

N. 03146/2013REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1241 del 2013, proposto da:
Ducos S.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria a.t.i.. a.t.i. -Presotto Impianti s.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Luca De Pauli, con domicilio eletto presso Enrico Di Ienno in Roma, viale G.Mazzini n.33;

contro

Di Betta Giannino s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Persello e Mario Antonio Angelelli, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro n.13;
Asp "Casa di Riposo Giuseppe Sirch" in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Gianni Zgagliardich, Andrea Manzi e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via F. Confalonieri n.5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA - TRIESTE SEZIONE I n. 00039/2013

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Di Betta Giannino Srl e di Asp "Casa di Riposo Giuseppe Sirch";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2013 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Lofoco su delega di De Pauli, Persello, Manzi Luigi e Zgagliardich;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Di Betta Giannino, al termine di una procedura di preselezione, era stata invitata a presentare l'offerta di partecipazione ad una gara a procedura ristretta indetta dall'ASP "Casa di Riposo Giuseppe Sirch" di S.Pietro al Natisone (Udine) per l'affidamento dei lavori del terzo lotto della Casa di Riposo omonima. Tuttavia è stata esclusa dalla gara non essendo stata rinvenuta, nella busta A, riservata alla documentazione, la prima pagina del modello 1 e cioè la pagina che avrebbe dovuto contenere le generalità del firmatario, la specificazione della qualità in cui firmava tale modello, l'elencazione dei dati relativi all'impresa (denominazione, forma giuridica, sede, partita IVA, numero di telefono e iscrizione CCIAA), i dati degli amministratori muniti di rappresentanza e dei direttori tecnici.

Le pagine del modello diverse dalla prima, effettivamente presenti nella busta, contenevano comunque le dichiarazioni relative a tutti gli impegni assunti, nonché la firma in calce, a pag. 3, del legale rappresentante, corredata da timbro della ditta; il modello era datato e siglato anche a pag. 2 e spillato assieme alla fotocopia della carta di identità del sottoscrittore e della sua dichiarazione, datata e firmata, di essere in regola con i versamenti dei contributi previdenziali, assistenziali ed assicurativi.

2. Nella sentenza appellata il Tar riteneva che non era possibile considerare mancante l'intero modello, ma solamente alcuni dati che esso avrebbe dovuto contenere e che consistevano,

comunque, in mere informazioni che l'amministrazione già possedeva; con l'effetto che la incompletezza del modello non era tale da impedire alla stazione appaltante di ritenere che l'onere di dichiarazione, da assolvere mediante la presentazione del modello, potesse ritenersi utilmente adempiuto.

Di fatto, l'unica mancanza sostanziale era quella relativa alla parola "dichiara" che, in quanto inclusa nello stampato della prima pagina, risultava omessa. A siffatta omissione (dato e non concesso che fosse rilevante), la stazione appaltante, secondo il Tar, poteva sopperire mediante il soccorso istruttorio (ex art. 46 del codice appalti), dato che comunque le due restanti pagine di dichiarazioni rendevano immediatamente percepibile che, per l'appunto, si trattava di dichiarazioni rese dal firmatario.

L'esclusione pertanto veniva annullata e nel contempo veniva disposto che l'amministrazione riaprisse la procedura di gara, procedesse all'apertura della busta contenente l'offerta economica della ricorrente e poi si regolasse di conseguenza, con condanna della ASP a rifondere alla ricorrente l'importo del contributo unificato e compensando tra le parti le restanti spese di giudizio.

3. Nell'atto di appello la a.t.i facente capo alla società Ducos ha impugnato la sentenza del Tar sostenendone la erroneità, nel primo motivo in quanto il ricorso originario e i successivi motivi aggiunti avrebbero dovuto essere dichiarati inammissibili per carenza di interesse non essendo stata fornita effettiva dimostrazione della circostanza per cui, in caso di riammissione alla gara, la società Di Betta sarebbe risultata vincitrice non essendo all'uopo sufficiente la allegazione "in copia" della offerta, ben potendo la offerta effettiva non essere coincidente.

