

Nuove aperture da parte del Tar Veneto in merito alla necessarietà della sottoscrizione in originale quale presupposto di validità delle dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. n. 163/2006

di Tommaso Filippo Massari

Data di pubblicazione: 29-3-2013

Tar Veneto, Sezione I, sentenza 19 marzo 2013, n. 422

Presidente Amoroso; Estensore Coppari

1. Nel caso di allegazione in copia fotostatica – senza sottoscrizione in originale – delle dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. 163 del 2006 non deve automaticamente procedersi all'esclusione del partecipante, non venendosi a generare una radicale invalidità delle dichiarazioni, assimilabile ad un difetto assoluto e/o alla mancanza delle stesse.

2. Non è corretta l'interpretazione secondo cui l'efficacia probatoria che l'art. 38 del d.P.R. n. 445 del 2000 annette alle dichiarazioni sostitutive nei rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione sarebbe "sempre" subordinata alla produzione in originale della dichiarazione medesima, con la conseguenza che l'allegazione di una sua riproduzione fotostatica sarebbe tamquam non esset. Invero, anche nei i procedimenti di aggiudicazione di contratti pubblici va fatto riferimento al principio generale enunciato dal comma 1 dello stesso articolo 38, secondo cui «tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica».

3. In base al principio del favor participationis, la riproduzione fotostatica è di per sé idonea ad escludere l'incertezza assoluta sia sul contenuto che sulla provenienza di esse. Resta fatto salvo il potere della stazione appaltante di procedere in base all'art. 46, primo comma, del d.lgs. 163/2006, invitando l'operatore ad esibire gli originali, di cui veniva attestata l'esistenza, al fine di verificare la conformità ad essi delle copie tempestivamente prodotte a corredo dell'offerta negoziale.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto****(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1690 del 2012, proposto da:

Telecom Italia S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Tudor, con domicilio eletto presso Alessandro Veronese in Venezia - Marghera, via delle Industrie, 19/C P. Libra;

contro

Concessioni Autostradali Venete - Cav S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Alfredo Biagini, Andrea Giuman, con domicilio eletto presso Andrea Giuman in Venezia, Santa Croce N. 466/G;

per l'annullamento

del provvedimento n. prot. 12796 del 29.10.2012 della parte resistente di esclusione della ricorrente dalla procedura negoziata per l'affidamento del contratto di appalto dei lavori di adeguamento ed integrazione dell'impianto esistente a copertura della tratta stradale in concessione; della nota prot.13402 del 13.11.2012 della parte intimata di rigetto dell'istanza di autotutela; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Concessioni Autostradali Venete - Cav S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2013 il dott. Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con lettera di invito in data 2.10.2012, Concessioni Autostradali Venete - Cav S.p.A. (CAV) ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di adeguamento ed integrazione dell'impianto radio esistente a copertura della tratta autostradale in concessione (CIG 4531507DDC), da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso ai sensi dell'art. 82, comma 2, lettera b), del d.lgs. n. 163 del 2006.

2. Ai fini della predisposizione dell'offerta, era necessaria la compilazione di una serie di "schede" allegata alla suddetta lettera di invito, sotto forma di autodichiarazioni ai sensi del DPR 445/2000.

2.1. In particolare, la "lettera di invito" specificava che, entro il termine perentorio del 16.10.2012, sarebbe dovuto pervenire «con qualsiasi mezzo» presso l'indirizzo indicato, «pena l'esclusione», un plico contenente al suo interno «due buste debitamente sigillate».

2.2. La prima busta (denominata "BUSTA A- REQUISITI") avrebbe dovuto contenere, pena l'esclusione, una serie di documenti fra cui la "scheda 2" relativa alla dichiarazione di insussistenza delle cause ostative alla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici ex art. 38, lettere b), c), ed m-ter) del d.lgs. n. 163 del 2006, che doveva essere «resa personalmente e sottoscritta» dai soggetti indicati in calce alla scheda medesima, allegando «fotocopia del documento d'identità del sottoscrittore in corso di validità» (cfr. modello della "scheda 2", in atti).

