

N. 02579/2011REG.PROV.COLL.
N. 04293/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4293 del 2010, proposto dalla signora Filomena Mina Potalivo, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni De Notariis e Clementino Palmiero, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Clementino Palmiero in Roma, via Albalonga, 7;

contro

Il Comune di Casalbordino, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito nel presente grado del giudizio;

nei confronti di

La ditta di Fonso Nino e la ditta Caffé Tiziana, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, non costituitisi nel presente grado del giudizio;

per la riforma della sentenza del t.a.r. abruzzo, sezione di pescara, sezione

prima, n. 183/2009;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2011 il Consigliere di

Stato Maurizio Meschino e udito per le parti l'avvocato De Notariis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La signora Filomena Potalivo, con il ricorso n. 247 del 2007, proposto al Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, ha chiesto l'annullamento del provvedimento 17 maggio 2007, n. 259, con cui il responsabile del IV Settore del Comune di Casalbordino ha respinto la domanda della ricorrente per l'annullamento, in sede di autotutela, della esclusione dalla gara per l'assegnazione di concessioni demaniali a scopo turistico e ricreativo, lotto n.1; della nota 8 maggio 2007 del Segretario della Commissione di gara e dei verbali n. 5 del 5 marzo 2007 e n.13 del 18 aprile 2007.

2. Il TAR, con la sentenza n. 183 del 2009, ha respinto il ricorso, nulla pronunciando sulle spese nei confronti del Comune, non costituito, e compensandole nei confronti del controinteressato.

3. Con l'appello in epigrafe, è chiesto l'annullamento degli atti impugnati in primo grado, in riforma della sentenza impugnata.

4. All'udienza del 22 marzo 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Con la sentenza gravata il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo – Pescara, sezione I, ha respinto il ricorso avverso il provvedimento del Comune di Casalbordino con cui è stato negato l'annullamento in autotutela della esclusione della appellante dalla gara per l'assegnazione di concessioni demaniali a scopo turistico – ricreativo (Lotto 1) e degli atti del relativo procedimento.

Nella sentenza si richiama, anzitutto, che:

a) la commissione di valutazione, preso atto nella riunione del 19 febbraio 2007 che nella elencazione numerica della documentazione inserita nella

busta A dalla ditta Potalivo Filomena Mina, quella contrassegnata con il n. 4 riguardava l'attestazione di presa visione dei luoghi e la n. 5 la fotocopia del documento di identità "allibrato" al precedente n. 4, accertava poi, nella riunione del 5 marzo 2007 la mancanza della domanda di partecipazione alla gara e la non conformità della dichiarazione sostitutiva a quanto prescritto dall'art. 38 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, poiché priva di copia del documento di riconoscimento, pervenendo poi, nella riunione del 18 aprile 2007, alla presa d'atto della mancanza di aggiudicatario per il lotto 1;

b) la ricorrente chiedeva quindi, con nota del 7 maggio 2007, l'annullamento in autotutela della propria esclusione, asserendo che la dichiarazione sostitutiva cumulativa recava la domanda di partecipazione alla gara per l'assegnazione del lotto 1 e che la fotocopia del documento di identità era contenuta nel plico inviato e altresì presente nella busta B;

c) la domanda di annullamento è stata respinta con atto del 17 maggio 2007, sulla base della nota dell'8 maggio precedente del segretario della commissione in cui era precisato che nella busta A non era risultata alcuna domanda di partecipazione né documento di identità, mancante anche nella dichiarazione cumulativa sostitutiva, e che il documento n. 5 era in realtà la fotocopia del verbale di presa visione dei luoghi, essendo stato indicato per errore trattarsi della fotocopia del documento di identità.

Il TAR ha conseguentemente ritenuto che:

- nell'art. 9 del bando pubblicato il 21 dicembre 2006, era richiesto l'inoltro di "specifica" domanda di partecipazione alla gara (punto 1), da inserire nella busta A insieme con la dichiarazione sostitutiva di cui all'art. 46 del d.P.R. n. 445 del 2000 (punto 3), con espressa previsione di esclusione in mancanza di tali documenti;

- dall'istruttoria esperita è risultato che la ditta ricorrente non ha inserito nella busta A la domanda "specifica" di partecipazione alla gara, né la

fotocopia del documento di identità (essendo risultato frutto di errore materiale il relativo riferimento al documento n. 5, come da accertamento del segretario della commissione non contestato con querela di falso), non risultando inoltre l'autenticazione della firma della dichiarazione sostitutiva, necessaria per garantire il destinatario della stessa sulla autenticità della sua provenienza, surrogabile soltanto dalla materiale allegazione alla dichiarazione della copia del documento, a sua volta non sostituibile con altre modalità di identificazione del dichiarante;

- la mancanza nella busta A della fotocopia del documento di identità rende quindi nulla la dichiarazione sostitutiva, per difetto di una non sanabile forma essenziale e, di conseguenza, non censurabili i provvedimenti adottati di esclusione e di diniego dell'annullamento d'ufficio.

