

Parere n.56 del 30/9/2014

PREC 137/14/F

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata da Genovese Umberto S.r.l. – Affidamento dell'appalto di fornitura di apparecchiature per officina meccanica – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 786.885,00 – S.A.: Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

Garanzie a corredo dell'offerta. Irregolarità della dichiarazione sostitutiva ex d.p.r. n. 445/2000 rilasciata dal sottoscrittore della polizza fideiussoria. Regolarizzazione documentale. Art. 75, d.lgs. n. 163/2006. Art. 46, comma 1bis, d.lgs. n. 163/2006.

L'amministrazione aggiudicatrice deve richiedere la regolarizzazione documentale ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163/2006 all'operatore economico che abbia trasmesso le garanzie a corredo dell'offerta con allegata la dichiarazione sostitutiva ex D.P.R. n. 445/2000 del sottoscrittore delle garanzie priva della copia di documento di identità, non potendo procedere all'esclusione dello stesso in ragione dell'assenza di una previsione della lex specialis che sanzioni espressamente la predetta irregolarità con l'estromissione dalla procedura.

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con bando pubblicato in data 17 febbraio 2014 l'Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” ha indetto una procedura di gara aperta per l'affidamento dell'appalto di fornitura di apparecchiature per officina meccanica nell'ambito di un progetto finanziato dallo Stato italiano e dall'Unione europea denominato “*progetto: laboratorio per lo sviluppo integrato delle scienze e delle tecnologie dei materiali avanzati e per dispositivi innovativi cd S.I.S.T.E.M.A.*”.

Con istanza del 23 aprile 2014 presentata ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. n) del d.lgs. n. 163/2006, l'impresa Genovese Umberto S.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione, disposta in sede di apertura delle offerte delle ditte partecipanti, avvenuta nella seduta della commissione di gara del 17 aprile 2014.

In particolare, la commissione di gara provvedeva ad escludere l'impresa istante in quanto, allegata alle garanzie richieste a corredo dell'offerta, risultava – come richiesto dal disciplinare di gara – la “*dichiarazione sostitutiva, rilasciata dai soggetti firmatari il titolo di garanzia ai sensi del DPR 445/2000, circa l'identità, la qualifica ed i poteri degli stessi*” carente, tuttavia, della “*fotocopia di un documento d'identità in corso di validità*”.

La società istante sostiene che il provvedimento di esclusione sia illegittimo in quanto la prescrizione della *lex specialis* di gara concernente la trasmissione di dichiarazione sostitutiva non era corredata da specifica ed espressa clausola di esclusione.

Ad avviso dell'istante, l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe dovuto prendere in considerazione l'istituto del “*soccorso istruttorio*” previsto all'art. 46, d.lgs. n. 163/2006 in quanto la carenza riscontrata si sarebbe potuta colmare con una richiesta di regolarizzazione documentale, tenuto conto anche dei principi espressi sul tema dal Consiglio di Stato nella sentenza dell'Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014, n. 9. Inoltre, l'istante evidenzia come, dalla documentazione prodotta, la qualifica ed i poteri del sottoscrittore della garanzia emergessero dalla procura speciale notarile rilasciata da notaio in Roma.

Il procedimento veniva avviato con nota del 30 maggio 2014.

