

**T.A.R. Sicilia - Catania - Sentenza 29.04.2010, n. 1287**

**Contratti della P.A. - Polizza fideiussoria - Documento informatico - Irregolarità - Regolarizzazione**

*In mancanza di una clausola di esclusione nella lex specialis di gara, la presentazione di esemplare cartaceo della polizza assicurativa generata informaticamente non “conformizzato” al documento informatico “originale” da pubblico ufficiale, costituisce irregolarità formale per la quale - in mancanza di una clausola che sancisca l'esclusione - deve ammettersi la successiva regolarizzazione, in forme idonee a suffragare la riconducibilità del documento alla compagnia di assicurazioni, senza che ciò configuri una violazione della par condicio.*

\* \* \*

**COMPROVA IN GARA DELLA GARANZIA COSTITUITA MEDIANTE POLIZZA ASSICURATIVA INFORMATICA (nota a TAR Catania 29.04.2010, n. 1287)**

**Avv. Filippo Brunetti**

\* \* \*

**Sommario:** **1.** Verifica della validità della garanzia costituita in forma di fideiussione e regolarizzazione; **2.** La regolarizzazione tra semplificazione amministrativa, principio di leale collaborazione, diligenza esigibile e presunzione di legittimità ed esaustività del bando di gara; **3.** Modalità formali di comprova in gara di valida costituzione di garanzia fideiussoria secondo le disposizioni di legge ed in difetto di previsioni specifiche contenute nel bando di gara; **4.** Le modalità formali di comprova in gara della garanzia fideiussoria tra principio di autonomia privata della P.A. e disposizioni civilistiche e pubblicistiche in tema di fideiussione; **5.** Le modalità formali di comprova in gara della garanzia fideiussoria costituita con polizza informatica alla luce delle disposizioni in materia di documento informatico - Conclusioni

\* \* \*

**1. Verifica della validità della garanzia costituita in forma di fideiussione e regolarizzazione.**

La sentenza del TAR Catania che si annota riguarda una controversia inerente le modalità di comprova in gara della polizza fideiussoria generata informaticamente con firma digitale secondo le disposizione del dlgs 82/2005

Nel caso esaminato era stata prodotta in gara riproduzione su supporto cartaceo della polizza informatica con firma digitale.

Il ricorrente sosteneva che tale documento era nullo e non costituiva prova valida della costituzione della cauzione provvisoria in quanto l'art. 23, comma 2 bis, del Dlgs 82/2005 prevede che “*Le copie su supporto cartaceo di documento informatico, anche sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma*

*digitale, sostituiscono ad ogni effetto di legge l'originale da cui sono tratte se la loro conformità all'originale in tutte le sue componenti è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato”.*

Conseguentemente, la “conformizzazione” della riproduzione cartacea all’originale informatico sarebbe richiesta – anche in mancanza di una specifica previsione della disciplina di gara – a pena di esclusione e la riproduzione cartacea semplice (priva cioè di conformizzazione) sarebbe *tamquam non esset*. Il TAR Catania ha però rigettato il ricorso con perspicua motivazione<sup>1</sup> nella quale, in estrema sintesi, si rileva che in mancanza di una clausola di esclusione nella *lex specialis* di gara, la presentazione di esemplare cartaceo della polizza assicurativa generata informaticamente non “conformizzato” al documento informatico “originale” da pubblico ufficiale, costituisce irregolarità formale per la quale - in mancanza di una clausola che sancisca l'esclusione - deve ammettersi la successiva regolarizzazione, in forme idonee a suffragare la riconducibilità del documento alla compagnia di assicurazioni, senza che ciò configuri una violazione della *par condicio*.

---

<sup>1</sup> Nella motivazione della sentenza in commento si legge: “*Il collegio ritiene infondato il primo motivo di ricorso, con il quale la società ricorrente sostiene la nullità della polizza fideiussoria prodotta in sede di gara dalla controinteressata, che è stata generata informaticamente sul web, sottoscritta con firma digitale e poi riprodotta in cartaceo. nel caso di polizza originata in via informatica e sottoscritta con firma digitale. In tali casi, precisa la ricorrente, occorre produrre alla stazione appaltante, oltre al documento cartaceo, un supporto informatico magneto - ottico, non riscrivibile, contenente il file relativo alla polizza stessa, denominato "POLIZZA", secondo le regole tecniche dell'art. 71 definite dal CNIPA, ed in questo caso, a tale documento informatico, oltre all'indicazione della modalità di rilascio, dovrà essere allegata l'avvenuta verifica della firma digitale da parte del garante sottoscrittore della stessa.*

*Il collegio ritiene meritevoli di adesione le controdeduzioni espresse dalle parti resistenti, le quali - come esposto in narrativa - hanno innanzitutto opposto la mancanza di una clausola di esclusione nella lex specialis (...).*

*Potendosi tutt'al più parlare di irregolarità formale, si ritiene che - in mancanza di una clausola che sancisse l'esclusione - doveva ammettersene la successiva regolarizzazione, in forme idonee a suffragare la riconducibilità del documento alla compagnia di assicurazioni, senza che ciò configuri una violazione della par condicio. È appena il caso di ricordare che, come è noto, la giurisprudenza ha chiarito i limiti di applicabilità dell'istituto, affermando innanzitutto che l'integrazione e la regolarizzazione documentale ai sensi dell'art. 6, legge n. 241/1990 e dell'art. 46 del codice degli appalti sono possibili purché non risulti violata la par condicio, dovendosi quindi escluderne l'utilizzazione suppletiva dell'inosservanza di adempimenti procedurali significativi o dell'omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara (cfr.: Tar Catania, IV, n. 395/2010, ed ivi ulteriore ragguaglio di giurisprudenza). Inoltre, la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda, salvo che gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione non espressamente documentato (ibidem); infine, si richiede l'equivocità delle clausole del bando relative alla dichiarazione od alla documentazione da integrare o chiarire (ibidem). Per quanto più specificamente attiene alla regolarizzazione documentale, si ricorda che essa consiste nella integrazione di incompletezze da integrare o erroneità da rettificare, riferibili al contenuto di dichiarazioni, istanze o certificazioni comunque presentate in termini, con l'unico ed ovvio limite del divieto di presentazione ex post di dichiarazioni del tutto omesse e mancanti (cfr. Cons. Stato, V, 10 gennaio 2005, n. 32; C.G.A. 19 febbraio 2003, n. 60); e ciò è possibile anche nelle procedure di affidamento di appalti pubblici (cfr. C.G.A. 26 maggio 2006 n. 252; in termini, TAR Catania, II, 6 giugno 2007, n. 949; Idem, IV, n. 1203/08 e n. 16/2010; Idem, IV, sent. n. 395/2010 già citata). Orbene, nel caso di specie la polizza, come documento, è stata presentata nei termini, quindi si discute della sua regolarità. Anche ad ammetterne la irregolarità sotto i profili dedotti da parte ricorrente, ed in assenza di disposizioni della lex specialis che prevedessero l'esclusione (o di norme di legge etero-integrative), la regolarizzazione è da ritenersi ammissibile”.*

Si tratta di statuizione ineccepibile che si pone nel solco profondo di un orientamento giurisprudenziale consolidato e costante sia dello stesso TAR Catania<sup>2</sup>, sia della giurisprudenza amministrativa in generale<sup>3</sup>.