2. Nell'appello, si deduce che l'esclusione della ricorrente, a cui è infine seguita la non assegnazione del Lotto 1 in contrasto con l'interesse pubblico, sarebbe illegittima, poiché:

- non può ricadere a danno della ricorrente la negligenza dell'Amministrazione, cui spetta la custodia dei documenti già verificati, facendo fede fino a querela di falso il verbale del 19 febbraio 2007 da cui risultano sussistere sia la domanda di partecipazione che la fotocopia del documento di identità; adottata in violazione del principio della sanabilità delle irregolarità formali posto a tutela del favor participationis, che nel caso potrebbe altresì essere applicato anche se la detta fotocopia del documento fosse risultata inclusa soltanto nella busta B;

- nelle determinazioni dell'Amministrazione non sarebbe esposto alcun percorso valutativo idoneo ad esplicitare l'iter logico e la compiuta motivazione alla base della esclusione della ricorrente;

- non si sarebbe tenuto conto dei circostanziati chiarimenti resi dalla ricorrente nella propria istanza per l'annullamento in autotutela, che avrebbero dovuto essere valutati con riesame della documentazione inserita

nella busta A;

- la nota del segretario della commissione giudicatrice dell'8 maggio 2007 non sarebbe un atto provvedimento o di riesame, redatto e sottoscritto dai membri della commissione; non sarebbe perciò idoneo a modificare il verbale n. 4, né richiede querela di falso per essere inficiato, ciò che è invece necessario per invalidare il detto verbale, il cui contenuto non è smentito dal successivo verbale n. 5 che, al più, attesta lo smarrimento dei documenti la cui esistenza è stata riscontrata in precedenza;

- la sentenza sarebbe inoltre erronea per avere ritenuto quale causa di esclusione della ricorrente, ai sensi dell'art. 9 del bando, l'asserita mancanza della fotocopia del documento di identità, poiché nel bando tale adempimento non è stato prescritto né richiesto a pena di decadenza, essendo stati lesi di conseguenza l'affidamento della ricorrente nella correttezza del comportamento dell'Amministrazione e l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione alla gara, mentre, ai sensi del d.lgs. n. 163 del 2006, si sarebbe dovuto invitare la concorrente a fornire chiarimenti sulla documentazione prodotta ovvero a completarla.

3. Le censure così riassunte sono infondate.

3.1. L'art. 9 del bando dispone che il mancato inserimento nella busta A dei documenti di cui ai punti 1 e 3 (rispettivamente: la domanda di partecipazione e la dichiarazione sostitutiva per le persone fisiche redatta ai sensi degli articoli 46 e 47 del d.P.R. n. 445 del 2000) “con le indicazioni contenute nei suddetti punti, comporta l'esclusione dalla gara”.

Ai sensi dell'art. 38, comma 3, del d.P.R. n. 445 del 2000 le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà, se non sottoscritte dall'interessato in presenza di dipendente addetto devono essere “sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore”.

Nella specie, nell'elenco della documentazione rinvenuta nella busta A di

cui al verbale n. 4 redatto dalla commissione si indica, nel punto 5, “fotocopia documento di identità allibrato al punto 4” (in cui si cita la “attestazione di presa visione dello stato dei luoghi datata 12 febbraio 2007”).

Nel successivo verbale n. 5 si rileva in particolare, con riguardo alle dichiarazioni sostitutive, la loro non conformità a quanto disposto dall’art. 38, comma 3, del d.P.R. n. 445 del 2000 “in quanto prive di copia del documento di riconoscimento”.

Tuttavia, nella nota del segretario della commissione dell’8 maggio 2007 si precisa che nella busta A non era stato rinvenuto alcun documento di identità essendone stata indicata la sussistenza nel punto 5, con il verbale n. 4, per errore materiale; inoltre, dalla documentazione acquisita agli atti del giudizio di primo grado in data 31 luglio 2007, certificata quale copia conforme degli atti della gara dal funzionario responsabile, nella busta A non risulta copia del documento di identità ed il documento n. 5 risulta essere copia del documento di presa visione dello stato dei luoghi.

3.2. Ciò richiamato, si deve rilevare che la mancanza della prescritta fotocopia del documento di identità non è stata certificata dalla nota del segretario della commissione, ma già dalla commissione stessa nella sua responsabilità collegiale asseverata nel verbale n. 5 del 5 marzo 2007, che è atto anch’esso facente fede, formato nell’esercizio della attività propria della Commissione di accertamento della regolarità del procedimento ad essa affidato, e perciò di doverosa revisione dei relativi presupposti, non contestato con querela di falso, neppure essendo stata prodotta dall’appellante alcuna prova contraria a fronte della documentazione acquisita in sede istruttoria.

