

Parere n. 70 del 11/06/2009

PREC 30/09/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 presentata dal Parco Nazionale Regionale dei Monti Simbruini – Affidamento del servizio di riparazione e di manutenzione degli automezzi dell'Ente Parco per il periodo 1 gennaio 2009 – 31 dicembre 2011 – Importo a base d'asta: €45.000,00.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13 gennaio 2009, è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale il Parco Naturale Regionale dei Monti Simbruini ha rappresentato di aver indetto, il 19 novembre 2008, la procedura di gara per l'affidamento dei servizi in oggetto e di essersi imbattuto, durante le operazioni di gara, svoltesi in data 22 dicembre 2008, nella seguente situazione.

Una delle tre ditte partecipanti, Ditta Checchi, non ha presentato nella documentazione amministrativa l'attestazione del possesso di idonee referenze rilasciata da un istituto bancario, come richiesto all'articolo 6 del Capitolato speciale d'appalto e per questo è stata esclusa.

Un'altra concorrente, la società Caponera S.r.l., è stata ammessa con riserva per aver presentato l'attestazione dell'istituto bancario in copia e non in busta chiusa e per aver allegato all'istanza di partecipazione la copia del documento di identità senza spillarla all'istanza stessa.

L'operato della stazione appaltante è stato contestato, come si evince dal verbale della seconda seduta di gara, avvenuta in data 23 dicembre 2008: la ditta Checchi ha dichiarato che nell'Allegato modello C non era ricompresa alcuna voce relativa al possesso di idonee referenze bancarie e che, a suo parere, era possibile a norma di legge presentare tale documentazione in sede di gara e su richiesta; inoltre, ha rilevato che nella seduta di gara del giorno precedente non gli era stato richiesto di presentare la documentazione, che dichiara di avere avuto in possesso.

Dal suo canto, la ditta Caponera ha contestato il fatto che la stazione appaltante non abbia richiuso, al termine della prima seduta di gara, le buste non aperte contenenti l'offerta tecnica e l'offerta economica in un plico sigillato per evitare ipotesi di manomissione e/o sostituzione. Al riguardo, il Presidente della Commissione ha, invece, rappresentato che le buste sono state reiserite nei rispettivi plichi di consegna al protocollo dell'Ente e da lui personalmente custodite sotto chiave nell'Ufficio della Direzione, di cui è assicurata la chiusura alle ore 21 del giorno 21 dicembre 2008, quando ha lasciato il medesimo ufficio.

In ordine ai fatti narrati e al proprio operato, il Parco Naturale Regionale dei Monti Simbruini chiede di conoscere il parere dell'Autorità.

Si è, pertanto, proceduto ad avviare l'istruttoria documentale, a riscontro della quale la ditta Checchi ha rappresentato di aver compilato l'istanza di partecipazione secondo il modello "Allegato C" alla documentazione di gara, nel quale non sussiste alcun riferimento alle referenze bancarie. Inoltre, ha rilevato che l'articolo 6 del Capitolato speciale d'appalto prevede che *"la verifica in sede di gara sarà condotta richiedendo la produzione della sotto indicata documentazione probatoria: -*

idonee referenze rilasciate in originale da almeno un istituto bancario” e che, quindi, solo in sede di gara doveva essere prodotta, su esplicita richiesta, l’attestazione dell’idonea documentazione probatoria, di cui la ditta era in possesso.

La società Caponera S.r.l. ha, invece, sostenuto la conformità della propria documentazione alla *lex specialis*, sia in ordine alla avvenuta produzione della dichiarazione dell’istituto bancario in copia, sia in relazione all’aver allegato la copia del documento di identità all’istanza di partecipazione, pur non avendola ad essa spillata.

Ritenuto in diritto

Le problematiche sottoposte a questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati, attengono a diversi aspetti.

Innanzitutto, rilevano i profili concernenti la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria di cui all’articolo 41 del D.Lgs. n. 163/2006, mediante la produzione delle dichiarazioni di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati dal D.Lgs. n. 385/1993, in relazione ai quali occorre accertare, da un lato, la questione della autocertificabilità delle dichiarazioni bancarie da parte dell’impresa concorrente ovvero della necessaria produzione delle dichiarazioni già in sede di offerta e, dall’altro, la questione dell’obbligo di presentare le dichiarazioni stesse in busta chiusa.

Inoltre, si pone necessaria una valutazione sia in ordine alla legittimità di una istanza di partecipazione alla quale sia stata allegata un copia del documento di identità non spillata all’istanza stessa, sia in relazione alla correttezza dell’operato di una stazione appaltante rispetto all’obbligo di custodia dei plichi.