Invero, la richiamata previsione dell'art. 23 c.2. bis del Dlgs 82/2005 (in difetto – giova ribadirlo – di una specifica causa di esclusione contenuta nel bando) non preclude in alcun modo la possibilità di regolarizzazione successiva del documento<sup>4</sup> (mediante produzione dell'attestazione di conformità asseritamente mancante), attenendo tale sanatoria non al contenuto dello stesso, ma esclusivamente alla garanzia della sua provenienza e veridicità, senza implicare alcuna lesione del principio di *par condicio* dei concorrenti<sup>5</sup>.

Ed infatti, l'adempimento asseritamente omesso dalla ricorrente (attestazione di conformità al c.d. "originale" informatico dell'esemplare cartaceo della polizza prodotto in gara) non solo non riguardava un elemento essenziale della fideiussione, ma anche non era previsto dalla disciplina di gara e, in ogni caso, non avrebbe avuto il fine di fornire la prova del possesso di un requisito di partecipazione alla gara o dell'effettiva idoneità tecnica dei concorrenti di eseguire le prestazioni, per cui esso non riveste valore tale da incidere sull'assetto della graduatoria di merito.

E' quindi giovato alla controinteressata il richiamo all'art. 46 del Dlgs 163/2006 che, su un piano più generale, trova ulteriore conforto nelle previsioni relative al procedimento amministrativo di cui all'art.6 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Tali norme impediscono che l'azione amministrativa sia contraddistinta da un esasperato formalismo burocratico ed anzi impongono un sistema di relazioni tra pubblica amministrazione e privato ispirato al principio della collaborazione nella conduzione della fase istruttoria<sup>6</sup>.

Ciò induce a ritenere che le norme sulla regolarizzazione della documentazione di gara costituiscano espressione della esplicita rilevanza attribuita alla funzione istruttoria nell'ambito di tutti i procedimenti a garanzia dei principi di imparzialità e buon andamento.

In tale prospettiva, la richiesta di conferma o di dimostrazione della rispondenza della documentazione ai requisiti richiesti corrisponde ad un particolare interesse dell'amministrazione, su cui grava l'onere di procedere d'ufficio agli accertamenti del caso<sup>7</sup>.

In questa linea di ragionamento, con specifico riferimento al tema dell'istruttoria sulla validità delle garanzie poste a corredo dell'offerta, ulteriormente si osserva che ai sensi dell'art.57 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827 (norma che deve essere

---

<sup>2</sup> cfr., *ex multis*, TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 17 luglio 2007, n. 1231, in *Foro amm. TAR*, 2007,7-8,2684

<sup>3</sup> cfr. TAR Milano, Lombardia, Sez. III, 17.07.2003, n. 3588, in *Foro amm. TAR*, 2003,2167; ID 3 giugno 2003 n. 2393, in *Foro amm. TAR*, 2003,1865; Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2006 n. 1521, *Foro amm. CDS*, 2006,3,883; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 09 luglio 2008, n. 6518, in *Foro amm. TAR*, 2008,7-8,2042.

<sup>4</sup> FILIPPETTI, *Par Condicio e favor participationis nell'interpretazione degli atti di gara in Urb. e app.*, 2009, fasc. 7, 822 ss; PAGANI, *Integrazione documentale e tutela della par condicio*, in *Urb. e app.*, 2006, fasc. 10, 1186 ss.

<sup>5</sup> cfr. CdS, V, 11 gennaio 2002, n. 133, in *Foro amm. CDS*, 2002,89; Id. VI, 11 settembre 1999, n. 1179, in *Foro Amm.*, 1999,1783.

<sup>6</sup> cfr. CdS V n.133/02, cit.

<sup>7</sup> PETRULLI, Sul potere della stazione appaltante di invitare alla regolarizzazione dei documenti presentati per la partecipazione alla gara in Nuova Rass. 2009, fasc. 7-8, 887 ss; GALBUSERA, Bandi di gara: integrazione e regolarizzazione della documentazione in *Foro it.*, , 2007, fasc. 12 ,. 644 ss

letta in connessione con i principi introdotti dalla l.n. 241/90 e dall'art. 46 del Dlgs 163/2006), "*la validità delle cauzioni personali e del fideiussore deve essere riconosciuta e dichiarata dal pubblico ufficiale che l'accetta per conto dell'amministrazione*".

Tale ultima disposizione è diretta a tutelare l'amministrazione nel caso in cui il concorrente intenda prestare la garanzia da porsi a corredo dell'offerta non "in numerario" (cauzione propriamente detta) secondo le modalità di cui all'art. 75, comma 2, Dlgs 163/2006, ma sotto forma di fideiussione.

In questo caso, l'art. 57 dianzi richiamato impone che la validità della fideiussione venga riconosciuta e dichiarata, senza alcuna altra specificazione.

I motivi per i quali il pubblico ufficiale procedente non riconosce la validità della fideiussione possono essere già elencati nel bando (che può richiedere che la fideiussione abbia determinati requisiti formali, quali, ad esempio, l'autentica di firma).

In ogni caso il provvedimento con il quale il pubblico ufficiale competente nega validità alla fideiussione è un provvedimento amministrativo discrezionale che, soprattutto nel caso in cui non vi siano al riguardo indicazioni specifiche nel bando che vincolano l'azione amministrativa, presuppone un sindacato<sup>8</sup> che deve essere supportato da istruttoria adeguata ed altrettanto adeguata motivazione che dia conto di un ragionevole bilanciamento e temperamento tra interessi pubblici e privati.

Ne deriva, in un'ottica orientata al temperamento della reale tutela degli interessi della Pubblica amministrazione con l'esigenza della più ampia partecipazione delle imprese alla gara, che la stazione appaltante può legittimamente negare il riconoscimento della validità della cauzione provvisoria solo ove il documento presentato in gara si riveli privo di elementi essenziali tali da mettere in dubbio la riferibilità della fideiussione stessa alla compagnia di assicurazioni fideiubente.

Viceversa, ove la "mancanza" è costituita (come è accaduto nel caso in esame) dal solo difetto dell'attestazione di conformità alla polizza informatica "originale" dell'esemplare cartaceo della medesima polizza prodotto in gara, sarebbe stato obbligatorio per l'amministrazione (ove da ciò avesse inferito dubbi sulla validità della fideiussione) l'esercizio del potere/dovere di consentire la regolarizzazione, anziché sanzionare con l'esclusione del concorrente il mancato adempimento da parte di quest'ultimo di un onere formale non essenziale (in quanto non incidente sugli elementi essenziali della garanzia) e, soprattutto, non richiesto dal bando, né altrimenti richiamato nel medesimo.