Sotto tale profilo, il Collegio ritiene di dover precisare che:

- il verbale redatto dalla commissione di gara fa fede fino a querela di falso delle operazioni effettuate da essa, in relazione alla constatazione degli atti e

dei documenti inseriti dalle partecipanti alla gara nelle relative buste;

- qualora la medesima commissione constati di aver redatto il verbale sulla base di erronei accertamenti o comunque di errori di fatto, in coerenza col principio di legalità essa stessa può constatare l'accaduto e redigere un verbale (che a sua volta fa fede fino a querela di falso), il quale spieghi le circostanze emerse e adotti le relative determinazioni.

In altri termini, la commissione ben può prevenire la proposizione di contestazioni e di ricorsi, constatando i propri precedenti errori di percezione e redigendo l'ulteriore verbale con cui sia ripristinata la legalità.

3.3. Una volta constatata la sussistenza del potere di autotutela della commissione, in materia, rilevano anche i seguenti principi:

- “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” (Cons. Stato, V, 12 giugno 2009, n. 3690), essendo stato chiarito che “l'allegazione al testo della dichiarazione sostitutiva di volta in volta rilasciata di un valido documento di identità, lungi dal costituire un vuoto formalismo, costituisce piuttosto un fondamentale onere del sottoscrittore, configurandosi come l'elemento della fattispecie normativa teleologicamente diretto a comprovare (per di più, con la surricordata valenza di monito), non tanto (melius, non soltanto) le generalità del dichiarante, ma ancor prima l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione ad una determinata persona fisica” (Cons. Stato, V, 4 novembre 2004, n. 7140; cfr. anche: VI, 4 giugno 2009 n. 3442; 13 luglio 2009, n. 4420);

- da ciò consegue che l'omessa allegazione del documento di identità non integra una mera irregolarità della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà come tale suscettibile di correzione per errore materiale, dovendo

invece opinarsi “che la dichiarazione formalmente difforme dal modello tipico delineato dagli artt. 38 e 47 d.p.r. n. 445/2000 non possa mai tener luogo dell'atto alternativo pubblicitario poiché, in tal caso, la mancata instaurazione di un nesso biunivocamente rilevante tra dichiarazione e responsabilità personale del sottoscrittore, comporta la radicale improduttività di qualunque effetto giuridico di "certezza". (Sez. V, n. 7140 del 2004, cit.);

- il requisito, infine, dell'"unità" della fotocopia del documento di identità e della dichiarazione sostitutiva, prescritto dal comma 3 dell'art. 38 del d.P.R. n. 445 del 2000, “deve ritenersi soddisfatto ogniqualvolta possa stabilirsi un nitido collegamento tra il documento e la singola dichiarazione” (idem).

3.4. Per il caso di specie da tutto ciò consegue che, pur se si voglia prescindere dalla rilevabile mancanza di una domanda “specificata” della ricorrente di partecipazione alla gara, in quanto richiesta come tale dall'art. 9 del bando, emerge in ogni caso, in assenza di autenticazione della firma del sottoscrittore delle dichiarazioni, la mancanza della prescritta allegazione della fotocopia del documento di identità, per quanto detto non sanabile, né surrogabile con la asserita presenza del documento in altra busta ovvero suscettibile di regolarizzazione; mancanza prevista dal bando come causa di esclusione nel momento in cui prescrive la presentazione delle dichiarazioni sostitutive in conformità alla normativa in materia.

3.5. Non sussistono infine gli asseriti difetti di motivazione e di istruttoria dei provvedimenti adottati, risultando le ragioni dell'esclusione esplicitate nel verbale n. 5 ed esplicitate con precisione, quanto allo svolgimento degli accertamenti al riguardo, nella nota del segretario della commissione dell'8 maggio 2007, inviata alla ricorrente il 17 maggio successivo, in risposta puntuale, e perciò non insufficiente, all'istanza di riesame proposta dalla ricorrente stessa il 7 maggio precedente.

Né può dirsi formato affidamento nella ricorrente, considerate le espresse

prescrizioni del bando sulla documentazione da presentare e non essendovi stata alcuna manifestazione esterna di volontà dell'Amministrazione diretta al rilascio della concessione alla ricorrente, possibile soltanto a conclusione della procedura di gara.

4. Per quanto considerato l'appello è infondato e deve essere perciò respinto.

Nulla deve essere pronunciato sulle spese, non essendosi costituite le parti intimare.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello n. 4293 del 2010 in epigrafe.

Nulla per le spese del secondo grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/05/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)