

Parere n. 38 del 24 febbraio 2011

PREC 288/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Minerva srl Onlus - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di asilo nido presso la AUSL di Frosinone - Importo a base d'asta €480.000,00 – S.A.: AUSL Frosinone.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 22 novembre 2010 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe indicata, con la quale la cooperativa Minerva srl ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito all'esclusione dalla gara indicata in oggetto, per non aver presentato la documentazione richiesta ex art. 48 D. Lgs. n. 163/2006 nella forma indicata dalla stazione appaltante.

L'istante riferisce di aver partecipato alla procedura di gara per l'affidamento del servizio di asilo nido presso l'AUSL di Frosinone. Nell'ambito di tale procedura la Cooperativa è stata sorteggiata ex art. 48 D.Lgs. n. 163/2006, per comprovare il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica dichiarati in sede di gara. Più precisamente con nota del 2.10.2010 la stazione appaltante ha richiesto all'istante di produrre, pena l'esclusione, in originale o in copia autentica la documentazione comprovante ai sensi degli artt. 41 e 42 del D.Lgs. n. 163/2006 la realizzazione del fatturato globale e lo svolgimento negli ultimi tre esercizi dei servizi socio educativi richiesti dalla *lex specialis* insieme all'elenco dei servizi socio-educativi posti in essere presso strutture pubbliche o private con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari dei servizi.

La Cooperativa, avvalendosi di quanto disposto dall'art. 19 del D.P.R. 445/2000, in data 4.11.2010 ha prodotto in copia conforme: a) le dichiarazioni dei redditi (Modello unico) riferite al periodo di imposta 2007-2008-2009; b) le fatture riferite al servizio specifico di asilo nido svolto nel triennio di riferimento; unitamente all'elenco dei servizi socio-educativi posti in essere presso strutture pubbliche o private con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari dei servizi.

In data 8.11.2010 si è riunita la Commissione di gara e, vista la documentazione presentata dall'istante, ha ritenuto che quest'ultima non fosse conforme a quella richiesta dalla stazione appaltante e, conseguentemente, non ha ammesso alla successiva fase di gara la cooperativa Minerva srl. In seguito, con nota del 19.11.2010, la stazione appaltante ha proceduto all'esclusione dell'istante, motivando come segue: *“la commissione aggiudicatrice della procedura in oggetto nella seduta pubblica del 8.11.2010 (verbale n.2) non ha ammesso codesta ditta alle fasi successive di gara poiché ha prodotto la documentazione in copia autocertificata e non in originale o in copia autentica da pubblico ufficiale, come da noi richiesto con nota prot. 4300/SCP del 20.10.2010”*.

L'istante censura il predetto provvedimento di esclusione sotto distinti profili. Preliminarmente assume la violazione dell'art. 7, comma 1, l. 241/90 per non aver la stazione appaltante fatto precedere il provvedimento in esame da rituale comunicazione all'interessata di avvio del procedimento.

Nel merito lamenta la violazione dell'art. 19 D.P.R. n. 445/2000, della determinazione dell'AVCP n. 5 del 21.5.2009 e della circolare UCAG del Ministero dell'Interno n. 1 del 6.3.2001. L'istante ritiene che nel caso in esame poteva ex art. 19 D.P.R. n. 445/2000 presentare la documentazione richiesta dalla stazione appaltante in copia conforme all'originale. Al riguardo richiama sia la circolare n. 1 del 6.3.2001 emanata dal Ministero dell'Interno, relativa ai casi in cui è possibile sostituire l'autentica di copia di un documento con la dichiarazione di conformità all'originale, sia la determinazione di questa Autorità n. 5/2009 ed, in particolare, il punto 2.5, dove si afferma che in assenza di una esplicita indicazione nella *lex specialis* circa i documenti da presentare a comprova dei requisiti dichiarati con la domanda di partecipazione alla gara, è ammissibile che il concorrente dimostri il possesso degli stessi con i documenti probatori da lui ritenuti più idonei, ed il successivo punto 6, dove si precisa che non si può escludere l'utilizzabilità della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai fini della conformità all'originale dei documenti, rilasciati da amministrazioni o enti pubblici.

L'istante, infine, lamenta una disparità di trattamento con i concorrenti, ai quali la stazione appaltante ha rivolto l'invito a regolarizzare la documentazione formalmente imperfetta, in applicazione del principio del *favor participationis* e, quindi, ritiene che, se effettivamente avesse compiuto l'asserito errore di forma, la stazione appaltante avrebbe dovuto consentirle ex art. 46 D.Lgs. n. 163/2006 di sanare la riscontrata irregolarità formale. Ciò anche in considerazione delle peculiari sanzioni disposte dal citato art. 48 (incameramento automatico della cauzione provvisoria, segnalazione del fatto all'AVCP, eventuale sanzione pecuniaria di cui all'art. 6, comma 11, D. Lgs. n. 163/2006, eventuale sanzione interdittiva da uno a 12 mesi) e di quanto affermato da questa Autorità nella determinazione n. 5/2009, punto 4.1., sulla possibilità per la stazione appaltante che proceda ex art. 48 di prorogare il termine di dieci giorni per gli opportuni completamenti o chiarimenti.