In ultima analisi, si può dire che l'integrazione dei documenti e dei certificati prodotti dal partecipante ad una gara costituisce, nella fase di prequalifica, un ordinario *modus procedendi* al quale le Amministrazioni devono attenersi, tendente a far prevalere la sostanza sulla forma, e la cui applicazione è da escludere solo ove si possa tramutare in una lesione del principio di parità di trattamento dei concorrenti.

Tale principio va coniugato con la precisazione che, nel caso in esame, la regolarizzazione che avrebbe potuto (*rectius*: dovuto) essere richiesta dalla stazione appaltante qualora avesse voluto approfondire l'istruttoria sulla validità della garanzia:

---

<sup>8</sup> Sulla natura discrezionale del sindacato sulla validità della fideiussione operato dal pubblico ufficiale ex art. 57 RD n. 827/1924 cf. TAR Napoli, Campania, 26.02.2002, n. 1087, in *Foro amm. TAR*, 2002,645(s.m.)

- non si sarebbe sostanziata nella (inammissibile) produzione di un documento mancante,

- quanto, piuttosto, nella semplice integrazione di un documento già presente agli atti di gara, attraverso l'inserimento dell'attestazione di conformità al documento informatico "originale" dell'esemplare cartaceo della polizza prodotto in gara; attestazione volta a conferire certezza alla soggettiva promanazione della polizza fideiussoria di che trattasi.

Né tale integrazione della polizza si sarebbe potuta tradurre in un diversificato trattamento dei concorrenti, con riveniente vulnerazione del principio della *par condicio*.

In tema di regolarizzazione di un'offerta ad una gara ad evidenza pubblica, va infatti osservato come il doveroso bilanciamento tra il dovere di promuovere la regolarizzazione dei documenti presentati dai candidati ed il principio della *par condicio* tra i partecipanti debba essere ricercato nella distinzione tra il concetto di regolarizzazione e quello di integrazione documentale: tenendosi al riguardo presente che se quest'ultima non è consentita (risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento), diversamente la richiesta di regolarizzazione (attinente a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione) integra l'osservanza di un principio generale desumibile - come sopra osservato - dagli artt. 6 comma 1, lett. b), della legge 241/1990 e 46 del D.Lgs. 163/2006.

Va conseguentemente affermato che:

- se il principio secondo il quale i concorrenti possono essere ammessi a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei documenti e certificati presentati è diretto ad evitare che l'esigenza della massima partecipazione alle gare d'appalto possa essere compromessa da carenze di ordine meramente formale nella documentazione (ed ha sicuramente valenza generale);

- l'ammissione all'integrazione o la possibilità di fornire chiarimenti non comporta alcuna violazione della *par condicio* tutte le volte in cui esse sono preordinate a consentire ai concorrenti non già di presentare documenti non prodotti tempestivamente, quanto piuttosto di completare dichiarazioni o documenti già presentati.

\* \* \*

## **2. La regolarizzazione tra semplificazione amministrativa, principio di leale collaborazione, diligenza esigibile e presunzione di legittimità ed esaustività del bando di gara.**

Fermo quanto precede, ulteriormente si osserva che la regolarizzazione della polizza assicurativa non "conformizzata" nella specie si sarebbe imposta non solo sulla base dei principi desumibili dall'art.46 del Dlgs 163/2006 e dalla legge n. 241/1990, ma anche in considerazione del principio più generale di semplificazione dell'azione amministrativa (e dello speculare divieto di aggravamento procedimentale non strumentale ad uno specifico e rilevante interesse pubblico), che con riferimento al caso deciso dal TAR Catania trova specificazione ulteriore nella previsione di cui all'art. 15 del Dlgs 82/2005, il quale impone alle pubbliche amministrazioni l'adozione di tutte le misure organizzative necessarie a consentire il libero utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione anche nel contesto dei procedimenti amministrativi.

E' ben evidente che nella specie non consentire (ove ritenuta necessaria) la "regolarizzazione" dell'esemplare cartaceo della polizza assicurativa informatica priva della conformizzazione all'originale informatico si sarebbe tradotto anche in

una violazione dell'obbligo delle pubbliche amministrazioni di consentire e facilitare l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di tutti i procedimenti amministrativi e quindi anche quelli selettivi e concorsuali.

Un diverso *modus procedendi* da parte dell'amministrazione vocata in giudizio non sarebbe stato peraltro conforme al principio di lealtà e collaborazione procedimentale.

Il bando di gara, si è detto più volte, nulla prescriveva in ordine alle modalità di comprova della valida costituzione della garanzia (tantomeno nel caso in cui la medesima fosse stata costituita, come ha fatto la controinteressata, mediante polizza assicurativa informatica); non prevedeva clausole di esclusione specifiche e non richiamava il Dlgs 82/2005.

Di tal che il ricorrente, nel sostenere la "nullità" dell'esemplare cartaceo della polizza non conformizzato all'originale informatico presupponeva una non condivisibile eterointegrazione del bando con le previsioni del Dlgs 82/2005 (mentre, come si vedrà di seguito spetta all'amministrazione decidere le modalità di comprova in gara della valida costituzione della garanzia posta a corredo dell'offerta) e, in presenza di un bando del tutto silente sul punto, pretendeva di estendere oltre modo ed erroneamente il limite della diligenza esigibile da parte dei concorrenti nell'osservare gli adempimenti formali necessari per partecipare alla gara.

In altri termini, anche qualora il bando fosse da intendersi eterointegrato direttamente dal dlgs 82/2005 (ma così non è) in mancanza di prescrizioni della disciplina di gara in ordine alla modalità di comprova in gara della valida costituzione di cauzione provvisoria sia in generale, sia, più specificamente, nel caso in cui la medesima sia stata costituita mediante polizza assicurativa informatica, non può affermarsi che, al riguardo, fossero chiari e inequivocabili gli adempimenti formali a carico di ciascun concorrente, stante anche la novità e la particolare complessità della disciplina del documento informatico, che sta generando pensosi dibattiti in dottrina e presenta numerose difficoltà interpretative ed applicative in un ordinamento giuridico e processuale che invece è costruito sul postulato dell'immedesimazione fisica tra atto negoziale e documento (cartaceo) rappresentativo dello stesso.

Di tal che escludere un concorrente per mancata produzione dell'attestazione di conformità (non richiesta dal bando) al documento informatico "originale" dell'esemplare cartaceo di polizza assicurativa informatica, equivarrebbe a far gravare sui concorrenti (che, in ipotesi, potrebbero provenire anche da altri Stati comunitari o anche extracomunitari ex art. 47 Dlgs 163/2006) uno straordinario ed inesigibile onere di diligenza e vanificherebbe il principio di leale cooperazione tra stazione appaltante e concorrenti, nonché l'affidamento dei privati sulla legittimità ed esaustività delle prescrizioni del bando<sup>9</sup>.

