



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 372

DEL 17 aprile 2019

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Pantecnica S.p.A. – Procedura ristretta per la fornitura e posa di sistemi “rail dampers” su tratta a doppio binario di estensione di 300 metri circa (per binario) nella tratta dal pk 5 + 300 circa al pk 5 + 600, della linea ferroviaria di cintura Sud Milano, nella tratta Milano Romolo – Milano P.ta Romana. Importo a base di gara euro: 300.000,00. S.A.: Rete Ferroviaria Italiana S.p.A.

PREC 186/18/F

Il Consiglio

VISTA l’istanza di parere prot. n.127327 del 15.11.2017 presentata dalla società Pantecnica S.p.A. relativamente alla procedura ristretta per la fornitura e posa di sistemi “rail dampers” su tratta a doppio binario di estensione di 300 metri circa (per binario) nella tratta dal km 5 + 300 circa al km 5 + 600, della linea ferroviaria di cintura Sud Milano, nella tratta Milano Romolo – Milano P.ta Romana;

VISTE in particolare le doglianze sollevate da parte istante, con riferimento alla presunta illegittima aggiudicazione disposta in favore della concorrente M.I.C. S.r.l. in presenza di una cauzione provvisoria le cui firme apposte per conto dell’istituto fideiubente risultano prive di autenticazione digitale da parte del notaio , come richiesto nel disciplinare di gara a pena di esclusione. La concorrente Pantecnica lamenta l’errata ammissione al soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante che ha ammesso così alle successive fasi di gara la M.I.C. S.r.l. anziché disporre l’esclusione;

VISTO l’avvio dell’istruttoria avvenuto in data 18.09.2018;

VISTE le osservazioni inoltrate dalla stazione appaltante con le quali precisa di aver riscontrato nella busta amministrativa della concorrente M.I.C. S.r.l., nel documento “cauzione provvisoria” la carenza della autentica notarile delle firme apposte per conto dell’istituto fideiubente nonché, per la concorrente Pantecnica S.p.A (mandataria) e Icef S.r.l. (mandante) nel documento “cauzione provvisoria”, l’istituto fideiubente garantiva la sola impresa mandataria e non anche la mandante. Entrambe le concorrenti venivano ammesse al soccorso istruttorio per la parte dei documenti mancanti. Precisa, inoltre RFI S.p.A. che in sede di valutazione di congruità dell’offerta presentata da Pantecnica S.p.A., la commissione di gara, rilevato che la medesima offerta risultava firmata dalla sola mandataria Pantecnica S.p.A. e non anche dall’impresa Icef S.r.l. mandante nel raggruppamento, ne disponeva l’esclusione con conseguente aggiudicazione in favore della M.I.C. S.r.l.;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell’art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all’art. 211, d.lgs. 50/2016, del 5 ottobre 2016;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

TENUTO CONTO, in generale, di quanto previsto dall'art. 93 d.lgs. 50/2016 e s.m.i in tema di garanzie per la partecipazione alla procedura;

CONSIDERATO che, con specifico riferimento alla cauzione provvisoria e alla possibilità di prevedere, qualora si tratti di garanzia fideiussoria, che la stessa sia corredata da una dichiarazione sostitutiva di atto notorio del fideiussore che attesti il potere di impegnare con la sottoscrizione la società fideiussore nei confronti della stazione appaltante, l'Autorità ha avuto modo di precisare, nel "Bando tipo n. 2/2018 approvato con delibera n. 2 del 10 gennaio 2018, che tale prescrizione, al pari della richiesta dell'autenticazione della firma del fideiussore, ha lo scopo di garantire alla stazione appaltante la serietà della garanzia. Il bando tipo (al punto 10, pag. 24) indica altresì che la garanzia fideiussoria e la dichiarazione di impegno devono essere sottoscritte da un soggetto in possesso dei poteri necessari per impegnare il garante ed essere prodotte in una delle seguenti forme: 1) in originale o in copia autentica ai sensi dell'art. 18 del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445; 2) documento informatico, ai sensi dell'art. 1, lett. p) del d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 sottoscritto con firma digitale dal soggetto in possesso dei poteri necessari per impegnare il garante; 3) copia informatica di documento analogico (scansione di documento cartaceo) secondo le modalità previste dall'art. 22, commi 1 e 2, del d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82. In tali ultimi casi la conformità del documento all'originale dovrà esser attestata dal pubblico ufficiale mediante apposizione di firma digitale (art. 22, comma 1, del d.lgs. n. 82/2005) ovvero da apposita dichiarazione di autenticità sottoscritta con firma digitale dal notaio o dal pubblico ufficiale (art. 22, comma 2 del d.lgs. n. 82/2005);

CONSIDERATO che, relativamente alla cauzione e all'esperibilità del soccorso istruttorio in merito alle carenze della cauzione, l'Autorità ha più volte affermato che il soccorso istruttorio trova applicazione anche con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, purché la cauzione prodotta sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data, onde scongiurare la violazione del principio di par condicio (cfr. Delibera n.. 339 del 28 marzo 2018);

RILEVATO che secondo orientamento giurisprudenziale la richiesta di autenticazione della firma del fideiussore e/o dichiarazione sostitutiva del fideiussore risponde all'esigenza di acquisire la piena prova della provenienza della garanzia (Cons. Stato., sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365 e sez. III, 19 aprile 2011, n. 2387). Al riguardo, è opportuno considerare che la cauzione in esame è azionabile a prima richiesta da parte della stazione appaltante, sicché questa ha interesse a non vedersi opporre il disconoscimento della sottoscrizione. Pertanto, solo l'autenticazione di quest'ultima garantisce appieno l'amministrazione perché determina la piena prova ai sensi degli artt. 2702 e 2703 c.c. in ordine alla provenienza della sottoscrizione, impedendone il successivo disconoscimento (cfr. ANAC, Pareri di precontenzioso 19 giugno 2013, n. 102 e 8 ottobre 2009, n. 104). Ciò peraltro risulta evidenziato anche nella nota illustrativa al bando tipo n. 1, al punto 13 laddove, con riferimento al paragrafo 10 del medesimo bando-tipo, indica le modalità di presentazione delle garanzie a corredo delle offerte con particolare riguardo alla forma e al



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

contenuto della cauzione provvisoria, confermando l'orientamento interpretativo e applicativo sopra descritto anche riguardo alle previsioni contenute all'art. 93 d.lgs. 50/2016 e s.m.i.;

CONSIDERATO che, nel caso in esame, il disciplinare di gara al punto 5. richiede: *“Garanzia provvisoria autenticata digitalmente dal notaio, come prevista al successivo punto E.1) del presente disciplinare, rilasciata dall'istituto fideiubente in conformità allo “Schema di cauzione provvisoria” (Allegato n. 4), entro il termine di presentazione dell'offerta, pena l'esclusione dalla gara”*. Al punto E) 1. Garanzia provvisoria prevede, tra l'altro che: *“L'offerta deve essere corredata da una garanzia provvisoria, ritenuta essenziale da RFI S.p.A. ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016, a garanzia della serietà dell'offerta, pari al 2% dell'importo posto a base di gara, costituita mediante una delle due seguenti opzioni: a) fideiussione bancaria o polizza assicurativa, con autentica notarile attestante che il sottoscrittore è munito dei poteri necessari per impegnare il soggetto garante”*. E ancora *“La cauzione deve essere redatta in conformità allo schema di cauzione provvisoria (Allegato n. 4) e prevedere espressamente, a pena di esclusione quanto indicato ai punti I., II., III., IV., V.”*;

CONSIDERATO altresì l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in tema di soccorso istruttorio e cauzione provvisoria che ha riconosciuto possibile l'applicazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016 e s.m.i. a tutti quei casi di mancata presentazione della cauzione provvisoria o in presenza di vizi della stessa (*ex multis* cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 1846 del 23 marzo 2018);

RITENUTO pertanto che, l'attivazione dello strumento del soccorso istruttorio in ordine alla riscontrata carenza della autenticazione digitale delle firme apposte sulla cauzione provvisoria della concorrente M.I.C. S.r.l. possa essere ritenuta ammissibile, verificando la stazione appaltante che la cauzione sia stata comunque rilasciata in data antecedente a quella di presentazione dell'offerta.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che spetti alla stazione appaltante verificare che la cauzione provvisoria prodotta a corredo dell'offerta dal concorrente, sia conforme a quanto previsto dal quadro normativo di riferimento unitamente alle prescrizioni fornite dal disciplinare di gara nonché dalle indicazioni contenute nel Bando-tipo n. 1.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 maggio 2019
Il segretario Maria Esposito