

APPALTI: Lavori pubblici - Procedure di affidamento - Negoziato - Mancata allegazione della copia del documento in caso di dichiarazione firmata digitalmente - Esclusione - Illegittimità.

Tar Lombardia - Milano, Sez. I, 4 dicembre 2020, n. 2395

- in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1, 2021, pag. 270

“[...] in linea generale, è certamente legittima l'esclusione dalla gara del concorrente che non ha allegato la copia fotostatica del documento di identità del dichiarante, trattandosi di omissione che, ai sensi dell'art. 83, c. 9 D.Lgs. 18.4.2016, n. 50, non può essere sanata con il soccorso istruttorio. [...] Dal combinato disposto dell'art. 65, c. 1, lett. a) del Codice dell'amministrazione digitale, e dell'art. 77, c. 6, lett. b) del Codice dei contratti, l'apposizione della firma digitale, a cagione del particolare grado di sicurezza e di certezza nell'imputabilità soggettiva che la caratterizza, è di per sé idonea a soddisfare i requisiti dichiarativi di cui al c. 3 dell'art. 38 del D.P.R. n. 445/2000, anche in assenza dell'allegazione di copia del documento di identità del dichiarante (C.S., Sez. III, 16.4.2019, n. 2493, Sez. VI, 20.9.2013 n. 4676).

Conseguentemente, la ratio della previsione dell'onere di produrre una copia del documento di identità, strettamente legata alla necessità per l'Amministrazione di identificare il richiedente, viene meno nel caso in cui le istanze o le dichiarazioni siano invece inviate per via telematica, prevedendo infatti il c. 2 del citato art. 38, che “sono valide se effettuate secondo quanto previsto dall'articolo 65 del decreto legislativo 7 marzo 2005 n. 82”.

La prescrizione della lettera di invito che ha comminato l'esclusione delle offerte economiche prive di copia del documento d'identità dell'offerente, è pertanto in contrasto con il disposto dell'art. 83, c. 8, del D.Lgs. n. 50/2016 laddove, come ha avuto luogo nel caso di specie, le stesse siano state sottoscritte con firma digitale [...]”.

FATTO

Con il provvedimento impugnato con il ricorso principale, Città Metropolitana di Milano ha aggiudicato alla controinteressata i lavori di manutenzione straordinaria del manto stradale, realizzazione e messa a norma di dispositivi di sicurezza stradale, e con quello gravato con motivi aggiunti, l'esclusione dell'istante da detta procedura, la quale ha sostenuto che, in caso di ammissione, a seguito della rideterminazione della soglia di anomalia, la sua offerta sarebbe risultata la migliore.

La stazione appaltante e la controinteressata si sono costituite in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Con ordinanza n. 787/2020 il Tribunale ha accolto la domanda cautelare.

All'udienza pubblica del 4.11.2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I) In primo luogo, vanno respinte le eccezioni preliminari di inammissibilità del ricorso.

I.1.1) Malgrado l'istante non abbia infatti impugnato la propria esclusione, nell'ambito del ricorso principale, ciò ha tuttavia avuto luogo con i motivi aggiunti, che sono stati tempestivamente proposti, tenuto conto della sospensione dei termini processuali disposta dal D.L. 8.3.2020 n. 11, e dalle successive proroghe, sino al 3.5.2020.

I.1.2) Né peraltro può ritenersi, come erroneamente pretenderebbe la difesa della Città Metropolitana, che dalla scelta di impugnare la propria esclusione con i motivi aggiunti, anziché con il ricorso principale, debba derivare l'inammissibilità del presente gravame.

Dall'ormai acquisita concezione del processo amministrativo quale tendente a valorizzare il giudizio sul rapporto (C.S., VI, 5.6.2006, n. 3333), deriva l'impossibilità di pronunce di inammissibilità dovute ad aspetti meramente formali, non essendo in ogni caso rinvenibile nell'ordinamento alcuna prescrizione tale da giustificare le conseguenze invocate nell'eccezione, né in particolare ciò potrebbe desumersi dall'art. 43 c.p.a., secondo cui, al contrario, "ai motivi aggiunti si applica la disciplina prevista per il ricorso, ivi compresa quella relativa ai termini", che come detto, sono stati rispettati.

