazione della stazione appaltante, non può farsi a meno di osservare che la disposizione in esame è ambigua proprio nella parte che si pretende di applicare, non essendo chiaro se la locuzione *“debitamente sottoscritta con firma leggibile dell'agente”* imponga al sottoscrittore di apporre la propria firma in maniera autografa o digitale, oppure se richieda che quest'ultima debba risultare in originale, oppure se prescriva semplicemente che la firma può essere resa secondo le modalità previste dalla legge, purché i relativi caratteri permettano di ricondurla in maniera chiara all'autore della dichiarazione.

Peraltro tale ambiguità è resa evidente anche dal fatto che, mentre la stazione appaltante nel provvedimento di esclusione parla di mancanza della firma in originale, l'aggiudicataria nella nota inviata a questa Autorità parla di mancanza di firma autentica.

Conseguentemente nel caso *de quo* deve farsi applicazione del principio secondo cui le disposizioni con le quali sono prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara, ove indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni, e quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili (cfr. parere n. 126 del 23.4.2008). Non giova, invece, l'ulteriore principio – sostenuto dall'aggiudicataria provvisoria e ribadito più volte anche da questa Autorità – secondo cui, qualora il bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali clausole, essendosi autovincolata al rispetto della *lex specialis* (AVCP pareri n. 139 del 19.11.2009, n. 215 del 17.09.2008 e n. 262 del 17.12.2008) - in quanto la corretta applicazione di tale principio postula che non vi sia alcun dubbio interpretativo sul significato precettivo della clausola, circostanza quest'ultima che non si riscontra nel caso in esame.

Di contro si osserva che la dichiarazione in esame è riconducibile al suo autore per mezzo della firma digitale apposta in maniera “leggibile” in calce alla dichiarazione in esame e non contestata, in tale sua natura, né dall'aggiudicataria né dalla stazione appaltante, e che tale firma è facilmente confrontabile con quella apposta sul documento di riconoscimento dall'agente sottoscrittore.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara della soc. coop. Anacapri Costruzioni non sia conforme ai principi dell'affidamento, della *par condicio* dei concorrenti e della più ampia partecipazione.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2010