

Parere n.26 del 23/02/2012

PREC 1/12/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 Società IM.COS S.p.A.– Procedura aperta per l'affidamento di lavori per la realizzazione di un complesso residenziale - Importo complessivo lordo € 4.826.541,40 - S.A.: ITEA S.p.A. Istituto Trentino Edilizia Abitativa

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 22 dicembre 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la Società IM.COS S.p.A. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta da ITEA S.p.A. - Istituto Trentino Edilizia Abitativa per non aver depositato la polizza contenente la cauzione provvisoria nelle forme di legge; più specificamente, perché i *file* sul supporto informatico non avrebbero avuto l'estensione "*p7m*" secondo le previsioni del D. Lgs. n. 82/2005.

L'istante ritiene che nel caso in esame vi siano i presupposti per la riammissione in gara o per l'integrazione della documentazione, atteso che la polizza, a suo dire, presenta tutti gli elementi necessari al suo riconoscimento. Lo stesso precisa che le modalità adottate in questo caso per la documentazione della cauzione provvisoria sono state ugualmente utilizzate per la partecipazione ad altre gare e mai hanno costituito motivo di esclusione.

La IM.COS S.p.A assume, inoltre, che nella fattispecie in esame debba trovare applicazione l'art. 46, comma 1 *bis* del d.lgs. n. 163/2006 ovvero il principio di tassatività delle cause di esclusione, così come introdotto dal D.L. n. 70/11.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 16 gennaio 2012, la stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato, valorizzando quanto previsto dalla *lex specialis* in ordine alla produzione delle garanzie a corredo dell'offerta. In particolare, l'Istituto Trentino Edilizia Abitativa ha precisato di avere escluso l'istante dalla gara in quanto la polizza da questa presentata non è risultata conforme alle prescrizioni del bando, corredate da sanzione escludente, e le lacune riscontrate non erano suscettibili di essere superate attraverso l'istituto della regolarizzazione. E circa il principio di tassatività delle cause di esclusione richiamato dall'istante, la stazione appaltante ritiene che la disposta esclusione sia conforme proprio alla previsione di cui all'art. 46 comma 1-*bis* del d.lgs. n. 163/2006.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto in applicazione della *lex specialis* (paragrafo 5.3), laddove impone, a pena di esclusione, la presentazione di cauzione provvisoria mediante polizza fideiussoria in originale.

Al fine di dirimere la questione, occorre prendere le mosse proprio dall'analisi della disciplina di gara. Questa prevede, in particolare, l'obbligo di produrre la documentazione attestante la costituzione della cauzione provvisoria *"in originale"* ovvero, quando la polizza contenente la cauzione provvisoria viene generata in via informatica, *"in formato informatico, secondo le prescrizioni di cui agli artt.20-22 D.lgs. 82/2005, o deve essere prodotta su supporto cartaceo con la previa attestazione di un pubblico ufficiale all'uopo autorizzato della sua conformità all'originale (art. 23, comma 2 bis, D.lgs. n. 82/2005)"*

A fronte di tale previsione, la concorrente ha prodotto copia cartacea della polizza sottoscritta e timbrata in originale dal soggetto garantito, con supporto informatico (CD), contenente il *file* della polizza in formato *pdf*

Ebbene, prima di esaminare il merito delle deduzioni di parte istante, occorre altresì tenere in debita considerazione le esatte ragioni che hanno indotto la stazione appaltante a disporre l'esclusione dalla gara della ditta IM.COS S.p.A. per come risulta dalla comunicazione di esclusione del 19.12.2011, dal seguente testuale tenore: *"...per quanto concerne la cauzione provvisoria richiesta dal bando al pgf. 5.3 è presente una stampa della cauzione provvisoria, che presenta le seguenti caratteristiche: è firmata in originale dal concorrente, la firma del Garante risulta fotocopiata/scannerizzata (sulla polizza fideiussoria, sull'allegato "Appendice", sull'allegata dichiarazione dei poteri del sottoscrittore), risulta a piè di pagina una dichiarazione che il contratto è stato originato in forma digitale, è riportato il codice di verifica della firma digitale, non è presente il file in formato informatico. Inoltre è presente un cd contenente due files dal seguente nome: "030846_b7gorc1jj pdf.pdf" e "030846_b7gorc1jj pdf.pdf".*

Alla luce della formulazione sopra richiamata l'esclusione in esame è legittima.

