

Le dichiarazioni sui requisiti di ordine generale nelle gare pubbliche: quali i soggetti tenuti a renderle?

1. Nella giurisprudenza dei giudici amministrativi si va diffondendo un'interpretazione estensiva dell'art.38 d.lvo 163/06 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), che impone agli imprenditori che operano nel settore delle gare pubbliche di prestare la massima attenzione, all'atto della predisposizione della propria offerta, onde evitare l'esclusione dalla procedura.

Tale norma, com'è noto, contempla i *"requisiti di ordine generale"* che deve possedere ogni imprenditore che aspiri a contrarre con la Pubblica Amministrazione. Requisiti la cui sussistenza deve essere dichiarata già in fase di gara, spesso compilando appositi fac-simile predisposti dalle stazioni appaltanti e da inserire nella busta contenente la c.d. *"documentazione amministrativa"*.

Fra i vari requisiti previsti dall'art.38, oggetto di questa analisi sono quelli di cui al comma 1 lett. b) e c), relativi all'insussistenza di procedimenti pendenti per l'applicazione di misure di prevenzione (lett. b) e di condanne per reati che incidono sulla moralità professionale (lett.c).

A dover rendere le relative dichiarazioni, in questi casi, sono gli ***"amministratori muniti di poteri di rappresentanza"*** ed il ***"direttore tecnico"*** della società concorrente¹. Per quanto poi specificatamente concerne la dichiarazione di moralità di cui alla lett. c), l'obbligo si estende *"anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara"*.

2. L'esatta individuazione del novero dei soggetti tenuti a tale obbligo dichiarativo è molto rilevante nella pratica, perché la mancata dichiarazione di anche solo uno dei soggetti chiamati a renderla può comportare l'esclusione dalla gara, indipendentemente dalla circostanza che il bando o il disciplinare prevedessero la sanzione dell'esclusione e, soprattutto, indipendentemente dalla circostanza che il soggetto che ha omesso la dichiarazione risulti poi in regola con i requisiti suddetti (anche se recentemente si va diffondendo un orientamento meno rigoroso, che esclude che la mancata dichiarazione possa costituire valida causa di esclusione, qualora il soggetto che avrebbe dovuto renderla non incorra nelle ipotesi ostative di cui all'art.38 co. lett. b) e c). Di tale orientamento è recente espressione TAR Lombardia, Sez.I, 28.02.10 n.1162, che richiama sul punto Cons. Stato, Sez.V, 13.02.09 n.829).

Questo breve approfondimento ha dunque lo scopo di segnalare alcune correnti giurisprudenziali di tipo *"estensivo"*, che cioè tendono ad allargare l'ambito di operatività dell'art.38 cit. oltre i confini posti dal tenore letterale della norma, fino a coinvolgere tutti i soggetti che assumano un significativo ruolo decisionale e gestionale nell'impresa, avendo perciò riguardo alle funzioni sostanziali del soggetto, più che alle sue qualifiche formali.

3. Significative di questa tendenza sono, anzitutto, quelle sentenze che hanno ritenuto necessaria la dichiarazione di moralità per gli ***institori*** secondo la definizione di cui all'art.2203 cod. civ., e cioè per coloro che sono stati preposti dall'imprenditore all'esercizio di un'impresa commerciale, ovvero di una sua sede secondaria o di un suo ramo particolare (in tal senso, tra le tante Cons. Stato, Sez.IV, ord. 9.01.10 n.43; TAR Veneto, Sez.I, 7.05.10 n.1838; TAR Roma, Sez.I, 03.05.10 n.9132).

¹ Questo, almeno, nelle società di capitali, cui limitiamo la nostra analisi perché sono proprio queste a prendere parte alle gare pubbliche, nella maggior parte dei casi. Tuttavia le lett. b) e c) dell'articolo 38 contemplano tutte le tipologie di società, stabilendo che sia necessaria la dichiarazione *"del titolare o direttore tecnico"*, se si tratta di impresa individuale, del *"socio o direttore tecnico"*, se si tratta di società in nome collettivo, dei *"soci accomandatari o direttore tecnico"*, se si tratta di società in accomandita semplice.

Più in generale, poi, si è ritenuto che siano chiamati a rendere le dichiarazioni di cui all'art.38 lett. b) e c) anche i **procuratori** delle società concorrenti qualora essi –pur senza svolgere funzioni institorie- siano comunque titolari di deleghe particolarmente ampie, perché in tal caso il procuratore sarebbe tale solo nella forma, ma nella sostanza si tratterebbe di un “amministratore di fatto” della società (da ultimo Cons. Stato, Sez.V, 09.03.10 n.1373).

Il limite oltre il quale il procuratore (nella forma) evolverebbe in amministratore (nella sostanza) non è sempre netto, né facile da individuare. Tuttavia si può evidenziare che, nella maggior parte dei casi, la giurisprudenza ha ritenuto determinante la circostanza che questi, in base ai poteri a lui conferiti, potesse “*entrare in contatto con la P.A.*”, in particolare **formulando offerte** in sede di gara o **sottoscrivendo contratti d'appalto**.

