

Parere n. 78 del 30/07/2009

PREC 18/09/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Cusano Mutri – Appalto dei lavori di manutenzione generale e gestione tecnica, amministrativa ed operativa del pubblico acquedotto comunale – Importo a base d'asta €109.125,00 – S.A.: Comune di Cusano Mutri (BN).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 25 novembre 2008 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale il Comune di Cusano Mutri ha rappresentato di aver indetto la procedura di gara in oggetto alla quale hanno partecipato tre concorrenti e di aver proceduto, al termine delle operazioni di gara, all'aggiudicazione provvisoria nei confronti del raggruppamento temporaneo di imprese A.T.I. FRA.MAR. S.r.l. – Titerno Costruzioni S.r.l., provvedendo altresì, in data 9 ottobre 2008, a richiedere all'aggiudicatario la comprova dei requisiti dichiarati in sede di gara ai sensi dell'articolo 48, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006.

A fronte di tale richiesta, le imprese costituenti il raggruppamento hanno fatto pervenire, in data 24 ottobre 2008, soltanto una parte della documentazione necessaria ed hanno provveduto solo in seguito ad integrare l'ulteriore documentazione.

Successivamente, la ditta Mastrillo Francesco, con atto di diffida, ha contestato l'operato dell'Amministrazione, sostenendo che, come aveva già rappresentato in sede di gara, l'offerta presentata dall'A.T.I. FRA.MAR. S.r.l. e Titerno Costruzioni S.r.l. conteneva una "firma prodotta in fotocopia" e che, pertanto, doveva essere esclusa.

Con riferimento a quanto rappresentato, il Comune di Cusano Mutri intende conoscere il parere dell'Autorità in relazione alla validità, ai fini dell'ammissione alla gara, di un'offerta con apposte in calce le sottoscrizioni dei rappresentanti legali in copia, anziché in originale, nonché in ordine alla ammissibilità della produzione, oltre il termine prescritto, di documenti volti a comprovare i requisiti dichiarati in sede di gara.

Si è, pertanto, avviata l'istruttoria procedimentale, a riscontro della quale la Società FRA.MAR. S.r.l., capogruppo dell'A.T.I. FRA.MAR. S.r.l. – Titerno Costruzioni S.r.l., ha confermato la legittimità dell'operato della Stazione Appaltante, mentre la controinteressata ditta Mastrillo Francesco ha rappresentato di aver già in sede di gara manifestato dubbi sulla conformità dell'offerta prodotta dal raggruppamento aggiudicatario, avendo riscontrato che la stessa era in fotocopia a colori, ivi comprese le firme ed ha sostenuto la necessità che l'operato dell'Amministrazione sia annullato in autotutela, provvedendo all'aggiudicazione del contratto in proprio in favore.

Ritenuto in diritto

Le problematiche sottoposte a questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati, attengono a due aspetti: da un lato, si pone la questione della ammissibilità di un'offerta sottoscritta in copia anziché in originale, dall'altro, si rimette la valutazione concernente la natura ordinatoria ovvero perentoria del termine indicato all'articolo 48, comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006, da cui dipende la legittimità o meno di una documentazione a comprova dei requisiti speciali dichiarati in sede di gara, prodotta oltre il termine previsto.

Quanto alla prima questione, concernente l'ammissibilità di un'offerta sottoscritta in copia anziché in originale, si evidenzia che è orientamento costante quello che riconosce alla sottoscrizione di un documento la funzione di strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento stesso che consente, pertanto, di risalire alla paternità dell'atto e renderlo vincolante verso i terzi, destinatari della manifestazione di volontà (in tal senso, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 5547 del 7 novembre 2008).

In tale ottica è considerato che l'offerta è qualificabile come la dichiarazione di volontà del privato volta alla costituzione di un rapporto giuridico con l'Amministrazione, la sua sottoscrizione assolve alla funzione di assicurare la provenienza, la serietà, l'affidabilità e l'insostituibilità dell'offerta stessa.

