

Parere n. 218 del 18 dicembre 2013

PREC 227/13/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di San Bartolomeo in Galdo – “Affidamento del servizio di trasporto scolastico per l’anno 2013/2014”. Importo a base di gara €80.000,00 – S.A. Comune di San Bartolomeo in Galdo.

Documento identità offerta economica. Requisiti professionali ex art. 39 D.Lgs. n. 163/2006. Avvalimento.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 16 settembre 2013 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale il Comune di San Bartolomeo in Galdo ha chiesto un parere in merito alla legittimità dei provvedimenti di ammissione e di esclusione disposti, rispettivamente, nei confronti delle ditte “Multiservizi 2022 e Moffa Luigi.

In particolare, risulta che la commissione di gara (verbali nn. 1 e 2) abbia escluso la società Multiservizi 2002 in quanto nella busta contenente l’offerta economica non risultava inserita copia del documento di riconoscimento, contenuto invece nella busta 1 relativa alla documentazione amministrativa; inoltre, si pone la questione della legittimità dell’ammissione della ditta Moffa Luigi, aggiudicataria provvisoria, che ha fatto ricorso all’istituto dell’avvalimento per comprovare il requisito dell’iscrizione all’Albo Regionale delle imprese che gestiscono il servizio di trasporto scolastico (L.R. Campania 13/2011).

In seguito all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 10 ottobre 2013, è pervenuta una memoria della stazione appaltante.

Ritenuto in diritto

La prima questione qui in rilievo concerne la legittimità della esclusione della ditta Multiservizi 2002 dalla gara in oggetto, disposta in quanto la copia del documento di riconoscimento era stata inserita nella busta 1 contenente la documentazione amministrativa anziché nella busta 2 contenente l’offerta economica.

Ritiene la stazione appaltante che tale mancanza sia stata legittimamente sanzionata dalla lex specialis di gara con l’esclusione, così come previsto a pag. 9 del Disciplinare di gara ove: “Busta 2 - Offerta Economica dovrà contenere a pena di esclusione dalla Gara: 1) Dichiarazione secondo le istruzioni indicate nell'allegato Modello 5 e preferibilmente utilizzando detto schema...sottoscritta dal legale rappresentate o da suo procuratore, (ed in tal caso andrà allegata, a pena di esclusione, la relativa procura...sottoscritta dallo stesso procuratore e accompagnata dalla copia di un documento d'identità dello stesso)”.

L’esclusione è illegittima.

Non risulta infatti che la lex specialis di gara prevedesse un onere generalizzato di allegazione del documento d’identità all’offerta economica nella busta n. 2; al contrario, sembra che tale onere fosse imposto solo al procuratore che presentasse tale offerta economica in luogo del rappresentante legale ed al fine di comprovare l’autenticità della procura.

In secondo luogo, l’orientamento espresso dalla giurisprudenza (tra cui Cons. Stato, Sez. III, sent. 26-06-2012, n. 3769; Cons. St., Sez. VI, sent. 24 gennaio 2011 n. 478 e sent. 27 aprile 2011 n. 2478, nonché Sez. V, sent. 23 novembre 2010 n. 8151) secondo cui “... in presenza di un'espressa prescrizione, contenuta nella lex specialis di gara e posta a pena di esclusione, di allegare all'offerta

economica copia del documento di identità dei sottoscrittori, è legittima l'esclusione pronunciata per mancata presentazione della copia del documento di identità; e ciò anche se le copie dei documenti di identità dei sottoscrittori siano state prodotte nella - diversa - busta A contenente la documentazione amministrativa, stante il chiaro ed inequivoco disposto della *lex specialis*, che la stazione appaltante è tenuta ad applicare senza alcuna possibilità sia di valutare discrezionalmente la rilevanza dell'adempimento, sia di richiedere l'integrazione documentale; né la stessa prescrizione si risolve in un mero formalismo, perché è diretta a ricondurre incontrovertibilmente al suo autore la sottoscrizione della più importante delle dichiarazioni di volontà che intervengono nella procedura concorsuale; infine, la clausola non può ritenersi né illogica né sproporzionata, perché trova la sua ragion d'essere nell'esigenza di soddisfare un interesse apprezzabile dell'amministrazione, dando certezza in ordine alla provenienza della dichiarazione, e nel contempo si limita ad imporre ai partecipanti uno sforzo minimo, proporzionato rispetto all'interesse pubblico perseguito", è anteriore all'entrata in vigore del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (convertito dalla L. 12 luglio 2011, n. 106), il cui art. 4, comma 2, lett. b), ha modificato l'art. 46 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 in tema di tassatività delle cause di esclusione.