2.3.. Per la partecipazione alla procedura concorsuale in esame presentavano offerta tre operatori economici, tra cui Telecom Italia s.p.a.

2.4. In data 16.10.2012 si svolgeva la seduta pubblica di apertura delle buste contenenti le domande di partecipazione alla gara, in esito alla quale, alla luce di alcune ipotizzate irregolarità riscontrate nella documentazione presentata dalle imprese concorrenti, la Commissione decideva di rinviare ad altra data la gara, riservandosi una valutazione più approfondita della documentazione. All'esito dell'approfondimento svolto dalla stazione appaltante, la Commissione giudicatrice riconvocava la seduta ed in data 24.10.2012 procedeva alla esclusione di Telecom Italia s.p.a. in base alla seguente motivazione: *«con riferimento alle schede 2 prodotte dalla ditta Telecom Italia S.p.A. relative alle dichiarazioni inerenti all'assenza di motivi ostativi alla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, di cui all'art. 38, lettere b), c) ed m-ter) del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, in capo ai seguenti soggetti: F.B. (presidente esecutivo), M.A.A.P. (amministratore delegato) A.M. (vice-presidente), L.T. (direttore tecnico), M.R. (direttore tecnico), queste non presentano la sottoscrizione in originale del dichiarante ma la copia fotostatica della medesima e sono ciascuna accompagnata dalla copia fotostatica di un documento d'identità del dichiarante.(...) L'impossibilità, dunque, di attribuire alcun valore impegnativo alle su elencate dichiarazioni ex art. 38 del D.lgs. 163/2006, siccome prive della sottoscrizione in originale dei rispettivi dichiaranti, comporta, quale necessaria conseguenza, l'esclusione dalla gara del concorrente Telecom Italia S.p.A.».*

3. Telecom Italia s.p.a, con ricorso ritualmente notificato, ha impugnato il suddetto provvedimento di esclusione, chiedendone l'annullamento oltre che la sospensione in via cautelare. Le censure sono così sintetizzabili:

1) «violazione di legge: omessa applicazione ed interpretazione dell'art. 38, comma 1, del DPR 445/2000; erronea applicazione ed interpretazione dell'art. 38, comma 2, del DPR n. 445/2000»;

2) violazione di legge: omessa applicazione dell'art. 46 D.lgs. 163/2006; omessa applicazione dell'art. 71 D.P.R. 445/2000. Eccesso di potere per carenza ed erroneità della motivazione e per omessa applicazione del principio del *favor participationis*.

3.1. In sostanza, ad avviso della ricorrente, il fatto che le dichiarazioni ex art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 siano state prodotte in copia fotostatica, non potrebbe condurre all'esclusione del partecipante alla gara, dal momento che, in quanto riprodotte di un documento completo della personale sottoscrizione del dichiarante nonché dell'allegazione del documento di identità del sottoscrittore (parimenti in copia fotostatica), tali produzioni documentali risulterebbero perfettamente conformi al dettato normativo dell'art. 38 del D.P.R. 445/2000, tanto più in mancanza di alcuna disposizione della legge speciale di gara che vietasse la presentazione di dette dichiarazioni in copia fotostatica.

3.2. Pertanto le dichiarazioni dei rappresentanti della società ricorrente dovrebbero essere considerate "esistenti" ed "efficaci", mentre ogni ulteriore questione atterrebbe non già all'"esistenza" della dichiarazione, bensì alla regolarità o meno della relativa «modalità di trasmissione», in quanto tale suscettibile di sanatoria ex art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, in attuazione del principio generale di regolarizzazione della documentazione presentata alla p.a., sancito anche dall'art. 71 del d.P.R. n. 445 del 2000.

4. Si è costituita in giudizio Concessioni Autostradali Venete - Cav S.p.A. contestando la fondatezza di ciascun profilo di censura sollevato.

