

Obbligatoria produzione in originale a comprova del possesso dei requisiti speciali: confermata l'escussione della cauzione provvisoria

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

A ciò aggiungasi che la legittimità di tale regola speciale risultava in questo caso correttamente evidenziata anche con riferimento al predetto D.Lgvo.n.163 tant'è che, sia nella motivazione del provvedimento di esclusione, sia in quella della sentenza impugnata viene puntualmente richiamata la norma dell'art.48 di detto decreto.

Tale norma, proprio con riguardo alla fase di verifica dei requisiti, stabilisce: A) che i partecipanti sorteggiati debbono comprovare il possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara presentando la documentazione indicata nel bando o nella lettera di invito; B) che, in mancanza di tale prova, la stazione appaltante procede alla esclusione del concorrente dalla gara nonché alla escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza per i provvedimenti consequenziali.

non poteva la società esclusa dalla Commissione di gara pretendere di sanare l'irregolarità riscontrata in applicazione della norma di cui all'art.46 del predetto D.Lgvo.n.163

In punto di fatto la società appellante precisa di aver partecipato ad una gara di appalto bandita dalla Provincia di Udine per l'espletamento del servizio di pulizia dei propri uffici relativamente al periodo dal 1 aprile 2009 al 31 marzo 2014.

Sorteggiata, ai sensi dell'art.48,co.1 del D.Lgvo. 163/2006, per comprovare il possesso dei requisiti

previsti dal bando e dichiarati nell'offerta, la società veniva esclusa dalla gara in quanto la documentazione da essa presentata in copia conforme all'originale risultava formalmente non in regola rispetto alle previsioni di cui al punto C) del relativo disciplinare che invece richiedeva l'attestazione in originale della buona esecuzione di prestazioni di servizi di pulizia riguardanti almeno tre contratti stipulati con clienti pubblici e/o privati nel triennio dal 2005 al 2007 di cui almeno uno di importo non inferiore a 200 mila euro oltre IVA.

2.) Avendo l'Amministrazione confermato tale esclusione a seguito di una apposita istanza di riesame presentata dalla stessa società, quest'ultima ha proposto ricorso al T.A.R. impugnando anche con motivi aggiunti gli atti di gara ed in particolare il provvedimento di aggiudicazione disposto in favore della società "Controinteressata" nonché quello di incameramento della cauzione provvisoria da essa prestata per partecipare alla gara.

3.) Il T.A.R., con la sentenza appellata, ha deciso di rigettare il ricorso ed i relativi motivi aggiunti evitando così di esaminare tutte le eccezioni sollevate dall'Amministrazione resistente.

4.) Con il ricorso in appello vengono riproposte tutte le censure formulate in primo grado nonché le domande di restituzione della cauzione provvisoria incamerata e di condanna al risarcimento dei danni da parte dell'Amministrazione intimata.

5.) Quest'ultima si è costituita e resiste ribadendo preliminarmente l'eccezione di inesistenza della notifica del ricorso di primo grado (in quanto indirizzato alla Provincia presso la Segreteria del T.A.R. anziché presso la sua sede) e chiedendo altresì il rigetto del gravame siccome infondato nel merito.

Anche la società controinteressata si è costituita ed eccepisce la totale infondatezza dell'appello.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

Trattenuta la causa in decisione, il Collegio rileva che l'appello è infondato sicchè è inutile esaminare le puntuali repliche in fatto ed in diritto contenute nella memoria difensiva dell'appellante in data 10 giugno 2010 a sostegno dell'infondatezza della predetta eccezione di difetto di notifica riproposta in questa sede dall'Amministrazione provinciale.

7.) Esaminando i primi due motivi di gravame, il Collegio è dell'avviso che il disciplinare di gara prescriveva chiaramente che i concorrenti sorteggiati ai sensi del predetto art.48,1^oco.del D.Lgvo.n.163 dovevano attestare - a pena di esclusione dalla gara - il possesso del requisito di cui alla lettera C) in ordine alle prestazioni eseguite mediante la produzione di documenti originali.