Con nota del 9 giugno 2014 l'amministrazione aggiudicatrice presentava memoria a difesa dell'intervenuta esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico. L'impresa istante presentava un'ulteriore memoria in data 20 giugno 2014.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto in applicazione del disciplinare di gara nella parte in cui prescrive la presentazione, con le garanzie a corredo dell'offerta, di dichiarazione sostitutiva, rilasciata dai soggetti firmatari il titolo di garanzia, ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, circa l'identità, la qualifica ed i poteri degli stessi, la dichiarazione essendo stata trasmessa carente del documento di identità. Nell'ambito della procedura di gara in oggetto, nel corso della seduta del 17 aprile 2014, la commissione di gara riscontrava che nella documentazione dell'offerente Genovese Umberto S.r.l. risultava carente la copia del documento di identità del sottoscrittore della polizza fideiussoria e decideva di escludere la ditta con la seguente motivazione: *“la normativa vigente espressamente richiede l'allegazione del documento di identità per ogni dichiarazione sostitutiva ed, in particolare, il Disciplinare di Gara richiede tale allegazione per le dichiarazioni sostitutive rilasciate dai soggetti firmatari il titolo di garanzia ai sensi del D.P.R. 445/2000, circa l'identità, la qualifica ed i poteri ad essi conferiti. La Commissione rileva, inoltre, che in mancanza del suddetto documento risulta impossibile accertare l'identità del dichiarante nonché la riferibilità della dichiarazione al dichiarante stesso, come espresso dall'A.V.C.P. n. 4 del 10/10/2012 ove si rimarca che “per giurisprudenza consolidata l'allegazione della copia del documento d'identità costituisce un elemento essenziale per il perfezionamento della dichiarazione medesima, consentendo di comprovare non solo le generalità del dichiarante, ma anche la riferibilità della dichiarazione stessa al soggetto dichiarante (si veda, ex multis, Cons. St., sez. III, 16/03/2012 n. 1524). La mancanza di tale elemento essenziale costituisce una carenza non superabile con successive integrazioni di documenti ai sensi dell'art. 46 del Codice”*

La commissione di gara deliberava di escludere l'istante richiamando l'art. 6 del disciplinare di gara relativo alla prestazione della cauzione provvisoria, nella parte in cui contiene la seguente prescrizione: *“le fideiussioni e le polizze relative alla garanzia provvisoria dovranno essere corredate da idonea dichiarazione sostitutiva, rilasciata dai soggetti firmatari il titolo di garanzia ai sensi del D.P.R. 445/2000, circa l'identità, la qualifica ed i poteri degli stessi. Si intendono per soggetti firmatari gli agenti, i broker, i funzionari e comunque i soggetti muniti di poteri di rappresentanza dell'Istituto di Credito o Compagnia Assicurativa che emette il titolo di garanzia. Tale dichiarazione dovrà essere accompagnata da fotocopia di un documento di identità in corso di validità”*.

A pag. 14, il disciplinare di gara prevede in linea generale, con riferimento alla documentazione da trasmettere ai fini della partecipazione alla procedura, che la *“mancata presentazione di anche uno soltanto dei documenti, dichiarazioni, certificazioni richiesti costituisce causa di esclusione dalla gara”*, anche se – come rileva l'istante – la prescrizione di cui all'art. 6 relativa alle dichiarazioni sostitutive non contiene l'espresso riferimento alla necessità che le stesse siano allegare alla cauzione a pena di esclusione.

La tesi esposta dall'istante appare condivisibile.

Come indicato nella Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 *“rispetto alle ipotesi tipizzate nel presente bando-tipo, le stazioni appaltanti possono prevedere ulteriori cause di esclusione, previa adeguata e specifica motivazione, solo con riferimento a disposizioni di legge vigenti ovvero alle altre regole tassative previste dall'art. 46, comma 1-bis, del Codice.”* Rispetto alla prestazione di cauzione provvisoria, la citata determinazione ha indicato che: *“il Codice disegna un peculiare e specifico sistema di garanzie, volto a tutelare la stazione appaltante sia nella fase pubblicistica di scelta del contraente sia in quella privatistica di esecuzione del contratto. Con riguardo alla fase di partecipazione alla procedura di gara, assumono rilievo le disposizioni dettate sulle garanzie a corredo dell'offerta, che coprono la stazione appaltante dal rischio di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario. Per i settori ordinari, la norma di riferimento è costituita dall'art. 75 del Codice. La disposizione presenta un contenuto immediatamente prescrittivo e vincolante, tale per cui deve ritenersi che la presentazione della cauzione provvisoria configuri un adempimento necessario a pena di esclusione. La garanzia provvisoria assolve, infatti, allo scopo*

