

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29059-in-caso-di-mancata-allegazione-del-documento-di-identit-non-ci-si-trova-al-cospetto-di-una-mera-irregolarit-sanabile-con-la-sua-produzione-postuma-ma-si-tratta-di-una-palese-e-insanabile-violazio>

Autore: Lazzini Sonia

In caso di mancata allegazione del documento di identità non ci si trova al cospetto di una mera irregolarità sanabile con la sua produzione postuma, ma si tratta di una palese e insanabile violazione della disciplina regolatrice della procedura amministrativa

Tar Lazio, Roma, 11.02.2010 n. 1955

in caso di mancata allegazione del documento di identità non ci si trova al cospetto di una mera irregolarità sanabile con la sua produzione postuma, ma si tratta di una palese e insanabile violazione della disciplina regolatrice della procedura amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 2004, n. 7140; 7 novembre 2007, n. 5761; Sez. VI, 4 giugno 2009, n. 3442).

la sottoscrizione di un documento è lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nello stesso consentendo così di risalire alla paternità dell'atto rendendolo vincolante verso i terzi destinatari della manifestazione di volontà. Con riferimento specifico alle procedure ad evidenza pubblica, l'offerta è qualificabile come dichiarazione di volontà del privato volta alla costituzione di un rapporto giuridico e la sua sottoscrizione, secondo le regole previste dalla *lex specialis* di gara, assolve alla funzione di assicurare la provenienza, la serietà, l'affidabilità e l'insostituibilità dell'offerta stessa.

una sola omissione prevista a pena di esclusione è insuscettibile di essere integrata in un momento successivo a quello fissato, a pena di decadenza, con la disciplina di gara, e che, pertanto, all'Amministrazione non è consentito, in tali casi, di richiedere chiarimenti od integrazioni tardive, pena la violazione delle stesse norme al cui rispetto la stessa si è autovincolata a tutela della par condicio tra i competitori;

la richiesta a pena di esclusione della allegazione del documento di identità segue l'esposizione della casistica relativa alla individuazione di chi è legittimato a sottoscrivere l'atto da depositare (in questo caso, la domanda di partecipazione, le attestazioni e le dichiarazioni ivi richieste) che può essere il legale rappresentante, un suo procuratore, ovvero, nel caso di associazioni temporanee o consorzi, tutti i soggetti che vi prenderanno parte, ed è, pertanto, riferita genericamente al/ai sottoscrittore/i, senza che in proposito si differenzi la relativa posizione soggettiva, avendo la norma lo scopo di offrire alla stazione appaltante dichiarazioni le cui sottoscrizioni siano comunque autentiche.

Ed invero, come già rilevato in sede cautelare, non può non ribadirsi che la richiesta, a pena di esclusione, in alternativa alla autenticazione della sottoscrizione, della allegazione di una fotocopia del documento del sottoscrittore o dei sottoscrittori delle dichiarazioni da inserire nella busta "C" è senz'altro riferibile al sottoscrittore tout court, sia esso il legale rappresentante della impresa concorrente, sia esso il procuratore di quest'ultimo, ovvero, ancora, dal legale rappresentante, o procuratore, dell'impresa mandataria, o, infine, dai legali rappresentanti, o procuratori, di tutte le imprese facenti parte di costituendi raggruppamenti.

Basti considerare che se l'estensore del disciplinare avesse inteso circoscrivere al solo procuratore del legale rappresentante l'obbligo di allegazione del documento di identità, si sarebbe riferito al "sottoscrittore" e non anche ai "sottoscrittori", con ciò, invece, estendendo tale prescrizione a tutti i soggetti contemplati nella prima parte della clausola che, a vario titolo, (legale rappresentante, procuratore, soggetti partecipanti ad associazioni temporanee o consorzi) devono sottoscrivere le dichiarazioni di cui alla busta "C", impegnandosi così nei confronti della stazione appaltante.

Del resto la conferma che la tesi propugnata da parte ricorrente non sia condivisibile proviene anche da un esame complessivo delle altre clausole del disciplinare di gara, ove pure è contenuta la medesima prescrizione, e sulla cui interpretazione non vi è controversia.

Ed invero, tale prescrizione è del tutto speculare a quelle pure contenute nella medesima *lex specialis*, a proposito, ad esempio, dei documenti da inserire nella busta "A – Documentazione", ove è pure previsto testualmente: "Alla domanda, in alternativa all'autenticazione della sottoscrizione, deve essere allegata, a pena di esclusione dalla gara, copia fotostatica di un documento di identità del/dei sottoscrittore/i."

Analogia formula è poi sempre pedissequamente ripetuta a proposito della sottoscrizione delle dichiarazioni, pure da inserire nella busta "A".

Da quanto sopra emerge, altresì, l'irragionevolezza, oltre che l'infondatezza, della tesi attorea, che condurrebbe a differenziare per la prima volta il regime di autenticazione delle sottoscrizioni, a seconda che le stesse si riferiscano al legale rappresentante ovvero ad un suo procuratore, in assenza di una valida motivazione in ordine alla eccezione propugnata.

Osserva il Collegio che il D.P.R. n. 445/2000, recante il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, prevede all'art. 38, comma 3, che: "Le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi della 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."

