

Parere n. 59 del 25/03/2010

Protocollo PREC 118/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dallo Studio Tecnico Ing. Saverio Ladisa – Servizio di accertamento della sicurezza degli impianti a gas – Importo a base d'asta €175.000,00 – S.A.: Toscana Energia S.p.A.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15 giugno 2009 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale lo Studio Tecnico Ing. Saverio Ladisa ha contestato la propria esclusione dalla procedura di gara in oggetto, disposta dalla Toscana Energia S.p.A. per la mancata allegazione della fotocopia del documento di identità alla dichiarazione sostitutiva di cui al modello 1 allegato alla lettera di invito.

L'Ing. Ladisa ha affermato di aver allegato alla documentazione prodotta la fotocopia del documento d'identità, il che sarebbe comprovato dal fatto che detta fotocopia sarebbe stata fatta sul medesimo foglio in cui era stata fotocopiata la tessera sanitaria recante il codice fiscale. L'indicazione del codice fiscale era infatti prevista a pena di esclusione dall'art. 6 della lettera di invito e nessun addebito è stato mosso dalla stazione appaltante in ordine alla mancanza dello stesso.

Il professionista istante ha lamentato, inoltre, la mancata pubblicità della seduta di apertura delle buste contenenti la documentazione a corredo dell'offerta, con conseguente violazione del principio del contraddittorio e delle regole di trasparenza dell'azione amministrativa. La sua presenza in seduta di gara avrebbe infatti consentito una verifica congiunta della presenza o meno della fotocopia del documento di identità, circostanza posta a base del provvedimento di esclusione.

L'Ing. Ladisa ha rilevato, infine, l'eccessiva onerosità delle condizioni di partecipazione alla gara, che prevedevano la presentazione delle offerte esclusivamente a mano o a mezzo corriere (art. 5 della lettera di invito).

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la Toscana Energia S.p.A., con nota del 5 ottobre 2009, ha ribadito che l'istante è stato escluso per non aver allegato alla dichiarazione sostitutiva la fotocopia del documento di identità ai sensi degli articoli 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000, come espressamente indicato nel modello 1 allegato alla lettera di invito. Ha inoltre comunicato che le aggiudicazioni definitive si sono perfezionate l'11 giugno 2009 per sei professionisti e il 12 giugno 2009 per un professionista. Va precisato, altresì che la stazione appaltante, nella nota dell'8 giugno 2009 indirizzata all'Ing. Ladisa a riscontro della nota di quest'ultimo del 28 maggio 2009, non ha contestato di aver proceduto all'apertura delle buste in seduta riservata, assumendo la conformità di tale operato al dettato normativo. In detta nota, infine, la Toscana Energia S.p.A. ha rilevato che la successiva trasmissione della copia del documento, con nota del 28 maggio 2009, non era idonea a sanare l'originaria omissione,

sottolineando che il predetto professionista era stato l'unico, tra gli oltre 40 partecipanti, a non aver allegato la fotocopia del documento di identità.

Ritenuto in diritto

Ai sensi dell'art. 38, comma 3 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi dell'amministrazione pubblica o ai gestori o esercenti di pubblici servizi sono sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore. Tale modalità di presentazione delle autocertificazioni si applica sia alle dichiarazioni sostitutive di certificazioni quali, per quanto qui interessa, l'appartenenza a ordini professionali, il titolo di studio, la qualifica professionale posseduta, l'assolvimento di specifici obblighi contributivi, il possesso e numero del codice fiscale (art. 46, comma 1, lett. l, m, n, p, q del D.P.R. cit.), sia alle dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà concernente stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato (art. 47 del D.P.R. cit.).

La decisione di escludere l'istante per aver ommesso l'allegazione del documento di identità, come prescritto dalle norme richiamate, è supportata dalla consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo, in base alla quale "viene legittimamente disposta l'esclusione dalla gara per la mancata allegazione, da parte del concorrente, della fotocopia del documento di riconoscimento alla dichiarazione sostitutiva ed ai documenti prodotti in fotocopia autocertificata, atteso che l'obbligo di produrre copia del documento di identità risulta inderogabile in considerazione della sua introduzione quale forma di semplificazione, né è data possibilità di regolarizzazione o integrazione del documento mancante, nel rispetto anche della par condicio tra i concorrenti" (Cons. Stato, sez. VI, 27.5.2005, n. 2745; id. sez. IV, 14.2.2005, n. 435; id., 4.11.2004, n. 7140; id., sez. V, 4.5.2006, n. 2479; id., ord. 15.9.2005, n. 4199). E' stato altresì affermato che "in sede di partecipazione ad una gara pubblica, deve ritenersi che la produzione della fotocopia del documento d'identità del dichiarante debba essere considerata elemento costitutivo dell'autocertificazione, essendo requisito formale ad substantiam dell'autocertificazione stessa; a tanto consegue che non può tale mancanza ritenersi regolarizzabile proprio perché l'allegazione di copia del documento di identità costituisce adempimento di valore essenziale, in quanto volto a garantire l'esatta provenienza di ogni singola documentazione esibita, senza possibilità di regolarizzazione o integrazione, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti" (Cons. Stato, sez. V, 1.10.2003, n. 5677; conformi sono anche TAR Lazio, sez. II ter, 24.1.2007, n. 5677; TAR Umbria, 3.5.2004, n. 212; TAR Basilicata, 26.6.2007, n. 476). In altri termini, nell'ambito di una gara pubblica "una dichiarazione o un'istanza non specificamente corredata dalla fotocopia del documento di identità è strutturalmente carente, nel senso che non offre alcuna garanzia legale in ordine all'autenticità della sua sottoscrizione e quindi alla provenienza e paternità della sottoscrizione da parte del soggetto che assume di esserne l'autore" (TAR Liguria, sez. II, 11.5.2006, n. 461; nello stesso senso, TAR Puglia-Bari, sez. I, 9.1.2004, n. 29; TAR Lazio, Latina, 10.4.2006, 242; TAR Campani, Napoli, sez. I, 19.5.2004, n. 8809).

