



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 531 DEL 17 maggio 2017

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da MKE S.r.l./Unione dei Comuni dei Ventimiglia – Comune di Geraci Siculo. Procedura aperta per l'affidamento di un appalto di servizio di gestione dell'impianto di depurazione delle acque reflue urbane, in c.da San Giuseppe a Geraci Siculo. Criterio di aggiudicazione: minor prezzo. Importo a base di gara: 108.233,42 euro.

PREC 112/17/S

Cauzione provvisoria Originale della polizza. Soccorso istruttorio. Esclusione. Legittimità.

E' legittima l'esclusione dalla gara nel caso in cui nel termine concesso per integrare la documentazione in applicazione del soccorso istruttorio, il concorrente produca, invece dell'originale richiestogli, una copia non autenticata della polizza fideiussoria stipulata a titolo di garanzia provvisoria giacché l'adempimento richiesto non viola il principio di proporzionalità e trova fondamento in previsioni di legge.

Art. 93 D.lg. 50/2016

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n.8760 del 20 gennaio 2017 con cui la MKE S.r.l. chiede a questa Autorità un parere sulla legittimità dell'esclusione dalla gara in oggetto in quanto, a seguito dell'ammissione con riserva, in sede di soccorso istruttorio, aveva prodotto una copia fotostatica non autenticata della polizza assicurativa stipulata a titolo di garanzia provvisoria ex art. 93 del Codice; sostiene inoltre che la prescrizione di forma adottata dalla stazione appaltante non sia conforme al principio di tassatività delle clausole di esclusione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 8 aprile 2017;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti;

RILEVATO che la stazione appaltante, nella gara in oggetto, rilevata la mancanza di polizza fideiussoria in originale ha ammesso con riserva l'istante disponendo la sanzione pecuniaria e un termine per l'adesione al soccorso istruttorio entro cui integrare la documentazione;

RILEVATO che la ditta, in risposta, ha trasmesso una nota in cui nega la necessità di produrre il documento in originale e allega una semplice fotocopia non autenticata sottoscritta dal legale rappresentante della Compagnia garante;

RITENUTO che ai sensi dell'art. 83 comma 9: *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano resi, integrati o regolarizzati le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione il concorrente è*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”;

RITENUTO che la mancata produzione di polizza assicurativa in originale, anche se non espressamente indicata negli atti di gara è un adempimento espressamente richiesto dalla legge (art. 2 comma 2, dello schema tipo 1.1., d.m. 12 marzo 2004 n. 1239);

CONSIDERATO l'orientamento giurisprudenziale prevalente, secondo il quale, avuto riguardo allo scopo dell'autenticazione della firma, è legittimo e proporzionato richiedere, in una gara di 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 (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 Giugno 2011, n.3365; inoltre, successivamente all'introduzione del principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 bis, D. L.vo 163/2006 v. anche Tar Lazio Sez. III di Roma, 5 marzo 2013, n. 2361 e Tar Lombardia 4 aprile 2013, n. 843);

CONSIDERATO inoltre 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 2010 cit. in Parere prec. n.26 del 23/02/2012);

RITENUTO quindi che nel caso di specie, la produzione documentale della polizza in originale o di una sua copia autenticata nelle forme di legge costituisca piena prova della provenienza della cauzione da parte del sottoscrittore, necessaria a tutela della stazione appaltante e tale adempimento, in funzione dell'interesse pubblico al corretto svolgimento della gara e alla serietà dell'offerta, non viola il principio di proporzionalità;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, l'operato della stazione appaltante conforme alla disciplina normativa di settore.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 maggio 2017

Il Segretario Maria Esposito