

CENTRO STUDI
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

RASSEGNA STAMPA



Guida al Diritto n.23 06/06/2009

Giurisprudenza appalti pubblici

| | | | | |
|-------------------------|------------|-------|---|---|
| Guida Al Diritto | 06/06/2009 | p. 95 | L'eccessivo utilizzo delle norme sulla semplificazione rischia di violare il principio della par condicio | 1 |
|-------------------------|------------|-------|---|---|

L'eccessivo utilizzo delle norme sulla semplificazione rischia di violare il principio della par condicio

Avendo la *lex specialis* prescritto che la potenza dei mezzi può essere provata solo con la produzione di alcuni atti, ammettere la dichiarazione sostitutiva significherebbe forzare il meccanismo delle regole

IL COMMENTO DI SALVATORE MEZZACAPO

Se la *lex specialis* della gara prevede che i dati su proprietà e potenza dei mezzi necessari per la prestazione del servizio richiesto vanno provati solo con la produzione di determinati documenti, l'impresa non può ricorrere allo strumento alternativo della dichiarazione sostitutiva di atto notorio. Questo il principio espresso dal Consiglio di Stato con la decisione n. 2871.

I fatti - Nel settembre del 2005, l'amministrazione provinciale di Pesaro e Urbino approvava il "Piano di emergenza neve ghiaccio urgenze invernali" stabilendo l'affidamento in appalto, mediante trattativa privata previa gara ufficiosa, dei lavori di sgombrò neve e di trattamento antighiaccio sulle strade che attraversano il territorio della Provincia. All'esito della gara, l'amministrazione provinciale ha affidato l'esecuzione dei lavori di che trattasi a diverse ditte per alcune zone, contestualmente dichiarando deserte o non aggiudicabili altre zone, altresì stabilendo di procedere all'affidamento dei lavori inerenti alle zone dichiarate deserte o non aggiudicabili mediante trattativa privata diretta. La determina dirigenziale è quindi impugnata

dalla ditta Bernardi Claudio e Mainardi Enrico nelle parti relative alla propria esclusione dalla gara, e all'aggiudicazione disposta in favore delle controinteressate (per le zone in cui essa ricorrente aveva presentato offerta).

Il giudice di primo grado ha quindi ritenuto legittima la esclusione della ricorrente, affermando conseguenzialmente la inammissibilità per difetto di interesse della restante parte della proposta impugnativa rivolta avverso gli atti della gara. Sullo specifico punto della esclusione, il primo giudice è pervenuto a ritenerne la legittimità muovendo dal dato letterale della *lex specialis*, la quale stabiliva che «Per partecipare alla gara d'appalto di una zona occorre dimostrare di possedere i veicoli in proprietà ovvero in locazione finanziaria (leasing) con contratto regolarmente registrato» e che «La potenza dei veicoli verrà desunta dalla carta di circolazione... o dal certificato di idoneità tecnica alla circolazione... prendendo in considerazione la potenza del motore di trazione espressa in HP o in KW equivalenti». Da ultimo si prescriveva che «I veicoli privi di documentazione atta a dimostrarne la potenza, verranno

no esclusi dalla gara». Non avendo la ricorrente presentato né la carta di circolazione né il certificato di idoneità degli automezzi interessati, emerse ad avviso del Tar Marche, attesa la chiara esclusione della stessa possibilità per le ditte partecipanti di produrre altra documentazione equipollente, la piena legittimità della esclusione della ricorrente dalla gara, «non essendo condivisibili le argomentazioni del ricorso circa la possibilità di desumere le caratteristiche del veicolo (compresa la potenza del motore) da altra idonea documentazione, poiché ciò non era invece consentito dal capitolato speciale d'appalto».

