

Parere n.183 del 20/10/2011

PREC 126/11/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Impresa Tomassini Style S.r.l. – “*Procedura aperta per la fornitura di uno scuolabus per trasporto alunni della scuola dell'obbligo e materna con obbligo di ritiro in permuta o per rottamazione di due scuolabus usati*” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d'asta: euro 90.000,00 – S.A.: Comune di San Giovanni Rotondo (Foggia).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 maggio 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Tomassini Style S.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara indetta per l'affidamento dei lavori in oggetto, disposta dal Comune di San Giovanni Rotondo in ragione della mancata allegazione di copia del documento di identità nella busta interna contenente l'offerta economica.

Nello specifico, l'istante ha censurato sotto vari profili di legittimità, specificamente indicati in parte motiva, il provvedimento avverso.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 13 giugno 2011, S.A. ha ribadito la correttezza del proprio operato, evidenziando che il motivo di esclusione dell'impresa istante trova conferma nel disposto del disciplinare di gara espressamente richiamato nella sua testualità.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione dalla gara in oggetto della ditta Tomassini Style S.r.l., la quale non ha allegato la copia fotostatica del documento d'identità del legale rappresentante all'interno della busta contenente l'offerta economica. La suddetta esclusione è stata disposta nonostante numerose copie del documento di che trattasi fossero contenute all'interno della busta A) relativa alla documentazione amministrativa. In effetti, in base alla previsione della *lex specialis* – relativa al “*Contenuto della busta C) offerta economica*” – “*L'offerta datata e firmata dal titolare o dal legale rappresentante dell'impresa, o da chi abbia il potere di rappresentarla legalmente, deve essere inserita, pena l'esclusione dalla gara, nella busta contrassegnata dalla lettera C) – OFFERTA ECONOMICA – chiusa, sigillata e controfirmata sui lembi di chiusura, recante all'esterno il nominativo o ragione sociale del mittente e la dicitura: “OFFERTA ECONOMICA”. Alla domanda, in alternativa all'autenticazione della sottoscrizione, deve essere allegata, a pena di esclusione, copia fotostatica del documento di identità del/i sottoscrittore/i*”.

L'impresa istante contesta tale esclusione deducendo la violazione degli artt. 38 e 43 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445; della *lex specialis* della procedura, dei principi generali in materia di pubbliche gare nonché l'eccesso di potere per sviamento, illogicità ed irragionevolezza.

In altri termini, nell'offerta erano presenti (anche se non all'interno della busta "C") più copie del documento di identità del firmatario dell'offerta economica, donde la denunciata illegittimità della disposta esclusione, a causa dell'asserito travisamento del disciplinare di gara, poiché lo stesso non avrebbe previsto – come *ex adverso* postulato dalla S.A. nella memoria prodotta a questa Autorità – l'obbligo di inserimento del documento di identità del sottoscrittore anche nell'offerta economica *“in quanto tale obbligo viene riferito, dal disciplinare, genericamente alla domanda e non all'offerta”*, ingenerando in tal guisa giustificabili perplessità meritevoli dell'applicazione del *favor participationis*.

Tanto, anche in ragione dell'elaborazione giurisprudenziale, citata dall'istante, intervenuta in tema di dichiarazioni sostitutive di certificazioni o di atti di notorietà, secondo cui la formalità prescritta dal prefato art. 38 non deve tradursi in un formalismo senza scopo, essendo improntata al principio di semplificazione mirata appunto ad evitare inutili aggravamenti procedurali che si determinerebbero ove si chiedessero tante copie fotostatiche del medesimo documento di identità.

Le medesime considerazioni, a dire dell'istante, non potrebbero non valere *a fortiori* con riferimento al caso di specie, nel rilievo che l'atto cui si sarebbe dovuto allegare la copia del documento di identità è un'offerta economica, e non una dichiarazione sostitutiva di certificazione o di atto di notorietà.

In tal senso, la giurisprudenza e questa stessa Autorità - proprio nell'esaminare la vicenda della mancata allegazione all'offerta economica di una copia del documento di identità del sottoscrittore - avrebbero concluso per l'illegittimità dell'esclusione motivata con tale circostanza.

Ciò in quanto l'offerta economica non è un'autocertificazione, ma una semplice controproposta negoziale in cui nulla si certifica e che nulla dichiara di voler attestare.

A tal proposito, occorre, però, considerare l'oscillante e non univoco avviso della giurisprudenza.

Invero, richiamando in senso favorevole all'istante *ex multis*, la sentenza del Consiglio Stato, sez. V, 12/6/2009 n. 3690, si deduce che *“per l'art. 38 del D.P.R. 22 dicembre 2000 n. 445, le istanze e le dichiarazioni (sostitutive di atto di notorietà o della documentazione da allegare alle istanze di cui ai successivi artt. 46 e 47) da presentare alla pubblica Amministrazione sono valide se sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore”*. Inoltre, *“la mancata allegazione, alla dichiarazione sostitutiva od all'istanza, della copia del documento di identità del sottoscrittore rende l'atto non in grado di spiegare gli effetti certificativi previsti dalla corrispondente fattispecie normativa, in quanto nullo per difetto di una forma essenziale stabilita dalla legge”* e, per quanto ne occupa, *“in una gara d'appalto l'offerta economica non ha la natura di dichiarazione sostitutiva, né d'istanza diretta all'Amministrazione, essendo la volontà di partecipazione al procedimento già stata espressa con separato atto (esso si soggetto alla prescrizione dell'allegazione copia del documento d'identità con effetti preclusivi)...Solamente in ipotesi che il sottoscrittore dell'offerta sia soggetto diverso dal procuratore, che abbia sottoscritto la domanda d'ammissione con autocertificazione, deve essere allegata all'offerta stessa - a pena di esclusione – l'apposita procura in originale o in fotocopia autocertificata”*. Dunque, l'atto di procura autocertificata e non l'offerta economica, necessiterebbe dell'allegazione di copia del documento d'identità, secondo la disciplina dettata dal D.P.R. n. 445 del 2000.