Per i profili inerenti la produzione delle dichiarazioni bancarie, occorre considerare la nuova formulazione dell’articolo 41, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, a seguito delle modifiche introdotte dal D.Lgs. 11 settembre 2008 n. 152, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in questione, alla stregua del quale *“negli appalti di forniture e di servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del D.Lgs. n. 385/1993; b) bilanci o estratti di bilanci dell’impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del D.P.R. n. 445/2000; c) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del D.P.R. n. 445/2000, concernente il fatturato globale dell’impresa e l’importo relativo ai servizi e forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.”* Il successivo comma 4 stabilisce che la dichiarazione di cui al comma 1, lettera a) è presentata già in sede di offerta e che il concorrente aggiudicatario è tenuto ad esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni di cui al comma 1, lettere b) e c).

Fermo restando che per referenze bancarie si intendono le lettere di affidabilità con le quali gli istituti di credito attestano la solidità bancaria dell’impresa, la disposizione menzionata estende anche ai requisiti di capacità economica il principio, già previsto per i requisiti generali di cui all’articolo 38, che consente l’autocertificabilità dei requisiti ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, a condizione che essi vengano successivamente verificati mediante la richiesta delle certificazioni vere e proprie all’aggiudicatario.

Tuttavia l’autocertificabilità, come peraltro si evince dal richiamo espresso che il comma 1 dell’articolo 41 del D.Lgs. n. 163/2006 fa al D.P.R. n. 445/2000, è consentita solo per i mezzi di prova indicati alle lettere b) e c) del medesimo articolo, mentre per quello di cui alla lettera a) il

Legislatore sancisce che il concorrente debba produrre, in ogni caso, le dichiarazioni provenienti da istituti di credito o intermediari finanziari già in sede di offerta, con l'obbligo del concorrente stesso di esibire l'originale in sede di verifica dei requisiti dichiarati. Tale interpretazione è, peraltro, supportata dal parere del Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi del 14 luglio 2008 n. 2357, che si è pronunciato proprio sullo schema del terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici.

Alla luce di tali principi, non può essere ammessa ad una procedura di gara un'impresa concorrente che non abbia corredato la propria istanza di partecipazione della copia delle dichiarazioni degli istituti bancari o degli intermediari finanziari autorizzati, in quanto la stessa risulterebbe priva della dimostrazione della capacità economico-finanziaria, quale requisito speciale richiesto dall'ordinamento per la partecipazione alle procedure di gara.

Nel caso di specie, la concorrente ditta Checchi non ha allegato alla propria istanza di partecipazione le referenze bancarie richieste e ciò ha indotto la stazione appaltante ad escluderla. Considerata l'essenzialità del documento probatorio della capacità economico-finanziaria dell'impresa, mediante il quale la stazione appaltante riesce a conoscere l'affidabilità della stessa, il fatto che un'impresa concorrente, contravvenendo peraltro alle disposizioni di cui al Capitolato speciale d'appalto, non abbia allegato le menzionate dichiarazioni alla propria istanza di partecipazione non può non costituire motivo di esclusione.

Peraltro, rileva altresì che, nel caso di specie, il termine ultimo di presentazione della documentazione di partecipazione era stato fissato nella *lex specialis*, per il giorno 19 dicembre 2008, mentre la dichiarazione bancaria che la ditta Checchi sostiene di aver avuto in possesso già nella prima seduta di gara, avvenuta il 22 dicembre 2008, riporta proprio la data del 22 dicembre 2008 ed è quindi certamente tardiva rispetto al previsto termine di scadenza di presentazione delle offerte.

L'eventuale ammissione di una integrazione documentale di un documento non corredato all'offerta e prodotto successivamente alla scadenza del termine ultimo previsto per la presentazione delle offerte determinerebbe, da parte della stazione appaltante, non solo una violazione delle clausole della *lex specialis*, a cui la stessa si è autovincolata al momento della loro determinazione, ma produrrebbe anche una violazione della *par condicio* nei confronti dei concorrenti che invece hanno provveduto a corredare la documentazione amministrativa delle prescritte dichiarazioni nei termini indicati.

Quanto alla mancata previsione nell'allegato modello C, "Istanza di partecipazione" di alcun riferimento alle dichiarazioni bancarie, essa trova giustificazione proprio nel dettato normativo di cui all'articolo 41 del D.Lgs. n. 163/2006, nel testo modificato dal terzo decreto correttivo, che non consente l'autocertificabilità delle dichiarazioni bancarie, ma prevede che copia delle medesime sia fornita in sede di gara e che esse siano poi comprovate in fase di controllo sul possesso dei requisiti ex articolo 48, mediante produzione dell'originale delle dichiarazioni medesime.

