

E' legittima l'esclusione di una ditta la cui cauzione provvisoria risulta si accompagnata dalla dichiarazione del garante di aver i poteri di firma ma non risulta firmata dallo stesso: la produzione del documento di identità del sottoscrittore allegata ad una dichiarazione priva di sottoscrizione non può offrire alcuna garanzia legale in ordine alla provenienza della dichiarazione del soggetto che se ne assume autore

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE - PER IL LAZIO – SEZIONE III
Ha pronunciato la seguente sentenza

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 10964 del 2004/Reg.gen., proposto dalla Soc. **** s.r.l. rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Barberis e Ilaria Barbetta, con domicilio eletto in Roma, Via Valdagno, n. 22;

C O N T R O

L'ANAS – Ente Nazionale per le Strade - in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Flavio de Luca e Emiliano Speciale, con domicilio eletto in Roma, Via Marcello Prestinari, n. 23;

e, nei confronti

della Impresa Officine ****, quale mandataria dell'A.T.I. costituita con Sicurvia D'Hainaut

per l'annullamento

del provvedimento comunicato con nota 24 settembre 2004, prot. n. 23789, con cui l'ANAS ha escluso la ricorrente dalla gara n. 49/PI/2004 di pubblico incanto per l'affidamento in appalto di lavori di costruzione della variante esterna alla città di Lecce, dall'innesto con la S.S. 613 all'innesto con la S.S. 16, per un importo di € 607.773,46;

del bando di gara n. 22/04 del 15 luglio 2004, prot. 17460 e relativo disciplinare, nella parte in cui richiedono una dichiarazione di accompagnamento alla cauzione provvisoria;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata;

Visti gli atti tutti della causa;

Udita, alla pubblica udienza del 18 maggio 2005 la relazione del Cons. Maria Luisa De Leoni e uditi, altresì, gli avvocati come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con ricorso notificato l'8 novembre 2004, la Società ricorrente impugna gli atti specificati in epigrafe, con cui è stata disposta l'esclusione della stessa dalla gara per l'affidamento dei lavori di costruzione della variante esterna alla città di Lecce.

La ricorrente è stata esclusa dalla predetta gara, in quanto ha prodotto la dichiarazione del firmatario della cauzione (dell'Agente Assicurativo), attestante il possesso dei poteri di firma, priva della sottoscrizione del dichiarante, come previsto, a pena di esclusione, dal punto 7 del bando.

Con un unico ed articolato motivo deduce la violazione e falsa applicazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica e, in particolare, di quelli di proporzionalità delle sanzioni amministrative, massimo confronto concorrenziale e favor participationis, degli artt. 1, comma e, e 6, comma 1, lett. b), della legge n. 241 del 1990; dell'art. 71 del d.P.R. n. 445 del 2000; dell'art. 1 della legge n. 348 del 1982 e dell'art. 28 della direttiva CEE 93/37; del combinato disposto degli artt. 30 della legge n. 109 del 1994 e 100 del d.P.R. n. 554 del 1999; eccesso di potere sotto vari profili.

Assume l'interessata che la sottoscrizione era prevista come indispensabile solo per la polizza, mentre il requisito contestato non era previsto per la dichiarazione, da allegarsi alla cauzione, relativa ai poteri di firma dell'Agente assicuratore.

D'altra parte, la dichiarazione prodotta dalla ricorrente, che riporta la data del 31 agosto 2004, deve ritenersi perfettamente valida, poiché contiene tutti i dati necessari per il riscontro dei poteri di firma dell'agente richiesti dal bando. Eventualmente, l'Amministrazione avrebbe dovuto invitarla ad integrare la documentazione lacunosa ex art. 71 del d.P.R. n. 445 del 2000, trattandosi di mera irregolarità.

Deduce, inoltre, la illegittimità della clausola di bando, poiché essa si risolverebbe in una formalità non essenziale e non prevista dalla disciplina sugli incanti pubblici. La contestata clausola di bando, infatti, determinerebbe un ingiustificato appesantimento burocratico, fonte di aggravio del procedimento ed in contrasto con il principio di proporzionalità.

Chiede, inoltre, il risarcimento dei danni.

Conclude per l'accoglimento del ricorso, con ogni conseguenziale statuizione in ordine alle spese ed onorari di giudizio.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, eccepisce, preliminarmente, la irricevibilità del ricorso per quella parte che è diretta a censurare la clausola di bando, e conclude per il rigetto dello stesso.

All'Udienza del 18 maggio 2005 la causa è stata ritenuta in decisione.

D I R I T T O

La Società ricorrente sostiene che l'adempimento prescritto dal bando si risolve in una formalità inessenziale allo svolgimento dell'incanto, non prevista dalla disciplina sugli appalti, con la conseguenza che la connessa sanzione dell'esclusione contrasta con il principio di proporzionalità e con il divieto di aggravio del procedimento.

