

Le dichiarazioni sostitutive nelle procedure ad evidenza pubblica.

Autore: Gurrieri Aldo

In: Diritto amministrativo

Il possesso dei requisiti generali e speciali per la partecipazione ai procedimenti diretti all'affidamento di appalti pubblici può essere comprovato dalle imprese concorrenti non solo tramite documentazione originale, ma anche tramite dichiarazione sostitutiva resa ai sensi del d.P.R. 445/00.

Tale possibilità è prevista da varie norme, quali ad esempio: gli articoli 38, 41, 42 del D. Lgs. 163/06; l'art. 77-bis(aggiunto dall'art. 15 della L. 3/03) del d.P.R. 445/00, il quale testualmente prevede: "Le disposizioni in materia di documentazione amministrativa contenute nei capi II e III si applicano a tutte le fattispecie in cui sia prevista una certificazione o altra attestazione, ivi comprese quelle concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorchè regolate da norme speciali".

Al riguardo l'art. 48 comma 2 del d.P.R. 445/00 prevede in generale: "Le singole amministrazioni predispongono i moduli necessari per la redazione delle dichiarazioni sostitutive, che gli interessati hanno facoltà di utilizzare".

In particolare in questa sede ci si vuole soffermare sulle dichiarazioni rese in via sostitutiva relativamente ai requisiti soggettivi che devono essere posseduti dagli operatori economici per poter partecipare alle gare d'appalto (per esempio l'art. 38 del D. lgs. 163/06 prevede tra i requisiti di ordine generale che devono essere posseduti dai concorrenti a pena d'esclusione, l'assenza delle seguenti condizioni: **lett. b)** pendenza di procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; **lett. c)** avvenuta pronuncia di sentenza di condanna passata in giudicato,

o avvenuta emissione di decreto penale di condanna divenuto irrevocabile,

oppure

sentenza

di
applicazione
della
pena
su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per
reati
gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla
moralità
professionale;
la condanna,
con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione
a
un'organizzazione
criminale,
corruzione,
frode, riciclaggio,

quali

definiti

dagli

atti

comunitari

citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18).

Con riferimento a tali aspetti si vuole osservare che nei moduli predisposti da talune stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 48 del d.P.R. 445/00 (nei quali, in generale, viene prevista l'attestazione sia di specifiche riguardanti l'impresa partecipante in quanto tale, sia di qualità e condizioni soggettive inerenti i legali rappresentanti della stessa) capita spesso di riscontrare formule di dichiarazioni precostituite -dalle stesse amministrazioni- che prevedono:

- che la dichiarazione venga resa e quindi sottoscritta da parte del rappresentante legale della società concorrente;

- in particolare che lo stesso soggetto estenda la dichiarazione fino a comprendere l'insussistenza di procedimenti in corso e di sentenze passate in giudicato relativamente ad altri soggetti, diversi dal dichiarante, facenti parte della società e muniti di poteri di rappresentanza.

Tale prassi, quanto al secondo punto, non è condivisibile.

Ciò alla luce del principio, che qui si vuole evidenziare, secondo cui ogni soggetto munito di poteri di rappresentanza legale facente parte della società deve presentare in nome proprio la dichiarazione sostitutiva relativa al possesso dei requisiti soggettivi e non può delegare a nessun altro tale facoltà.

Le conseguenze di tale principio sono di non scarsa rilevanza pratica e giuridica, in quanto l'errato inquadramento di questo aspetto può comportare (come si vedrà più avanti) l'annullabilità dell'intero procedimento di gara.

A tal fine si evidenziano le conseguenze fondamentali del principio appena enunciato:

1) affinché la dichiarazione sostitutiva relativa ai requisiti di partecipazione sia valida, è necessario che tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza legale della società presentino singolarmente dichiarazione in nome proprio; conseguentemente la mancata dichiarazione da parte di uno o più dei rappresentanti legali dell'impresa comporta la nullità dell'attestazione dei requisiti nella sua globalità e la conseguente invalidità derivata degli atti amministrativi successivi.

2) correlatamente va evidenziato che nessuno, seppur facente parte della società e seppur munito di poteri di rappresentanza, può validamente dichiarare in via sostitutiva la sussistenza di requisiti di ordine generale, in particolare di natura penale, in nome e per conto di altri soggetti muniti di poteri di rappresentanza legale.