Si tratta però di un grado di diligenza che non può essere richiesto ad un concorrente ad un pubblica gara comunitaria, il quale notoriamente "*deve far uso della ordinaria diligenza, normalmente esigibile da parte di soggetti imprenditori, quando partecipa a procedure ad evidenza pubblica*"<sup>10</sup> e, quindi, a tale scopo fare sostanzialmente affidamento sulle previsioni chiare ed inequivoche della disciplina di gara, venendo sanzionato con l'esclusione solo quando ometta

---

<sup>9</sup> Sul legittimo affidamento del concorrente sul tenore del bando di gara e sulla nozione di diligenza esigibile in termini di rispetto delle prescrizioni del bando cfr., *ex multis*, T.A.R. Palermo Sicilia sez. III 11 marzo 2010, n. 2807, in *Red. Amm. TAR*, 2010, 3

<sup>10</sup> Così, *ex multis*, TAR Potenza, 26.06.2003, n. 663, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2073



adempimenti chiaramente individuati e chiaramente collegati ad una clausola di esclusione.

\* \* \*

### **3. Modalità formali di comprova in gara di valida costituzione di garanzia fideiussoria secondo le disposizioni di legge ed in difetto di previsioni specifiche contenute nel bando di gara.**

Fermo quanto precede, la sentenza in commento si rivela pienamente condivisibile anche in una diversa prospettiva d'analisi.

Il ricorrente, per quel che si comprende dalla sentenza, sosteneva che la riproduzione cartacea della polizza assicurativa informatica non conformizzata all'originale informatico sarebbe "nulla". Non sarebbe cioè qualificabile cioè come documento idoneo a soddisfare la comprova, secondo le previsioni dell'art. 23, comma 2 bis, del Dlgs 82/2005 (ma in presenza di bando che nulla prevedeva sul punto), della valida costituzione della garanzia a corredo dell'offerta.

Il TAR Catania invece sostiene che tale riproduzione cartacea ha valore di documento e quindi, se irregolare, ammissibile a regolarizzazione.

Al riguardo, per quanto qui interessa, si osserva che la soluzione interpretativa proposta dal TAR Catania deve essere letta anche alla luce di quanto ricavabile, anzitutto, dalla circolare ISVAP n.393/d del 17 gennaio 2000.

Al punto 4.9 di tale circolare viene rilevato: *"In base alla recente normativa in materia di documenti informatici (art. 15 della legge n. 59/1997, DPR 10.11.1997, n. 513, DPCM 8.02.1999) il documento informatico, da chiunque predisposto, sottoscritto con firma digitale soddisfa il requisito della forma scritta (di cui all'art. 1888 cod. civ) e ha l'efficacia probatoria della scrittura privata ai sensi dell'art. 2702: Pertanto, quando la firma digitale diventerà effettivamente operativa, i documenti formati tramite l'utilizzo di tale firma sostituiranno, ai richiamati effetti di legge, i documenti cartacei"*.

Analogamente, l'art. 11 del recentissimo Regolamento ISVAP n. 34 del 19 marzo 2010 ulteriormente precisa che *"Il contratto di assicurazione a distanza può essere formato come documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o firma digitale nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 71 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82."*

Di tal che non è revocabile in dubbio che la polizza assicurativa generata elettronicamente e sottoscritta dall'impresa assicuratrice con firma digitale nel rispetto delle norme tecniche, dei criteri e dei requisiti stabiliti dal DPCM del 13.01.2004 soddisfa il requisito della "forma scritta" di cui all'art. 1888 cod. civ ed ha il valore di una scrittura privata.

Quindi la polizza assicurativa generata informaticamente e sottoscritta con firma digitale è – secondo l'ISVAP – valida ad ogni effetto di legge.

Questi rilievi consentono di sottolineare che nel caso analizzato dal TAR Catania non era in discussione la valida costituzione della cauzione provvisoria, ma solo la modalità con la quale il concorrente deve assolvere all'onere documentale connesso alla comprova in gara di tale valida costituzione quando la polizza assicurativa sia stata generata informaticamente con firma digitale.

In questa linea di ragionamento, in difetto di specifiche previsioni contenute nel bando e in mancanza di rilievi inerenti il difetto di elementi essenziali della polizza, appare ineccepibile che nel giudicare il caso posto al suo esame il TAR Catania abbia fatto doverosa applicazione del principio di massima partecipazione e concorrenzialità, nonché del principio di tassatività delle clausole di esclusione, così ritenendo legittimo il provvedimento di ammissione reso dall'amministrazione (la quale, ammettendo la controinteressata alla gara, aveva

implicitamente riconosciuto la validità della polizza in questione ex art. 57 RD 824/1927) e precisando che al più nel caso di specie, ove fosse sorto dubbio sulla effettiva riferibilità della polizza alla compagnia di assicurazioni, si sarebbe potuto procedere a regolarizzazione delle stessa (i.e.: acquisizione della conformizzazione asseritamente necessaria).

Nè la motivazione della sentenza si pone in contrasto con le previsioni di legge vigenti *in subiecta materia*.

A tale riguardo occorre infatti considerare che l'art. 30 della legge n. 109/1994 (ora trasposto nell'art. 75 del D.lgs 163/2006) stabilisce che l'offerta è corredata da una garanzia, sotto forma di cauzione o fideiussione (bancaria o assicurativa), a scelta dell'offerente.

Tale disposizione di legge stabilisce altresì alcuni contenuti della garanzia di cui trattasi, ma in nessun modo disciplina le modalità formali e/o documentali con le quali debba essere comprovata, in fase di gara, la valida costituzione della garanzia di cui trattasi (tantomeno nel caso in cui tale garanzia sia costituita con modalità informatico/digitali).

L'art. 9, comma 59, della legge n. 41/1998, prevede che *“Gli schemi di polizza-tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fidejussorie previste dall'articolo 30 della legge n. 109 del 1994 sono approvati con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro dei lavori pubblici, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge”*.

Il DM 123/2004 – che costituisce attuazione di tale disposizione di legge – allo stesso modo non introduce (né potrebbe) previsioni normative in ordine alle modalità di comprova documentale in corso di gara della costituzione della cauzione mediante polizza fideiussoria, ma si limita a stabilire i contenuti di tali polizze.

Spetta quindi alla *lex specialis* di gara, nel rispetto del principio di massima partecipazione e strumentalità delle forme, stabilire le concrete modalità di comprova in gara della valida costituzione della garanzia in discorso<sup>11</sup>.

Pertanto, correttamente il TAR ha ritenuta legittima l'ammissione alla gara della controinteressata sul rilievo che nel caso di specie non era previsto alcuno specifico e tassativo onere formale o documentale per la comprova della costituzione della garanzia secondo le forme (fideiussione bancaria o assicurativa, etc.) e con i contenuti di cui alle vigenti e richiamate disposizioni di legge, che ugualmente nulla dispongono al riguardo.

Infatti, non era richiesto dal bando (tantomeno a pena di esclusione) di corredare l'offerta di esemplare “legalizzato” o “conformizzato” della polizza assicurativa o della fideiussione bancaria costituente la garanzia prevista dall'art. 30 della legge 109/1994 (ora art. 75 del Dlgs 163/2006).

