

## **Parere n.50 del 10/04/2013**

### **PREC 189/12/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Istituto Autonomo Case Popolari di Agrigento – “*Procedura aperta per l'appalto dei lavori di manutenzione ordinaria degli alloggi popolari della Provincia di Agrigento – 2^ zona in 1304*” – Data di pubblicazione del bando: 3.2.2012 – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d'asta: euro 253.230,15 – S.A.: Istituto Autonomo Case Popolari di Agrigento.

### **Regolarizzazione documentale e tassatività delle cause di esclusione.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Ritenuto in fatto*

In data 30 luglio 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'Istituto Autonomo Case Popolari di Agrigento ha chiesto un parere in merito alla legittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva adottato in autotutela nei confronti della ditta San Francesco S.r.l. che in data 23.4.2012, con determina n. 207, si era aggiudicata i lavori di manutenzione ordinaria degli alloggi popolari della Provincia di Agrigento.

Più specificamente, a seguito della suddetta aggiudicazione definitiva, la seconda in graduatoria - ditta AEMME S.r.l.- presentava alla stazione appaltante apposito reclamo, fondato su un asserito vizio riscontrato nella polizza fideiussoria presentata da altra partecipante alla gara, ITACA S.C.A.R.L., che risultava sottoscritta, con firma digitale, da soggetto diverso da quello che assumeva la veste di garante. Più precisamente la polizza fideiussoria n. 349161, rilasciata in data 08.02.2012 dalla ELBA ASSICURAZIONI S.p.A. e presentata dalla società cooperativa ITACA a corredo della propria offerta, risultava sottoscritta dal Sig. Walter Helmut Kesten, mentre la dichiarazione sostitutiva di autocertificazione, allegata alla predetta polizza, risultava sottoscritta dalla Sig.ra Rosalinda Spallina, la quale, oltre a dichiarare di essere procuratrice speciale della ELBA ASSICURAZIONI S.p.A., dichiarava di essere legittimata a sottoscrivere la polizza n. 349161 sopra richiamata (di fatto sottoscritta da altro soggetto).

Pertanto, al fine di riesaminare la documentazione relativa alla suddetta polizza, la stazione appaltante, con provvedimento del 30.5.2012, disponeva l'annullamento della determina con cui erano stati aggiudicati i lavori alla ditta San Francesco S.r.l. e procedeva alla verifica della firma digitale mediante accesso al sito informatico della compagnia di assicurazione che aveva emesso la polizza, secondo le istruzioni rinvenute a piè pagina della polizza esaminata.

Non di meno, espressamente richiesta di integrare la documentazione prodotta, la ITACA trasmetteva in data 16.7.2012 la polizza fideiussoria con firma originale autenticata. E nell'atto di autentica notarile veniva attestato che il firmatario della polizza, Dott. Walter Helmut Kesten, aveva apposto la propria sottoscrizione in qualità di Procuratore della ELBA ASSICURAZIONI S.p.A..

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 17 settembre 2012, la ditta San Francesco s.r.l., non più aggiudicataria definitiva a seguito del richiamato provvedimento adottato in autotutela, ha sostenuto la illegittimità di una eventuale esclusione della soc. coop. ITACA, sull'assunto che dalla firma digitale apposta alla polizza in contestazione risultava con evidenza l'identità, la qualifica e il titolo in base al quale chi aveva sottoscritto il documento era legittimato a farlo. La ditta AEMME, dal canto suo, ribadisce, invece, che la ditta ITACA avrebbe dovuto essere esclusa in quanto l'atto fideiussorio da quest'ultima presentato risultava sottoscritto da un soggetto diverso dalla persona che, in qualità di procuratrice speciale della Compagnia di Assicurazioni Elba, asseriva di avere sottoscritto la polizza stessa.

### *Considerato in diritto*

Con l'istanza di parere in esame la stazione appaltante chiede un parere in merito al comportamento da adottare nell'ambito della procedura di gara in oggetto per le ragioni indicate in fatto.

In via preliminare, si rileva incidentalmente che dalla soluzione del caso di specie la ditta AEMME, seconda in graduatoria, non otterrebbe né benefici né pregiudizi, se si considera che la ditta in contestazione (ITACA) non si è classificata né al primo né al secondo posto in graduatoria. Di conseguenza, seppure dovesse concludersi per la legittimità della sua esclusione, le operazioni di gara resterebbero confermate e confermata resterebbe l'aggiudicazione disposta in favore della ditta San Francesco S.r.l..

Procedendo ora nel merito della questione, si rileva che dalla memoria allegata all'istanza di parere, è dato evincere che la S.A. ha richiesto in data 18.6.2012 *“di integrare la documentazione già acquisita e precisamente la polizza fideiussoria con firma originale dell'agente generale con allegata autentica notarile, la quale è stata trasmessa a questo Ente in data 16.7.2012 (allegato D) da cui si evidenziava la inequivocabile corrispondenza rispetto alla firma digitale”*.