di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario. Pertanto, essa è un elemento essenziale dell'offerta e non un mero elemento di corredo della stessa. L'offerta presentata senza la garanzia ovvero con una garanzia sprovvista degli elementi di cui all'art. 75, comma 4, è, quindi, carente di un elemento essenziale e, per ciò stesso, non ammissibile". Sempre nella citata determinazione è stata valutata come legittima l'esclusione dell'impresa concorrente che, in violazione di una espressa e chiara previsione della *lex specialis*, ometta di produrre la cauzione provvisoria con sottoscrizione autenticata, purché il bando prescriva espressamente tale adempimento e lo sanzioni con l'esclusione (determinazione A.V.C.P. n. 4 del 10.10.2012, pag. 38, punto 8).

Nella sentenza resa dall'Adunanza Plenaria del 25 febbraio 2014, n. 9, il Consiglio di Stato, nel definire il principio di tassatività delle cause di esclusione, si è espresso nel senso che *"sono legittime ai sensi dell'art. 46, co.1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali"*; quindi, nel definire il perimetro del "soccorso istruttorio", distinguendo tra il concetto di "regolarizzazione documentale" ed il concetto di "integrazione documentale", ha osservato che *"la linea di demarcazione discende naturaliter dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge (...)*.

Tornando all'esame della fattispecie sottoposta all'attenzione dell'Autorità, si rileva che l'art. 75, d.lgs. n. 163/2006, nel dettare la disciplina delle garanzie a corredo dell'offerta, non richiede che la cauzione provvisoria così come l'impegno a prestare la garanzia definitiva siano assistiti anche da una dichiarazione sostitutiva del sottoscrittore dei documenti ai sensi del d.P.R. n. 445/2000.

D'altra parte, l'art. 6 del disciplinare di gara, nel richiamare espressamente la sanzione dell'esclusione per la sola ipotesi di violazione dell'art. 75, comma 8, d.lgs. n. 163/2006 concernente la mancata trasmissione dell'impegno a sottoscrivere la fidejussione definitiva in caso di aggiudicazione del contratto, non dice alcunché rispetto alla prescrizione concernente l'onere di allegare alle garanzie anche la dichiarazione sostitutiva a firma dei sottoscrittori. Né si ritiene che la sanzione dell'esclusione possa fondarsi sulla base della generica prescrizione contenuta a pag. 14 del disciplinare ove, tra l'altro, si consideri che il disciplinare di gara richiama espressamente le prescrizioni introdotte a pena di esclusione. Si aggiunga che, anche ove la prescrizione fosse stata introdotta nel disciplinare con l'espressa indicazione della sanzione dell'esclusione, la stessa non appare rientrante tra le altre ipotesi tassative previste all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163/2006 visto che, dalla documentazione trasmessa agli atti, risultano presentate dall'impresa le garanzie a corredo dell'offerta debitamente sottoscritte da persona indicata come rappresentante del garante e di cui sono riportati i dati identificativi della stessa incluso un riferimento alla procura notarile a giustificazione dei poteri esercitati.

Quindi, nel caso concreto, sulla base dei principi normativi e giurisprudenziali sopra richiamati, in considerazione della disciplina applicabile alla procedura di gara in esame, si ritiene che la commissione di gara avrebbe dovuto procedere a richiedere la regolarizzazione documentale all'impresa istante attraverso l'istituto del "soccorso istruttorio" di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163/2006 in quanto la mancata presentazione della dichiarazione sostitutiva completa del documento di identità non si ritiene riconducibile ad una delle ipotesi tassative giustificanti l'esclusione dalla procedura.

In conclusione, appare condivisibile quanto sostenuto dall'istante in ordine all'illegittimità della disposta esclusione dalla competizione, ritenendosi che l'amministrazione aggiudicatrice dovesse procedere alla regolarizzazione documentale.

In base a tutto quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, illegittimo il provvedimento di esclusione dell'impresa istante dalla procedura di gara in oggetto.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 ottobre 2014

Il Segretario Maria Esposito