

Parere n. 39 del 10 marzo 2011

PREC 95/10/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Simic Sistemi s.r.l. – Fornitura di un sistema di rilevamento e monitoraggio degli automezzi dell'Ente Foreste della Regione Autonoma della Sardegna e relativo software di gestione – Importo a base d'asta € 710.000,00 – S.A.: Ente Foreste della Sardegna.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 6 aprile 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Sismic Sistemi s.r.l. ha contestato l'esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento della fornitura in oggetto, disposta dall'Ente Foreste della Sardegna, in qualità di stazione appaltante, in quanto il contratto di avvalimento ex art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 stipulato con la ditta Simoco Italia s.r.l. nonché la dichiarazione circa il possesso del requisito oggetto di avvalimento e la dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti di ammissione alla gara, rilasciate ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. n. 445/2000 non erano stati sottoscritti in originale dal legale rappresentante della ditta ausiliaria.

Nello specifico, l'impresa istante ha rappresentato che il legale rappresentante dell'impresa Simoco Italia s.r.l. le aveva inviato, tramite *mail* certificata la scansione: – della dichiarazione con la quale la predetta impresa ausiliaria indicava di possedere il requisito tecnico richiesto; – della dichiarazione sostitutiva resa ai sensi del D.P.R. n. 445/2000; – del relativo contratto di avvalimento, tutti debitamente sottoscritti. Una volta ricevuti tali documenti scansionati, il legale rappresentante della Simic Sistemi s.r.l. sottoscriveva a sua volta il contratto e lo inseriva assieme alle citate dichiarazioni di Simoco Italia s.r.l. nella busta contenente la documentazione poi prodotta alla stazione appaltante a corredo dell'offerta. Ad avviso dell'istante Simic Sistemi s.r.l. la documentazione prodotta nella suddetta forma è da ritenersi valida ed efficace ai fini della partecipazione alla procedura di gara in oggetto, non trattandosi di mere copie fotostatiche – come asserito dalla stazione appaltante – ma potendosi ritenere il contratto di avvalimento "originale" e non trovando applicazione all'istituto dell'avvalimento la disciplina prevista dal D.P.R. n. 445/2000 in materia di dichiarazioni sostitutive, atteso che l'art. 49 nulla prevede sul punto. In subordine l'istante ha chiesto di considerare applicabile l'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, con conseguente possibilità di integrare la documentazione già prodotta.

A seguito dell'istruttoria avviata da questa Autorità in data 20 aprile 2010, l'Ente Foreste della Sardegna ha presentato una propria memoria nella quale, in sostanza, ha difeso il proprio operato, deducendo che la disposta esclusione avrebbe rappresentato, nella circostanza, un atto vincolato,

insuscettibile di riesame. Infatti, la sottoscrizione apposta sui documenti prodotti dall'istante Simic Sistemi s.r.l. – sopra menzionati – risultava essere una mera riproduzione fotostatica della firma del legale rappresentante dell'impresa ausiliaria Simoco Italia s.r.l., in violazione di quanto prescritto dall'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 e dagli artt. 38 e 47 del D.P.R. n. 445/2000, e ciò avrebbe impedito la possibilità di accertare l'effettiva volontà della ditta ausiliaria di impegnarsi al fine di colmare la carenza del requisito di capacità tecnico-organizzativa richiesto alla partecipante impresa Sismic Sistemi s.r.l.. La stazione appaltante ha dedotto, inoltre, che, in mancanza della sottoscrizione autografa della documentazione prodotta a corredo dell'offerta, sarebbe impedita la regolarizzazione postuma, evocata in subordine dall'impresa istante.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto riguarda l'ammissibilità alla gara dell'impresa concorrente Simic Sistemi s.r.l. che ha prodotto la documentazione concernente l'avvalimento priva di sottoscrizione autografa in originale da parte del rappresentante legale dell'impresa ausiliaria.

In merito, si deve rilevare che appare legittima l'esclusione operata dalla stazione appaltante alla luce del disposto di cui all'art. 49, comma 2, lett. f) del D.Lgs. n. 163/2006, il quale impone al concorrente, che intende utilizzare l'istituto dell'avvalimento, di presentare, *"in originale o copia autentica, il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto"*. E ciò in aggiunta ad una dichiarazione della impresa ausiliaria di analogo ma non identico tenore, ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. d), essendo quest'ultima rivolta *"verso il concorrente e verso la stazione appaltante"*.

In via generale, infatti, su di un piano formale, appare evidente che la mancanza di sottoscrizione autografa originale, da parte del rappresentante legale dell'impresa ausiliaria del contratto di avvalimento, a fronte della necessaria forma scritta *ad substantiam* ex art. 1350, n. 13 c.c. – come ha osservato la stazione appaltante – non consente di attribuire con la necessaria certezza il documento al suo autore ed il relativo negozio ad una volontà validamente espressa, con ciò risultando evidentemente il contratto voluto dalla norma formalmente privo di valore alcuno, con conseguente inevitabile esclusione dalla gara per mancanza di un documento di rito.