Proprio la specifica funzione attribuita alla sottoscrizione giustifica, da un lato, che essa sia una condizione essenziale per la sua ammissibilità, tanto sotto il profilo formale, quanto sotto il profilo sostanziale e, dall'altro, l'esigenza che, ai fini dell'ammissibilità dell'offerta, la sottoscrizione non solo non possa mancare, ma debba anche essere apposta in originale, onde scongiurare il rischio di eventuali manomissioni che pregiudicherebbero l'attendibilità dell'offerta e la sua insostituibilità.

Per tali ragioni, fermo restando che è compito della Stazione Appaltante accertare che la sottoscrizione apposta in calce all'offerta sia in copia e non in originale, si evidenzia che, qualora tale accertamento dovesse confermare l'ipotesi sottoposta alla valutazione di questa Autorità, la Stazione Appaltante sarebbe tenuta ad escludere il concorrente dalla gara.

Per quanto riguarda il secondo profilo, concernente il mancato rispetto del termine previsto per la dimostrazione dei requisiti speciali dichiarati in sede di gara, occorre considerare che l'articolo 48 del D.Lgs. n. 163/2006 sancisce un apposito procedimento per il controllo dei requisiti di carattere speciale stabilendo, al primo comma, un controllo a campione dei requisiti dichiarati in sede di gara con la produzione della documentazione entro dieci giorni da parte dei concorrenti, nonché prevedendo, al secondo comma, che la Stazione Appaltante provveda, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, ad un controllo sui requisiti dell'aggiudicatario e del concorrente che segue in graduatoria, qualora non compresi tra i concorrenti sorteggiati.

In relazione alla natura del termine entro cui produrre i documenti, mentre è unanimemente riconosciuto carattere perentorio ed inderogabile al termine relativo al controllo a campione (primo comma), per quanto concerne invece il termine per il controllo dei requisiti dell'aggiudicatario (secondo comma), gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali oscillano tra il riconoscere ad esso natura ordinatoria ovvero perentoria.

Tuttavia, al riguardo, il recente atto di regolazione adottato dall'Autorità, con determinazione n. 5 del 21 maggio 2009 ha specificato che la formulazione della norma, nel prevedere che "la richiesta

di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria" fa specifico riferimento al termine di dieci giorni entro cui la Stazione Appaltante deve inoltrare la richiesta ai soggetti indicati; trattandosi, pertanto, di un termine relativo allo svolgimento di un pubblico potere, non può che avere natura sollecitatoria.

Si è, conseguentemente, ritenuto che l'Amministrazione possa legittimamente fissare nella richiesta inoltrata ai due concorrenti un termine per l'adempimento, ma poiché i termini stabiliti all'interno del procedimento hanno natura ordinatoria, se la legge diversamente non statuisce o se dalla loro osservanza non discende decadenza, appare non giustificato un atteggiamento intransigente della Stazione Appaltante e, per contro, legittima la possibilità di un'integrazione documentale, non essendovi più esigenze di *par condicio* tra i concorrenti, purché tale integrazione avvenga in termini brevissimi.

Ciò anche tenuto conto che l'Amministrazione può valutare, in considerazione dell'interesse pubblico all'affidamento del contratto al concorrente che ha prodotto l'offerta più conveniente, di addivenire ugualmente alla stipulazione del contratto con il primo o, in subordine, con il secondo graduato, consentendo correzioni o integrazioni documentali, nonché la comprova relativa al possesso dei requisiti in esame in ritardo.

Alla luce delle menzionate argomentazioni, fermo restando che è compito della Stazione Appaltante accertare l'eshaustività dei documenti prodotti dall'aggiudicatario provvisorio ai fini dell'aggiudicazione definitiva, si rappresenta che, qualora gli stessi fossero ritenuti insufficienti, l'Amministrazione può legittimamente ammettere l'integrazione documentale necessaria.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il Comune di Cusano Mutri:

- nell'accertare che la sottoscrizione apposta in calce all'offerta sia in copia e non in originale, deve provvedere ad escludere il concorrente dalla gara.
- nel verificare l'eventuale non exhaustività della prescritta documentazione idonea a comprovare il possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara da parte dell'aggiudicatario ATI FRA.MAR. S.r.l. – Titerno Costruzioni S.r.l., deve consentire l'integrazione documentale.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra; Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 11 Settembre 2009