Il *modus* circa la relazione tra privato ed amministrazione pubblica è, dunque, previsto direttamente in sede normativa, con una disposizione non solo diretta ad adempiere ad una funzione semplificatoria della stessa relazione, ma anche di reciproca garanzia tra le parti coinvolte.

La giurisprudenza maggioritaria evidenzia come, nella previsione di cui al combinato disposto degli art. 21, comma 1, e 38, commi 2 e 3, del D.P.R. n. 445 del 2000, l'allegazione della copia fotostatica, sia pure non autenticata, del documento di identità dell'interessato vale a conferire legale autenticità alla sua sottoscrizione apposta in calce a una istanza o a una dichiarazione. Questo elemento non rappresenta un vuoto formalismo, ma è l'elemento della fattispecie normativa diretto a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione a una determinata persona fisica. Quindi, in caso di mancata allegazione del documento di identità non ci si trova al cospetto di una mera irregolarità sanabile con la sua produzione postuma, ma si tratta di una palese e insanabile violazione della disciplina regolatrice della procedura amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 2004, n. 7140; 7 novembre 2007, n. 5761; Sez. VI, 4 giugno 2009, n. 3442).

La sottoscrizione pertanto assume il connotato di condizione essenziale per l'ammissibilità dell'offerta, sia sotto il profilo formale, sia sotto il profilo sostanziale e la mancanza anche parziale della sottoscrizione inficia la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta. (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 novembre 2008, n. 5547)

Se, dunque, massima attenzione deve essere prestata dalle stesse Amministrazioni circa le prescrizioni che sono tese a garantire la certezza delle componenti dell'offerta e la loro immodificabilità e rispondenza agli originari intendimenti dell'offerente durante la procedura di gara, appare quanto meno perplessa l'ipotesi che la stazione appaltante, vincolata normativamente al rispetto della citata normativa in tema di semplificazione, possa essersi sottratta unilateralmente ad un obbligo cogente di legge solo in detta occasione.

Concludendo sul punto, ritiene il Collegio che la chiarezza ed univocità della *lex specialis* non lasciano alcuna possibilità di derogare alla tassatività della disposizione, né consentono l'arretramento del criterio formale rispetto alla ricerca ermeneutica, propugnata in sede difensiva, di una "intrinseca" portata della prescrizione sul piano sostanziale, tenuto anche conto che l'interpretazione proposta dalla ricorrente ipotizza una lettura *contra legem* della clausola.

Attesa, poi, la ineludibile conseguenza collegata alla accertata violazione della clausola, la stazione appaltante legittimamente ne ha fatto applicazione, decretando l'esclusione della ricorrente dalla gara, a presidio dei principi, pure immanenti le pubbliche gare, di tutela dell'affidamento e di par condicio degli altri concorrenti.

Le considerazioni che precedono soccorrono ad evidenziare l'infondatezza del motivo esaminato e dei rimanenti mezzi di censura dedotti in ricorso.

Come sopra evidenziato, la mancata allegazione del documento di identità, elemento non meramente formale ma costitutivo di quel nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione a una determinata persona fisica, impedisce di collegare la documentazione prodotta ad un qualsiasi soggetto dell'ordinamento.

Pertanto, l'accertata omissione non si presta ad essere sanata con altri dati forniti in sede di offerta, essendo stata prevista per l'inosservanza del prescritto adempimento la sanzione dell'esclusione dalla gara, ma neppure può ritenersi consentita la successiva regolarizzazione della riscontrata carenza o integrazione del documento mancante, in quanto la mancata allegazione del documento di identità non

costituisce una mera irregolarità sanabile con la sua produzione postuma, ma integra gli estremi di una palese ed insanabile violazione della disciplina regolatrice dell'appalto in questione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 7140/2004; 1° ottobre 2003, n. 5677; Sez. V, 31 ottobre 2008, n. 5458; Sez. VI, 4 giugno 2009, n. 3444).

Dunque, nemmeno ha pregio la deduzione relativa alla omessa considerazione che il documento di identità era stato comunque prodotto dalla ricorrente nell'ambito della medesima procedura, ancorché in altra busta contenente la documentazione amministrativa.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 1955 del 11 febbraio 2010 emessa dal Tar Lazio, Roma ed in particolare il seguente passaggio_

Dunque, nemmeno ha pregio la deduzione relativa alla omessa considerazione che il documento di identità era stato comunque prodotto dalla ricorrente nell'ambito della medesima procedura, ancorché in altra busta contenente la documentazione amministrativa.

Trancianti sul punto le considerazioni più sopra spese, può essere osservato in aggiunta che la prescrizione di inserimento dei documenti in distinte e separate buste, siccome deputate a contenere i diversi elementi oggetto di valutazione (documentazione amministrativa, offerta tecnica, offerta economica) risponde alla precisa esigenza di un regolare e corretto svolgimento delle operazioni di gara, ben potendo le buste essere aperte in momenti diversi, in pubblica seduta, ovvero in sessione riservata.