Inconferente appare il rilievo dell'impresa alla prescrizione del Capitolato speciale d'appalto che sancisce come "*la verifica in sede di gara sarà condotta richiedendo la produzione della sotto indicata documentazione probatoria: - idonee referenze bancarie rilasciate in originale da almeno un istituto di credito.*" La disposizione, infatti, è preceduta dalla seguente proposizione "*Le dichiarazioni richieste per la presente gara relativamente al possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria sono soggette al controllo dell'articolo 48 del D.Lgs. n. 163/2006.*"

La lettura congiunta delle due enunciazioni rende chiaro come la produzione in sede di gara dell'originale delle dichiarazioni bancarie si incardina nel sub-procedimento di controllo sul possesso dei requisiti; in tanto può avvenire un controllo sui requisiti effettivamente posseduti, in quanto i medesimi siano stati dichiarati o prodotti in copia in una fase antecedente. Diversamente opinando la fase di controllo ex articolo 48 perderebbe la propria funzione di verifica dei requisiti, diventando invece un momento ulteriore in cui le imprese concorrenti possono produrre quanto non dimostrato in sede di presentazione dell'istanza di partecipazione.

In tal modo si aprirebbe il varco per una sorta di legittimazione dell'integrazione documentale dei requisiti speciali richiesti, svilendo sia la *ratio* sottesa all'istituto sia i principi in materia di contratti pubblici, primo tra tutti il principio di *par condicio*.

Per quanto concerne poi il mancato inserimento della dichiarazione bancaria prodotta in una apposita busta chiusa, si rileva come un'eventuale ed ulteriore formalità in tal senso dovrebbe essere prevista dalla *lex specialis*, nella descrizione delle modalità di presentazione delle offerte.

Nel caso di specie, non è rinvenibile nel Capitolato speciale d'appalto nessun tipo di prescrizione in tal senso, essendo esclusivamente sancito che gli offerenti devono presentare tre buste, ("documentazione amministrativa", "offerta tecnica" e "offerta economica"), ciascuna delle quali costituisce un autonomo plico, da presentare appositamente chiuso e con sigilli e controfirme del legale rappresentante dell'impresa sui lembi di chiusura e che tutte e tre debbano essere contenute in un apposito plico.

Non essendo prevista alcuna specifica formalità in ordine alla presentazione della dichiarazione dell'istituto bancario o dell'intermediario finanziario e considerato che l'articolo 41 del D.Lgs. n. 163/2006 consente di produrre una copia della dichiarazione dell'istituto bancario, rinviando la produzione dell'originale al successivo momento di controllo dei requisiti, non sembrano sussistere motivi per escludere la società Caponera S.r.l.

Appare quindi sotto tale profilo non giustificata l'ammissione con riserva disposta nei confronti della concorrente.

In ordine alla questione concernente la necessità di spillare all'istanza di partecipazione la copia del documento di identità allegato, si precisa che la disposizione di cui all'articolo 38, comma 3, del D.P.R. n. 445/2000 prevede: "*Le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi della amministrazione pubblica o ai gestori o esercenti di pubblici servizi sono sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore. La copia fotostatica del documento è inserita nel fascicolo.*"

Considerato che, secondo l'ormai consolidato orientamento interpretativo, la produzione della copia del documento di identità costituisce elemento costitutivo della fattispecie descritta dal menzionato articolo 38, in quanto essa conferisce legale autenticità alla sua sottoscrizione apposta in calce a una istanza o a una dichiarazione e serve a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione a una determinata persona fisica, tale finalità non verrebbe disattesa interpretando la citata disposizione nel senso che sia sufficiente ai fini della conformità dell'autocertificazione la contestuale produzione dell'autocertificazione e del documento di identità.

Pertanto, nel caso di specie, il fatto che la società Caponera abbia presentato un'istanza di partecipazione con allegata una copia del documento di identità non spillata è conforme alla

normativa in materia amministrativa e, pertanto, non costituisce motivazione per ammettere con riserva l'impresa concorrente.

Per quanto concerne, infine, la questione attinente all'eventuale violazione degli obblighi di custodia dei plichi, che avrebbe potuto determinare alterazioni o manomissioni dei plichi stessi, rileva il fatto che, come precisato nel verbale di gara del 23 dicembre 2008, la Commissione ha adottato le modalità che ha ritenuto opportune per garantire l'integrità dei plichi e la segretezza delle offerte, provvedendo a controfirmare le buste contenenti l'offerta economica e tecnica, reinserirle nei plichi di consegna e custodirle sotto chiave nell'Ufficio della Direzione. Peraltro, l'eventuale inefficacia delle modalità di custodia adottate non è stata dimostrata dal verificarsi di specifiche alterazioni della documentazione prodotta.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato del Parco Naturale dei Monti Simbruini è conforme alla normativa di settore per quanto concerne l'esclusione della ditta Checchi e la modalità di custodia dei plichi delle offerte, mentre la società Caponera S.r.l. doveva essere ammessa senza riserva.

I Consiglieri Relatori: Andrea Camanzi, Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30/06/2009