L'assunto non può essere condiviso.

Il bando di gara, invero, al punto 7, prevedeva le modalità di presentazione della cauzione provvisoria, stabilendo due modalità o mediante versamento diretto di contanti o titoli del debito pubblico presso la Tesoreria Provinciale dello Stato ovvero mediante produzione di fidejussione bancaria o polizza assicurativa.

Solo per quest'ultima modalità, il disciplinare di gara contemplava, a pena di esclusione, o la legalizzazione della firma dell'agente assicurativo o una dichiarazione dello stesso agente, attestante il possesso dei poteri di firma, con gli estremi del conferimento del mandato, corredata da copia del documento di riconoscimento dello stesso.

La ricorrente ha prodotto la documentazione richiesta, nella specie la dichiarazione dell'agente, contenente gli elementi sopra specificati, ma priva di sottoscrizione.

Orbene, la mancanza di sottoscrizione della dichiarazione comporta ineluttabilmente la impossibilità di imputabilità soggettiva della dichiarazione stessa ad una determinata persona fisica.

Ne consegue che la dichiarazione è nulla e, quindi, priva di ogni rilievo ai fini del soddisfacimento delle prescrizioni del bando, che imponevano, a pena di esclusione, una valida ed efficace dichiarazione. La prescrizione di oneri formali (peraltro, lasciati alla scelta dell'interessato) deriva dall'esigenza di responsabilizzare gli autori delle dichiarazioni.

Non può, quindi, condividersi l'assunto della ricorrente, secondo cui l'omessa sottoscrizione della dichiarazione integrerebbe una mera irregolarità della dichiarazione, come tale suscettibile di essere emendata.

Deve, invece, rilevarsi che la dichiarazione non sottoscritta comporta il venir meno del nesso biunivocamente rilevante tra dichiarazione e responsabilità personale del sottoscrittore, con la conseguente radicale improduttività di qualunque effetto giuridico di "certezza".

Non si tratta, quindi, semplicemente di integrare, chiarire o regolarizzare un documento incompleto non rispondente nella forma a quella richiesta dalle prescrizioni di bando.

Una dichiarazione non sottoscritta dal dichiarante è priva dell'elemento essenziale per la sua stessa giuridica esistenza.

In mancanza di sottoscrizione, la dichiarazione è inesistente e non può essere sanata.

Quanto alle censure relative alla clausola di bando, va in primo luogo, respinta l'eccezione formulata dall'Amministrazione resistente, relativa alla irricevibilità, per questa parte, del ricorso.

Ed invero, non si tratta, nella specie, di clausola escludente e, dunque da impugnare immediatamente. Trattasi, invero, di prescrizione che non appariva immediatamente lesiva e, quindi, poteva essere impugnata all'atto della sua applicazione, unitamente al provvedimento di esclusione.

Al riguardo, tuttavia, il Collegio non può non rilevare che, per giurisprudenza ormai consolidata, quando le prescrizioni del bando di gara o della lettera di invito, sanzionano espressamente con l'esclusione il mancato rispetto delle prescrizioni di gara, l'Amministrazione è tenuta a dare alle stesse, nel corso del procedimento di gara, puntuale applicazione senza che in capo all'Organo amministrativo cui compete l'attuazione delle stesse residui alcun margine di discrezionalità.

Ciò premesso, è necessario sottolineare che l'Amministrazione ha prescritto l'onere di cui si discute, osservando le statuizioni dettate dall'art. 38, commi 2 e 3, secondo cui "le istanze e le dichiarazioni....sono sottoscritte dall'interessato in presenza dell'addetto ovvero sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore...".

Orbene, la produzione del documento di identità del sottoscrittore allegata ad una dichiarazione priva di sottoscrizione non può offrire alcuna garanzia legale in ordine alla provenienza della dichiarazione del soggetto che se ne assume autore.

Quanto sopra, per dimostrare che la formalità prescritta a pena di esclusione dalle norme di gara non è né ultronea né irrazionale, ma assolve alla funzione di avere certezze sulla validità della cauzione, essendo tale elemento qualificante della serietà dell'offerta.

La ricorrente lamenta, altresì, che la clausola di bando impugnata comporti un inutile aggravio del procedimento.

L'assunto non può essere condiviso.

Ed invero, poiché delle due modalità alternative per la cauzione provvisoria previste dal bando, la ricorrente ha scelto di presentare una polizza accompagnata dalla dichiarazione dell'agente, non è dato comprendere come tale prescrizione, richiedendo una dichiarazione con i requisiti richiesti, possa comportare un aggravio del procedimento a carico delle Imprese partecipanti.

Per quanto sopra il ricorso va, pertanto, respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali, che si liquidano in € 2000,00.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 18 maggio 2005 .