Dunque, posto che l'allegazione del documento di identità ad ogni singola dichiarazione garantisce il nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione a una determinata persona fisica, le dichiarazioni redatte su svariati fogli, ma inserite in un'unica busta, ben possono essere corredate da una sola copia del documento di identità in quanto, in tal caso, l'unicità della busta consente di riferire tale copia ad ogni dichiarazione. Un tale effetto, invece, non può dirsi raggiunto se le dichiarazioni sono inserite in diverse buste, in quanto, in tale ipotesi venendo meno il legame fisico che consente di riferire ad ogni dichiarazione l'unica copia del documento di identità, non è possibile ritenere che anche per la dichiarazione inserita nella busta sprovvista della predetta copia si sia realizzata la fattispecie normativa di garanzia della provenienza della dichiarazione.

Infine, parimenti infondato è il mezzo di impugnativa diretto a censurare la stessa disciplina di gara, in quanto, a tacere delle precipue esigenze già scolpite a livello normativo che sono idonee a far ritenere l'utilità della prescrizione, la produzione di una fotocopia del documento di identità non può essere certamente ritenuto un adempimento gravoso.

Le considerazioni dianzi esposte inducono il Collegio, a conferma di quanto preannunciato con l'ordinanza n. 3487/09 del 16 luglio 2009, a respingere il ricorso.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1955 del 11 febbraio 2010 emessa dal Tar Lazio, Roma

N. 01955/2010 REG.SEN.

N. 05516/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5516 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla soc RICORRENTE Compagnia Ricorrente S.p.a., in persona del legale rappresentante, pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Caputi Jambrenghi e Vincenzo Caputi Jambrenghi, presso il cui studio è domiciliata elettivamente in Roma, via Picardi, 4/B;

contro

il CIP - Comitato Italiano Paralimpico, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Guido Valori, presso il cui studio è domiciliato elettivamente in Roma, v. le delle Milizie, 106; la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Sottosegretario con delega allo sport – in persona del Presidente p.t., non costituitasi in giudizio;

nei confronti di

soc Controinteressata S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. ti Elia Barbieri e Stefano Vinti, presso il cui studio è domiciliata elettivamente in Roma, via Emilia, 88;

e con l'intervento di

ad

opponendum:

Soc Controinteressata 2 s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio ed in qualità di mandataria della costituenda Ati con l'impresa Controinteressata 3 S.r.l., e Soc. Controinteressata 3 S.r.l. in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentate e difese dagli avv. ti Arturo Cancrini e Claudio De Portu, presso il cui studio sono domiciliate elettivamente in Roma, via G. Mercalli, 13;

per l'annullamento

1) delle determinazioni assunte dalla Commissione giudicatrice e contenute nel verbale di cui alla seduta pubblica della gara d'appalto per la realizzazione del nuovo impianto sportivo "Tre Fontane" del 27.5.2009, in ordine all'esclusione della ditta concludente dalla procedura concorsuale per ritenuta carenza documentale nonchè all'aggiudicazione provvisoria pronunciata in favore della DI.COS s.p.a.;

2) dell'eventuale atto approvativo di tale esito di gara ed all'aggiudicazione definitiva con riserva di proporre motivi aggiunti all'esito della conoscenza degli atti suddetti;

3) degli atti del procedimento seguito all'istanza di riammissione formulata dal ricorrente con memoria allegata al verbale di gara del 27.5.2009, cioè della determinazione assunta dalla Commissione giudicatrice, in data 3.6.2009, di conferma dell'esclusione della concludente nonchè della nota 4.6.2009 prot. n. 6594 a firma del RUP;

4) in via subordinata, delle clausole della lex specialis di gara, nella parte in cui avrebbero imposto che le dichiarazioni negoziali quali l'offerta dei tempi di realizzazione dell'intervento e l'offerta economica, fossero corredate dalla fotocopia del documento di identità del legale rappresentante/sottoscrittore per l'autenticazione della sottoscrizione;

Visti il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di CIP - Comitato Italiano Paralimpico e di Soc. Controinteressata S.p.a.;

Visto l'atto di intervento *ad opponendum* ed il ricorso incidentale di Soc. Controinteressata 2 s.r.l. e Soc. Controinteressata 3 S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2010 il Cons. Donatella Scala e uditi, altresì, l'avv. Francesco Caputi Jambrenghi per la ricorrente, l'avv. Guido Valori per il CIP, l'avv. Elia Barbieri per la società controinteressata e l'avv. Di Paolo, in sostituzione dell'avv. Cancrini, per le società intervenienti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Impugna la società RICORRENTE - Compagnia Ricorrente - S.p.a. l'esclusione della medesima dalla gara d'appalto per la realizzazione del nuovo impianto sportivo "Tre Fontane" disposta dal Comitato Italiano Paralimpico in data 27 maggio 2009, per non avere allegato la fotocopia del documento del sottoscrittore nella dichiarazione relativa alla "offerta tempi".

La ricorrente deduce, con un primo ordine di censure, la violazione della *lex specialis*, degli artt. 21, 38, 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000, dell'art. 1, legge 241/1990 e s.m.i., eccesso di potere per ingiustizia manifesta, travisamento dei fatti, perplessità della motivazione, violazione del principio del buon andamento (art. 97 Cost.) e del principio del *favor admissionis*.