Infatti, la polizza prodotta in sede di gara non risulta sottoscritta dal soggetto assumente la veste di garante, non risultando dagli atti di gara la sottoscrizione in originale da parte della Compagnia di Assicurazione (*elite insurance company Ltd*), come richiesto espressamente dal bando di gara con prescrizione corredata da sanzione di esclusione.

Va, infatti, ribadito al riguardo 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 a dette prescrizioni, 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).

Peraltro, nemmeno se si indulge ad una rilettura della prescrizione in chiave sostanzialistica - che faccia leva sul profilo dell'interesse pubblico ad esso sotteso, al fine di ipotizzarne il suo carattere recessivo rispetto alla contrapposta esigenza di favorire la massima partecipazione - è dato giungere a conclusioni di segno diverso, in quanto in giurisprudenza si ritiene che *"la mancata presentazione di una cauzione nelle forme prescritte dalla legge e dalla "lex specialis" della procedura di gara costituisce causa di esclusione dalla gara anche a prescindere da un'espressa previsione in tal senso del bando o del disciplinare, in quanto la cauzione garantisce l'affidabilità dell'offerta"* (cfr. T.A.R Sicilia Palermo, sez. III, 12 aprile 2010, n. 4935).

L'istante valorizza, ai fini della riammissione alla gara, il fatto che la copia della polizza allegata alla domanda di partecipazione reca la sottoscrizione in calce del rappresentante legale della società, con la quale questi si assumerebbe ogni responsabilità anche in riferimento alle

“dichiarazioni mendaci”. E assume, inoltre, che la Commissione giudicatrice avrebbe potuto verificare la genuinità della polizza utilizzando il codice di controllo riportato in calce alla stessa.

Ma nessuno dei profili appena evidenziati può condurre a conclusioni di segno conforme alla sua ammissione alla gara.

Non il primo, in quanto la polizza risulta stipulata nelle forme della scrittura privata, che non rientra tra i documenti per i quali l'art. 19 del d.P.R. n. 445/2000 concede la possibilità di ricorrere alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà di cui all'art. 47, richiedendo tale norma che si tratti di *“un atto o di un documento conservato o rilasciato da una pubblica amministrazione”*. In tal senso si è espressa, di recente, la giurisprudenza amministrativa, osservando che *“Ai fini della partecipazione a gare per l'affidamento di appalti di lavori pubblici, la polizza assicurativa, in quanto documento contrattuale con soggetto privato terzo, che riveste la forma della scrittura privata, non rientra tra quelli previsti dall'art. 47, d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, non trattandosi né di documento rilasciato o conservato da una p.a. né, tanto meno, di un titolo di studio, di servizio o di documento fiscale; pertanto, è impossibile, per i partecipanti alla gara, avvalersi dell'art. 77-bis, d.P.R. n. 445 del 2000, concernente la facoltà generalizzata di produrre dichiarazioni sostitutive di certificazioni”* (cfr. T.A.R Sicilia Palermo, n. 4935 cit.).

Nemmeno il secondo versante fattuale, pure rassegnato, è in grado di assumere l'auspicato rilievo, in quanto *“La commissione di gara non ha il potere di riscontrare "ab externo" l'autenticità della polizza o della firma digitale ricorrendo a controlli complessi, tanto più se essi debbano essere condotti facendo riferimento a soggetti terzi aventi natura privata”* (cfr. T.A.R Sicilia Palermo, n. 4935, cit.). Il ricorso al codice di controllo riportato in calce alla polizza avrebbe infatti reso necessaria l'interazione da parte della Commissione con il sito informatico della Compagnia di assicurazione, che è un soggetto estraneo alla procedura di gara.

La ditta istante, infine, ritiene che la sua riammissione alla gara si possa fondare sull'applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di recente introdotto mercé la novella del d.l. n. 70/2011.

Il riferimento è all'art. 46 comma 1-bis del d.lgs. 163/2006, così come introdotto dal decreto legge n. 70/2011 convertito in legge n. 106/2011, il quale prevede che *“La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente 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; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*. In merito alla ratio di tale recente modifica normativa il T.A.R. Lazio Roma, sez. I bis, con la sentenza n. 9791 del 15 dicembre 2011, ha chiarito che il legislatore, ispiratosi anche al principio del *favor participationis*, ha limitato il numero di esclusioni fondate su elementi di carattere formale. L'intento è stato quello di tutelare in modo sostanziale e concreto il principio di derivazione comunitaria della concorrenza oltre quello, più squisitamente politico-economico-sociale, di ridurre il contenzioso in materia di appalti. Secondo il nuovo testo del citato art. 46, la stazione appaltante può escludere le imprese dalla gara di appalto esclusivamente in caso di:

- mancato adempimento a prescrizioni di legge previste dal codice degli appalti, dal regolamento attuativo (DPR n. 207/2010) e da altre disposizioni legislative vigenti;
- incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;
- non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura del plico, tale da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

A questo punto vale verificare se la fattispecie escludente applicata dalla stazione appaltante sia o meno riconducibile ad una delle ipotesi generali di esclusione previste dall'art. 46, comma 1 *bis* del d.lgs. n. 163/2006. E, come correttamente osservato dall'Amministrazione aggiudicatrice nella sua memoria, la condotta sanzionata nel caso di specie consiste nella mancata produzione di polizza assicurativa in originale, che è espressamente richiesta non solo dal bando di gara (paragrafo 5.3), ma anche dall'art. 2 comma 2, dello schema tipo 1.1., d.m. 12 marzo 2004 n. 123. Alla luce di ciò deve ritenersi integrata proprio una delle fattispecie escludenti previste dalla norma citata, segnatamente laddove consente l'esclusione anche "*in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti*".

Alla luce della disciplina di gara e di settore, quindi, la ditta istante, non avendo ottemperato alla richiamata prescrizione del bando, non può che essere esclusa dalla selezione.

Né appare possibile il ricorso all'istituto della c.d. integrazione documentale, come vorrebbe l'istante, non ricorrendone i presupposti oggettivi.

Al riguardo occorre considerare che in virtù dell'art 46 del Codice degli appalti pubblici le stazioni appaltanti possono invitare i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in merito al contenuto dei soli "*certificati, documenti e dichiarazioni presentati*", ossia già allegati agli atti di gara, relativi al possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, mentre, in ossequio al principio generale di *par condicio* dei concorrenti, non possono conseguire l'integrazione postuma di un documento assente, non trattandosi in tal caso di rimediare a vizi puramente formali (cfr. Avcp pareri n. 26 del 9.2.2011 e 67 del 7.5.201, Cons. Stato, Sez. V, n. 5084 del 2.8.2010). La giurisprudenza (T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, 22 marzo 2011, n. 76) ha sul punto precisato che la possibilità di chiedere la regolarizzazione delle dichiarazioni lacunose e della documentazione incompleta incontra i seguenti precisi limiti applicativi: l'inderogabile necessità del rispetto della *par condicio*, in quanto l'art. 6, l. n. 241 del 1990 (quindi l'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006) non può essere invocato per supplire all'inosservanza di precisi e tassativi adempimenti procedurali significativi o all'omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara; il c.d. limite degli elementi essenziali, nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda, salvo che gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione non

espressamente documentato; l'equivocità delle clausole del bando relative alla dichiarazione o alla documentazione da integrare o chiarire.

Tali concorrenti condizioni non ricorrono nel caso di specie, ove, come detto, non si è al cospetto di una mera irregolarità di tipo formale della documentazione, costituendo la sottoscrizione elemento essenziale e costitutivo, non suscettibile di integrazione, fermo restando che, come più volte osservato, viene in considerazione l'applicazione di una sanzione di esclusione a corredo di un'prescrizione del tutto chiara ed inequivoca. Si richiama in proposito la giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui "*in presenza di una prescrizione chiara, la regolarizzazione costituirebbe violazione della par condicio fra i concorrenti, ch'è principio ineludibile nelle procedure d'evidenza pubblica...*" (cfr. C. Stato, sez. III, 19 marzo 2011, n. 1696).

A nulla poi rileva la circostanza, infine rassegnata dalla Società istante, relativa alla ammissione della polizza predisposta con le stesse caratteristiche in altre procedure di gara, non essendo dato da ciò inferire alcunché in ordine all'ammissibilità dell'offerta non solo, come è ovvio, secondo la *lex specialis* afferente alla selezione oggetto di indagine, ma anche in base alla normativa di settore, la cui applicazione non può essere pregiudicata da disinvolute prassi *contra legem*.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che

- l'esclusione della ditta IM.COS. S.p.A. sia conforme alla normativa di settore, al principio di *par condicio* dei concorrenti e alla *lex specialis*;

- la stazione appaltante non avrebbe potuto disporre l'integrazione documentale, ai sensi dell'art. 46 comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, non ricorrendone i presupposti oggettivi.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito