



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

#### **DELIBERA N. 35 DEL 17 gennaio 2018**

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_ S.p.A. – Appalto a corpo per l'affidamento dei lavori di realizzazione del polo enologico della città di Abellinum e della Bassa Valle del Sabato – Importo a base di gara: euro 5.180.000,00 - S.A.: Provincia di Avellino – Settore Infrastrutture Strategiche ed Edilizia Scolastica

**PREC 180/17/S**

#### **Considerato in fatto**

Con istanza acquisita al protocollo n. 18151 del 3 febbraio 2017, l'operatore economico \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_ S.p.A. ha rappresentato di avere sanato tramite soccorso istruttorio una presunta irregolarità nella documentazione prodotta a titolo di cauzione provvisoria dietro pagamento di una sanzione pecuniaria di euro 5.180,00. Nella specie, la stazione appaltante, a fronte della produzione da parte del concorrente di copia analogica della cauzione provvisoria redatta e sottoscritta dal fideiussore in formato digitale, ha richiesto all'operatore di produrre la cauzione provvisoria in originale unitamente a copia fotostatica di un documento di identità dei sottoscrittori o in copia autenticata ai sensi dell'art. 18 del d.P.R. n. 445/2000.

L'odierno istante riferisce che quanto prodotto a titolo di cauzione provvisoria consisteva nella copia analogica di polizza fideiussoria rilasciata sulla base dello schema tipo 1.1 di cui al D.M. n. 123/2004, sottoscritta dall'agente con firma digitale e dal contraente con firma autografa analogica, e recante sul frontespizio il codice di controllo "cw6-o8h-wy4" per potere scaricare e verificare in qualsiasi momento il file originale della polizza e la corrispondenza della firma del fideiussore accedendo all'apposito link.

Con l'istanza, l'operatore economico chiede quindi se la cauzione provvisoria prodotta nel descritto formato sia valida e se sia legittima la sanzione pecuniaria inflitta dalla stazione appaltante.

A seguito dell'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 24 maggio 2017, la Provincia di Avellino, con memoria acquisita al prot. n. 74422 del 30 maggio 2017, ha replicato di avere dato attuazione alla disposizione del disciplinare di gara che, nel paragrafo 9, prevede che la polizza «dovrà essere prodotta in originale, con firma autenticata nei modi di cui all'art. 21 del DPR 445/2000, o in copia autenticata, ai sensi degli artt. 18, 19 e 19-bis del DPR 445/2000». La stazione appaltante ha inoltre evidenziato che ai sensi del d.lgs. n. 82/2005 non sono ammessi documenti sottoscritti con firme promiscue (firma digitale e firma autografa) e che, a fronte della disposizione dell'art. 23-bis del d.lgs. n. 82/2005 (secondo cui «Sulle copie analogiche di documenti informatici può essere apposto a stampa un contrassegno, sulla base dei criteri definiti con le regole tecniche di



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

cui all'art. 71, tramite il quale è possibile accedere al documento informatico, ovvero verificare la corrispondenza allo stesso della copia analogica. Il contrassegno apposto ai sensi del primo periodo sostituisce a tutti gli effetti di legge la sottoscrizione autografa del pubblico ufficiale e non può essere richiesta la produzione di altra copia analogica con sottoscrizione autografa del medesimo documento informatico», la Circolare AGID n. 62 del 30 aprile 2013 («Linee guida per il contrassegno generato elettronicamente ai sensi dell'articolo 23-ter, comma 5, CAD») non consente l'utilizzo di tecnologie di codici monodimensionali, quale è il codice a barre apposto sulla polizza fideiussoria, né può considerarsi a norma del d.lgs. n. 82/2005 il codice di controllo alfanumerico riportato in calce alla predetta polizza.

Ad avviso dell'istante, la richiamata circolare dell'AGID non sarebbe applicabile al caso di specie perché recante linee guida che attengono esclusivamente ai contrassegni identificativi utilizzati per attestare la conformità di una copia di un atto amministrativo al suo originale e non ai contrassegni identificativi apposti su atti privati.

### **Ritenuto in diritto**

Il disciplinare di gara pone le regole concrete della gara e, in quanto *lex specialis* della procedura di selezione, impone all'Amministrazione la stretta osservanza delle relative prescrizioni. Per consolidata opinione della giurisprudenza, la stazione appaltante non conserva alcun margine di discrezionalità nella concreta attuazione delle prescrizioni di gara né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole risultino inopportune o incongruamente formulate, salvo l'esercizio del potere di autotutela (Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato sez. VI, sentenza n. 215 del 21 gennaio 2015; Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 1173 del 22 marzo 2016).

Nel caso in esame, il paragrafo 9 del disciplinare di gara impone la presentazione della polizza in originale con firma autenticata o in copia autenticata ai sensi degli artt. 18, 19 e 19-bis del d.P.R. n. 445/2000.

Il formato scelto dall'operatore economico istante – copia analogica di documento informatico con contrassegno - non è contemplato nella legge di gara, anche perché introdotto nell'ordinamento quale modalità di copia analogica di documento informatico (anche non amministrativo) solo con la novella apportata al d.lgs. n. 82/2005 dal d.lgs. n. 179 del 26 agosto 2016, e quindi successivamente alla data di pubblicazione del bando (recante la scadenza delle offerte in data 8 marzo 2016). Prima di tale modifica normativa, la possibilità di apporre un contrassegno ai fini della verifica di conformità sulla copia analogica di documento informatico era prevista solo per i documenti \*amministrativi\* informatici dall'art. 23 ter del d.lgs. n. 82/2005.

Considerato che l'Amministrazione è tenuta ad applicare le regole contenute nel bando anche nel caso di sopravvenuta modifica della disciplina vigente al momento della sua adozione (Consiglio



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

di Stato, 7 settembre 2010 n. 6485) e che «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)» (Parere di precontenzioso n. 26 del 23 febbraio 2012), la richiesta di integrazione della documentazione di gara in sede di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante con pagamento di sanzione pecuniaria appare conforme alla disciplina vigente *ratione temporis* (art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163/2006).

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- è legittima la richiesta della stazione appaltante di regolarizzare il formato della polizza fideiussoria non conforme alla disposizione della *lex specialis* in sede di soccorso istruttorio con pagamento della relativa sanzione pecuniaria.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 24 gennaio 2018

Il Segretario Valentina Esposito