Nel secondo motivo ha sottolineato che nel modello presentato è mancata la dichiarazione di impegno da parte della società Di Betta che costituisce l'elemento fondamentale per far sì che una scrittura privata possa valere come dichiarazione sostitutiva, ex art. 48 del d.P.R. n.445/2006.

Erroneamente il Tar avrebbe ritenuto di sopperire con il soccorso istruttorio ex art. 46 del d.lgs. n.163/2006 atteso che la dichiarazione era priva completamente degli elementi essenziali e non poteva avere valenza di dichiarazione sostitutiva; ove la amministrazione avesse fatto ricorso al soccorso istruttorio invece di escludere dalla gara la società avrebbe leso palesemente la par condicio tra i partecipanti alla procedura.

Sarebbero infondate anche le doglianze del Di Betta assorbite dal primo giudice con le quali si era impugnata la previsione della lettera di invito (art. 21) evocandone una supposta nullità ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n.163/2006. Tali censure, secondo l'appellante, erano tardive e soprattutto infondate, trattandosi di previsioni non formulate in deroga o in violazione di alcuna norma imperativa essendosi limitate a precisare e specificare le carenze delle offerte che sotto un profilo formale avrebbero comportato la esclusione di concorrenti dalla gara e dall'affidamento.

3.1. Si è costituita la A.S.P. "Casa di riposo Giuseppe Sirch" evidenziando che la busta contenente la offerta economica della società Di Betta è ancor oggi sigillata sicché non vi è alcuna certezza sul fatto che la stessa società possa o meno risultare vincitrice della gara. La società Di Betta avrebbe dovuto produrre, quanto meno, una copia autentica della offerta presentata al fine di evidenziare il suo interesse al ricorso. La mera indicazione del ribasso offerto non sarebbe né prova dell'interesse a ricorrere, né strumento idoneo a provare il diritto all'ottenimento della aggiudicazione.

Nel merito la stazione appaltante si duole che la sentenza del Tar abbia "svilito" l'importanza della mancanza della prima pagina senza considerare che i vari fogli contenenti la sottoscrizione con allegata la carta di identità del sottoscrittore erano totalmente privi degli estremi identificativi del soggetto dichiarante oltre che della formula "dichiara" e quindi non erano idonei a vincolare, in sede di offerta, il soggetto che li aveva presentati nei confronti della stazione appaltante. Pertanto la ASP non avrebbe potuto sopperire a tale mancanza attraverso il soccorso istruttorio che avrebbe

comportato l'acquisizione di una nuova e completa dichiarazione con l'aggiunto del nuovo primo foglio mancante

In ogni caso la lettera di invito precisava, a pag. 9, che nella busta A avrebbe dovuto essere inserita la dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.P.R. n.445/2000 “..compilata sulla base del modello 1” sicché tale modello 1 debitamente compilato in ogni sua parte doveva considerarsi obbligatorio.

Si è costituita la società Di Betta Giannino insistendo per il rigetto dell'appello.

Sono state depositate ulteriori memorie difensive.

Alla pubblica udienza del 17 maggio 2013 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

4. La Sezione, contrariamente a quanto statuito nella ordinanza cautelare che aveva disposto la sospensione della sentenza appellata, a seguito di un più approfondito esame soprattutto della documentazione di gara, ritiene che l'appello non meriti accoglimento e che la sentenza vada confermata non potendo la società appellata essere sanzionata con la esclusione dalla gara.

5. Con il primo motivo la a.t.i. Ducos e la amministrazione assumono che il ricorso proposto dalla soc. Di Betta ed i successivi motivi aggiunti dovevano venire dichiarati inammissibili per carenza di interesse non essendo stata fornita effettiva allegazione della circostanza per cui, in caso di riammissione alla gara, la società Di Betta sarebbe risultata vincitrice della procedura. La eccezione non ha pregio. Chi partecipa ad una gara ha un interesse legittimo a che la sua offerta sia presa in esame in condizioni di parità, e pertanto, se escluso, ha titolo e interesse a ricorrere al solo scopo di ottenere detto esame (ossia l'apertura della relativa busta), senza bisogno che dia la prova che la sua offerta sia la migliore. .

6. Nel merito assume portata rilevante, il rinvio, da parte delle lettera di invito, laddove richiede la presentazione della dichiarazione sostitutiva compilata sulla base del modello 1, (quello che la ricorrente ha presentato compilato, ma mancante della prima pagina), ad una nota a piè pagina del seguente tenore: “Si ritiene valida la istanza di partecipazione alla gara presentata a livello di preselezione delle ditte da invitare. La dichiarazione di cui sopra è integrativa di quanto già contenuto all'interno del modulo 3 esibito al fine della pre-selezione”. Si noti che il modello 1 prevede in alcuni casi gli inserimenti di dati oppure una scelta alternativa le cui omissioni equivarranno a dichiarazioni incomplete fatto salvo il caso in cui... b) la dichiarazione mancante sia sostituita dal corrispondente certificato; c) il dato mancante sia comunque rinvenibile nelle forme richieste nel complesso dei documenti inseriti nella busta A-documentazione.

Veniva inoltre specificato che l'utilizzo del modulo (fac simile) era preferibile per agevolare la lettura uniforme in fase di gara, ma non obbligatorio.

Risulta quindi per tabulas che la presentazione del modello 1 aveva una mera funzione integrativa delle dichiarazioni già rese in sede di preselezione che pertanto potevano considerarsi valide e sufficienti a suffragare quanto in esse contenuto.

E' evidente la volontà della lex specialis di valorizzare il dato finale del raggiungimento dello scopo dichiarativo senza che assumesse rilievo il dato formale con cui siffatta esigenza veniva soddisfatta.

Peraltro l'articolo 74 co.3 del d.lgs. n.163/2006 esclude espressamente che possa costituire causa di esclusione il mancato utilizzo dei moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per cui la mancanza della prima pagina di tale modello poteva venire in rilievo soltanto se i dati contenuti in tale pagina

non fossero stati presenti già nella istanza di partecipazione alla gara presentata in sede di preselezione, ovvero non fossero stati sostituiti dai certificati depositati a corredo della offerta, ovvero non fossero rinvenibili nel complesso dei documenti inseriti nella busta A.

Risulta pacifico che la ricorrente ha presentato le pagine 2 e 3 del modello 1 debitamente sottoscritte anche in calce dall'amministratore unico con la dicitura "La presente dichiarazione è sottoscritta in data 11.7.2012" con l'apposizione del timbro della società e con allegato il documento di identità dell'amministratore unico.

Nella pagina 1 del modello 1 risultata mancante, erano indicati "i dati relativi alla impresa", "i dati relativi agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza", "i dati relativi ai direttori tecnici": tutti questi dati, tuttavia, oltre ad essere indicati nella istanza di partecipazione alla gara, erano reperibili negli altri documenti inseriti nella busta A quali desumibili dal certificato di iscrizione alla camera di commercio di Udine, dal certificato rilasciato dalla Soa Nord Alpi, dal certificato della SQS relativo al sistema di qualità.

Pertanto l'amministrazione non ha tenuto conto della soprarichiamata nota 1 di pag. 9 della lettera di invito che prevede la configurabilità della incompletezza della dichiarazione soltanto allorché la dichiarazione o il dato mancante non risultassero altrimenti.

L'amministrazione, nel limitarsi al dato formale della mancanza della prima pagina, non ha motivato la esclusione con carenze di carattere sostanziale della dichiarazione sostitutiva e con la mancanza di elementi essenziali dell'offerta.

A ben vedere la dichiarazione presentata dalla appellata non poteva nemmeno considerarsi incompleta perché integrata, per espressa previsione della lettera di invito, dai dati contenuti nella istanza di partecipazione e da quelli ricavabili dagli altri documenti inseriti nella busta A; con l'effetto che non vi era neppure bisogno del c.d. soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del d.lgs. n.163/2006, richiamato dalla sentenza appellata al solo scopo di rimediare al fatto che nelle due pagine del modello 1 presentate dalla Di Betta sarebbe mancata la parola "dichiara" che era inclusa nella prima pagina del modello.