Alla stregua di una esegesi "intrinseca" della *lex specialis*, sarebbe erronea l'interpretazione della stazione appaltante in ordine alla disciplina di gara, nella parte in cui è stato ritenuto che le dichiarazioni negoziali relative all'offerta tempi ed al cronoprogramma dei lavori dovessero essere corredate dal documento d'identità del sottoscrittore tanto se rese dal procuratore dell'impresa, quanto se firmate dal legale rappresentante dell'impresa partecipante alla gara.

La parte ricorrente, invece, inferisce un obbligo nel senso ritenuto dalla stazione appaltante di autenticazione della firma delle dichiarazioni negoziali nei soli

confronti del procuratore, quale soggetto terzo delegato dal legale rappresentante, tenuto anche conto che le clausole afferenti la domanda di partecipazione e le autocertificazioni relative ai requisiti di capacità generale, sono differenzialmente articolate nel senso di una estensione dell'autenticazione della firma anche del legale rappresentante.

Pertanto, in assenza di una espressa previsione circa l'autenticazione della sottoscrizione del legale rappresentante, la disposta esclusione sarebbe stata resa in violazione della *lex specialis*, essendo stato attribuito alla clausola del disciplinare un contenuto "testuale" inesistente, tenuto anche conto della differenza tra l'autocertificazione e la dichiarazione negoziale.

Il secondo articolato motivo enuncia le censure degli atti impugnati sotto il profilo della violazione della *lex specialis*, degli artt. 21, 38, 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000, dell'art. 1, legge 241/1990 e s.m.i., eccesso di potere per ingiustizia manifesta, travisamento dei fatti, perplessità della motivazione, violazione del principio del buon andamento (art. 97 Cost.) e del principio del *favor admissioinis* e della massima partecipazione alle gare d'appalto, violazione degli artt. 46 e 62 del codice degli appalti, violazione dei principi di libera concorrenza e non discriminazione.

Per l'ipotesi di una interpretazione difforme del disciplinare di gara a quella sopra esposta, invoca la parte ricorrente l'equivocità della disposizione relativa alla sottoscrizione delle dichiarazioni di cui alla busta C (offerta tempo), siccome formulata diversamente rispetto alla clausola relativa alla busta A, e la conseguente omessa richiesta di regolarizzazione prevista dall'art. 46 del codice degli appalti, in applicazione dei principi di massima partecipazione e parità di trattamento tra i soggetti tutti in possesso dei requisiti di capacità professionale ed economica, e consistente nell'allegazione del documento identico ad altro già prodotto nell'ambito della medesima procedura.

Con l'ultimo motivo di ricorso è dedotta, sotto altro profilo, la violazione della *lex specialis*, degli artt. 21, 38, 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000, dell'art. 1, legge 241/1990 e s.m.i., eccesso di potere per ingiustizia manifesta, travisamento dei fatti, perplessità della motivazione, violazione del principio del buon andamento (art. 97 Cost.) del principio di libertà delle forme, del *favor admissionis* e della massima partecipazione alle gare d'appalto, violazione degli artt. 46 e 62 del codice degli appalti, violazione dei principi di libera concorrenza e non discriminazione.

Anche nella ipotesi di una prescrizione inequivocabile circa la necessità di corredare anche le dichiarazioni negoziali della fotocopia del documento di identità, la stazione appaltante avrebbe dovuto ritenere l'idoneità della presentazione di altre dichiarazioni sostitutive accompagnate dalla copia del documento di identità a rendere autentiche tutte le sottoscrizioni, sia negoziali che relative all'autocertificazione.

In via subordinata, lamenta la ricorrente la illegittimità della clausola per violazione dei principi che vietano l'aggravio del procedimento con inutili e gravose prescrizioni.

Conclude la RICORRENTE per l'annullamento degli atti di gara impugnati, ivi compresa l'aggiudicazione definitiva in capo alla società controinteressata, con ogni effetto in ordine alla riammissione in gara, non risultando ancora stipulato il contratto.

Si è costituito in giudizio il Comitato Italiano Paralimpico che ha eccepito l'infondatezza delle argomentazioni svolte in ricorso, considerato che la contestata formalità prevista e sanzionata con l'esclusione è invece conforme al dettato normativo, assolvendo alla funzione di rendere certa ed incontestabile l'autenticità della sottoscrizione.

Si è pure costituita la società DI.COS. S.p.a., aggiudicataria dell'appalto in controversia, che ha eccepito l'infondatezza della tesi attorea, ritenendo univoca l'interpretazione delle prescrizioni disciplinari, invece violate dalla ricorrente.

A seguito dell'accesso agli atti di gara del 6 luglio 2009, la ricorrente ha impugnato, con motivi aggiunti depositati in data 16 luglio 2009, gli atti del procedimento seguito alla istanza di riammissione alla gara di cui alla memoria dalla medesima redatta e allegata al verbale del 27 maggio 2009, compresa la determinazione della Commissione di gara di conferma dell'esclusione dalla procedura selettiva.

Lamenta, in proposito, l'indebita integrazione della motivazione dell'esclusione, e, comunque, la violazione della *lex specialis* e dell'eccesso di potere per motivazione perplessa, illogicità, travisamento dei fatti e ingiustizia manifesta, e reitera le censure già dedotte nell'atto introduttivo.