Lo stesso dicasi per la mancata sottoscrizione autografa originale delle dichiarazioni prodotte dalla concorrente Simic Sistemi s.r.l.. In argomento, questa Autorità ha già avuto modo di pronunciarsi (si veda, ad esempio, pareri n. 78 del 30 luglio 2009 e n. 31 del 10 febbraio 2010) rilevando 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, si giustifica che la sottoscrizione non solo non possa mancare, ma debba anche essere apposta in originale, onde scongiurare il rischio di eventuali manomissioni che pregiudicherebbero la stessa attendibilità dell'offerta e la sua insostituibilità.

È, peraltro, vero che l'ordinamento conosce casi particolari di strumenti sostitutivi, considerati equipollenti della sottoscrizione autografa originale dell'autore del documento (si vedano gli artt. 2705 c.c.; 3 del D.Lgs. n. 39/1993; 2354 c.c.), ma, proprio perché si tratta di casi particolari specificamente previsti da singole norme, ne appare evidente l'eccezionalità rispetto alla regola generale che impone la sottoscrizione autografa del documento, dovuta ad esigenze di ordine pratico e particolare, con conseguente impossibilità di estenderne l'applicazione a casi diversi e comunque non assimilabili. Esigenze particolari che, ovviamente, nella specie non ricorrono; né,

infine, contrariamente a quanto si potrebbe diversamente argomentare, valorizzando la libertà di forme prevista dalle direttive appalti, appare all'evidenza configurabile, nell'obbligo di sottoscrizione autografa del contratto, un ostacolo ai principi della concorrenza. Inutilmente, perciò, l'impresa istante tenta di aggirare l'ostacolo con argomentazioni le quali, quantunque non prive di un qualche apparente fondamento logico, finiscono inevitabilmente per cozzare contro il tenore testuale ed inequivocabile della previsione normativa sopra richiamata. Così, mentre da un lato appare agevole considerare irrilevante il fatto che la disciplina specifica dell'avvalimento taccia sul punto, essendo ovvio che la disciplina legale vale ad integrare la disciplina di gara imponendone necessariamente l'osservanza da parte della stazione appaltante, dall'altro sarebbe del tutto inconferente rilevare una presunta pleonasticità del doppio impegno della impresa ausiliaria – nei confronti sia dell'impresa ausiliata che della stazione appaltante – richiesto dal medesimo art. 49, comma 2, lett. d). Né vale, in contrario, addurre che nell'ordinamento interno non è previsto uno schema o un tipo specifico di contratto di avvalimento tra imprese, per trarne la conseguenza che il contratto – peraltro richiesto dalla lettera f) del comma 2 dell'art. 49 tra gli atti da presentare a cura dell'impresa concorrente a gara pubblica d'appalto – potrebbe rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza potrebbe essere provata in qualunque modo idoneo, essendo al riguardo sufficiente, a tacer d'altro, osservare che una tale interpretazione si porrebbe in evidente contrasto con la previsione di cui all'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006. Quest'ultimo, infatti, oltre alla dichiarazione suddetta prevede espressamente anche il contratto, in forma scritta, e non già in qualunque (altra) forma (si veda, in tal senso, TAR Piemonte, Sez. II, sentenza 17 marzo 2008 n. 430, nella quale si afferma appunto che sono necessari sia la dichiarazione dell'impresa ausiliaria che il contratto tra questa e l'impresa ausiliata). Non si ritiene, infine, che la stazione appaltante avrebbe potuto-dovuto chiedere chiarimenti ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/06, nel presupposto che comunque la volontà delle due imprese di collaborare risultava chiara negli atti del procedimento. Appare sufficiente considerare, al fine di poter escludere la fondatezza di tale assunto, che nella specie l'unica possibile integrazione sarebbe stata non già la semplice regolarizzazione formale di un documento per il resto esistente, quanto la sostituzione integrale di un documento da ritenersi radicalmente privo di validità alcuna; ciò che, per di più, avrebbe sicuramente costituito una sicura violazione della *par condicio* tra i partecipanti ed esposto la stazione appaltante ad una prevedibile reazione in sede giurisdizionale (TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 9 marzo 2002, n. 591; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 2 luglio 2007, n.6422; Consiglio di Stato, Sez. V, 9 novembre 2009, n.6974).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara dell'impresa Simic Sistemi s.r.l. disposta dall'Ente Foreste della Sardegna sia conforme alla normativa di settore ed ai principi in materia di procedure ad evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 marzo 2011

Il Segretario: Maria Esposito