

## **La sottoscrizione delle dichiarazioni rese ex dPR n. 445/00 è requisito essenziale per la produzione dell'effetto dichiarativo voluto e non può essere sanato con il ricorso al potere di soccorso istruttorio.**

*di Enrichetta Tamburrino*

*Data di pubblicazione: 12-2-2013*

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 8 febbraio 2013, n. 714  
Presidente Severini; Estensore Giovagnoli

1. Nel caso in cui la lettera di invito di una gara per l'affidamento di un appalto richieda, da parte delle imprese partecipanti alla gara, la presentazione, a pena di esclusione, di una dichiarazione attestante, in sostanza, la mancanza delle cause di esclusione, da rendersi, sotto forma di dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, nelle forme previste dall'art. 38 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, deve ritenersi illegittima l'aggiudicazione della gara stessa in favore di una ditta che ha prodotto la suddetta dichiarazione recante la sottoscrizione del legale rappresentante soltanto su uno dei due fogli dai quali la dichiarazione medesima è composta; infatti, l'art. 38 del citato d.P.R. n. 445 del 2000 prevede che: "Le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi della amministrazione pubblica o ai gestori o esercenti di pubblici servizi sono [...] sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore", con la evidente conseguenza che, in assenza di compiuta e/o completa sottoscrizione, la dichiarazione sostitutiva non produce effetti perché risulta priva di un elemento essenziale.

2. Non si può pretendere che la stazione appaltante, in presenza di una dichiarazione non ritualmente resa, debba ricavare le attestazioni in essa contenute dagli altri documenti presentati dall'impresa. In tal modo, infatti, verrebbe frustrato la stessa esigenza sostanziale sottesa alla previsione della *lex specialis* che impone l'obbligo dichiarativo: quello di consentire alla stazione appaltante di avere, attraverso la richiesta di una dichiarazione specifica ed omnicomprensiva, un'immediata e certa assunzione di autoresponsabilità da parte di ciascun concorrente in ordine alla mancanza di cause di esclusione, anche al fine di evitare complesse verifiche preliminari in ordine alla sussistenza dei requisiti per partecipare, così accelerando e semplificando lo svolgimento della procedura.

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 4925 del 2011, proposto da:

Coni Servizi s.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Ranieri, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, via dei Tre Orologi, 14/A;

contro

Diemme s.c.a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Michele Lioi, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, piazza della Libertà, 20;

nei confronti di

Tencnopuls Sr.l. in proprio e quale capogruppo R.t.i. con Gs Global Service Soc. Coop.;

sul ricorso numero di registro generale 5359 del 2011, proposto da:

Tecnopul Srls..r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria di r.t.i. con Gs Global Service - Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Luca Di Giannantonio, Luca Gaggiotti, Paolo Salvatori, con domicilio eletto presso Luca Di Giannantonio in Roma, via Flaminia 141;

contro

Diemme s.c.a r.l. , in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Michele Lioi, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, piazza della Libertà, 20;

nei confronti di

Coni Servizi Spa,ssp.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Ranieri, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, via dei Tre Orologi 14/A;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma: Sezione III Ter n. 02777/2011, resa tra le parti, concernente affidamento dei servizi di pulizia e smaltimento dei rifiuti presso gli immobili del Coni

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Diemme Ss.cC.sA .rR.rL. e, nel giudizio R.G. n. 5359/2011, di Coni Servizi Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2012 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Ranieri e Lioi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Vengono in decisione i ricorsi in appello rispettivamente proposti da Coni Servizi s.p.a. (r.g. n. 4925/2011) e da Tecnopul s.r.l. (R.G. n. 5359/2011), entrambi volti ad ottenere la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione III- t Ter, sede di Roma, 30 marzo 2011, n. 2777, con la quale è stato accolto il ricorso proposto da Diemme s.c.a.r.l., e per l'effetto, è stata annullata l'aggiudicazione, a favore del r.t.i. Tecnopul s.r.l./GS - Global Service società cooperativa, per l'affidamento dei servizi di pulizia e smaltimento rifiuti (compresi quelli pericolosi) presso alcuni immobili del C.o.n.i..

2. La sentenza appellata, respinte le eccezioni pregiudiziali di tardività e di inammissibilità del gravame, ha accolto il ricorso ritenendo fondato il primo motivo, con cui la ricorrente lamentava la mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario a causa della presentazione, da parte della mandante GS – Global Service società cooperativa, di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà priva di sottoscrizione da parte del legale rappresentante della società.

Nel caso di specie, in particolare, la dichiarazione contestata, presentata dalla società Global Service, consisteva di due pagine, di cui la prima sottoscritta in calce, mentre la seconda, anch'essa redatta su carta intestata della Global Service, recava in calce solo l'indicazione dattiloscritta del legale rappresentante della società (signora Maria De Angelis), ma non la sottoscrizione autografa della stessa.

3. Entrambi gli appellanti criticano nel merito la sentenza appellata, evidenziando che la lettera di invito, al punto 3, comminava l'esclusione solo in caso di mancata presentazione della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà attestante l'insussistenza di cause di esclusione.