7. Insiste la appellante, nel secondo motivo, con argomentazione sostenuta anche dalla stazione appaltante, che la dichiarazioni prodotta dalla società Di Betta Giannino, in quanto priva della prima pagina, sarebbe nulla o inesistente perché priva di elementi identificativi del soggetto dichiarante oltre che della formula "dichiara", da non potere giustificare neppure il soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del d.lgs. n.163/2006.

Sotto un secondo profilo, che il mancato richiamo nella dichiarazione sostitutiva della solenne formulazione di rito e delle sanzioni penali previste per il caso di false dichiarazioni renderebbe insanabilmente invalida la dichiarazione. Si sostiene al riguardo che la possibilità di certificare stati e capacità "in via sostitutiva" ex artt. 38 e 46 del d.P.R. n.445/2000 sarebbe astretta a precise e solenni formalità che per il loro rigore e per la eccezionalità della previsione non ammettono equipollenti e non consentono emenda, neppure ex art. 46 del d.lgs. 163/2006 non essendo, altrimenti, l'atto in grado di dispiegare gli effetti certificativi per difetto di una forma essenziale prescritta dalla legge, non altrimenti sanabile.

Tali assunti non vengono condivisi dalla Sezione.

7.1. Se è vero che la prima pagina del fac simile di dichiarazione risultava mancante, (salvo, come già evidenziato, rinvenire aliunde i dati mancanti, come consentito dalla lettera di invito), è altrettanto vero che le altre due pagine erano senz'altro esistenti, complete dei dati richiesti e sottoscritte, datate e timbrate dal legale rappresentante, che le ha espressamente qualificate come "dichiarazione" e con allegazione della copia del documento identificativo fronte retro; pertanto non

si vede come non potessero considerarsi atti perfettamente idonei a comprovare le attestazioni in essi contenute risultando del tutto irrilevante che la parola “dichiarazione” e, si badi, il conseguente impegno, fosse rinvenibile nella terza pagina, prima della firma, e non anche all’inizio della dichiarazione, quasi a configurare, a pena di inesistenza, una rigidità sacramentale della dichiarazione stessa, comunque sconosciuta al nostro ordinamento.

7.2. Quanto al mancato richiamo delle sanzioni penali previste per il caso di false dichiarazioni, la giurisprudenza ha da tempo osservato che tale adempimento non costituisce un requisito sostanziale per la validità delle dichiarazioni ai sensi del d.P.R. n.445/2000 in quanto la qualificazione come falso, e le relative conseguenze penali, prescindono dall’avvenuto uso in concreto della formula, mentre la ignoranza della legge penale comunque non scusa il falso dichiarante, sia che abbia invocato per iscritto l’art. 76 del d.P.R.445/2000, sia che non lo abbia invocato.

In effetti l’art. 48 del t.u. n. 445/2000 non richiede, a pena d’invalidità, che il soggetto si impegni esplicitamente a rendere una dichiarazione veritiera, e neppure che si dichiari consapevole delle sanzioni penali previste per le false dichiarazioni. Al contrario, è la p.a. che deve richiamare le sanzioni penali, nel momento in cui invita il privato a rendere le dichiarazioni e gli fornisce il relativo modello (peraltro facoltativo).

8. In conclusione l’appello non merita accoglimento e la sentenza appellata deve essere confermata; ne consegue il dovere, da parte della amministrazione, di riaprire la procedura di gara e procedere all’apertura della busta contenente l’offerta economica della appellata (salvo eventualmente confermare l’aggiudicazione impugnata, qualora la nuova offerta risulti meno vantaggiosa).

9. Spese ed onorari del grado possono essere compensati anche in relazione al comportamento processuale della appellata che aveva preannunziato, nella camera di consiglio dell’8.3.2013, la proposizione di un appello incidentale, che poi tuttavia non ha mai proposto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 17 e 23 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/06/2013

IL SEGRETARIO

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