Tuttavia, anche prima della citata riforma, l'esigenza di non estendere all'offerta economica il formalismo documentale - previsto per le autocertificazioni dal combinato disposto di cui agli artt. 38 D.Lgs. n. 163/2006 e 38, comma 3, D.P.R. n. 445/2000 - era stata avvertita da questa Autorità nel parere di precontenzioso n. 21/2011 secondo cui "la questione posta dall'istante non può essere risolta applicando puramente e semplicemente il principio del formalismo per cui, qualora il bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni... Infatti, nella fattispecie in esame occorre tenere in debito conto che la stazione appaltante, nella prescrizione della *lex specialis* in applicazione della quale ha disposto l'esclusione dalla gara della... S.a.s., odierna istante, ha richiesto espressamente un aggravio formale ai concorrenti, estendendo erroneamente ed ingiustificatamente all'offerta economica la disciplina prevista dal Legislatore nell'art. 38, comma 3 del D.P.R. n. 445/2000 per le sole istanze e dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre alla pubblica amministrazione. L'obbligo di allegazione del documento di identità stabilito dalla richiamata normativa non sussiste, invece, per le dichiarazioni di volontà di natura negoziale, qual è l'offerta, atteso che i dati identificativi di chi la sottoscrive non influiscono sulla valutazione della stessa (cfr. deliberazione dell'Autorità del 19 luglio 2007, n. 255).

Ne discende, che l'allegazione del documento di identità si traduce in una formalità eccessiva e superflua quando viene estesa alla parte economica dell'offerta sia perché quest'ultima non ha valore giuridico di "autocertificazione" ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 sia perché l'allegazione di copia del documento di identità è già stata prescritta dal disciplinare di gara all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa, ed è stato previsto l'inserimento sia di tale busta sia di quella contenente l'offerta economica in un unico plico generale, e per tutti e tre i plichi è stato prescritto che dovranno essere sigillati e controfirmati sui lembi di chiusura, sicché risulta scongiurata ogni incertezza sull'attribuibilità delle dichiarazioni e degli altri atti ivi acclusi (cfr. per una fattispecie del tutto analoga: TAR Puglia, Bari, Sez. I, 21 maggio 2010, n. 1972)".

Pertanto, considerato che la Multiservizi 2002 riferisce di aver comunque allegato a corredo della documentazione copia del documento di identità del sottoscrittore, la sua esclusione dalla gara risulta non solo frutto di una erronea applicazione all'offerta economica da parte della *lex specialis* di gara di un adempimento previsto dal D.P.R. n. 445/2000 per altra fattispecie, ma si manifesta altresì illogica e irragionevole nonché frutto di mero formalismo.

La seconda questione che viene qui in rilievo concerne la legittimità del ricorso all'istituto dell'avvalimento da parte della ditta Moffa Luigi, aggiudicataria provvisoria, per comprovare il requisito dell'iscrizione all'Albo Regionale delle imprese che gestiscono il servizio di trasporto scolastico (L.R. Campania n. 13/2011).

Questo dibattuto argomento attiene alla possibilità di ricorrere all'avvalimento per i requisiti di cui

all'art. 39 del Codice. Infatti, non vi è dubbio che l'iscrizione all'Albo Regionale delle imprese che gestiscono il servizio di trasporto scolastico, trattandosi di un requisito di idoneità professionale, rientri tra quelli di cui all'art.39 D.Lgs n. 163/2006. Orbene, con la Determinazione 2/2012, l'AVCP ha ritenuto che gli stessi, inerendo alla disciplina pubblica delle attività economiche ed essendo connotati da un elevato tasso di "soggettività", configurino uno "status" e non possano essere oggetto di avvalimento.