Gli appellanti evidenziano che, nel caso di specie, non si è in presenza di una dichiarazione mancante, ma di una dichiarazione incompleta. Correttamente, quindi, ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) la Commissione avrebbe deciso di invitare la società a regolarizzare l'omissione formale della sottoscrizione del secondo foglio, ritenendo che si fosse trattato di mera dimenticanza, risultando certa la volontà dell'impresa di partecipare alla gara e di assumere tutti gli impegni contenuti nella dichiarazione, come testimoniavano la sottoscrizione in calce al primo foglio e

l'allegazione del documento del dichiarante.

A tale regolarizzazione non sarebbe di ostacolo – sempre secondo al tesi degli appellanti – la lettera di invito che imponeva l'esclusione solo in caso di mancanza – e non di incompletezza – della dichiarazione sostitutiva.

4. La società Tecnopul, nel suo atto di appello, inoltre, critica la sentenza del Tribunale amministrativo regionale anche per un motivo pregiudiziale, riproponendo l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado in quanto proposto unicamente dalla mandante e non dalla mandataria del raggruppamento RTI CNS Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. – Di Emme soc. coop. Secondo l'appellante, sarebbe, infatti, necessario distinguere l'ipotesi in cui il raggruppamento si è già costituito al momento della presentazione dell'offerta, dal caso in cui, invece, esso debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione. Mentre in caso di a.t.i. ATI già costituita anche la singola impresa sarebbe legittimata, la legittimazione individuale dovrebbe negarsi in una fase antecedente a quella di costituzione dell'a.t.i. .

5. Si è costituita in giudizio in entrambi i giudizi la società cooperativa Diemme chiedendo il rigetto degli appelli.

6. Alla pubblica udienza del 4 dicembre 2012, la causa è stata trattenuta per la decisione.

7. Occorre, anzitutto, disporre la riunione dei ricorsi, trattandosi di appelli avverso la medesima sentenza.

8. Gli appelli non meritano accoglimento.

9. Occorre, anzitutto, respingere l'eccezione pregiudiziale di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di legittimazione.

L'eccezione, già ritenuta infondata dalla sentenza appellata, viene riproposta con specifico motivo di appello dalla società Tecnopul s.r.l..

Il motivo è, come si diceva, infondato.

Ed invero, diversamente da quanto sostiene l'appellante, la legittimazione ad agire in giudizio della singola impresa in associazione – sia essa mandante o mandataria e sia che il raggruppamento sia stato già costituito al momento dell'offerta o debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione – è riconosciuta dal consolidato e pressoché univoco indirizzo della giurisprudenza amministrativa (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2012, n. 3314; Cons. Stato, sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 4931).

Il raggruppamento temporaneo di imprese non istituzionalizza, invero, un soggetto diverso dalle singole imprese che aggregano le proprie potenzialità economiche, con capacità di rappresentanza degli interessi del gruppo a mezzo di organi all'uopo costituiti. La singola impresa è, quindi, titolare in corso di gara di una posizione di interesse legittimo al regolare svolgimento della procedura, che può tutelare anche in caso di inerzia delle altre imprese associate a proporre congiunta impugnativa.

Il gravame proposto dalla singola impresa in associazione non è, inoltre, sfornito di interesse al ricorso. La presentazione dell'offerta da parte del raggruppamento da costituire reca l'impegno reciproco delle imprese in associazione, in caso di aggiudicazione della gara, a conferire mandato ad una di esse, qualificata come capogruppo, alla stipula il contratto. Si tratta di posizione di obbligo il cui assolvimento è esigibile nei confronti delle altre imprese associate in caso di esito favorevole dell'impugnativa e che, in caso di inadempimento, espone l'impresa che aveva prestato il consenso alla costituzione dell'a.t.i. ATI a possibili pretese risarcitorie. Tanto basta a suffragare la tesi della legittimazione della singola impresa in associazione a reagire nei confronti di della violazione di regole che presiedono il procedimento di aggiudicazione.

10. Anche nel merito gli appelli sono infondati.

Nel caso di specie, la lettera di invito, al punto n. 3, richiedeva, da parte delle imprese partecipanti alla gara, la presentazione, a pena di esclusione, di una dichiarazione (attestante, in sostanza, la mancanza delle cause di esclusione), da rendersi, sotto forma di dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, nelle forme previste dall'art. 38 d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 del 2000.

La violazione delle forme prescritte dall'art. 38 d.P.R. n. 445 del 2000 non integra, quindi, una mera irregolarità, ma, anche in forza del richiamo a tale disposizioni espressamente contenuto nella *lex specialis*, si traduce nella violazione di una regola di gara espressamente sanzionata a pena di esclusione.

Non è corretto, a tal riguardo, sostenere che la *lex specialis* sanzionasse a pena di esclusione solo la mancata presentazione della dichiarazione sostitutiva e non anche la sua incompletezza o la violazione delle forme previste per la sua presentazione. In primo luogo, qui il punto n. 3 della lettera di invito richiedeva, a pena di esclusione, che la dichiarazione fosse resa nelle forme di cui all'art. 38 d.P.R. n. 445 del 2000, con la conseguenza che la violazione dell'art. 38 d.P.R. cit. integra pienamente, in virtù dell'espresso richiamo contenuto nella lettera di invito, la violazione di una prescrizione sanzionata espressamente a pena di esclusione.