All'opposto, in senso favorevole alla S.A., richiamando *ex multis* Consiglio Stato, sez. V, 23/11/2010 nn. 8153 e 8151 e n. 5761/2007, si deduce che *“in materia di gare relative a contratti pubblici, deve ritenersi indefettibile la produzione della copia fotostatica del documento d'identità nel caso in cui si tratti di supportare la più importante delle dichiarazioni di volontà che intervengono nella procedura concorsuale, cioè l'offerta economica, stante che la prescritta formalità assolve all'essenziale funzione di ricondurre incontrovertibilmente al suo autore l'autenticità dell'apposta sottoscrizione”*.

Di talché, la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel disciplinare di gara esigerebbe, in ogni caso, che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che alla Commissione di gara residui alcun margine di discrezionalità; quindi, nel caso di specie, comminando la *lex specialis* – seppure con formulazione obiettivamente ambigua – l'esclusione dalla gara, in conseguenza della controversa prescrizione di cui sopra, l'Amministrazione non avrebbe potuto che dare precisa ed incondizionata esecuzione alla stessa, estromettendo dalla competizione l'impresa istante; sicché, il principio richiamato dall'istante, volto a favorire la più ampia partecipazione alle gare pubbliche, avrebbe carattere recessivo rispetto al principio della *par condicio* (Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2008, n. 6498; Id., 19 febbraio 2008, n. 567).

In posizione più equilibrata si pone il Consiglio Stato, sez. VI 22/10/2010 n. 7608, secondo cui – posta l'indubitabilità del fatto che, ai sensi degli articoli 38, comma 3, e 47, comma 1, del D.P.R. n. 445 del 2000, l'allegazione della copia fotostatica del documento di identità costituisce un fondamentale onere del sottoscrittore, conferendo legale autenticità alla sua sottoscrizione e configurandosi come elemento della fattispecie normativa diretta a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione ad una determinata persona fisica – ritiene però che *“questa, pure essenziale, prescrizione di carattere formale deve essere applicata verificando se nel contesto dei singoli casi lo scopo della normativa non sia comunque raggiunto, evitando interpretazioni che in concreto possano risultare di sproporzionato e perciò inutile rigore, venendo con ciò a ledere, per converso, l'altresì rilevante principio della massima partecipazione alle procedure competitive”*.

Nel caso di specie, si ritiene che la S.A. avrebbe dovuto adottare una siffatta interpretazione, nella circostanza di fatto per cui all'interno della busta A), contenente la documentazione amministrativa, era contenuto in molteplici copie il documento d'identità del medesimo sottoscrittore dell'offerta economica.

Al riguardo, esigere che *“più dichiarazioni rese dalla stessa persona in un medesimo procedimento e facenti parte di un medesimo insieme probatorio (inserite in una stessa busta, contenente la documentazione amministrativa per la gara), debbano necessariamente essere accompagnate, ciascuna, da una copia del documento”* si tramuta *“in un formalismo senza scopo”* (Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2006, n. 25; cfr. anche Sez. IV, 5 marzo 2008, n. 949), poiché la prova del nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione alla persona fisica determinata da cui proviene, emerge oggettivamente dal riscontro del contesto documentale, risultando raggiunta la finalità della normativa in materia e con ciò della legge di gara, che ne costituisce applicazione.

Su quest'ultima linea ermeneutica si pone anche il recente parere di questa Autorità n. 21 del 9 febbraio 2011, concernente proprio l'omessa allegazione di copia del documento di identità nella busta interna contenente l'offerta economica.

Al riguardo, l'avviso espresso – dal quale non v'è motivo di discostarsi nel caso presente – è stato nel senso che *“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, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella lex specialis, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento del bando (cfr. ex multis pareri n. 215 del 17.09.2008 e n. 262 del 17.12.2008), sulla base dell'assunto che la clausola è stata chiaramente evidenziata nell'ambito della lex specialis, nonché formulata in termini letterali che non presentano profili di dubbio interpretativo, cosicché i partecipanti risultavano correttamente informati dell'obbligo di produrre copia fotostatica del documento di identità nella busta interna contenente l'offerta economica a pena di esclusione”.

Alla medesima stregua, anche 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 impresa 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. Invero, *“l'obbligo di allegazione del documento di identità stabilito dalla richiamata normativa non sussiste 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”* (si veda, in proposito, la deliberazione di questa 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).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disposta esclusione non sia conforme ai principi e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente supplente: Pietro Calandra

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 ottobre 2011

Il Segretario: Maria Esposito