La decisione di prime cure è quindi appellata dalla ditta originaria ricorrente. Il punto di più significativo interesse giuridico della controversia, reintrodotta in appello con specificazione contestazione della sentenza dei primi giudici, concerne proprio la contestazione dell'operato della stazione appaltante laddove questa, in pedissequa applicazione delle regole della *lex specialis* di gara, ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara per non aver allegato alla documentazione di corredo dell'offerta, nei termini utili per la

presentazione delle domande, né la carta di circolazione né il certificato di idoneità tecnica alla circolazione di uno dei mezzi indicati per l'espletamento del servizio (e cioè dell'autocarro). Non essendovi dubbi sulla circostanza in fatto per cui la detta documentazione effettivamente non è stata prodotta, la questione diviene allora - nella prospettazione dell'atto di appello - se le informazioni circa la potenza del motore erano in ogni caso desumibili *aliunde*, in particolare anche dalla documentazione successivamente prodotta agli atti di gara su impulso della stessa stazione appaltante (e cioè dalla dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio a comprova sia della proprietà che della potenza del mezzo).

Le motivazioni del giudice di appello - Nel confermare la sentenza di *prime cure*, il Consiglio di Stato fa proprio e ribadisce un orientamento giurisprudenziale, largamente prevalente in particolare presso il giudice amministrativo di appello, secondo cui - nello specifico mondo delle gare di appalto - i meccanismi della cd. semplificazione documentale, di cui al Tu n. 445 del 2000, si applicano alla singola procedura di gara ove la relativa *lex specialis* non imponga, di contro, una determinata specificamente individuata documentazione al fine di comprovare all'amministrazione procedente un determinato *status*, una qualità, un fatto. In tal senso, infatti, si è più volte espresso il Consiglio di Stato, segnatamente affermando che allor-

La presentazione di entrambi i documenti

«La documentazione richiesta dal bando a riprova dell'osservanza della normativa sui disabili non è limitata alla semplice certificazione ex articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ma prevede anche la conferma della persistenza del rispetto dei predetti obblighi attraverso una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, così che per il rispetto della prescrizione contenuta nella *lex specialis* della gara è necessaria la produzione di entrambi i documenti e non solo (alternativamente) di uno di essi.

Del resto, anche a voler prescindere dalla considerazione che tale previsione non è stata neppure investita di apposita censura, la Sezione è dell'avviso che essa non è incongrua, sproporzionata o irragionevole rispetto al fine che intende tutelare (l'effettivo rispetto della normativa dei disabili da parte dei soggetti partecipanti ad una gara di pubblico appalto) e che, pertanto, come correttamente rilevato dai primi giudici, il suo mancato rispetto non può che comportare l'esclusione dalla gara».

■ *Consiglio di Stato, sezione IV, decisione 6 settembre 2005 n. 4560*

ché un bando di gara prescriva che la dimostrazione del possesso di taluni requisiti sia fornita attraverso una determinata documentazione, non è consentito al partecipante alla gara di avvalersi di differente documentazione, ancorché utile in ambiti amministrativi diversi (nella specie autocertificazione ex Dpr n. 445 del 2000; così, Consiglio Stato, sezione IV, 6 settembre 2005 n. 4560).

Deve tuttavia osservarsi, per completezza di disamina delle posizioni interpretative espresse in giurisprudenza, che un diverso orientamento (invero più consistente presso il giudice di primo grado) afferma che, in difetto di deroghe esplicite al novero dei rapporti nell'ambito dei quali risulta utilizzabile l'autocertificazione, tale ultimo strumento di semplificazione deve intendersi ammesso in ogni settore dell'azione amministrativa e, nel dubbio, favorito con interpretazioni sistematiche delle disposizioni apparentemente ostative che assegnino a queste ultime

significati compatibili con la più ampia diffusione delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni (è stata così annullata la clausola del bando di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, con la quale la stazione appaltante ha imposto, a pena d'esclusione, ai concorrenti di produrre i certificati rilasciati dagli enti previdenziali, invece di limitarsi ad ammettere le dichiarazioni sostitutive di certificazioni da presentare: Tar Sicilia Palermo, sezione III, 25 ottobre 2006 n. 2366).