Queste asserzioni si fondano su due distinti ordini di motivazioni:

1° ordine di motivazioni.

La responsabilità penale è personale, come sancito dall'art. 27 della Costituzione.

Da ciò discende che:

A) sotto il profilo della natura dei soggetti giuridici: le persone giuridiche non possono essere sottoposte a sanzione penale consistente in forme limitative della libertà personale.

B) sotto il profilo della sfera di competenza dei soggetti giuridici: “la questione del necessario collegamento tra condotta penalmente sanzionata e attività svolta dall’impresa concorrente è stata affrontata e risolta in senso negativo dalla giurisprudenza sulla base di una impostazione che appare condivisibile”, e precisamente: “si tratta in sostanza di una condizione soggettiva che attiene alla persona dell’amministratore e che dunque rimane estranea al rapporto che lega tale figura alla compagine societaria” (come testualmente affermato nella sentenza n. 1107/21.03.2008 del TAR Bologna - Sez. I).

L’enunciazione di tali corollari del principio di cui all’art. 27 Cost., implica le medesime conclusioni esposte in premessa:

A) che le dichiarazioni comportanti responsabilità personale (e al riguardo va tenuto presente che la dichiarazione falsa o mendace, a prescindere dall’oggetto, può comportare responsabilità penale ai sensi degli artt. 495 e 496 c.p.), tra le quali senz’altro rientrano quelle sostitutive ex d.P.R. 445/00 ed in particolare quelle aventi ad oggetto condizioni soggettive di natura penale, devono essere prodotte direttamente ed in via esclusiva dai soggetti individualmente configurabili quali centri di imputazione di qualsiasi effetto giuridico connesso alla dichiarazione e rilevante ai fini del procedimento amministrativo (al quale la medesima dichiarazione è inerente).

B) la dichiarazione non può essere prestata da nessun altro soggetto; neanche se collegato al soggetto interessato (cioè quello in nome e per conto del quale verrebbe effettuata la dichiarazione) in ragione della comune attività professionale (consistente nell’amministrazione dell’impresa o nell’esercizio di poteri rappresentativi speciali) e seppur (presumibilmente) a conoscenza di qualsiasi evento, rilevante a fini giuridici ed imprenditoriali, afferente alla sfera d’azione individuale dello stesso interessato.

A conferma definitiva di questo primo ordine di ragioni si riporta, per estratto, il testo della sentenza 1806-06 del T.A.R. Sicilia - Sez. I:

“Non è chi non veda come le dichiarazioni relative allo stato e qualità soggettive dei rappresentanti legali, o dei soggetti comunque in possesso dei poteri esterni di rappresentanza, debbano necessariamente essere rese uti singuli personalmente, né siano altrimenti delegabili.

Ancorché i procuratori nominati siano legittimati a presentare l’offerta e a sottoscrivere il relativo contratto in caso di aggiudicazione, le dichiarazioni rese solo da questi ultimi risultano in specie insufficienti: non assolvono all’onere previsto dal capitolato in quanto non consentono alla stazione appaltante di conoscere nel dettaglio il possesso dei predetti requisiti in capo a tutti i titolari di rappresentanza esterna dell’Azienda (id est: mancano le dichiarazioni degli effettivi rappresentanti legali);

Diversamente opinando,, il dato normativo della lex specialis risulterebbe facilmente eluso con la

sola possibilità - comunque concessa - di nominare procuratori speciali, così esentando gli effettivi titolari degli organi dell'impresa dal rendere le dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti soggettivi richiesti. In altri termini, non è in discussione il potere di nominare procuratori per la presentazione delle offerte a pubbliche gare, conferendo loro la legittimazione anche alla sottoscrizione della singola offerta e dei documenti allegati; altro è il potere (e connesso onere) di rendere dichiarazioni su fatti e qualità soggettive inerenti i titolari dell'impresa.

Parimenti, la dichiarazione resa unicamente da un solo amministratore delegato..... risulta insufficiente rispetto alla mancanza di analoghe dichiarazioni da parte degli altri soggetti muniti di rappresentanza esterna”.