4.1. In particolare, sotto il primo profilo, la stazione appaltante evidenzia che l'omessa sottoscrizione in originale di un'auto-dichiarazione (nel caso di specie relativa al possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38 del codice dei contratti pubblici) comporterebbe «la mancanza di un elemento di validità della medesima dichiarazione» atteso che, secondo quanto affermato di recente in giurisprudenza, «non può (...) attribuirsi alcun valore impegnativo ad una copia fotostatica priva della sottoscrizione originale del dichiarante» (così TAR Lombardia, Milano, n. 728 del 2012).

4.2. Conseguentemente, ricorrendo non un'ipotesi di "irregolarità" ma di radicale "invalidità" della dichiarazione, dovrebbe ritenersi non applicabile al caso di specie il "dovere di soccorso" dedotto con il secondo motivo di censura.

4.3. Peraltro, anche a voler ammettere che l'omessa sottoscrizione in originale integri una mera irregolarità, anziché un radicale difetto di validità della dichiarazione, «proprio la natura delle dichiarazioni in esame – attestazione del possesso dei requisiti morali ex art. 38 del

codice dei contratti pubblici – inibirebbe la applicabilità del “dovere di soccorso”» ex art. 46 d.lgs. n. 163 del 2006.

4.4. In sostanza, secondo la resistente, avendo le dichiarazioni in parola la finalità di attestare il possesso dei requisiti generali ex art. 38 del Codice dei contratti pubblici, «esse non risulterebbero suscettibili di integrazione postuma ex art. 46 del medesimo Codice, e ciò anche a volersi prescindere dal fatto che la omissione contestata fosse, o meno, espressamente sanzionata con la comminatoria dell'esclusione dalla *lex specialis*» (cfr. pag. 16 della memoria di costituzione).

4.5. Né potrebbe opporsi che per società di notevoli dimensioni sarebbe eccessivamente gravoso produrre le dichiarazioni in parola in originale, considerato anche che, al fine di ovviare a tale problema organizzativo, la legge di gara, in calce al modulo relativo alla “scheda 2”, precisava che, «nell'eventualità in cui il concorrente non fosse in grado di produrre la presente scheda resa personalmente e sottoscritta da parte di tutti i soggetti indicati ai punti che precedono, potrà essere prodotta dichiarazione ex art. 47 d.lgs. 445/2000 a firma del legale rappresentante dell'impresa concorrente, che ne assumerà le relative responsabilità. In tale caso, la dichiarazione dovrà contenere la puntuale dichiarazione dei nominativi di tutti i soggetti per conto dei quali essa viene resa e la specificazione della carica da essi ricoperta».

5. Con ordinanza in data 14 dicembre 2012, questo Tribunale accoglieva la domanda di misura cautelare sospendendo il provvedimento di esclusione.

6. In vista dell'udienza per la discussione del merito, le parti depositavano memorie conclusionali e di replica e all'udienza del 14 febbraio 2013 la causa, sentiti i procuratori delle parti costituite, veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. La questione sollevata con il presente gravame è se l'allegazione di una copia fotostatica della dichiarazione ex art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, ancorché riproduttiva di un documento apparentemente completo di tutti i suoi elementi quali la sottoscrizione del dichiarante e l'allegazione della copia del documento di identità del dichiarante-sottoscrittore, debba essere considerata radicalmente invalida e, conseguentemente, equiparata al difetto assoluto e/o mancanza della dichiarazione medesima, da sanzionarsi con l'esclusione, ovvero se sia suscettibile di “regolarizzazione” ex art. 46 d.lgs. n. 163 del 2006, mediante richiesta di esibizione dell'originale al fine di accertarne la conformità ad esso.

7.1. L'esclusione disposta nel caso di specie si fonda invero sull'assunto secondo il quale l'efficacia probatoria che l'art. 38 del d.P.R. n. 445 del 2000 annette alle dichiarazioni sostitutive nei rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione sarebbe “sempre” subordinata alla produzione in originale della dichiarazione medesima, con la conseguenza che l'allegazione, come nel caso di specie, di una sua riproduzione fotostatica sarebbe *tamquam non esset*.