---

<sup>11</sup> Sul punto in giurisprudenza si è infatti ritenuto che *“In materia di opere pubbliche, la disciplina dettata dall'art. 30 l. 11 febbraio 1994 n. 109, al fine di prestare la cauzione provvisoria per la partecipazione a gare pubbliche, non prevede che la garanzia fideiussoria debba essere corredata dall'autenticazione, o dalla relativa dichiarazione sostitutiva della firma del soggetto sottoscrittore della fideiussione; tuttavia, qualora sia previsto dalla "lex specialis", tale onere formale non può ritenersi, a priori, illegittimo, dovendo, invece, verificarsi se lo stesso determina un ingiustificato appesantimento burocratico, come nel caso in cui la certezza circa la provenienza della polizza dalla società che l'ha emessa e la conseguente validità dell'impegno assunto siano desumibili dall'uso della modulistica proveniente dalla società assicuratrice che ha prestato la garanzia fideiussoria”* così T.A.R. Milano Lombardia sez. III, 17 luglio 2003, n. 3588, in *Foro amm. TAR*, 2003,2167. Vedi anche ID., 03 Giu 2003, n. 2393, in *Foro amm. TAR*, 2003,1865; in senso del tutto conforme T.A.R. Roma Lazio sez. III, 15 gennaio 2010, n. 280, in *Red. amm. TAR*, 2010, 01.



\* \* \*

#### **4. Le modalità formali di comprova in gara della garanzia fideiussoria tra principio di autonomia privata della P.A. e disposizioni civilistiche e pubblicistiche in tema di fideiussione.**

La soluzione offerta dal TAR Catania, peraltro, non appare incidere sulla corretta realizzazione dell'interesse pubblico.

Si è già detto che le disposizioni in materia di garanzie a corredo dell'offerta non prevedono specifiche modalità di comprova, in gara, della valida costituzione di detta garanzia e che nel caso in cui tale garanzia sia resa in forma di fideiussione la validità di quest'ultima – in difetto di specifiche previsioni del bando – deve essere liberamente apprezzata dalla stazione appaltante in sede di prequalifica ex art. 57 RD n. 827/1924.

Si vogliono ora svolgere alcune sintetiche riflessioni sulla funzione svolta da detta garanzia e quindi sulle forme che, secondo il principio di strumentalità, consentono la realizzazione di tale funzione in difetto di specifiche previsioni nella disciplina di gara.

Al riguardo la più recente giurisprudenza amministrativa riconduce la garanzia da prestarsi per la partecipazione ad una gara pubblica all'istituto della caparra confirmatoria e quindi alla garanzia della serietà e affidabilità dell'offerta<sup>12</sup>.

In questa linea di ragionamento la stipulazione di una caparra, quale rafforzamento del vincolo contrattuale, e comunque l'assunzione di obbligazione di garanzia tramite una fideiussione costituiscono esercizio della generale capacità di diritto privato delle Amministrazioni.

Come è noto nell'ambito dei rapporti di diritto privato le parti hanno una ampia autonomia anche nella determinazione della forma del contratto (cfr. artt. 1326, comma 4, e 1352 cod. civ.).

Tale autonomia è da riconoscersi anche alla Pubblica Amministrazione in quanto le richiamate disposizioni pubblicistiche in materia di garanzie da porre a corredo dell'offerta non stabiliscono particolari prescrizioni sulla forma del contratto e/o sulla modalità formale di comprova in gara della valida costituzione della fideiussione.

Viene così in rilievo l'art.1937 c.c., secondo il quale la volontà di prestare fideiussione deve essere espressa. Tale disposizione, laddove prescrive che la volontà di prestare fideiussione deve essere espressa, non impone però la forma scritta o l'adozione di formule sacramentali, richiedendo solo che la volontà del fideiussore sia manifestata in modo inequivocabile<sup>13</sup>.

Di tal che dal combinato disposto delle disposizioni civilistiche e di quelle pubblicistiche in materia di garanzia da porre a corredo dell'offerta emerge che la Pubblica Amministrazione è sostanzialmente libera di stabilire gli adempimenti formali inerenti la comprova della valida costituzione della fideiussione.

Non si dubita che la stazione appaltante (nei limiti della ragionevolezza e di divieto di inutile aggravio procedimentale) possa espressamente richiedere nel bando o della lettera di invito ulteriori prescrizioni sulle modalità di comprova della costituzione della garanzia<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> così, da ultimo, Cons. Stato., sez. V, 11 maggio 2009, n. 2885, in *Foro amm. CDS*, 2009,5,1280 ; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 06 marzo 2009 , n. 2341, in *Foro amm. TAR*, 2009,3,740.

<sup>13</sup> Cassazione civile sez. III, 02 aprile 2009, n. 8005, in *Guida al diritto*, 2009,21, 71

<sup>14</sup> T.A.R. Roma Lazio sez. III, 15 gennaio 2010, n. 280, cit, nella quale si afferma che è legittimo il bando di gara che richiede una determinata forma per il rilascio della fideiussione (scrittura privata autenticata ex art. 2703 cc) in quanto tale statuizione deve essere ricondotta all'autonomia privata. Diversamente, per la richiesta di dichiarazioni e certificazioni valgono i principi di semplificazione a

Tuttavia, in difetto di prescrizioni sul punto, appare corretto ritenere – come ha fatto il TAR Catania – che ove dal documento comprovante la fideiussione presentato tempestivamente in gara emergano gli elementi essenziali della garanzia stabiliti dall'art. 75 del Dlgs 163/2006 e dal DM 123/2004, ogni altro adempimento formale estrinseco riferito allo stesso e non espressamente richiesto dal bando di gara possa e debba essere oggetto di regolarizzazione.

\* \* \*

### **5. Le modalità formali di comprova in gara della garanzia fideiussoria costituita con polizza informatica alla luce delle disposizioni in materia di documento informatico - Conclusioni**

Per completezza di disamina deve altresì evidenziarsi che correttamente il TAR Catania (a fronte di censura di “nullità/inesistenza” proposta dal ricorrente) ha rilevato che non può negarsi valore di “documento” alla riproduzione cartacea di polizza assicurativa informatica priva della conformizzazione all'originale informatico.

Al riguardo il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, seppure in fase cautelare, in un caso del tutto analogo a quello giudicato dal TAR Catania, ha ritenuto legittima l'ammissione di ditta che aveva presentato riproduzione cartacea della polizza informatica priva della conformizzazione al documento informatico originale rilevando che “*il documento informatico direttamente estratto in stampa è oggetto differente dal documento estraibile in copia e modificabile e la sua provenienza è agevolmente verificabile unitamente alla sua autenticità*”<sup>15</sup>.

Di tal che, per quanto si è detto, tale documento appare del tutto idoneo ad assolvere agli oneri di produzione documentale posti a carico del concorrente da bando di gara che nulla prescrive in ordine alle modalità di comprova della costituzione della garanzia.