2° ordine di motivazioni.

La dichiarazione resa in sede di gara è generalmente una dichiarazione sostitutiva composita, in quanto: a) in parte è dichiarazione sostitutiva di certificazione ai sensi dell'art. 46 d.P.R. 445/00; b) in parte è sostitutiva di atto di notorietà ai sensi dell'art. 47 d.P.R. 445/00.

Il citato art. 46 individua in base ad un criterio di tassatività le fattispecie autocertificabili: infatti prevede espressamente che “Sono comprovati con dichiarazioni, anche contestuali all'istanza, sottoscritte dall'interessato e prodotte in sostituzione delle normali certificazioni i seguenti stati, qualità personali e fatti: a); aa) di non aver riportato condanne penali e di non essere destinatario di provvedimenti che riguardano l'applicazione di misure di prevenzione, di decisioni civili e di provvedimenti amministrativi iscritti nel casellario giudiziale ai sensi della vigente normativa; bb) di non essere a conoscenza di essere sottoposto a procedimenti penali”.

L'art. 47-d.P.R. 445/00 invece individua in via residuale le fattispecie descrivibili in sede di autodichiarazione: “Fatte salve le eccezioni espressamente previste per legge, nei rapporti con la pubblica amministrazione e con i concessionari di pubblici servizi, tutti gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell'articolo 46 sono comprovati dall'interessato mediante la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà”.

La differenza tra i due istituti è ben nota:

- la dichiarazione resa ai sensi dell'art. 46-d.P.R. 445/00 può sostituire tutti i certificati tassativamente ivi previsti;

- la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ex art. 47-d.P.R. 445/00 è l'atto con cui vengono comprovati stati, fatti e qualità non compresi in pubblici registri e quindi non suscettibili di essere attestati con dichiarazione sostitutiva ex art. 46 (al riguardo va tenuto presente che in genere l'atto di notorietà rientra nella categoria giuridica delle “Verbalizzazioni”).

A questo punto prima di concludere è ancora necessario concentrare l'attenzione sulla disposizione contenuta nell'art. 47 comma 2 - d.P.R. 445/00 (sulla quale viene fondata la prassi, accennata in premessa, di accettare la dichiarazione di un rappresentante legale dell'impresa riferita ad altri soggetti della stessa società): "La dichiarazione (N.B.:sostitutiva di atto di notorietà) resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza".

A tal riguardo, per prendere posizione definitiva riguardo alla questione accennata in premessa, va precisato che quest'ultima disposizione si riferisce soltanto a situazioni "non certificabili" nel senso sopra illustrato; invece situazioni quali carichi pendenti e sentenze di condanna, in quanto certificabili ad opera dell'ufficio del casellario giudiziale, rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 46-d.P.R. 445/00 (infatti fanno parte dell'elenco tassativo di cui allo stesso art. 46, rispettivamente alle lettere aa e bb) e quindi costituiscono oggetto di dichiarazione sostitutiva di certificazione e non di dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà.

Da ciò consegue, anche sulla base della conclusione sopra adottata in riferimento al primo ordine di motivazioni, che la sussistenza/assenza di carichi pendenti e di pronunce di condanna, in quanto circostanza compresa nell'ambito di applicazione dell'art. 46-d.P.R. 445/00, può essere dichiarata in via sostitutiva esclusivamente da ciascun soggetto munito del potere di rappresentanza e solo con riferimento a se stesso (quindi deve essere dichiarata e sottoscritta "in nome proprio") e non con riferimento ad altri soggetti (muniti di poteri di rappresentanza legale) della compagine societaria, a prescindere dall'effettiva e diretta conoscenza delle circostanze oggetto di dichiarazione (cioè semplicemente con dichiarazioni prestate sulla base del "classico": "per quanto di propria conoscenza!").

Tanto a pena di nullità dell'attestazione dei requisiti soggettivi e, conseguentemente, di invalidità derivata (e correlato rischio di annullamento) degli atti amministrativi susseguenti, quale, per esempio, la deliberazione di aggiudicazione.

Dott. Aldo Gurrieri

<https://www.diritto.it/le-dichiarazioni-sostitutive-nelle-procedure-ad-evidenza-pubblica/>