Invero, a seguito di espressa richiesta della stazione appaltante, la ITACA Soc. Coop. ha prodotto, firmata in originale, con allegata autentica notarile ai sensi dell'art. 2703 c.c., la medesima polizza fideiussoria in precedenza sottoscritta con firma digitale. E la questione sollevata dalla ditta AEMME S.r.l. circa la divergenza tra la firma del sottoscrittore della polizza e il soggetto legittimato a detta sottoscrizione (risultante dalla dichiarazione sostitutiva di autocertificazione prodotta dalla ditta), è superata in ragione della autentica notarile da ultimo prodotta con la quale si attesta che il dott Walter Helmut Kesten è Procuratore della ELBA ASSICURAZIONI e quindi legittimato a sottoscrivere la polizza in contestazione.

In conclusione quindi, la cauzione provvisoria prodotta in gara dalla società ITACA è costituita da un documento originato in forma digitale al quale ha fatto seguito, su richiesta della S.A., la medesima polizza fideiussoria con firma autenticata dell'agente generale.

In sede di regolarizzazione, la ITACA ha prodotto la polizza fideiussoria nelle forme e con le modalità richieste, e ciò in linea con la primaria finalità della polizza o cauzione, rinvenibile nella necessità di garantire alla stazione appaltante l'immediato incameramento della stessa quando l'impresa si renda responsabile di violazioni che possano incidere sullo svolgimento della gara e sulla speditezza della stessa.

Ne consegue che il documento da ultimo prodotto può essere opposto ai fini della riscossione delle somme costituenti l'oggetto della prestazione del garante, non residuando dubbio alcuno sulla sussistenza di un rapporto contrattuale fideiussorio immediatamente *“spendibile”* dall'Amministrazione a tutela dell'esigenza di certezza e di celerità dell'incameramento, in coerenza con la *ratio* stessa della previsione di tale garanzia, essenziale ai fini della partecipazione alla gara (Tar Sicilia, Palermo, 6 maggio 2010, n. 6461).

Inoltre, nel caso di specie, era senz'altro consentita la regolarizzazione documentale predetta, poiché, fra l'altro, deve ritenersi che non potesse farsi luogo ad esclusioni di sorta, come ora previsto dall'art. 46, comma 1 *bis* del Codice dei contratti pubblici che introduce un principio di portata generale, quale quello della tassatività delle cause di esclusione, già da tempo elaborato dalla giurisprudenza e tale da costituire espressione del principio del *“favor participationis”* (Consiglio di Stato, sez. III, 4 ottobre 2012, n. 5203).

Invero, trattavasi di un caso non sussumibile nella fattispecie dell'omessa allegazione di un documento prescritto dal bando, atteso che la cauzione non era stata (del tutto) omessa, configurandosi, al più, una fattispecie di incompletezza documentale, non annoverabile, in tutta evidenza, tra gli elementi essenziali il cui difetto potesse determinare un'incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta.

Coerentemente al disposto di cui all'art. 46, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui *“le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni presentati”*, l'Istituto Autonomo Case Popolari della Provincia di Agrigento ha consentito alla soc. coop. ITACA di specificare, tramite

autentica notarile, la posizione del firmatario della polizza e quindi di fornire chiarimenti in ordine alla polizza fideiussoria già prodotta.

A conferma di quanto sopra rappresentato, va rilevato che, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, gli oneri formali sono recessivi rispetto alle dichiarazioni univocamente desumibili dalla documentazione prodotta a corredo dell'offerta, con la possibilità per l'ente (in presenza di dubbi o incertezze) di richiedere ulteriori precisazioni, perché il precetto del "buon andamento" (art. 97 cost.) include anche il principio di cooperazione fra amministrazione ed amministrati. Infatti, l'art. 46 cit., laddove prevede il potere-dovere della stazione appaltante di chiedere un'integrazione documentale (già previsto in generale dall'art. 6 della l. n. 241 del 1990), codifica uno strumento inteso a far valere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma, nell'esibizione della documentazione ai fini della procedura selettiva, onde non sacrificare l'esigenza della più ampia partecipazione (Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2009, n. 1840).

Nel caso di specie, quindi, si ritiene legittima la richiesta di integrazione documentale disposta dalla stazione appaltante nei confronti della società cooperativa ITACA, la quale non può, per le ragioni sopra evidenziate, essere esclusa dalla gara *de qua*.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la società cooperativa ITACA non possa essere esclusa dalla procedura *de qua* e che comunque un'eventuale e illegittima esclusione di quest'ultima non andrebbe a modificare le risultanze della gara in oggetto.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 aprile 2013

Il Segretario Maria Esposito