



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 182 DEL 28 Ottobre 2015

PREC. 48/15/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata dalla S.P.E.L. S.r.l. – Procedura aperta per “intervento di completamento dei lavori di manutenzione straordinaria del Comune di Milano, via Tracia nn.5 e 7 e via Preneste, n.8”. Importo a base di gara: 3.651.858,44. Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso. S.A. Aler (azienda lombarda edilizia residenziale) Milano

Cauzione provvisoria in procedura telematica - sottoscrizione fideiussore- mancanza di firma digitale –sanzione pecuniaria - esclusione per mancata adesione a soccorso istruttorio da parte del concorrente.

E' da ritenersi legittima l'esclusione disposta dalla stazione appaltante a seguito della mancata adesione alla procedura di soccorso istruttorio attuata per integrare con firma digitale del fideiussore la polizza presentata come cauzione provvisoria.

Art.75 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

Artt. 20 e 21 e art. 65 comma 1 del Codice amministrazione digitale (d.lgs. 82/2005);

Art. 38 comma 2 bis e 46 comma 1 ter d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

Determinazione n.1 del 8 gennaio 2015;

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 4148 del 19 gennaio 2015, presentata da S.P.E.L. S.r.l. la quale afferma di aver prodotto la cauzione provvisoria con la sottoscrizione digitale del proprio legale rappresentante apposta alla dichiarazione resa dal fideiussore munita di autentica notarile; chiede quindi di pronunciarsi sulla legittimità del comportamento della stazione appaltante che, in mancanza di firma digitale del fideiussore, ha applicato il soccorso istruttorio ai sensi del combinato disposto degli artt. 38 comma 2 bis e 46 comma 1 ter del Codice e a seguito del mancato pagamento della sanzione e della mancata regolarizzazione, ha disposto l'esclusione della società con escussione della cauzione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 17 febbraio 2015;

VISTE le repliche presentate dalla S.A. la quale dichiara di aver previsto nel bando, tra le modalità di presentazione e sottoscrizione della documentazione amministrativa, al punto 1.3.1.1, a pena di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

esclusione, che la documentazione riguardante la cauzione provvisoria e l'impegno assunto di dotarsi di cauzione definitiva sia prodotta *“in formato digitale e sottoscritta con firma digitale dal soggetto emittente”*;

VISTO il bando di gara;

CONSIDERATO che le questioni giuridiche controverse prospettate dalle parti possono essere decise ai sensi dell'art. 8 del *Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*;

CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 65 comma 1 lett. a) d.lgs. 82/2005 e s.m.i. *“le istanze e le dichiarazioni presentate alle pubbliche amministrazioni e ai gestori dei servizi pubblici per via telematica ai sensi dell'articolo 38, commi 1 e 3, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, sono valide: a) se sottoscritte mediante la firma digitale o la firma elettronica qualificata, il cui certificato è rilasciato da un certificatore accreditato”*;

RILEVATO che la stazione appaltante ha indetto una gara con modalità telematica e ha previsto nel disciplinare che la cauzione provvisoria dovesse essere prodotta in formato digitale dal soggetto emittente in ossequio alla normativa di cui al predetto d.lgs. n. 82/2005;

RITENUTO che la carenza di tale requisito, richiesto a pena di nullità e sottoposto alla disciplina di cui all'art. 38 comma 2 bis d.lgs. 163/2006, rientra tra le irregolarità essenziali per le quali, come affermato nella Determinazione Anac n.1 del 2015, il nuovo comma 1-ter dell'art. 46 del Codice ammette la sanatoria;

CONSIDERATO che in ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli *elementi* e delle dichiarazioni, anche di *soggetti terzi, come il rilascio di polizza fideiussoria a titolo di cauzione provvisoria, la stazione appaltante è tenuta ad attivare la procedura del soccorso istruttorio e concedere un termine al concorrente per la regolarizzazione con contestuale comminatoria di sanzione pecuniaria; in caso di mancata adesione alla procedura da parte del concorrente che decida di non regolarizzare, la stazione appaltante sarà tenuta a disporre l'esclusione*;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione adottata in danno dell'istante sia legittima.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 novembre 2015

Il Segretario Maria Esposito