Non si vuole e non si può qui affrontare *funditus* il tema del documento informatico<sup>16</sup> e dell'efficacia probatoria del medesimo<sup>17</sup> e della sua riproduzione cartacea e ciò non solo per esigenze di sintesi, ma anche perché il tema, per quanto si è sinora detto, non appare dirimente nel caso che ci occupa.

Siano quindi consentite solo alcune generalissime riflessioni.

Sul punto si deve innanzitutto ricordare che nel caso di contratto formato informaticamente con firma digitale la tradizionale immedesimazione dell'atto

---

cui effettivamente l'ordinamento della pubblica amministrazione è informato. In tale ambito, la clausola della lettera di invito, che prevede la autenticazione della sottoscrizione della fideiussione deve ritenersi legittima e consentita, in quanto garantisce la provenienza del documento in maniera più forte rispetto sia all'uso della modulistica della banca o dell'assicurazione, anche se si tratti di soggetti sottoposti alla vigilanza e alla iscrizione in un apposito albo.

<sup>15</sup> Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, ord. n. 1185/2009, inedita.

<sup>16</sup> Cfr. sul tema, *ex multis*, ZAGAMI, *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Padova, 2000; BORRUSO – CIACCI, *Diritto civile ed informatica*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2004, 386 ss; CASSANO – GIURDANELLA, *Commentario al codice dell'amministrazione digitale*, Milano, 2006, PATTI, *La sottoscrizione del documento informatico: la firma digitale*, in *Studi e mat.*, 2008, 127 e ss;

<sup>17</sup> SOCCI, *La prova con i documenti informatici nella dinamica del processo*, in *Corr. Giur.* 2002, 336; BORRUSO, *Il documento informatico, la firma elettronica e la firma digitale alla luce delle ultime norme*; in *Giust. Civ.*, 2004, II, 143; ASPRONE; *Gli atti predisposti in forma elettronica: l'efficacia probatoria*, in *Nuova rass. di legis., etc.*, 2009, 15, 1688 e ss; D'ANGIOLELLA, *Efficacia probatoria del documento informatico*, in *Riv. di dir. dell'impresa*, 2008, 2, 353 e ss; AMATO, *Incerta l'efficacia probatoria del documento*, in *Guida al diritto*, 2008, 16, 55 e ss.

negoziale in un unico documento “cartaceo” originale viene meno in quanto il documento informatico originale ha natura immateriale.

Più in dettaglio esiste una separazione tra il documento informatico e il supporto fisico (analogico o digitale che sia) e quest’ultimo (quale che sia la sua natura) è indifferente per l’esistenza del documento informatico.

Deve quindi distinguersi tra riproduzione informatica di documento prodotto in origine in modalità cartacea e riproduzione/duplicato/copia di documento prodotto informaticamente.

In questo secondo caso l’art. 20, comma 2, del Dlgs 82/2005 prevede che *“il documento informatico sottoscritto con firma (..) digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche stabilite ai sensi dell’art. 71, che garantiscono l’identificabilità dell’autore, l’integrità e l’immodificabilità del documento, si presume riconducibile al titolare del dispositivo di firma, ai sensi dell’art. 21, comma 2, e soddisfa comunque il requisito della forma scritta (...).*

L’art. 21, comma 2, del Dlgs 82/2005 prevede che *“il documento informatico sottoscritto con firma digitale o con altro tipo di firma elettronica qualificata, ha l’efficacia prevista dall’art. 2702 del codice civile. L’utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questo dia prova contraria”<sup>18</sup>.*

L’art. 22, comma 1, del Dlgs 82/2005 stabilisce che *“gli atti formati con strumenti informatici (...) costituiscono informazione primaria ed originale da cui è possibile effettuare, su diversi tipi di supporto, riproduzioni e copie per gli usi consentiti dalla legge”.*

L’art. 23, comma 2, del Dlgs 82/2005 prevede che *“I duplicati (i.e.: riproduzioni), le copie, gli estratti del documento informatico, anche se riprodotti su diverso tipo di supporto, sono validi a tutti gli effetti di legge, se conformi alle vigenti regole tecniche”.*

Il successivo comma 2 bis del medesimo art. 23 prevede che le copie (ma non anche i duplicati/riproduzioni) su supporto cartaceo di documento informatico sostituiscono ad ogni effetto di legge l’originale da cui sono tratte se la loro conformità all’originale in tutte le sue componenti è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

L’art. 24 del Dlgs 82/2005 precisa che per la generazione della firma digitale deve adoperarsi (per il tramite del dispositivo di firma: in genere una smart card) un certificato qualificato (cfr. successivo art. 28) che, al momento della sottoscrizione, non risulti scaduto di validità ovvero non risulti revocato o sospeso (precisando l’art. 21 che l’apposizione ad un documento informatico di una firma digitale o di un altro tipo di firma elettronica qualificata basata su un certificato elettronico revocato, scaduto o sospeso equivale a mancata sottoscrizione. La revoca o la sospensione, comunque motivate, hanno effetto dal momento della pubblicazione, salvo che il revocante, o chi richiede la sospensione, non dimostri che essa era già a conoscenza di tutte le parti interessate).

I “certificati qualificati” sono rilasciati da “certificatori qualificati” (cfr. art. 27).

Attraverso il certificato qualificato si devono rilevare, secondo le regole tecniche stabilite ai sensi dell’art. 71, la validità del certificato stesso, nonché gli elementi identificativi del titolare e del certificatore e gli eventuali limiti d’uso.

In ultima analisi, alla luce di quanto precede appare corretto affermare che sul piano dell’efficacia probatoria “civilistica” il documento cartaceo sottoscritto con firma autografa e rappresentativo di un determinato atto negoziale (che ha il

valore probatorio previsto dall'art. 2702 cod. civ.) è del tutto equipollente al documento informatico sottoscritto con firma digitale mediante l'utilizzo del c.d. "dispositivo di firma".

Infatti, nel primo caso, ex art. 2702 cod. civ., la scrittura privata "cartacea" sottoscritta di pugno fa piena prova della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta (cioè ha apposto il segno grafico) se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è considerata legalmente riconosciuta.

Nel secondo caso (cfr. art. 21, comma 2, Dlgs 82/2005) invece la scrittura privata "informatica" sottoscritta con firma digitale apposta mediante l'utilizzo del "dispositivo di firma" ha anch'essa l'efficacia prevista dall'art. 2702 cod. civ. in quanto si presume riconducibile al titolare del dispositivo di firma<sup>19</sup>.

Per l'atto negoziale immedesimato in origine su supporto cartaceo l'efficacia probatoria si fonda sull'apposizione del segno grafico sul supporto cartaceo; per l'atto negoziale immedesimato in un documento informatico, che per la sua esistenza prescinde dal supporto fisico (analogico o digitale che sia), la medesima efficacia probatoria deriva, invece, dalla generazione del documento informatico mediante l'utilizzo di un determinato dispositivo di firma; utilizzo che implica addirittura una presunzione *iuris tantum* di riconducibilità del documento al titolare del dispositivo di firma ed un'inversione dell'onere della prova in ordine all'abusivo utilizzo del medesimo.