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha confermato la legittimità del proprio operato. In particolare ha osservato che la cooperativa Minerva srl in sede di gara ha autodichiarato il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria, successivamente, essendo stata sorteggiata ex art. 48 D.Lgs. n. 163/2006, ha presentato nella stessa forma di autodichiarazione i documenti richiesti a comprova dei medesimi requisiti. In tal modo, secondo la stazione appaltante, non sarebbe possibile riscontrare che quanto dichiarato dalla Cooperativa sia rispondente al vero, essendo necessario a tal fine l'esibizione della documentazione in originale o in copia resa conforme da un pubblico ufficiale.

Ritenuto in diritto

Iniziando la disamina dal gravame introduttivo, si osserva che è infondata la censura con la quale l'istante fa valere l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento di esclusione, in quanto, come rilevato da costante giurisprudenza del tutto condivisibile, quello di esclusione è un subprocedimento all'interno del più ampio procedimento di gara e, come noto, per i subprocedimenti non v'è la necessità della comunicazione di avvio (Cons. Stato, Sez. V, 3.9.2009 n. 5171, TAR Calabria-Catanzaro, Sez. II, 12.3.2009 n.284, Cons. Stato, Sez. V, 30.11.2007 n.6140). In tal caso, infatti, non si rinviene la necessità, che costituisce la *ratio* della norma dettata dall'art. 7 L. n.241/90, di portare a conoscenza degli interessati l'esistenza di quel procedimento, di cui gli stessi sono già informati per il fatto di aver partecipato alla gara. In altri termini nel caso in esame è già instaurato quel contraddittorio funzionale secondo la previsione dell'art. 7 l. 241/90 a consentire ai soggetti interessati di intervenire nel procedimento e collaborare con l'Amministrazione mediante la rappresentazione degli elementi di fatto, la produzione di memorie e documenti, utili alla completezza dell'istruttoria ed ad una migliore ponderazione degli interessi incisi dall'emanando provvedimento.

Passando al merito, si osserva che è fondata la censura relativa alla violazione dell'art. 19 D.P.R. n. 445/2000. Come precisato da questa Autorità con determinazione n. 5/2009 i requisiti di capacità

economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale per le imprese esecutrici di lavori pubblici, per i fornitori e per i prestatori di servizi, previsti, rispettivamente, dagli artt. 28, comma 1, lett. a), b) e c), del D.P.R. n. 34/2000, dall'art. 41, comma 1, lett. b) e c) e dall'art. 42, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006 possono essere provati dai concorrenti in sede di gara mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del D.P.R. del 28 dicembre 2000, n. 445. La loro sussistenza è, poi, accertata dalla stazione appaltante in base all'art. 48 D. Lgs. n. 163/2006, richiedendo ai concorrenti sorteggiati e ai primi due classificati la documentazione probatoria, che gli stessi sono tenuti ad esibire a conferma delle dichiarazioni rilasciate.

Nel caso di specie la stazione appaltante con nota del 2.10.2010 ha richiesto espressamente alla concorrente di comprovare il possesso dei requisiti dichiarati mediante l'esibizione dei relativi documenti in "originale" o "copia autentica", senza specificare – contrariamente a quanto dalla stessa riportato nel provvedimento di esclusione e nella nota inoltrata a questa Autorità – che tale copia dovesse essere autenticata da un pubblico ufficiale.

Conseguentemente, la locuzione "copia autentica" deve essere letta in conformità alla disciplina legislativa di carattere generale (applicabile anche alle procedure di scelta del contraente per espressa disposizione dell'art. 77bis D.P.R. n. 445/2000) contenuta negli artt. 18 e 19 D.P.R. n. 445/2000, dal cui combinato disposto risulta che il legislatore - pur nei limiti fissati dal predetto art. 19 - ha introdotto una modalità alternativa all'autenticazione di copie, che coinvolge direttamente il soggetto privato, il quale mediante dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, può attestare, per proprio conto, che è conforme all'originale la copia di: - un documento conservato o rilasciato da una Pubblica amministrazione; - una pubblicazione; un titolo di studio; - un titolo di servizio; un documento fiscale che deve essere obbligatoriamente conservato dal privato (Cfr. TAR Lazio, Sez. II, 8.7.2009 n. 6670).