Con ordinanza n. 3487/09 del 16 luglio 2009 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare sulla base della seguente motivazione; *"CONSIDERATO che, con clausola chiara ed inequivocabile, è stata richiesta, a pena di esclusione, in alternativa alla autenticazione della sottoscrizione, la allegazione della fotocopia del documento del sottoscrittore delle dichiarazioni da inserire nella busta C, relativa alla "Offerta tempi";*

CONSIDERATO che tale indicazione - peraltro conforme alle analoghe prescrizioni del medesimo bando relativamente alle dichiarazioni di cui alla busta A, che nessun dubbio hanno ingenerato nella parte ricorrente - è senz'altro riferibile al sottoscrittore tout court, sia esso il legale rappresentante della impresa concorrente, sia esso il procuratore di quest'ultimo;

RITENUTO che anche una sola omissione prevista a pena di esclusione è insuscettibile di essere integrata in un momento successivo a quello fissato, a pena di decadenza, con la disciplina di gara, e che, pertanto, all'Amministrazione non è consentito, in tali casi, di richiedere chiarimenti od integrazioni tardive, pena la violazione delle stesse norme al cui rispetto la stessa si è autovincolata a tutela della par condicio tra i competitori;

RITENUTO, pertanto, che l'esito della sommaria delibazione dei motivi di ricorso, propria della fase cautelare, induce a ritenere che il ricorso non avrà esito favorevole nel merito;"

Il giudice di appello, con l'ordinanza n. 4775/2009 del 30 settembre 2009, ha, invece, accolto l'istanza cautelare avendo ritenuto "... *invero, che sussistono dubbi in merito alla condivisibilità dell'interpretazione fornita dal primo giudice del disciplinare di gara laddove prescrive, per "l'offerta tempi plico C", l'allegazione di "fotocopia del documento di identità del/dei sottoscrittore/i"; osservato, peraltro, che non pare irrilevante la circostanza dell'intervenuta allegazione della copia del documento di identità del rappresentante legale, ancorché in uno alla domanda di partecipazione e alle dichiarazioni sostitutive relative ai requisiti generali; considerato che sussistono i presupposti di urgenza di cui all'art. 23-bis, co. 5, l. n. 1034/1971;*"

Con atto di intervento *ad opponendum* e ricorso incidentale, notificato il 30 novembre 2009, e depositato in data 4 dicembre 2009, si sono costituite le società Controinteressata 2 S.r.l. e Controinteressata 3 S.r.l., in qualità di partecipanti alla gara in controversia, ove si sono collocate al secondo posto della graduatoria, e deducenti nel ricorso R.G. 6289/09, con cui contestano l'aggiudicazione in capo alla odierna controinteressata Di.Cos., avendo rilevato l'illegittimità nella attribuzione del punteggio relativo all'offerta tecnica, al fine di vedersi proclamate aggiudicatrici dell'appalto.

Impugnano, pertanto, i verbali di gara ed i provvedimenti tutti della gara nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della ricorrente principale anche sotto l'ulteriore profilo della omessa sottoscrizione del cronoprogramma.

Con la memoria del 21 gennaio 2010, la parte ricorrente, nel confermare i già esposti motivi di censura, ha, altresì, controdedotto in merito all'atto di intervento *ad opponendum* e ricorso incidentale delle società graduatesi al secondo posto, eccependone l'inammissibilità, non essendo consentito all'interventore, portatore di un interesse di mero fatto, di ampliare il *thema decidendum* della causa.

Anche le altre parti costituite hanno poi depositato memorie conclusionali in vista della discussione della causa nel merito.

Alla pubblica udienza del 28 gennaio 2009, uditi i difensori delle parti, ciascuno dei quali ha ribadito le rispettive tesi e conclusioni, il Collegio ha trattenuto la causa in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in esame la società RICORRENTE - Compagnia Ricorrente - S.p.a. reclama l'annullamento degli atti con cui è stata sancita la sua esclusione dalla gara indetta dal Comitato Italiano Paralimpico per la costruzione del nuovo impianto sportivo denominato "Tre Fontane" da realizzarsi in Roma.

Ritiene il Collegio di dover esaminare, prioritariamente, il ricorso incidentale interposto dalle società intervenienti *ad opponendum*, attesa la finalità che con detto atto le medesime società intendono raggiungere di paralizzare l'azione principale, mettendo in discussione la legittimazione e l'interesse a ricorrere della ricorrente principale.

Peraltro, anche in accoglimento di specifica eccezione sul punto sollevata dalla società ricorrente, il Collegio deve dichiararne l'inammissibilità.

Ed invero, se non può precludersi la proposizione dell'intervento (adesivo od oppositivo) per la cura di un semplice interesse di fatto, ciò che è, invece, senz'altro precluso all'interveniente è l'ampliamento dell'oggetto del giudizio con la proposizione di un ricorso incidentale.

Tale limitazione discende dalla *ratio essendi* dell'istituto che consente l'ingresso nel processo di interessi di mero fatto o riflessi, rispetto a quelli vantati dalle parti necessarie, incisi direttamente dal provvedimento lesivo, che devono essere tutelati nel rispetto dei rigorosi termini perentori di impugnazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2007, n. 425).