Su tale prescrizione e sugli effetti preclusivi derivanti dalla sua inosservanza non potevano sussistere dubbi sia perché per l'altro requisito di cui alla lettera E) era invece prevista la produzione di una copia della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee, sia perché nel rispetto delle prescrizioni generali di gara l'Amministrazione - in risposta ad appositi quesiti dei concorrenti- aveva pure chiarito tramite il proprio sito internet che nella fase di verifica delle dichiarazioni rese in sede di offerta il requisito di cui alla lettera C) non poteva essere comprovato a mezzo di copie autenticate, sia infine perché lo stesso disciplinare precisava che alle fasi successive della gara sarebbero stati ammessi solo i concorrenti in regola con le stesse prescrizioni e con le verifiche di cui sopra.

Trattandosi, quindi, di una tassativa prescrizione che, seppure di natura formale, non risultava in concreto rispettata pur dovendosi considerare assolutamente vincolante ai sensi della lex specialis di gara, questo Collegio ritiene inconferente non solo il richiamo della disciplina civilistica di cui all'art.2719 c.c. e della disciplina di cui agli artt.19 e 47 del D.P.R. n.445/2000 ma anche il richiamo dell'art.42 del D.Lgvo. n.163/2006. In questo caso, infatti, non veniva in rilievo la regola generale dell'equipollenza probatoria di un documento prodotto in copia conforme rispetto a quello prodotto in originale, né l'altra regola generale che consente in sede di gara di provare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sottoscritta in conformità del citato D.P.R. 445. Veniva, invece, in rilievo una regola speciale che, come pure precisato dal

T.A.R., imponeva in sede di verifica dei requisiti, una sola modalità di documentazione degli stessi e cioè la produzione di documenti in originale; il tutto, ripetesi, con una comminatoria testuale di esclusione che, essendo posta proprio a corredo finale della medesima regola speciale, non richiedeva neppure il supporto logico della pur ragionevole argomentazione “a contrariis” evidenziata dal T.A.R.

A ciò aggiungasi che la legittimità di tale regola speciale risultava in questo caso correttamente evidenziata anche con riferimento al predetto D.Lgvo.n.163 tant'è che, sia nella motivazione del provvedimento di esclusione, sia in quella della sentenza impugnata viene puntualmente richiamata la norma dell'art.48 di detto decreto. Tale norma, proprio con riguardo alla fase di verifica dei requisiti, stabilisce: A) che i partecipanti sorteggiati debbono comprovare il possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara presentando la documentazione indicata nel bando o nella lettera di invito; B) che, in mancanza di tale prova, la stazione appaltante procede alla esclusione del concorrente dalla gara nonché alla escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza per i provvedimenti consequenziali.

Così disattesi i predetti due motivi di appello, il Collegio rileva che anche il terzo motivo è da considerare infondato. Infatti, non poteva la società esclusa dalla Commissione di gara pretendere di sanare l'irregolarità riscontrata in applicazione della norma di cui all'art.46 del predetto D.Lgvo.n.163; ciò perché nel caso di specie non si trattava di rispettare il principio del favor participationis e quindi di ammettere la ricorrente di completare e/o di chiarire le risultanze di un documento già prodotto e già formalmente in regola nell'ambito di quanto previsto dagli artt.38 e 45 dello stesso decreto ma di consentire addirittura la sostituzione di un documento che attestava in copia conforme il possesso dei requisiti dichiarati, documento che (ripetesi) risultava formalmente irregolare (ai sensi della disciplina di gara) e che come tale non poteva comunque essere sostituito per il doveroso rispetto dell'altro e più pregnante principio di par condicio con gli altri concorrenti.

9.) Con il quarto motivo, correlato al primo, viene ribadita l'illegittimità della prescrizione del Capitolato che richiedeva di comprovare il possesso dei requisiti con documenti prodotti in originale; il tutto, senza affatto considerare che l'impiego di forme di documentazione equipollenti all'originale è riconosciuta da specifiche disposizioni normative nonché sostenuta da unanime giurisprudenza.