L'art. 21 del Dlgs 82/2005 però precisa che l'apposizione ad un documento informatico di una firma digitale basata su un certificato elettronico revocato, scaduto o sospeso equivale a mancata sottoscrizione.

Conseguentemente, quale che sia il supporto (analogico o digitale) sul quale la polizza informatica sia prodotta in gara, appare evidente che assume fondamentale rilievo la verifica (da operarsi a cura della Stazione appaltante) che la firma digitale sia stata apposta sulla base di un certificato valido ed efficace.

Tale ultima verifica deve essere effettuata via internet sia nel caso in cui la PA disponga di riproduzione della polizza digitale del supporto informatico, sia nel caso in cui essa disponga della stessa su supporto analogico.

Più in dettaglio, la verifica in questione deve essere effettuata via internet collegandosi al sito del certificatore (verifica della provenienza della sottoscrizione presso il certificatore della firma digitale e della sua validità al momento di apposizione della sottoscrizione digitale) e tale verifica può (e deve) essere effettuata *on line* sia partendo dalle informazioni digitali contenute nel supporto informatico, sia partendo dalle informazioni analogiche (codici alfanumerici) contenute nel supporto cartaceo che costituisce riproduzione fedele del documento informatico<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Osserva il Consiglio di Stato che " (...) l'efficacia probatoria della scrittura informatica è rafforzata dalla maggiore difficoltà del disconoscimento giudiziale della firma (art. 214 e ss cpc). Sostenere che l'uso dello strumento di firma si presume riconducibile al titolare (...) equivale in sostanza ad introdurre nell'ordinamento una presunzione di riconoscimento delle provenienze del documento simile a quella prevista dall'art. 2703 cc per gli atti formati da pubblici ufficiali (...). Pertanto, mentre colui contro il quale viene esibita in giudizio una falsa scrittura cartacea può limitarsi a disconoscere la propria firma dando luogo alla speciale procedura di verifica prevista dagli artt. 241 ss cpc (...) la parte processuale con la quale viene esibita in giudizio una falsa scrittura formata su supporto informatico, oltre a disconoscere la propria firma deve anche fornire le prove della sua falsità, con un'inversione dell'onere probatorio che appare ingiustificato". Cfr. Cos. Stato; Sez. cons. atti norm., 30.01.2006, n. 31/06 in *Foro It*, 2006, III, 237 e ss, in particolare 249 e 250.

<sup>20</sup> Soccorre al riguardo anche la "Guida alla firma digitale" adottata dal Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA) versione 1.3. aprile 2009 (documento che è

In questa linea di ragionamento quindi non si comprende perché, seguendo il ricorrente, dovrebbe essere escluso dalla gara il concorrente che produce riproduzione su supporto cartaceo della polizza informatica, mentre dovrebbe essere ammesso il soggetto che produce riproduzione della stessa su supporto informatico (supporto che ugualmente non consente di ritenere incontrovertibile la valida sottoscrizione digitale della polizza informatica).

In conclusione, la produzione in gara di riproduzione cartacea del documento informatico sottoscritto con firma digitale non conformizzata all'originale informatico non solo deve considerarsi ammissibile in difetto di prescrizioni sul punto contenute nella disciplina di gara (e semmai suscettibile di regolarizzazione), ma dovrebbe essere considerato avente idonea efficacia probatoria qualora la riproduzione cartacea<sup>21</sup> contenga gli elementi essenziali della fideiussione e sia possibile la riconducibilità della polizza ad una individuata impresa d'assicurazione e ad un determinato firmatario titolare di dispositivo di firma.

Nella fattispecie in esame era inconfutabile (o comunque non contestato) che la riproduzione cartacea di polizza informatica prodotta in gara (oltre che recante gli elementi essenziali della garanzia e specifici ed univoci elementi di sua riconducibilità ad una determinata impresa d'assicurazione) fosse stata generata mediante dispositivo di firma riconducibile al legale rappresentante dell'impresa di Assicurazioni che ha rilasciato la polizza e che tale riproduzione cartacea fosse esemplare direttamente estratto in stampa della polizza generata informaticamente e quindi documento perfettamente valido ed efficace sotto ogni profilo.

Di tal che in presenza di una riproduzione cartacea siffatta non può non consentirsi, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 46 del Dlgs 163/2006, quantomeno, la regolarizzazione della stessa.

La correttezza della lettura interpretativa delle norme di legge e delle pertinenti previsioni della disciplina di gara offerta dal TAR Catania è ulteriormente avvalorata dalla giurisprudenza anche di altri TAR<sup>22</sup>.

---

agevolmente scaricabile on line da Internet presso l'indirizzo <http://www.cnipa.gov.it/html/docs/GuidaFirmaDigitale2009.pdf> nella quale si spiega al paragrafo 14 come funziona la procedura di verifica. In particolare al paragrafo 14.1. viene riportato un "Esempio di verifica sul client" con la precisazione "che la procedura di verifica è in realtà molto più complessa da descrivere che da eseguire". Tale guida (pag. 41) chiarisce che solo l'effettuazione delle verifiche on line descritte nella guida medesima consentono di accertare se la sottoscrizione è perfettamente valida o meno.

<sup>21</sup> Con riferimento all'efficacia probatoria di riproduzione "meccanica" (su supporto cartaceo) di file informatico (privo però di sottoscrizione digitale) si è rilevato che *per l'art. 2712 c.c., la contestazione esclude il pieno valore probatorio della riproduzione meccanica, ove abbia per oggetto il rapporto di corrispondenza fra la realtà storica e la riproduzione meccanica (la conformità dei dati ai fatti ed alle cose rappresentate). Ove la contestazione (con questo specifico contenuto) vi sia stata, la riproduzione, pur perdendo il suo pieno valore probatorio, conserva tuttavia il minor valore di un semplice elemento di prova, che può essere integrato da ulteriori elementi*" Cassazione civile sez. lav.11 maggio 2005, n. 9884, in *Riv. Internet*, 2005,563 (nota di: FINOCCHIARO).

<sup>22</sup> Sul punto è stato infatti affermato che "Con riguardo ad una gara di appalto di lavori nella quale il disciplinare di gara dispone, a pena di esclusione, che il concorrente aggiudicatario provvisorio dell'appalto produca l'originale della polizza relativa alla cauzione di cui all'art. 75, d. lg. N. 163 del 2006, la circostanza che la polizza assicurativa trasmessa da tale soggetto non rechi in calce le firme autografe del legale rappresentante della società garante e dell'agente assicurativo ma le firme degli stessi ottenute mediante scansione informatica degli originali consente comunque di stabilire la provenienza della polizza dal soggetto societario che si è reso garante mediante l'utilizzazione di un'apposita modulistica da quest'ultimo prescelta e dotata di numerazione seriale con codice a barre a riscontro dell'originalità dell'atto; del resto, tale prassi è conforme alle disposizioni emanate al riguardo dall'I.S.V.A.P. con propria circolare 393D del 17 gennaio 2000; inoltre, la polizza

Il principio espresso nella sentenza in commento è stato peraltro riaffermato nell'ordinanza 673/2010 emessa dal medesimo TAR Sicilia, Catania, Sez. I, in data 28 maggio 2010 e confermata in appello dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana<sup>23</sup>.