Secondo un costante indirizzo giurisprudenziale, infatti, il ricorso incidentale, previsto dagli artt. 37 T.U. 26 giugno 1924 n. 1054 e 22 L. 6 dicembre 1971 n. 1034, è un mezzo posto a disposizione del controinteressato intimato per impugnare un provvedimento amministrativo in una parte e per motivi diversi da quelli adottati dal ricorrente, allo scopo di paralizzare l'azione proposta da quest'ultimo e di ottenere che, nel caso di eventuale possibile fondatezza della sua istanza, il provvedimento impugnato in via principale (o altro provvedimento connesso) venga nel contempo sindacato sotto altri profili, favorevoli allo stesso controinteressato, sì da portare alla finale salvezza del suo contenuto essenziale ovvero al suo rinnovo in senso ugualmente vantaggioso.

Tanto precisato, rileva il Collegio che l'unico soggetto controinteressato nel presente giudizio è la società che si è aggiudicata la gara, che sola avrebbe avuto titolo a proporre un ricorso incidentale, mentre le società che sono intervenute nel giudizio in funzione oppositiva, essendosi collocate al secondo posto della graduatoria, collegano l'interesse a contraddire all'esito di altro giudizio, con cui hanno contestato tale aggiudicazione.

Emerge all'evidenza il difetto di legittimazione delle intervenienti, in quanto portatrici di un mero interesse di fatto, la cui sussistenza è stata subordinata ad una condizione –accoglimento di altro ricorso - che, al momento della notifica del mezzo incidentale, non si era realizzato.

Peraltro, deve pure darsi atto che il giudizio in cui le intervenienti assumono la veste di parte ricorrente è stato deciso nella odierna camera di consiglio con la sentenza n. 1376 del 2 febbraio 2010, con cui sono state respinte le introdotte istanze.

Ciò premesso, può passarsi ad esaminare nel merito il ricorso principale.

La questione sostanziale dedotta in controversia attiene alla interpretazione, e conseguente corretta applicazione, delle prescrizioni di cui al disciplinare di gara

relativamente alla documentazione da inserire, a pena di esclusione, nella busta “C - Offerta tempi”.

E' stata richiesta, come si legge alla pagina 8 del disciplinare di gara, la presentazione: 1) di una dichiarazione “sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente”, contenente l'indicazione del tempo di realizzazione delle opere offerto; 2) di un cronoprogramma articolato sui tempi di esecuzione delle varie categorie di opere, al fine di dimostrarne la non interferenza tra le lavorazioni da eseguire in parallelo.

Seguono talune precisazioni in ordine alla individuazione dei sottoscrittori per il caso di partecipazione alla gara di RTI, GEIE o consorzi ordinari e di consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lett. b) e c), d. lgs. 163/2006.

Infine, sono indicate le modalità della sottoscrizione, così disponendosi testualmente: *“Nel caso in cui le dichiarazioni di cui ai precedenti punti 1) e 2) siano sottoscritte da un procuratore del legale rappresentante del concorrente, va allegata la relativa procura in originale o copia autentica. Alle medesime dichiarazioni, in alternativa all'autenticazione della sottoscrizione, deve essere allegata, a pena di esclusione, fotocopia del documento di identità del/dei sottoscrittore/i.”*

La parte ricorrente ritiene che la clausola debba essere intesa nel senso della necessità di allegazione del documento di identità alle dichiarazioni di cui si tratta solo se sottoscritte da un procuratore del legale rappresentante del concorrente, tenuto anche conto che tale prescrizione non sarebbe comunque necessaria quando il sottoscrittore è il legale rappresentante del concorrente.

A tale conclusione la ricorrente giunge essendo stato affiancato al termine “*dichiarazioni*” l'aggettivo “*medesime*”, subito dopo avere esposto le modalità dichiarative nel caso in cui a sottoscrivere sia un procuratore del legale rappresentante.

Ritiene il Collegio, peraltro, che tale impostazione, oltre ad essere illogica nella sua portata sostanziale per quanto più sotto argomentato, è in contrasto con la stessa formulazione letterale della clausola, la cui lettura non presta il fianco ad interpretazioni “*intrinseche*”, così come asserito dalla ricorrente, attesa la chiarezza espositiva ed univocità della stessa.

Ed invero, come già rilevato in sede cautelare, non può non ribadirsi che la richiesta, a pena di esclusione, in alternativa alla autenticazione della sottoscrizione, della allegazione di una fotocopia del documento del sottoscrittore o dei sottoscrittori delle dichiarazioni da inserire nella busta “C” è senz’altro riferibile al sottoscrittore tout court, sia esso il legale rappresentante della impresa concorrente, sia esso il procuratore di quest’ultimo, ovvero, ancora, dal legale rappresentante, o procuratore, dell’impresa mandataria, o, infine, dai legali rappresentanti, o procuratori, di tutte le imprese facenti parte di costituendi raggruppamenti.

Dunque, le osservazioni svolte dalla ricorrente per sconfessare tale piana lettura, non solo non portano alle sperate conclusioni, ma anzi confortano, vieppiù, la legittimità dell’operato della Commissione di gara.