Anche questa Autorità si è uniformata a tali principi, condividendo l'interpretazione giurisprudenziale secondo la quale l'omessa allegazione della fotocopia del documento di identità comporta l'esclusione dalla gara, rappresentando tale documento un elemento costitutivo dell'autocertificazione (deliberazione n. 66/07; parere 9 aprile 2008, n. 105).

Ciò detto in linea di principio, va osservato che, nella fattispecie, l'avvenuta produzione della fotocopia del documento di identità costituisce un fatto controverso, poiché l'istante afferma di averlo allegato e la stazione appaltante afferma di non averlo rinvenuto nel plico.

Dirimente, tuttavia, appare la circostanza che l'istante non è stato posto in condizione di poter congiuntamente verificare la sussistenza di tale omissione al momento dell'apertura delle buste, che avrebbe dovuto essere svolta in seduta pubblica e non riservata, come è invece avvenuto nel caso di specie e pacificamente ammesso dalla stazione appaltante. Al riguardo, nella deliberazione del 6 febbraio 2007, n. 25, invocata dall'istante, questa Autorità ha affermato che l'obbligo di pubblicità delle sedute nelle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici riguarda sia la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione, sia quella di apertura delle buste contenenti l'offerta economica, potendo la stazione appaltante procedere in forma riservata solo laddove debba compiere operazioni di valutazione di carattere tecnico-discrezionale in ordine alle offerte presentate. Tale principio è stato successivamente confermato con la deliberazione del 20 febbraio 2007, n. 46, nella quale si è precisato che l'obbligo del seggio di gara di garantire ai concorrenti l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi è posto a tutela dell'interesse pubblico e di quello dei singoli concorrenti nonché con la deliberazione del 27 marzo 2007, n. 78, nella quale si è ulteriormente specificato che la pubblicità delle sedute di gara è la principale manifestazione della trasparenza amministrativa e costituisce un'essenziale garanzia partecipativa dei concorrenti, la quale contribuisce a qualificare un procedimento di evidenza pubblica come "giusto" e rispettoso della *par condicio*. Nel parere di questa Autorità del 31 gennaio 2008, n. 30 è stato inoltre affermato che la mancata pubblicità delle sedute di gara rileva sempre come vizio della procedura, senza che occorra dimostrare una effettiva lesione della *par condicio* tra i concorrenti, trattandosi di un aspetto della selezione posto a tutela non solo della parità di trattamento dei partecipanti alla competizione ma ancor prima dell'interesse pubblico all'imparzialità e alla trasparenza dell'azione amministrativa.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha statuito che la violazione del principio della pubblicità delle fondamentali fasi della gara rende invalidi tutti gli atti della procedura selettiva, senza che rilevi l'assenza di prova dell'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di violazione le cui conseguenze negative non sono apprezzabili *ex post* (Consiglio di Stato, sez. V, 16.6.2009, n. 3884; id., 4.3.2008, n. 901). E' stato inoltre precisato che il principio di pubblicità delle sedute, ricavabile dal complessivo tenore dell'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006, trova immediata applicazione indipendentemente da una sua espressa previsione nell'ambito della *lex specialis* di gara, atteso che lo stesso costituisce una regola generale riconducibile direttamente ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. (Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2002, n. 5421; TAR, Sardegna, sez. I, 5 novembre 2009, n. 1609).

Conclusivamente, benché l'omessa allegazione alla dichiarazione sostitutiva della fotocopia del documento di identità legittimi un provvedimento di esclusione, la mancata pubblicità della seduta di apertura dei plichi è idonea a viziare l'intera procedura concorsuale.

Quanto, infine, alla censura attinente alla eccessiva onerosità delle condizioni di partecipazione alla gara, si osserva che la celerità che può e deve caratterizzare le procedure concorsuali giustifica pienamente la previsione di rapide modalità di presentazione delle offerte, a mano o tramite corriere.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che nonostante l'omessa allegazione alla dichiarazione sostitutiva della fotocopia del documento di identità legittimi un provvedimento di esclusione dalla

gara, la mancata pubblicità della seduta di apertura dei plichi non è conforme alla normativa e alla giurisprudenza di settore ed è idonea a viziare l'intera procedura concorsuale.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 Aprile 2010