Del resto, occorre considerare che l'articolo 77-*bis* del citato Tu n. 445 del 2000 stabilisce proprio che «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

Equipollenza e fungibilità

«**N**e consegue il principio generale secondo cui sussiste piena equipollenza e fungibilità tra la dichiarazione di atto notorio e la sua corrispondente forma sostitutiva; del resto, ciò risponde proprio alle esigenze di semplificazione e snellimento del procedimento amministrativo, come espressamente evincibile dall'art. 47 del D.P.R. citato che prevede come regola generale l'impiego della dichiarazione sostitutiva di atto notorio (ad eccezione delle ipotesi di dichiarazioni sostitutive di certificazioni) in tutti i rapporti con le pubbliche amministrazioni».

■ *Tar Campania, sezione I, sentenza 22 dicembre 2004 n. 19643*

speciali, salvo che queste siano espressamente richiamate dall'articolo 78». Si tratta di una disposizione centrale nell'economia del citato Tu, peraltro inserita dal legislatore nel corpo del citato testo nel 2003, e con cui si fa in un certo qual senso tabula rasa dei dubbi interpretativi sulla portata appunto "generale" delle norme in tema di semplificazione documentale, segnatamente intendendo il legislatore del 2003 superare i dubbi sulla ricomprensione nell'ambito applicativo della richiamata disciplina anche delle procedure di gara, non a caso espressamente menzionate nella novella del 2003. Ha osservato allora parte della giurisprudenza che ai sensi del citato articolo 77-bis, che appunto dispone che le disposizioni in materia di documentazione amministrativa contenute nei capi II e III del Tu (ivi incluse, quindi, quelle in materia di autocertificazione e di dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà) 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 pub-

bliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, il silenzio del bando sulla possibilità di autocertificazione non può essere inteso come divieto di avvalersene in quanto la possibilità delle dichiarazioni sostitutive costituisce un principio dell'ordinamento, di immediata e diretta applicazione (Tar Sicilia Catania, sezione I, 8 luglio 2008 n. 1279). Ed è in questa logica che il citato orientamento interpretativo richiama, con specifico riguardo allo strumento semplificatorio della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, che più direttamente interessa nella fattispecie in esame, gli articoli 47, comma 3, e 77-bis del Dpr 445/2000 e l'articolo 74 del Dlgs 163/2006, tutti dettati per finalità di snellimento e accelerazione dell'azione amministrativa.

In particolare, viene osservato che la disposizione legislativa per prima richiamata dispone che, salve le eccezioni di legge, tutti gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nel precedente articolo 46 (riguardante le dichiarazioni sostitutive dei certificati) sono comprovati dall'interessato mediante la sua

dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà; e le residue richiamate disposizioni legislative espressamente estendono la facoltà d'introdurre nel procedimento di gara le dichiarazioni sostitutive dell'interessato in sostituzione dei documenti e dei certificati richiesti, ai quali, invero, le prime, anche in senso generale e di norma, sono equiparabili evincendosi ciò palesemente dall'intero impianto normativo recato dal Dpr 445/2000. (Tar Campania, sezione I, 22 dicembre 2004 n. 19643). Deve aggiungersi che il comma 6 del citato articolo 74 del Dlgs 163/2006, concernente le procedure degli appalti pubblici, ha disposto che le stazioni appaltanti non richiedono documenti e certificati per i quali le norme vigenti consentano la presentazione di dichiarazioni sostitutive, «salvi i controlli successivi in corso di gara sulla veridicità di dette dichiarazioni» (Tar Campania Salerno, sezione I, 13 maggio 2008 n. 1506).

La tutela della *par condicio* - Diverso l'avviso espresso dai giudici di Palazzo Spada con la decisione in esame, per quanto vanno segnalati i diversi temperati che nel caso di specie si colgono nel testo della motivazione a quella che altrimenti apparirebbe una regola particolarmente rigida, la cui coerenza con il sistema della semplificazione documentale sarebbe allora tutta da verificare. E infatti la sezione, nell'escludere nella gara di che trattasi la possibilità per l'impresa concorrente di ricorrere a strumenti alternativi a quelli

espressamente e puntualmente previsti nella *lex specialis* per dimostrare il possesso di un dato requisito (nella specie, la proprietà dei mezzi e la potenza dei relativi motori), ha innanzitutto rilevato la tardività della detta alternativa produttiva documentale, quindi la sua minore forza probante rispetto a quella espressamente contemplata dalla *lex specialis* di gara e da ultimo la mancanza di una specifica impugnativa della clausola di *lex specialis* prescrittiva dell'obbligo incondizionato di produrre quei dati documentali e non altri per comprovare un dato requisito.