Basti considerare che se l’estensore del disciplinare avesse inteso circoscrivere al solo procuratore del legale rappresentante l’obbligo di allegazione del documento di identità, si sarebbe riferito al “*sottoscrittore*” e non anche ai “*sottoscrittori*”, con ciò, invece, estendendo tale prescrizione a tutti i soggetti contemplati nella prima parte della clausola che, a vario titolo, (legale rappresentante, procuratore, soggetti partecipanti ad associazioni temporanee o consorzi) devono sottoscrivere le dichiarazioni di cui alla busta “C”, impegnandosi così nei confronti della stazione appaltante.

Del resto la conferma che la tesi propugnata da parte ricorrente non sia condivisibile proviene anche da un esame complessivo delle altre clausole del

disciplinare di gara, ove pure è contenuta la medesima prescrizione, e sulla cui interpretazione non vi è controversia.

Ed invero, tale prescrizione è del tutto speculare a quelle pure contenute nella medesima lex specialis, a proposito, ad esempio, dei documenti da inserire nella busta “A – Documentazione” , ove è pure previsto testualmente: *“Alla domanda, in alternativa all’autenticazione della sottoscrizione, deve essere allegata, a pena di esclusione dalla gara, copia fotostatica di un documento di identità del/ dei sottoscrittore/i.”*

Analoga formula è poi sempre pedissequamente ripetuta a proposito della sottoscrizione delle dichiarazioni, pure da inserire nella busta “A”.

Anche in questi casi, dunque, la richiesta a pena di esclusione della allegazione del documento di identità segue l’esposizione della casistica relativa alla individuazione di chi è legittimato a sottoscrivere l’atto da depositare (in questo caso, la domanda di partecipazione, le attestazioni e le dichiarazioni ivi richieste) che può essere il legale rappresentante, un suo procuratore, ovvero, nel caso di associazioni temporanee o consorzi, tutti i soggetti che vi prenderanno parte, ed è, pertanto, riferita genericamente al/ai sottoscrittore/i, senza che in proposito si differenzi la relativa posizione soggettiva, avendo la norma lo scopo di offrire alla stazione appaltante dichiarazioni le cui sottoscrizioni siano comunque autentiche.

Da quanto sopra emerge, altresì, l’irragionevolezza, oltre che l’infondatezza, della tesi attorea, che condurrebbe a differenziare per la prima volta il regime di autenticazione delle sottoscrizioni, a seconda che le stesse si riferiscano al legale rappresentante ovvero ad un suo procuratore, in assenza di una valida motivazione in ordine alla eccezione propugnata.

Osserva il Collegio che il D.P.R. n. 445/2000, recante il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, prevede all’art. 38, comma 3, che: *“Le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi della 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.”.

Il *modus* circa la relazione tra privato ed amministrazione pubblica è, dunque, previsto direttamente in sede normativa, con una disposizione non solo diretta ad adempiere ad una funzione semplificatoria della stessa relazione, ma anche di reciproca garanzia tra le parti coinvolte.

La giurisprudenza maggioritaria evidenzia come, nella previsione di cui al combinato disposto degli art. 21, comma 1, e 38, commi 2 e 3, del D.P.R. n. 445 del 2000, l'allegazione della copia fotostatica, sia pure non autenticata, del documento di identità dell'interessato vale a conferire legale autenticità alla sua sottoscrizione apposta in calce a una istanza o a una dichiarazione. Questo elemento non rappresenta un vuoto formalismo, ma è l'elemento della fattispecie normativa diretto a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione a una determinata persona fisica. Quindi, in caso di mancata allegazione del documento di identità non ci si trova al cospetto di una mera irregolarità sanabile con la sua produzione postuma, ma si tratta di una palese e insanabile violazione della disciplina regolatrice della procedura amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 2004, n. 7140; 7 novembre 2007, n. 5761; Sez. VI, 4 giugno 2009, n. 3442).

Deve poi essere precisato che, al contrario di quanto sostenuto in ricorso circa l'inapplicabilità delle disposizioni di cui sopra alle dichiarazioni negoziali, è indefettibile la produzione del menzionato documento nel caso in cui, come quello in esame, si tratti di supportare una delle dichiarazioni di volontà che intervengono nella procedura concorsuale, e che contribuiscono a formare nel suo insieme l'offerta, (nel caso di specie, per la parte “tempi”), attesa la funzione svolta dalla

prescritta formalità di ricondurre incontrovertibilmente al suo autore l'autenticità dell'apposta sottoscrizione.

Come insegna il giudice di appello, la sottoscrizione di un documento è lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nello stesso consentendo così di risalire alla paternità dell'atto rendendolo vincolante verso i terzi destinatari della manifestazione di volontà. Con riferimento specifico alle procedure ad evidenza pubblica, l'offerta è qualificabile come dichiarazione di volontà del privato volta alla costituzione di un rapporto giuridico e la sua sottoscrizione, secondo le regole previste dalla *lex specialis* di gara, assolve alla funzione di assicurare la provenienza, la serietà, l'affidabilità e l'insostituibilità dell'offerta stessa.

