

## **Parere n. 118 del 19/07/2012**

### **PREC 59/12/S**

**OGGETTO:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'ATI FAPA sas – Falsetta Francesco snc – Affidamento a terzi del servizio Mos alla sede di Ancona in forma di Catering Completo”– Importo a base d’asta E. 561.800,00 - S.A.: Guardia di Finanza - Ancona.

**Esclusione. Cauzione provvisoria. Omessa autentica notarile firma fidejussore. Art. 46 co. 1bis D.Lgs. 163/2006.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 17 gennaio 2012 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale il raggruppamento di imprese FAPA sas – Falsetta Francesco snc ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dalla Guardia di Finanza di Ancona per omessa autentica notarile della firma apposta sulla polizza fideiussoria, espressamente richiesta nel bando di gara.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 21 marzo 2012, la Guardia di Finanza ha ribadito la legittimità del proprio operato.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell’esclusione disposta nei confronti dell’ATI FAPA sas – Falsetta Francesco per le ragioni evidenziate in fatto.

Al riguardo vale rilevare che il punto III.2.1)-8) del bando di gara stabilisce che, in tema di cauzione provvisoria...”se costituita da fidejussione bancaria/assicurativa dovrà recare la firma autenticata da notaio”. Al punto VI.3)- 7) è stabilito che “L’inosservanza di una sola prescrizione dei punti precedenti o l’incompletezza, la mancata o la non conforme produzione di uno solo dei documenti richiesti comporterà l’automatica esclusione dalla gara”.

Al riguardo, occorre ripercorrere brevemente i principali orientamenti giurisprudenziali rispetto alle prescrizioni escludenti della disciplina di gara. Ebbene, si afferma in giurisprudenza che, in ordine all’esclusione di un concorrente da una pubblica gara, si configura una summa divisio tra prescrizioni di lex specialis sanzionate o meno a pena di esclusione, potendo quest’ultima essere disposta soltanto quando sia espressamente prevista, avuto riguardo al fatto che l’applicazione dell’assetto disciplinare di una gara, nel quale sono dettate le cosiddette “regole del gioco”, si impone sia alla stazione appaltante che l’ha predisposta sia alle imprese concorrenti.

Va infatti, ribadito che, qualora la *lex specialis* commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione alle stesse, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando (cfr. AVCP pareri n. 215 del 17.09.2008 e n. 262 del 17.12.2008).

A contrario, la declaratoria di esclusione non è consentita quando essa non sia espressamente contemplata dalla disciplina di gara.

Naturalmente, però, con l'entrata in vigore dell'art. 46 co. 1 bis del D.Lgs n. 163/2006 (comma inserito dall'articolo 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, in legge 12 luglio 2011, n. 106), applicabile *ratione temporis* al caso di specie, l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato deve necessariamente coniugarsi con il principio di tassatività delle cause di esclusione che la disposizione in parola ha sancito, per cui la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; conseguentemente, i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, le quali se previste, sono comunque nulle. Tale previsione, espressione del principio generale del *favor participationis*, vieta di sanzionare con l'esclusione qualsiasi carenza formale riscontrata nella documentazione prodotta dai concorrenti, dovendo in ogni caso la stazione appaltante consentire le necessarie integrazioni, anche disapplicando, ove occorra, le clausole del bando che eventualmente dispongano in senso contrario.

Nel caso di specie, il bando, nel richiedere a pena di esclusione l'autentica della sottoscrizione apposta alla polizza fideiussoria, non sanziona una carenza formale, ma un inadempimento sostanziale, tant'è che tale causa di esclusione ben può ricondursi a quelle indicate all'art. 46, comma 1 bis del Codice dei contratti. Infatti, se il difetto di sottoscrizione dell'offerta costituisce causa di esclusione ai sensi della disposizione in parola, e se la polizza fideiussoria rappresenta elemento costitutivo dell'offerta, anche per la polizza fideiussoria vale il principio per cui non possono sussistere dubbi circa la sua provenienza. Da qui l'importanza della autentica della sottoscrizione, in quanto una polizza con firma non autenticata, potrebbe esporre l'amministrazione, nel caso in cui non si addivenga alla conclusione del contratto per fatto dell'affidatario, al rischio di un disconoscimento della sottoscrizione, vanificando così il beneficio di cui al comma 4, dell'art. 75 secondo cui l'operatività, entro quindici giorni della garanzia, è subordinata alla sola richiesta scritta della stazione appaltante. Nel momento in cui, invece, la firma apposta sulla polizza è autenticata, vi è certezza circa la provenienza della polizza e non sussistono rischi per la stazione appaltante che si trovasse a dovere azionare la garanzia in parola.

Alla luce di quanto sopra riportato, non può quindi che ritenersi legittima l'esclusione disposta dalla Guardia di Finanza di Ancona nei confronti dell'ATI FAPA sas – Falsetta Francesco che ha, contrariamente a quanto richiesto nel bando, presentato polizza fideiussoria priva della firma autenticata.

E a conferma di tale legittimità si richiama l'orientamento del Consiglio di Stato sez. VI, 06 giugno 2011, n. 3365 che ha recentemente affermato, con riferimento alla richiesta della stazione appaltante

di autenticare la firma digitale apposta alla polizza fideiussoria, che “Lo scopo dell'autenticazione della firma digitale è di conferire alla sottoscrizione digitale della scrittura privata il valore giuridico di sottoscrizione legalmente considerata come riconosciuta, valore giuridico che per legge è attribuito alla sottoscrizione autenticata (artt. 2702 e 2703 c.c.). Tanto, al fine della piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi ha sottoscritto la scrittura privata, piena prova che si ha se colui contro cui è prodotta la scrittura privata ne riconosce la sottoscrizione o se la sottoscrizione è legalmente considerata come riconosciuta (art. 2702 c.c.). Pertanto, avuto riguardo allo scopo dell'autenticazione della firma, è proporzionato richiedere, in una gara d'appalto, la piena prova della provenienza della cauzione da parte del sottoscrittore, e dunque l'autenticazione della firma, perché la cauzione è azionabile a prima richiesta da parte della stazione appaltante, sicché questa ha interesse a non vedersi opporre il disconoscimento della sottoscrizione. Pertanto, la previsione del requisito dell'autentica della sottoscrizione della cauzione, da parte della lex specialis di gara, non viola il principio di proporzionalità di cui all'art. 74, Codice degli appalti. Conseguentemente è legittima l'esclusione da una gara d'appalto dell'impresa concorrente che, in violazione del disciplinare di gara, ometta di produrre la cauzione provvisoria con firma autenticata dal Notaio o da un Pubblico Ufficiale”.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che siano legittimi sia la contestata clausola del disciplinare di gara sia il conseguente provvedimento di esclusione dell'ATI FAPA sas – Falsetta Francesco snc

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2012

Il Segretario: Maria Esposito