Rimane tuttavia, pur in un certo modo temperato dagli elementi ora richiamati, che l'avviso del giudice di appello sia stato nel senso che avendo la *lex specialis* di gara prescritto nello specifico che la potenza dei mezzi può essere provata soltanto con la produzione di determinati documenti, ammettere allora la dichiarazione sostitutiva di atto notorio significherebbe forzare inammissibilmente il meccanismo delle regole di gara. L'argomento logico-giuridico più forte a sostegno di questa posizione è quello, peraltro richiamato nella decisione in esame, per cui «l'applicazione indiscriminata alle gare d'appalto della normativa in materia di semplificazione amministrativa può portare ad una inammissibile violazione del principio della *par condicio competitorum* le quante volte gli atti generali che compendiano le regole di gara non abbiano espressamente previsto (an-

Clausola nulla

«In difetto di deroghe esplicite al novero dei rapporti nell'ambito dei quali risulta utilizzabile l'autocertificazione, tale ultimo strumento di semplificazione (anche per la sua valenza strategica nella rimodulazione delle relazioni tra il cittadino e le pubbliche amministrazioni) deve intendersi ammesso in ogni settore dell'azione amministrativa e, nel dubbio, favorito con interpretazioni sistematiche delle disposizioni apparentemente ostative che assegnino a queste ultime significati compatibili con la più ampia diffusione delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni.

Ne deriva che illegittimamente la stazione appaltante - invece di limitarsi ad ammettere le certificazioni sostitutive di dichiarazioni sul punto - ha imposto ai concorrenti di produrre i certificati rilasciati dagli Enti previdenziali, a pena d'esclusione; pertanto la clausola del bando di gara di cui all'art. 8, lettera e), n. 5, deve essere annullata».

■ Tar Sicilia, sezione III, sentenza 25 ottobre 2006 n. 2366

che a mezzo di generica dichiarazione di equipollenza) la possibilità di attingere a tale modalità semplificata ai fini della dimostrazione di fatti rilevanti ai fini partecipativi». La tutela della *par condicio* è esigenza invero fondamentale nelle gare di appalto, e così in ogni procedura selettiva e tuttavia essa deve coniugarsi con le esigenze tutelate dal principio, anch'esso proprio delle procedure di che trattasi, inteso a consentire la più ampia partecipazione. Del pari tradizionale, a sostegno della tesi della non utilizzabilità dello strumento della dichiarazione sostitutiva, è l'argomento per cui, imponendo il ricorso alla dichiarazione sostitutiva un controllo postumo su quanto dichiarato dal concorrente, (eventuale nel caso di controllo a campione ed obbligatorio per il concorrente aggiudicatario della gara), allora la stazione appaltante, nell'esercizio dei margini di discrezionalità propri della fase della fissazione delle re-

gole di gara, può legittimamente «orientarsi per una limitazione del ricorso alle dichiarazioni sostitutive, proprio a mezzo di previsioni imponenti la esibizione fin da subito di documentazione dalla più sicura efficacia probante». Rimane tuttavia la difficoltà di coniugare siffatta impostazione, che ha certamente il pregio di cogliere la problematicità della "gestione" dei dati che devono essere rappresentati dalle imprese in sede di partecipazione alle gare in uno con le esigenze di celerità che segnatamente caratterizzano le procedure di gara, con la *ratio* complessiva delle misure di semplificazione recate dal Tu del 2000, in particolare con il suo citato articolo 77-bis, inteso appunto a travolgere ogni limitazione e resistenza alla possibilità di esercizio - da parte del privato - della sua facoltà di utilizzare, in alternativa allo strumento del certificato, lo strumento della dichiarazione sostitutiva. ■