Anche tale motivo è infondato perché, in aggiunta a quanto già detto in precedenza sulla infondatezza delle dedotte violazioni di legge, occorre rilevare che l'operato della stazione appaltante non risulta neppure censurabile in termini di eccesso di potere.

Infatti, come pure rilevato dal T.A.R., dovendosi nel caso di specie effettuare un controllo successivo sulla veridicità del possesso dei requisiti di ammissione già autocertificati in sede di offerta, non è affatto irragionevole che a carico della ditta sorteggiata fosse imposto un onere di non difficile adempimento e cioè la produzione di documenti in originale, proprio al fine di evitare qualsiasi eventuale controllo successivo e quindi di rendere più celeri le operazioni di gara.

A cura di***i**

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 7263 dell' 1 ottobre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 07263/2010 REG.SEN.

N. 09614/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9614 del 2009, proposto da:
Ricorrente S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e *****, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. ***** in Roma, via Bocca di ***** 78;

contro

Provincia di Udine, rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso il medesimo

in Roma, via Luigi Settembrini, 9;

nei confronti di

Controinteressata Soc. Coop. a r.l., rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via L. Canina N. 6;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-***** - TRIESTE: SEZIONE I n. 00636/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI PULIZIA -RISARCIMENTO.DANNI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Udine e della società Controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 giugno 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati Reggio D'Acì, per delega dell'Avv. *****, ***** e *****, per delega dell'Avv. *****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.) In punto di fatto la società appellante precisa di aver partecipato ad una gara di appalto bandita dalla Provincia di Udine per l'espletamento del servizio di pulizia dei propri uffici relativamente al periodo dal 1 aprile 2009 al 31 marzo 2014.

Sorteggiata, ai sensi dell'art.48,co.1 del D.Lgvo. 163/2006, per comprovare il possesso dei requisiti previsti dal bando e dichiarati nell'offerta, la società veniva esclusa dalla gara in quanto la documentazione da essa presentata in copia conforme all'originale risultava formalmente non in regola rispetto alle previsioni di cui al punto C) del relativo disciplinare che invece richiedeva l'attestazione in originale della buona esecuzione di prestazioni di servizi di pulizia riguardanti almeno tre contratti stipulati con clienti pubblici e/o privati nel triennio dal 2005 al 2007 di cui almeno uno di importo non inferiore a 200 mila euro oltre IVA.

2.) Avendo l'Amministrazione confermato tale esclusione a seguito di una apposita istanza di riesame presentata dalla stessa società, quest'ultima ha proposto ricorso al T.A.R. impugnando anche con motivi aggiunti gli atti di gara ed in particolare il provvedimento di aggiudicazione disposto in favore della società "Controinteressata" nonché quello di incameramento della cauzione provvisoria da essa prestata per partecipare alla gara.

3.) Il T.A.R., con la sentenza appellata, ha deciso di rigettare il ricorso ed i relativi motivi aggiunti evitando così di esaminare tutte le eccezioni sollevate dall'Amministrazione resistente.

4.) Con il ricorso in appello vengono riproposte tutte le censure formulate in primo grado nonché le domande di restituzione della cauzione provvisoria incamerata e di condanna al risarcimento dei danni da parte dell'Amministrazione intimata.

5.) Quest'ultima si è costituita e resiste ribadendo preliminarmente l'eccezione di inesistenza della notifica del ricorso di primo grado (in quanto indirizzato alla Provincia presso la Segreteria del T.A.R. anziché presso la sua sede) e chiedendo altresì il rigetto del gravame siccome infondato nel merito.

Anche la società controinteressata si è costituita ed eccepisce la totale infondatezza dell'appello.

6.) Trattenuta la causa in decisione, il Collegio rileva che l'appello è infondato sicché è inutile esaminare le puntuali repliche in fatto ed in diritto contenute nella memoria difensiva dell'appellante in data 10 giugno 2010 a sostegno dell'infondatezza della predetta eccezione di difetto di notifica riproposta in questa sede dall'Amministrazione provinciale.