---

*fideiussoria è documento identificativo di un negozio giuridico di diritto privato e, conseguentemente, è disciplinata dalle norme civilistiche dettate in tema di scrittura privata e relative alla natura e ai requisiti di quest'ultima: da ciò consegue, pertanto, che à sensi dell'art. 2702 c.c. il valore probatorio della provenienza delle dichiarazioni rese nella polizza da parte del suo sottoscrittore, ove questi contro il quale essa è prodotta non ne disconosca la firma , ovvero non proponga al riguardo querela di falso (nella specie, ha rilevato il Collegio, la compagnia assicurativa non solo non aveva mai contestato le sottoscrizioni apposte sulla polizza, ma ha espressamente certificato in giudizio i poteri conferiti a mezzo di procura speciale al proprio rappresentante, il quale – a sua volta – ha riconosciuto come propria la firma apposta sulla polizza in questione)” così T.A.R. Venezia Veneto, sez. I, 22 dicembre 2009, n. 3658, in *Foro amm. TAR*, 2009, 12, 3427.*

<sup>23</sup> In tale ordinanza cautelare si legge: ““Considerato che il ricorso non appare sorretto dal necessario *fumus di fondatezza*, atteso che parte ricorrente sostiene che la controinteressata aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara per aver prodotto una polizza generata in via informatica e sottoscritta con firma digitale, senza alcuna verifica di autenticità della firma digitale o comunque attestazione di conformità;

Visto il bando di gara dell'appalto in questione il cui art. 8 rubricato *cauzione da presentare a pena di esclusione* (peraltro, non impugnato da parte ricorrente), dispone che “l'offerta dei concorrenti deve essere corredata – a pena d'esclusione – di una cauzione provvisoria nella misura e nei modi previsti dall'art.75 del D.Lgs n. 163/2006 (...). Inoltre, la cauzione provvisoria deve contenere l'impegno di un fideiussore a rilasciare in caso di aggiudicazione dell'appalto, a richiesta del concorrente, la relativa cauzione definitiva in favore della stazione appaltante valida fino al collaudo dei lavori. I contratti fideiussori ed assicurativi devono essere conformi allo schema di polizza tipo approvato dal Ministero delle Attività Produttive con decreto 12/03/2004 n. 123 e ss.mm.ii.”;

Rilevato, che il bando e il disciplinare non prescrivono ulteriori oneri formali di documentazione del contratto di fideiussione e soprattutto non prevedono alcuna comminatoria di esclusione dalla partecipazione alla gara per il caso di presentazione della polizza non autenticata o conformizzata, potendo, quindi, l'amministrazione, eventualmente, esercitare il potere di integrazione ex art. 46 del D.lgs. 163/2006 ( cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 29 aprile 2010, n. 1287);

(.....)P.Q.M. - Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia - sezione staccata di Catania - Sezione Prima, respinge la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato con il ricorso indicato in epigrafe.

Per completezza si segnala che tale ultima ordinanza (disponibile sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) è stata impugnata davanti al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, il quale però con ordinanza della Sez. I, 29 giugno 2010, n. 614, inedita, ha rigettato l'appello, così confermando la predetta ordinanza del TAR Catania.

Analogo orientamento è stato recentemente espresso anche dalla Sezione I del TAR Palermo che su ricorso (r.g. 380/2010) vertente sulla richiesta di annullamento previa sospensione dell'ammissione in gara di concorrente che aveva prodotto riproduzione cartacea non conformizzata di cauzione provvisoria costituita mediante polizza assicurativa generata informaticamente e sottoscritta con firma digitale ha reso ordinanza cautelare di rigetto n. 242 del 5 marzo 2010 rilevando che “i motivi di censura dedotti non appaiono, allo stato, supportati da sufficiente *fumus boni iuris*, tale da indurre ad una ragionevole previsione sull'esito favorevole del ricorso”. Giova precisare che anche tale ordinanza è stata confermata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana con ordinanza della Sez. I, 29.06.2010, n. 609, inedita.

In senso contrario si veda però TAR Palermo, Sez. III sentenza n. 4935/2010, depositata in data 12 aprile 2010, in *Guida al Diritto*, 2010, fasc. 23. pag. 91 e ss, con nota di CASTRO, “La commissione non è tenuta a riscontrare l'autenticità del documento di cauzione”. In tale sentenza si afferma è che a tenore del combinato disposto del Dlgs 82/2005 e del DM 123/2004 si avrebbe che, anche in difetto di una specifica previsione contenuta nella disciplina di gara, ai fini della legittima partecipazione ad una gara per l'affidamento di un appalto di lavori pubblici: o la polizza contenente la cauzione provvisoria generata in via informatica viene prodotta in formato informatico, secondo le prescrizioni di cui agli artt. 20-22, d.lg. 7 marzo 2005 n. 82 (cioè riprodotta su supporto digitale), ovvero essa deve essere (ri)prodotta su supporto cartaceo con la previa attestazione di un pubblico ufficiale all'uopo autorizzato della sua conformità all'originale informatico (art. 23 comma 2-bis, d.lgs. n. 82 del 2005).



In ultima analisi, il TAR Catania ha fatto corretta applicazione di principi già affermatasi con riferimento a garanzie costituite secondo le ordinarie modalità cartacee e volti a fare prevalere la sostanza sulla forma.

Al riguardo è stato infatti sottolineato che in difetto di specifiche previsioni di gara sulle modalità di prova della costituzione della garanzia, la stazione appaltante è tenuta a verificare che il documento all'uopo prodotto contenga non solo tutti gli elementi essenziali richiesti dalla disciplina di settore, ma anche tutti gli elementi per potere individuare il soggetto che ha fornito la garanzia e, sussistendo tali elementi, ove sorgano dubbi in ordine all'autenticità della polizza, svolgere le opportune attività integrative per appurare la sussistenza o non di tale autenticità<sup>24</sup>.

---

In altri termini, secondo la Sezione III del TAR Palermo la riproduzione della polizza su supporto informatico non richiede la "conformizzazione", mentre la riproduzione della polizza su supporto cartaceo richiederebbe necessariamente la "conformizzazione".

In mancanza di "conformizzazione" della riproduzione su supporto cartaceo della polizza originata informaticamente, il concorrente dovrebbe essere necessariamente escluso dalla gara anche se il bando nulla prevede al riguardo e ciò perché dal DM 123/2004 si dovrebbe desumere che occorre allegare all'offerta l'originale della polizza assicurativa e/o copia conforme all'originale. Tale sentenza è stata però sospesa dal CGARS con ordinanza n. 533/2010 del 19.05.2010, inedita, resa sul ricorso in appello r.g.n. 610/2010.

<sup>24</sup> Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 710 in *Foro amm. CDS*, 2005, 2, 397.