7.2. Tale assunto non può essere condiviso.

7.3. Ad avviso del Collegio, deve infatti essere tenuto distinto il profilo della “sussistenza” della sottoscrizione in originale del dichiarante, quale ineludibile elemento costitutivo ai fini della validità ed efficacia della dichiarazione medesima, così come quello della allegazione della copia sottoscritta di un documento di identità, quale specifica modalità di autenticazione della firma alternativa alla attestazione del pubblico ufficiale relativa alla identità del suo autore, dal diverso profilo, che viene qui in considerazione, del valore che assume, nell’ambito della documentazione presentata in sede di partecipazione ad una gara di evidenza pubblica, un’allegazione in copia della dichiarazione che si presenta redatta nel rispetto delle suddette prescrizioni.

8. Al riguardo deve osservarsi che, in considerazione dello specifico “contenuto” della dichiarazione di scienza in parola, oltre ai requisiti di forma richiesti dall’ordinamento *ad substantiam*, indubitabilmente rileva il principio secondo cui, nelle procedure di evidenza pubblica, la “completezza” delle dichiarazioni ex art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 costituisce di per sé un valore da perseguire perché consente – anche in ossequio al principio di buon andamento dell’amministrazione e di proporzionalità – la celere decisione in ordine all’ammissione dell’operatore economico alla gara. Infatti, le esigenze «di ordinato svolgimento della gara e di opportuna trasparenza richiedono di anticipare al momento della presentazione dell’offerta la dichiarazione del possesso dei prescritti requisiti» ex art. 38 del d.lgs. 263 del 2006 (Cons. St., III, 3 marzo 2011 n. 1371).

9. Tuttavia, nel caso di specie, le copie fotostatiche prodotte in sede di offerta (e acquisite agli atti di causa), in quanto riprodotte di dichiarazioni integranti tutti i requisiti di forma richiesti per le autocertificazioni di cui all’art. 38, comma 3, del d.P.R. n. 445 del 2000, non possono ritenersi per ciò solo insanabilmente in contrasto né con lo schema formale di formazione della dichiarazione né con il suddetto principio di completezza, che attiene invece al “contenuto” e all’individuazione dei soggetti tenuti per legge alla suddetta dichiarazione.

9.1. Anzi, proprio il dettato normativo da ultimo richiamato espressamente ammette che «la copia dell’istanza sottoscritta dall’interessato e la copia del documento di identità possono essere inviate per via telematica; nei procedimenti di aggiudicazione di contratti pubblici, detta facoltà è consentita nei limiti stabiliti dal regolamento di cui all’articolo 15, comma 2 della legge 15 marzo 1997, n. 59», essendo così evidente che l’ordinamento consente forme alternative – ancorché tassative, ai fini della loro equipollenza – di “trasmissione” delle dichiarazioni in parola rispetto a quella della loro produzione in originale.

9.2. Tale espressa facoltà è, del resto, applicazione specifica, per i procedimenti di aggiudicazione di contratti pubblici, del principio generale enunciato dal comma 1 dello stesso articolo 38, secondo cui «tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica».

10. Né dalla legge di gara è ricavabile una norma che imponga, a pena di esclusione, l’allegazione dell’originale delle dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

10.1. La *lex specialis* prevedeva, infatti, che la busta “A” dell’offerta dovesse contenere, a

pena di esclusione, le schede 1, 2, 3 (dichiarazioni generali riguardanti i requisiti di ordine generale del soggetto concorrente), debitamente compilate e sottoscritte secondo le modalità specificate in calce alle schede stesse» (cfr. lettera di invito, pag. 4, punto A1).