7.) Esaminando i primi due motivi di gravame, il Collegio è dell'avviso che il disciplinare di gara prescriveva chiaramente che i concorrenti sorteggiati ai sensi del predetto art.48,1^o co.del D.Lgvo.n.163 dovevano attestare - a pena di esclusione dalla gara - il possesso del requisito di cui alla lettera C) in ordine alle prestazioni eseguite mediante la produzione di documenti originali.

Su tale prescrizione e sugli effetti preclusivi derivanti dalla sua inosservanza non potevano sussistere dubbi sia perché per l'altro requisito di cui alla lettera E) era invece prevista la produzione di una copia della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee, sia perché nel rispetto delle prescrizioni generali di gara l'Amministrazione - in risposta ad appositi quesiti dei concorrenti- aveva pure chiarito tramite il proprio sito internet che nella fase di verifica delle dichiarazioni rese in sede di offerta il requisito di cui alla lettera C) non poteva essere comprovato a mezzo di copie autenticate, sia infine perché lo stesso disciplinare precisava che alle fasi successive della gara sarebbero stati ammessi solo i

concorrenti in regola con le stesse prescrizioni e con le verifiche di cui sopra.

Trattandosi, quindi, di una tassativa prescrizione che, seppure di natura formale, non risultava in concreto rispettata pur dovendosi considerare assolutamente vincolante ai sensi della *lex specialis* di gara, questo Collegio ritiene inconferente non solo il richiamo della disciplina civilistica di cui all'art.2719 c.c. e della disciplina di cui agli artt.19 e 47 del D.P.R. n.445/2000 ma anche il richiamo dell'art.42 del D.Lgvo. n.163/2006. In questo caso, infatti, non veniva in rilievo la regola generale dell'equipollenza probatoria di un documento prodotto in copia conforme rispetto a quello prodotto in originale, né l'altra regola generale che consente in sede di gara di provare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sottoscritta in conformità del citato D.P.R. 445. Veniva, invece, in rilievo una regola speciale che, come pure precisato dal T.A.R., imponeva in sede di verifica dei requisiti, una sola modalità di documentazione degli stessi e cioè la produzione di documenti in originale; il tutto, ripetesì, con una comminatoria testuale di esclusione che, essendo posta proprio a corredo finale della medesima regola speciale, non richiedeva neppure il supporto logico della pur ragionevole argomentazione "a contrariis" evidenziata dal T.A.R.

A ciò aggiungasi che la legittimità di tale regola speciale risultava in questo caso correttamente evidenziata anche con riferimento al predetto D.Lgvo.n.163 tant'è che, sia nella motivazione del provvedimento di esclusione, sia in quella della sentenza impugnata viene puntualmente richiamata la norma dell'art.48 di detto decreto. Tale norma, proprio con riguardo alla fase di verifica dei requisiti, stabilisce: A) che i partecipanti sorteggiati debbono comprovare il possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara presentando la documentazione indicata nel bando o nella lettera di invito; B) che, in mancanza di tale prova, la stazione appaltante procede alla esclusione del concorrente dalla gara nonché alla escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza per i provvedimenti consequenziali.

8) Così disattesi i predetti due motivi di appello, il Collegio rileva che anche il terzo motivo è da considerare infondato. Infatti, non poteva la società esclusa dalla Commissione di gara pretendere di sanare l'irregolarità riscontrata in applicazione della norma di cui all'art.46 del predetto D.Lgvo.n.163; ciò perché nel caso di specie non si trattava di rispettare il principio del *favor participationis* e quindi di ammettere la ricorrente di completare e/o di chiarire le risultanze di un documento già prodotto e già

formalmente in regola nell'ambito di quanto previsto dagli artt.38 e 45 dello stesso decreto ma di consentire addirittura la sostituzione di un documento che attestava in copia conforme il possesso dei requisiti dichiarati, documento che (ripetesi) risultava formalmente irregolare (ai sensi della disciplina di gara) e che come tale non poteva comunque essere sostituito per il doveroso rispetto dell'altro e più pregnante principio di par condicio con gli altri concorrenti.