Con la Det. n. 2/2012 l'Autorità stabilisce che "... con riguardo all'iscrizione al registro delle imprese, tenuto presso le Camere di commercio, si osserva che essa rappresenta l'adempimento di un obbligo posto dagli artt. 2195 e ss. del codice civile che garantisce la pubblicità legale delle imprese e di tutti gli atti ad esse connessi. La mancata iscrizione non può, quindi, essere supplita tramite l'iscrizione di altra impresa, attesa la natura squisitamente soggettiva dell'adempimento richiesto dalla norma. Per quanto concerne l'iscrizione agli albi professionali, si rileva che essi costituiscono un insieme disomogeneo in quanto i requisiti per le relative iscrizioni differiscono sensibilmente. In via generale, si precisa che, ove l'iscrizione vada ad impattare sulla disciplina pubblica delle attività economiche e, pertanto, sia legata al possesso di requisiti personali attinenti all'idoneità professionale e/o sia sottoposta a limitazioni circa i soggetti in grado di esercitare quell'attività, per esempio attraverso un meccanismo autorizzatorio basato sul possesso di condizioni strettamente personali, allora non sarà possibile ammettere il ricorso all'avvalimento, altrimenti si finirebbe per sovvertire e vanificare le scelte operate dal legislatore, che ha prescritto, per l'esercizio di determinate attività, una regolamentazione ad hoc. Da tutto quanto sopra, si deve concludere che l'avvalimento non possa riguardare, ad esempio, il possesso di specifiche abilitazioni né l'iscrizione agli albi professionali.

Sarà compito della stazione appaltante verificare la sussistenza degli elementi indicati nel singolo caso; a titolo esemplificativo, si ritiene non suscettibili di avvalimento:

- la licenza prefettizia ex art.28 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (R.D. 18 giugno 1931, n. 773), in materia di produzione, detenzione e vendita di contrassegni distintivi delle Forze di Polizia, necessaria – ad esempio – per gli appalti di fornitura aventi ad oggetto uniformi o veicoli per i vari corpi di Polizia;
- il nulla osta di sicurezza (N.O.S.) e l'Autorizzazione Preventiva, rilasciata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Autorità Nazionale per la Sicurezza (cfr. legge 3 agosto 2007 n. 124 e DPCM 22 luglio 2011”.
- sull'Albo dei Gestori Ambientali, cfr T.A.R. Lazio, sez. II-ter, n. 10080 del 2011 secondo cui: “L'art. 212, comma 5, del D.lgs n. 152 del 2006 prevede, invero, che “l'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti, di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto...”, dal che deriva che la normativa nazionale, proprio per la delicatezza e rilevanza delle funzioni svolte da tali soggetti (dal punto di vista ambientale ed igienico-sanitario), ritiene necessario che questi siano in possesso di caratteristiche aziendali ed organizzative tali da connotarli a livello soggettivo e da non consentire lo svolgimento delle attività da parte di soggetti terzi che ne siano privi. Ciò significa che la possibilità di avvalersi della struttura aziendale dell'impresa ausiliaria non soddisfa i requisiti previsti dalla normativa nazionale a tutela del bene ambientale proprio perché non può essere rimessa alla libera scelta dell'impresa ausiliata l'individuazione delle modalità (e della “quantità”) di utilizzo delle risorse della struttura aziendale ausiliaria che è in possesso dell'autorizzazione a svolgere l'attività di che trattasi”. Anche la giurisprudenza di legittimità, in sede penale, ha dedotto che l'iscrizione all'Albo, in quanto titolo abilitativo, ha natura personale (cfr. Corte di Cassazione n. 38635/2005)”.

Da tutto quanto sopra consegue che la ditta Moffa Luigi è stata illegittimamente ammessa.

In base a quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- che l'esclusione disposta nei confronti della ditta Multiservizi 2002 sia stata illegittimamente disposta;
- che la ditta Moffa Luigi sia stata illegittimamente ammessa.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 gennaio 2014

Il Segretario Maria Esposito