9.2. La dicitura in calce alla scheda “2” che qui interessa – secondo cui «nell’ipotesi di soggetto singolo, la scheda» doveva «essere resa personalmente e sottoscritta dai soggetti tenuti alle dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006» e che alla scheda medesima doveva essere allegata «fotocopia del documento di identità del sottoscrittore in corso di validità» – non richiedeva, a pena di esclusione, la produzione dell’originale in sede di offerta, ma il rispetto, nella relativa formazione, dei requisiti di forma prescritti dalla legge (a pena di nullità) per l’autodichiarazione.

10. A ciò va aggiunto che l’allegazione in copia delle dichiarazioni in questione risulta accompagnata da un’esplicita attestazione – debitamente sottoscritta e prodotta in originale dal procuratore della società ricorrente, con allegata copia del documento di identità – secondo cui *«gli originali delle dichiarazioni riguardanti i requisiti di ordine generale delle persone fisiche (scheda 2) riferite ai legali rappresentanti e direttori tecnici verranno consegnati in originale a codesta Società su vostra richiesta»*.

11. Pertanto, a fronte di tali circostanze, la stazione appaltante avrebbe dovuto operare in conformità alle prescrizioni previste dall’art. 46, primo comma, del Codice dei contratti pubblici, invitando l’odierna ricorrente a esibire gli originali, di cui veniva attestata l’esistenza, al fine di verificare la conformità ad essi delle copie tempestivamente prodotte a corredo di un’offerta negoziale, il cui valore di impegno non era in alcun modo revocabile in dubbio.

11.1. Infatti, la riproduzione fotostatica delle autodichiarazioni in parola era di per sé idonea ad escludere l’incertezza assoluta sia sul contenuto che sulla provenienza di esse.

12. Sul punto deve osservarsi che la “ratio” dell’art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 è ravvisabile nell’esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare di appalto, in un’ottica intesa al temperamento di principi talvolta in antitesi, quali quelli del “*favor participationis*” e della “*par condicio*” tra i concorrenti, al fine di evitare che l’esito delle gare possa essere alterato da carenze di ordine meramente formale nella documentazione comprovante il possesso dei requisiti dei partecipanti.

13. Il legislatore ha invero inteso assegnare alle Amministrazioni aggiudicatrici non già una mera facoltà, bensì ha elevato a principio generale un modo di procedere volto a far prevalere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma.

14. Pertanto, l’esclusione disposta per la ritenuta radicale invalidità dell’allegazione in copia di una dichiarazione di scienza che si “presentava” completa di tutti requisiti di forma prescritti e rispetto alla quale l’operatore economico si dichiarava disponibile ad esibirne, dietro richiesta della stazione appaltante, l’originale, determina, in mancanza di una specifica prescrizione in senso più restrittivo della legge speciale di gara, uno scostamento del tutto sproporzionato del provvedimento amministrativo rispetto allo scopo della fase di qualificazione alla gara pubblica, ponendosi altresì in contrasto con il principio di tassatività

delle cause di esclusione sancito dallo stesso art. 46, al comma 1-bis, e del dovere di regolarizzazione, oltre che con i generali principi di correttezza e buona fede cui debbono sempre essere informati i rapporti fra Amministrazione e privati.

15. Ciò in quanto quell'operatore economico potrebbe risultare in concreto il migliore contraente per soddisfare le necessità per cui è stata bandita la gara, senza che la suddetta richiesta ex art. 46 cit. possa considerarsi lesiva né delle incompressibili esigenze di certezza quanto alla provenienza e/o imputabilità del documento né di quelle di completezza e/o tempestività della dichiarazione stessa a salvaguardia della *par condicio* dei concorrenti.

16. L'acquisizione dell'originale *se e in quanto* corrispondente alla copia prodotta in sede di offerta avrebbe garantito, infatti, l'Amministrazione in ordine alla riconducibilità della dichiarazione medesima al dichiarante sottoscrittore con tutte le conseguenze che la legge ricollega, anche sul piano penale, a detta imputabilità senza alterare in alcun modo la parità delle condizioni di partecipazione alla gara da assicurare a tutti i concorrenti.