9.) Con il quarto motivo, correlato al primo, viene ribadita l'illegittimità della prescrizione del Capitolato che richiedeva di comprovare il possesso dei requisiti con documenti prodotti in originale; il tutto, senza affatto considerare che l'impiego di forme di documentazione equipollenti all'originale è riconosciuta da specifiche disposizioni normative nonché sostenuta da unanime giurisprudenza.

Anche tale motivo è infondato perché, in aggiunta a quanto già detto in precedenza sulla infondatezza delle dedotte violazioni di legge, occorre rilevare che l'operato della stazione appaltante non risulta neppure censurabile in termini di eccesso di potere.

Infatti, come pure rilevato dal T.A.R., dovendosi nel caso di specie effettuare un controllo successivo sulla veridicità del possesso dei requisiti di ammissione già autocertificati in sede di offerta, non è affatto irragionevole che a carico della ditta sorteggiata fosse imposto un onere di non difficile adempimento e cioè la produzione di documenti in originale, proprio al fine di evitare qualsiasi eventuale controllo successivo e quindi di rendere più celeri le operazioni di gara.

10.) I motivi aggiunti al ricorso di primo grado, anch'essi riproposti in appello, sono inammissibili per quanto attiene all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione della gara in favore della società controinteressata; sono infondati per quanto attiene all'avvenuto incameramento della cauzione provvisoria.

Invero, riscontrata come sopra detto la legittimità dell'esclusione dalla gara dell'appellante, viene meno

l'interesse di quest'ultima ad impugnare l'aggiudicazione in favore della società controinteressata con l'allegazione di censure circoscritte - in via derivata - solo contro tale esclusione.

Le doglianze proposte contro l'incameramento della cauzione provvisoria sono infondate perché la norma di riferimento (art.48 del citato D.Lvo.n.163/2006) deve correttamente intendersi nel senso che detto incameramento è una conseguenza sanzionatoria del tutto automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna di valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti ed in particolare alle ragioni meramente formali ovvero sostanziali che l'Amministrazione ha ritenuto di porre a giustificazione dell'esclusione medesima.

Ciò significa, in definitiva, che ai fini dell'applicazione di detta sanzione è determinante e dunque assorbente l'esito finale (dell'esclusione) e non la sottostante ragione concreta che in particolare sia stata posta a suo fondamento. Ciò significa di conseguenza che, con riferimento al caso di specie, non possono neppure accogliersi le considerazioni svolte nell'atto di appello a proposito della ritenuta insussistenza delle due ipotesi che la norma di legge prende (preliminarmente) in esame per giustificare l'esclusione del concorrente dalla gara.

Infatti, la ritenuta insussistenza di tali ipotesi (concernenti, rispettivamente, l'omessa presentazione dei documenti comprovanti il possesso dei requisiti entro il termine perentorio di 10 giorni ovvero la presentazione di documenti che non abbiano confermato le dichiarazioni in precedenza rese circa il possesso dei requisiti) tende, in buona sostanza, a ribadire (a monte) l'illegittimità del provvedimento di esclusione che invece - in base a quanto sopra detto - è da ritenere legittimo e che quindi (a valle) rende altresì legittimo il rigoroso ma ex lege consequenziale incameramento della cauzione provvisoria.

11.) L'appello merita dunque di essere respinto. Sussistono tuttavia giusti motivi per la pronuncia di totale compensazione tra le parti in causa delle spese di lite di questa fase del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, V Sezione, definitivamente pronunciando, respinge l'appello e compensa integralmente tra le parti le spese di lite del presente giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 giugno 2010 con l'intervento dei Signori:

*****, Presidente FF

Filoreto *****
*****, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

*****, Estensore

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/10/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/obbligatoria-produzione-in-originale-a-comprova-del-possesso-dei-requisiti-speciali-co-nfermata-l-escussione-della-cauzione-provvisoria/>