La sottoscrizione pertanto assume il connotato di condizione essenziale per l'ammissibilità dell'offerta, sia sotto il profilo formale, sia sotto il profilo sostanziale e la mancanza anche parziale della sottoscrizione inficia la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta. (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 novembre 2008, n. 5547)

Se, dunque, massima attenzione deve essere prestata dalle stesse Amministrazioni circa le prescrizioni che sono tese a garantire la certezza delle componenti dell'offerta e la loro immodificabilità e rispondenza agli originari intendimenti dell'offerente durante la procedura di gara, appare quanto meno perplessa l'ipotesi che la stazione appaltante, vincolata normativamente al rispetto della citata normativa in tema di semplificazione, possa essersi sottratta unilateralmente ad un obbligo cogente di legge solo in detta occasione.

Concludendo sul punto, ritiene il Collegio che la chiarezza ed univocità della *lex specialis* non lasciano alcuna possibilità di derogare alla tassatività della disposizione, né consentono l'arretramento del criterio formale rispetto alla ricerca ermeneutica, propugnata in sede difensiva, di una "intrinsic" portata della prescrizione sul piano

sostanziale, tenuto anche conto che l'interpretazione proposta dalla ricorrente ipotizza una lettura *contra legem* della clausola.

Attesa, poi, la ineludibile conseguenza collegata alla accertata violazione della clausola, la stazione appaltante legittimamente ne ha fatto applicazione, decretando l'esclusione della ricorrente dalla gara, a presidio dei principi, pure immanenti le pubbliche gare, di tutela dell'affidamento e di *par condicio* degli altri concorrenti.

Le considerazioni che precedono soccorrono ad evidenziare l'infondatezza del motivo esaminato e dei rimanenti mezzi di censura dedotti in ricorso.

Come sopra evidenziato, la mancata allegazione del documento di identità, elemento non meramente formale ma costitutivo di quel nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione a una determinata persona fisica, impedisce di collegare la documentazione prodotta ad un qualsiasi soggetto dell'ordinamento.

Pertanto, l'accertata omissione non si presta ad essere sanata con altri dati forniti in sede di offerta, essendo stata prevista per l'inosservanza del prescritto adempimento la sanzione dell'esclusione dalla gara, ma neppure può ritenersi consentita la successiva regolarizzazione della riscontrata carenza o integrazione del documento mancante, in quanto la mancata allegazione del documento di identità non costituisce una mera irregolarità sanabile con la sua produzione postuma, ma integra gli estremi di una palese ed insanabile violazione della disciplina regolatrice dell'appalto in questione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 7140/2004; 1° ottobre 2003, n. 5677; Sez. V, 31 ottobre 2008, n. 5458; Sez. VI, 4 giugno 2009, n. 3444).

Dunque, nemmeno ha pregio la deduzione relativa alla omessa considerazione che il documento di identità era stato comunque prodotto dalla ricorrente nell'ambito della medesima procedura, ancorché in altra busta contenente la documentazione amministrativa.

Trancianti sul punto le considerazioni più sopra spese, può essere osservato in aggiunta che la prescrizione di inserimento dei documenti in distinte e separate buste, siccome deputate a contenere i diversi elementi oggetto di valutazione (documentazione amministrativa, offerta tecnica, offerta economica) risponde alla precisa esigenza di un regolare e corretto svolgimento delle operazioni di gara, ben potendo le buste essere aperte in momenti diversi, in pubblica seduta, ovvero in sessione riservata.

Dunque, posto che l'allegazione del documento di identità ad ogni singola dichiarazione garantisce il nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione a una determinata persona fisica, le dichiarazioni redatte su svariati fogli, ma inserite in un'unica busta, ben possono essere corredate da una sola copia del documento di identità in quanto, in tal caso, l'unicità della busta consente di riferire tale copia ad ogni dichiarazione. Un tale effetto, invece, non può dirsi raggiunto se le dichiarazioni sono inserite in diverse buste, in quanto, in tale ipotesi venendo meno il legame fisico che consente di riferire ad ogni dichiarazione l'unica copia del documento di identità, non è possibile ritenere che anche per la dichiarazione inserita nella busta sprovvista della predetta copia si sia realizzata la fattispecie normativa di garanzia della provenienza della dichiarazione.

Infine, parimenti infondato è il mezzo di impugnativa diretto a censurare la stessa disciplina di gara, in quanto, a tacere delle precipue esigenze già scolpite a livello normativo che sono idonee a far ritenere l'utilità della prescrizione, la produzione di una fotocopia del documento di identità non può essere certamente ritenuto un adempimento gravoso.

Le considerazioni dianzi esposte inducono il Collegio, a conferma di quanto preannunciato con l'ordinanza n. 3487/09 del 16 luglio 2009, a respingere il ricorso.

Quanto alle spese del giudizio, il Collegio ne dispone l'integrale compensazione tra le parti, tenuto conto del pronunciamento del giudice di appello in sede cautelare e della parziale reciproca soccombenza.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale - Sezione Terza ter – definitivamente pronunciando, così decide:

- dichiara inammissibile il ricorso incidentale;
- respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Donatella Scala, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/02/2010

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

IL SEGRETARIO