L'art. 18, comma 1, del D.P.R. n. 445/2000 rubricato "Copie autentiche", stabilisce, infatti, che "esse possono essere validamente prodotte in luogo degli originali" e il successivo art. 19 rubricato "Modalità alternative all'autenticazione di copie" prevede che "la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà di cui all'art. 47 può riguardare anche il fatto che la copia di un atto o di un documento conservato o rilasciato da una pubblica amministrazione (...) sono conformi all'originale. Tale dichiarazione può altresì riguardare la conformità all'originale della copia dei documenti fiscali che debbono essere obbligatoriamente conservati dai privati".

A quest'ultima fattispecie normativa è ascrivibile la documentazione (copia dei modelli unici e delle fatture fiscali) presentata ex art. 48 alla stazione appaltante dall'istante, il quale ha legittimamente utilizzato la modalità alternativa all'autenticazione di copie, essendo tale facoltà ammessa direttamente dal legislatore e non espressamente esclusa dalla stazione appaltante.

In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa, la quale ha affermato che la disposizione di cui al predetto art. 19 "in linea di principio trova applicazione anche in carenza di un espresso richiamo da parte del bando e della disciplina di gara in genere, e che è capace di soddisfare l'interesse della stazione appaltante di disporre di adeguata certezza in ordine al possesso dei requisiti tecnici dell'impresa concorrente" (Cons. Stato, Sez. VI, 19.1.2007 n. 121).

Non si ignora l'esistenza di una giurisprudenza più recente secondo cui in sede di controlli a campione ex art 48 D.Lgs. 163/2006 i requisiti di capacità economico-finanziaria non possono essere dimostrati mediante dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, salvo i casi in cui si tratti di dimostrare il possesso di documenti che siano in possesso dell'amministrazione o che, comunque, essa stessa è tenuta a certificare (cfr. TAR Calabria Catanzaro, Sez. II, 11.5.2010 n. 77), ma si ritiene di non poter condividere tale impostazione, stante, da un lato, il tenore dell'art. 77-bis D.P.R. 445/2000, secondo cui "le disposizioni in materia di documentazione amministrativa contenute nei capi II e III si applicano a tutte le fattispecie in cui sia prevista una certificazione o altra attestazione, ivi comprese quelle concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali, salvo che queste siano espressamente richiamate dall'articolo 78" e, dall'altro, l'assenza nel caso di specie di una specifica previsione e/o motivazione della stazione appaltante in merito

alla non surrogabilità del documento in originale o copia autentica con la dichiarazione sostitutiva di notorietà in funzione di interessi prevalenti rispetto a quelli della mera semplificazione. Resta da verificare a questo punto, se la dichiarazione resa dall'istante ex art. 19 D.P.R. n. 445/2000 abbia i requisiti di forma richiesti dal legislatore, perché si possa in concreto attribuire alla dichiarazione in esame carattere alternativo rispetto all'autentica di cui al citato art. 18. Al riguardo la giurisprudenza ha chiarito che *“nel caso di produzione di dichiarazioni e documenti in una gara d'appalto, da parte di una società, le prescrizioni dettagliate di cui all'18 D.P.R. n. 445/2000 (circa il contenuto dell'attestazione di conformità di copie rese da pubblico ufficiale o da altro soggetto autorizzato) non sono applicabili qualora si provveda all'autenticazione tramite la dichiarazione sostitutiva di cui all'art. 19 dello stesso D.P.R.; in tal caso, infatti, si opera un rinvio alle dichiarazioni sostitutive di notorietà di cui al successivo art. 47, i cui requisiti di forma sono quelli indicati dall'art. 38 del medesimo D.P.R., e ciò, allo scopo di realizzare la massima collaborazione tra cittadino e Amministrazione, nell'ottica della semplificazione a cui è informata tale normativa”*(Cons. Stato, Sez. V, 17.05.2007 n. 2521). In particolare il predetto art. 38 richiede che la dichiarazione sostitutiva di atto notorio sia sottoscritta dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritta e presentata unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore.

Ebbene la documentazione presentata dall'istante soddisfa i predetti requisiti di forma, conseguentemente la Commissione di gara ha errato nel ritenere tale documentazione non conforme a quella richiesta dalla stazione appaltante. Se avesse operato correttamente, la Commissione, accertata la predetta conformità, avrebbe dovuto passare a verificare sulla base delle risultanze probatorie la veridicità delle dichiarazioni rese dalla cooperativa Minerva srl ai fini dell'ammissione alla gara, ed eventualmente disporre che quest'ultima venisse esclusa solo nell'ipotesi in cui tale indagine avesse avuto un riscontro negativo, ma ciò non è avvenuto. Quanto all'ulteriore censura concernente la violazione della *par condicio* dei concorrenti per non aver consentito all'istante di regolarizzare la documentazione presentata, diversamente da quanto fatto per altri concorrenti, la doglianza appare generica, non dimostrata e, comunque, assorbita dalle considerazioni appena svolte.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara della cooperativa Minerva soc. coop. soc. ed integrata a r.l. – Onlus non sia conforme alla disposizione dell'art. 48 D.Lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 11 marzo 2011

Il Segretario: Maria Esposito