17. Alla stregua delle considerazioni che precedono il ricorso deve pertanto essere accolto e, per l'effetto, annullata la disposta esclusione con conseguente ammissione con riserva dalla ricorrente alla gara.

18. Tuttavia, considerata la particolarità della questione di diritto affrontata e della mancanza di un orientamento giurisprudenziale consolidato sul punto, sussistono giusti motivi per compensare integralmente le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la pronuncia in commento, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto esamina il caso della proposizione di una dichiarazione di cui all'art. 38, lettere b), c) ed m-ter) del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 – ossia la dichiarazione relativa al possesso requisiti c.d. generali – presentata senza l'apposizione della sottoscrizione in originale del dichiarante, bensì accompagnata dalla copia fotostatica della medesima.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Nel caso in esame, ovvero nell'ambito di una procedura negoziata finalizzata all'affidamento di lavori di adeguamento ed integrazione di un impianto radio, veniva riscontrata da parte della Commissione aggiudicatrice la mancanza della sottoscrizione in originale della dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici, all'interno di una delle offerte. La rilevanza di tale mancanza veniva ritenuta dalla Commissione come idonea a rendere impossibile l'attribuzione di alcun valore impegnativo alle dichiarazioni e, di talché, a giustificare l'esclusione del soggetto offerente. La società esclusa proponeva dunque ricorso.

La questione, quindi, rileva nei seguenti termini, ossia se l'allegazione di una copia fotostatica della dichiarazione ex art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, riprodotiva di un documento completo di tutti i suoi elementi quali la sottoscrizione del dichiarante e l'allegazione della copia del documento di identità del dichiarante-sottoscrittore, debba essere considerata radicalmente invalida e, conseguentemente, da equipararsi al difetto assoluto e/o mancanza della dichiarazione medesima da sanzionarsi con l'esclusione, o, al contrario, se sia suscettibile di "regolarizzazione" ex art. 46 d.lgs. n. 163 del 2006, mediante richiesta di esibizione dell'originale al fine di accertarne la conformità ad esso.

Secondo il Collegio, le dichiarazioni di cui all'art. 38 del d.P.R. n. 445 del 2000 – *modalità di invio e sottoscrizione delle istanze e dichiarazioni da presentare alla P.A.* – non sarebbero da intendersi come costantemente subordinate alla produzione originale della dichiarazione, con l'effetto di rendere l'allegazione di una riproduzione fotostatica *tamquam non esset*. La produzione tramite copia di una dichiarazione di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006, riprodotiva di tutti gli elementi e requisiti richiesti (seppur in copia appunto) non sarebbe da intendersi come caratteristica valida ad inficiarne *in toto* il contenuto, nonché il valore. Invero, secondo i giudici del Tar Venezia, "*le copie fotostatiche prodotte in sede di offerta, (...) non possono ritenersi, per ciò solo, insanabilmente in contrasto né con lo schema formale di formazione della dichiarazione né con il suddetto principio di completezza, che attiene invece al "contenuto" e all'individuazione dei soggetti tenuti per legge alla suddetta dichiarazione*".

A parere del Consiglio, la caratteristica della fotostaticità della documentazione sarebbe allora più correttamente da assimilarsi ad una alternativa "forma di trasmissione" delle dichiarazioni, come emergerebbe in base allo stesso art. 38, comma 1, d.P.R. 445 del 2000. Quest'ultima considerazione risulta determinante ai fini argomentativi. In effetti, ad avviso del Collegio,

“deve infatti essere tenuto distinto il profilo della “sussistenza” della sottoscrizione in originale del dichiarante, quale ineludibile elemento costitutivo ai fini della validità ed efficacia della dichiarazione medesima, così come quello della allegazione della copia sottoscritta di un documento di identità, quale specifica modalità di autenticazione della firma alternativa alla attestazione del pubblico ufficiale relativa alla identità del suo autore, dal diverso profilo, che viene qui in considerazione, del valore che assume, nell’ambito della documentazione presentata in sede di partecipazione ad una gara di evidenza pubblica, un’allegazione in copia della dichiarazione che si presenta redatta nel rispetto delle suddette prescrizioni”. Secondo il comma 1 dell’art. 38 d.P.R. 445 del 2000, è consentito per tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi di essere inviate anche per fax e via telematica, indi in copia.