4. Altro orientamento giurisprudenziale estensivo, anch'esso di significativa rilevanza pratica, è quello che pretende che la dichiarazione relativa all'insussistenza di precedenti penali ostativi (lett. c) sia presentata non solo con riferimento agli amministratori e direttori tecnici (nonché agli *institori* e *procuratori*, di cui sopra s'è detto) in carica al momento della formulazione dell'offerta ed a quelli cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, ma anche con riferimento a quelli operanti presso le società che il concorrente **ha acquisito nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara**. Nella casistica riscontrata, sono state ricondotte a questa fattispecie le ipotesi di incorporazione, fusione, acquisizione d'azienda o anche solo di un suo ramo, tutte accomunate da quella “*continuità della gestione*” che, in base al citato orientamento, giustificerebbe la necessità della dichiarazione (in tal senso TAR Lombardia-Milano, Sez.I, 28 maggio 2008 n.1861; 9 febbraio 2007 n.236; Cons. Gius. Amm. Reg. Sicilia, 17 agosto 2009 n. 681; 29 maggio 2008 n.471; 6 maggio 2008 n.389).

5. La motivazione che sorregge gli indirizzi giurisprudenziali ora descritti è facilmente comprensibile (ed anche condivisibile): l'intento è chiaramente quello di evitare che, mediante la “esternalizzazione” del potere di gestione, possano sfuggire al controllo sulla sussistenza dei requisiti di ordine generale coloro che siano realmente titolari dell'indirizzo gestorio dell'impresa concorrente in una gara di evidenza pubblica, con conseguente elusione dell'art.38 d.lvo 163/06. Indubbiamente, però, visto che la questione era già stata posta dalla giurisprudenza prima dell'approvazione del Codice dei contratti pubblici, il Legislatore avrebbe potuto sfruttare questa occasione per chiarire definitivamente quali figure soggettive siano tenute all'obbligo dichiarativo, e quali non lo siano; ma poiché così non è stato, tutt'oggi le imprese che prendono parte alle gare pubbliche si trovano ad operare in un quadro di incertezza.

6. In tale contesto (di incertezza), ovviamente è preferibile conformarsi alle interpretazioni più rigorose della norma, che in precedenza si è cercato di sintetizzare, ampliando il novero dei soggetti chiamati a rendere le dichiarazioni dell'art.38. Del resto -a fronte di un rischio decisamente serio, quale quello di essere esclusi dalla gara- gli adempimenti richiesti non paiono particolarmente gravosi, trattandosi semplicemente di rendere qualche dichiarazione in più di quanto a stretto rigore necessario.

Peraltro, tale adempimento potrebbe risultare agevolato ove fosse consentito all'amministratore in carica della società di fornire la dichiarazione anche con riferimento agli altri soggetti (in carica o cessati) tenuti a renderla, ai sensi dell'art.38 cit.

Ciò è certamente possibile nel caso in cui sussista un motivato e documentato impedimento del soggetto direttamente interessato, come ad esempio nell'ipotesi del suo decesso, o comunque qualora la sua dichiarazione, pur astrattamente possibile, sia “*eccessivamente gravosa (ad esempio, in caso di irreperibilità o immotivato rifiuto)*”. In

questi casi, dunque, deve ritenersi ammissibile la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà presentata dall'attuale amministratore, *“per quanto a propria conoscenza”*, purché accompagnata dalla specificazione delle circostanze che rendono impossibile o eccessivamente gravosa la produzione della dichiarazione da parte dei soggetti interessati (Aut. Il.pp., deter. 12.01.10 n.1 e, in precedenza, delib. 29.03.07 n.103; in giurisprudenza cfr. TAR Catania, Sez.IV, 14.02.08 n.280).

Più complicato è invece stabilire se una dichiarazione “omnicomprensiva” dell'amministratore in carica -che dichiara la sussistenza dei requisiti di moralità con riferimento a tutti i soggetti tenuti a renderla, in carica o cessati- sia ammissibile laddove non sussistano le particolari condizioni di cui sé detto. Sotto quest'ultimo profilo la posizione della giurisprudenza è piuttosto restrittiva ed ammette tale possibilità esclusivamente al ricorrere delle seguenti condizioni: che il bando o il disciplinare di gara non abbia previsto che la dichiarazione debba essere rilasciata personalmente dai soggetti dell'art.38 cit.; che siano indicati nominativamente e nella relativa carica i soggetti cui la dichiarazione deve intendersi riferita; che colui che rende la dichiarazione abbia conoscenza diretta di quanto va a dichiarare (in ordine alla sussistenza/insussistenza dei requisiti), con piena assunzione di responsabilità in relazione alle conseguenze, anche di natura penale, derivanti da una falsa dichiarazione (TAR Lazio, Roma, n.9231/10 cit; Cons. Stato, Sez.V, 22.03.10 n.1644; Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 18.02.08 n.114; TAR Palermo, 28.09.05 n.1658).

Marco Salina
(*Studio Legale Griselli-Salina, Milano*)

Publicato su TEMA, Mensile di tecnica ed economia sanitaria n.6.10, pag.26 e ss, oltre che su COSTRUTTORI NEWS, periodico realizzato in collaborazione con l'Ance, Anno, II, n.7, maggio-giugno 2010, pag.15.