I.2) Anche l'ulteriore eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa della controinteressata risulta infondata, non trovando applicazione al caso di specie il principio della c.d. invarianza della soglia di cui all'art. 95 c. 15 del D.Lgs. 18.4.2016, n. 50, la cui applicazione, a suo dire, priverebbe di interesse la ricorrente,

In base a quanto previsto nell'art. 95 c. 15 cit., "ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte", la cui ratio, è quella di evitare che, a soglia già cristallizzata, un concorrente possa insorgere contro l'ammissione di un altro non già principaliter, ma solo per rimettere in discussione il calcolo delle medie e la soglia di anomalia effettuato sulla platea dei concorrenti, ponendo i risultati della gara in una situazione di perenne incertezza, e determinando così la caducazione dell'aggiudicazione già intervenuta, a distanza di molto tempo.

Nel caso di specie, a fronte della tempestiva impugnazione dell'esclusione e della stessa aggiudicazione, e pertanto, in assenza di qualsivoglia "cristallizzazione" della soglia per effetto di

una graduatoria formata sulla base di ammissioni o esclusioni divenute inoppugnabili e immodificabili non può pertanto trovare applicazione il citato principio di invarianza della soglia (C.S., Sez. III, 27.4.2018, n. 2579).

II) Quanto al merito, il ricorso è fondato.

In via preliminare, il Collegio dà atto che la ricorrente è stata esclusa in considerazione della mancata allegazione all'offerta della fotocopia della carta d'identità del suo legale rappresentante, la cui produzione, era invece prevista dalla lettera d'invito.

Come già evidenziato in sede cautelare, in linea generale, è certamente legittima l'esclusione dalla gara del concorrente che non ha allegato la copia fotostatica del documento di identità del dichiarante, trattandosi di omissione che, ai sensi dell'art. 83, c. 9 D.Lgs. 18.4.2016, n. 50, non può essere sanata con il soccorso istruttorio (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 27.5.2019, n. 275, C.S. Sez. V, 20.8.2018, n. 4959, che conferma T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I quater, nn. 10033 e 10031 del 2017).

Nella fattispecie per cui è causa, le dichiarazioni asseritamente carenti, sono tuttavia state sottoscritte con firma digitale.

Dal combinato disposto dell'art. 65, c. 1, lett. a) del Codice dell'amministrazione digitale, e dell'art. 77, c. 6, lett. b) del Codice dei contratti, l'apposizione della firma digitale, a cagione del particolare grado di sicurezza e di certezza nell'imputabilità soggettiva che la caratterizza, è di per sé idonea a soddisfare i requisiti dichiarativi di cui al c. 3 dell'art. 38 del D.P.R. n. 445/2000, anche in assenza dell'allegazione di copia del documento di identità del dichiarante (C.S., Sez. III, 16.4.2019, n. 2493, Sez. VI, 20.9.2013 n. 4676).

Conseguentemente, la ratio della previsione dell'onere di produrre una copia del documento di identità, strettamente legata alla necessità per l'Amministrazione di identificare il richiedente, viene meno nel caso in cui le istanze o le dichiarazioni siano invece inviate per via telematica, prevedendo infatti il c. 2 del citato art. 38, che "sono valide se effettuate secondo quanto previsto dall'articolo 65 del decreto legislativo 7 marzo 2005 n. 82".

La prescrizione della lettera di invito che ha comminato l'esclusione delle offerte economiche prive di copia del documento d'identità dell'offerente, è pertanto in contrasto con il disposto dell'art. 83, c. 8, del D.Lgs. n. 50/2016 laddove, come ha avuto luogo nel caso di specie, le stesse siano state sottoscritte con firma digitale.

In conclusione, l'esclusione della ricorrente e l'aggiudicazione in favore della controinteressata, sono entrambi illegittimi, dovendo conseguentemente la stazione appaltante procedere

all'ammissione della prima, all'apertura della sua offerta, ed alla rideterminazione della soglia di anomalia.

Quanto alle spese, sussistono tuttavia giusti motivi per compensare le stesse tra le parti, in considerazione delle peculiarità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso principale, e quello presentato con i motivi aggiunti, nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato in favore della ricorrente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore

Fabrizio Fornataro, Consigliere