Va specificato, inoltre, che nel caso di specie, ad avvalorare le considerazioni appena svolte, è stato rilevante il fatto che l’allegazione in copia delle dichiarazioni in questione risultasse accompagnata da un’esplicita attestazione – debitamente sottoscritta e prodotta in originale dal procuratore della società ricorrente, con allegata copia del documento di identità – secondo cui *«gli originali delle dichiarazioni riguardanti i requisiti di ordine generale delle persone fisiche (scheda 2) riferite ai legali rappresentanti e direttori tecnici verranno consegnati in originale a codesta Società su vostra richiesta».* In tale modo, a parere del Collegio, in base al ben noto principio del *favor participationis*, in superamento della sostanza sulla forma non sarebbe stato possibile porre in dubbio la provenienza delle dichiarazioni. In tal modo, risulterebbero superati gli ostacoli posti dalla lettura di cui all’art. 46 del codice dei contratti pubblici, in base al quale *“la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta”.*

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con la sentenza in commento, il Tar Venezia fornisce - in merito alla necessità di allegare sottoscritte in originale le dichiarazioni sui requisiti c.d. generali ex art. 38, d.lgs. 163/2006 - un’interpretazione “coraggiosa”, ossia lontana rispetto a quanto fin qui affermato dalla dominante giurisprudenza amministrativa.

In effetti, anche di recente è stato affermato che in un nell’ambito della materia dei contratti pubblici, connotato dalla tassatività della forma scritta e dalla coattività della dichiarazione unilaterale di impegno negoziale da parte del concorrente, *“la firma serve a rendere nota la paternità ed a vincolare l’autore al contenuto del documento ritraente detta dichiarazione”.* Tenendo in considerazione il fatto che, *“nelle procedure di affidamento dei contratti in parola, l’offerta esprime, in via unilaterale e con carattere vincolante, l’impegno negoziale del concorrente ad eseguire l’appalto con prestazioni conformi al relativo oggetto, nonché con modalità tecniche e corrispettivo economico che la qualificano agli effetti della valutazione comparativa sottesa all’aggiudicazione”* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2010, n. 7987). La sottoscrizione, quindi, assolve la *“funzione indefettibile di assicurare provenienza, serietà,*

affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sotto il profilo sia formale sia sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti propri della manifestazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico” (v. sent. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 17 gennaio 2013, n. 368). Nella sostanza, la firma serve a rendere nota la paternità ed a vincolare l'autore al contenuto del documento ritraente detta dichiarazione. Ciò posto, la mancanza della richiesta sottoscrizione, pregiudicando un interesse sostanziale pubblicistico, implicherà che l'offerta non possa essere *tal quale* accettata (cfr. Tar Liguria, Genova, sez. II, 18 febbraio 2010, n. 630); non integra, cioè, una mera irregolarità formale, sanabile nel corso del procedimento, ma inficia irrimediabilmente la validità e la ricevibilità della dichiarazione di offerta, senza che, all'uopo, sia necessaria una espressa previsione della *lex specialis* (v., in merito, Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011 n. 528; Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2010, n. 1832; Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2008, n. 5547; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 7 marzo 2012, n. 728; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 19 aprile 2010, n. 5498).

Talmente stringente poi è l'onere di sottoscrizione in originale per l'offerente che, in non poche occasioni, è stata ritenuta illegittima l'offerta corredata sì da sottoscrizione ma non in calce alla domanda di partecipazione. Infatti, *“una sottoscrizione deve per definizione essere apposta in calce al documento al quale si riferisce – nel senso che per “sottoscrizione” debba intendersi la firma in calce, e che questa nemmeno può essere sostituita dalla sottoscrizione solo parziale delle pagine precedenti quella conclusiva della dichiarazione stessa. Secondo tale impostazione, “non si può pertanto condividere l'idea che esista un'equipollenza tra la firma di un documento in calce e quella apposta solo in apertura di esso (“in testa”), o tanto meno sul mero frontespizio di un testo di più pagine, dal momento che è soltanto con la firma in calce che si esprime il senso della consapevole assunzione della paternità di un testo e della responsabilità in ordine al suo contenuto”*. (v. Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2012, n. 2317; Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2010, n. 1832). In particolare, una 'sottoscrizione' – ha osservato Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2012, n. 2317 – deve, per definizione, essere apposta in calce al documento al quale si riferisce.

In sostanza, stante l'incertezza assoluta che deriverebbe dalla mancata sottoscrizione in originale e/o in calce delle dichiarazioni di cui all'art. 38 codice dei contratti, e la diretta comminatoria di esclusione enunciata dall'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 con riferimento ai “casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione” non vi sarebbe alcun dubbio, come già evidenziato, circa l'onere di immediata esclusione dell'offerente da parte della stazione appaltante, senza che residuino spazi di “soccorso”. In conclusione, secondo piani principi, *“il favor alla massima partecipazione degli aspiranti ad una selezione pubblica opera in presenza di clausole di esclusione incerte od ambigue, da interpretare nel senso più favorevole alla più ampia partecipazione possibile, ma trova un insuperabile ostacolo nelle cause di esclusione dipendenti dalla mancanza di elementi essenziali dell'offerta quali la sottoscrizione”*(cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011, n. 528).

Di ben altro avviso è il Tar Venezia. Secondo il Collegio, nonostante la dichiarazione fosse in copia, essa si presentava completa di tutti i requisiti di forma prescritti e rispetto alla quale lo stesso operatore si dichiarava disponibile ad esibirne, previa richiesta della stazione

appaltante, l'originale. In mancanza di un espresso richiamo a tale obbligo da parte della *lex specialis*, il provvedimento di esclusione sarebbe del tutto sproporzionato rispetto al principio sotteso a tutte le fasi di gara, ossia quello della maggior partecipazione possibile. Come sottolineato dai giudici del Tar Venezia, *“sul punto deve osservarsi che la ratio dell’art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 è ravvisabile nell’esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare di appalto, in un’ottica intesa al contemperamento di principi talvolta in antitesi, quali quelli del favor participationis e della par condicio tra i concorrenti, al fine di evitare che l’esito delle gare possa essere alterato da carenze di ordine meramente formale nella documentazione comprovante il possesso dei requisiti dei partecipanti”*. Difatti, l’amministrazione ben avrebbe potuto verificare in corso di gara la riconducibilità della medesima dichiarazione al dichiarante sottoscrittore, tra l’altro già riconducibile, seppur in maniera *presuntiva*, in base alla lettera di accompagnamento sottoscritta, quella sì, in originale ed accompagnata dal documento di identità. Tale presunzione è d’altronde sufficiente a rendere valide, e riconducibili al sottoscrittore, le dichiarazioni o le istanze presentate via fax o tramite posta elettronica. Nella materia degli appalti, la *ratio* dell’art. 38 del d.P.R. n. 445 del 2000, potrebbe essere individuata in maniera diversa rispetto a quanto fatto fin’ora. D’altronde, lo stesso Consiglio di Stato, pur in presenza di sottoscrizione del legale rappresentante in calce alla dichiarazione di cui all’art. 38 codice appalti, si era comunque pronunciato in tale senso: *“la funzione della sottoscrizione della documentazione è quella di renderla riferibile al presentatore dell’offerta vincolandolo all’impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulta in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell’Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara”* (Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8933).

La questione teorica non può, dunque, non rimanere aperta in attesa di ulteriori prese di posizione della giurisprudenza.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

- F. Caringella, M. Proto, *Codice dei Contratti Pubblici*, Ed. Dike, 2012;
- R. De Nictolis, *I contratti di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007;
- R. Garofoli, M. A. Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005;