Inoltre, nel caso di specie, risulta dirimente la circostanza che la violazione "formale" di cui si discute consiste nella mancanza di un elemento essenziale di ogni dichiarazione, ovvero della sua sottoscrizione, la quale che rappresenta un insostituibile strumento di imputazione della dichiarazione al soggetto che ne è autore. In mancanza di sottoscrizione, quindi, la dichiarazione non può dirsi semplicemente incompleta o "irregolare", ma è radicalmente inesistente.

Va evidenziato, del resto, che l'art. 38 d.P.R. n. 445 del 2000 prevede che: "Le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi della amministrazione pubblica o ai gestori o esercenti di pubblici servizi sono [...] sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore".

E' palese evidente, quindi, che in assenza di sottoscrizione la dichiarazione sostitutiva non produce effetti perché risulta priva di un elemento essenziale.

Non si tratta, in definitiva, di una semplice dichiarazione incompleta: la mancanza della sottoscrizione, anche se relativa solo al secondo dei due fogli di cui essa si compone, rende la dichiarazione presentata inimputabile e dunque totalmente inidonea ad attestare le circostanze in essa menzionate. Con riferimento a tali attestazioni, quindi, essa la dichiarazione deve considerarsi manca nte e tale, pertanto, da determinare l'esclusione dalla gara.

Non vale in senso contrario obiettare che nel caso di specie le attestazioni contenute nel foglio privo di sottoscrizioni potevano essere ricavate aliunde, dagli altri documenti presentati dall'impresa.

Ed invero, anche ad ammettere tale possibilità, ciò non incide sulla cogenza dell'obbligo dichiarativo espressamente sanzionato a pena di esclusione.

A tale conclusione si giunge non in forza di un ingiustificato formalismo, ma, al contrario, in applicazione del fondamentale principio della par condicio tra i partecipanti che verrebbe violato ove le imprese che hanno presentato dichiarazioni complete e regolari venissero trattate nello stesso modo del concorrente che, a causa di una negligenza facilmente evitabile, non ha, invece rispettato, nel rendere la dichiarazione, le chiare previsioni della *lex specialis* e delle disposizioni normative in essa richiamate.

Del resto, non si può pretendere che la stazione appaltante, in presenza di una dichiarazione non ritualmente resa, debba ricavare le attestazioni in essa contenute dagli altri documenti presentati dall'impresa. In tal modo, infatti, verrebbe frustrato la stessa esigenza sostanziale sottesa alla previsione della *lex specialis* che impone l'obbligo dichiarativo: quello di consentire alla stazione appaltante di avere, attraverso la richiesta di una dichiarazione specifica ed onnicomprensiva, un'immediata e certa assunzione di autoresponsabilità da parte di ciascun concorrente in ordine alla mancanza di cause di esclusione, anche al fine di evitare complesse verifiche preliminari in ordine alla sussistenza dei requisiti per partecipare, così accelerando e semplificando lo svolgimento della procedura.

In questo quadro, è evidente che la mancata sottoscrizione della dichiarazione (o, come nel caso di specie, di uno dei due fogli di cui essa si componeva), non rappresenta una mera irregolarità sanabile, ma integra pienamente la violazione di una puntuale e non irragionevole previsione espressamente sanzionata a pena di esclusione.

Ne discende, per le considerazioni svolte, l'infondatezza degli appelli.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, ne dispone la riunione e li respinge.

Condanna gli appellanti in solido al pagamento delle spese processuali a favore della società Diemme s.c.a.r.l., che liquida in complessivi € 2000 (duemila/00), oltre agli accessori di legge. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

## **BREVI ANNOTAZIONI**

## **L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA**

Con la pronuncia in oggetto il Consiglio di Stato, interviene a consolidare l'orientamento giurisprudenziale che predica una interpretazione restrittiva dell'art.46 del codice appalti, affermando che la sottoscrizione delle dichiarazioni sostitutive di notorietà presentate delle partecipanti alla gara è requisito di efficacia delle stesse e che, rispetto ad esse la stazione appaltante non ha alcun potere di soccorso istruttorio. In caso contrario, infatti, verrebbe frustrato il principio di autoresponsabilità del dichiarante rispetto all'assenza di cause di esclusione e, dunque, il principio della *par condicio* tra i concorrenti.

## **IL PERCORSO ARGOMENTATIVO**

Il caso esaminato dal Supremo Consesso amministrativo prende origine da una gara indetta per l'affidamento del servizio di pulizia e smaltimento rifiuti presso alcuni immobili della stazione appaltante, che si era conclusa con l'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. appellante. Contro il provvedimento di aggiudicazione era insorta la seconda classificata, lamentando l'omessa esclusione dalla gara dell'a.t.i. aggiudicataria, che aveva prodotto agli atti di gara la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà attestante l'assenza di cause di esclusione (che era prevista dal bando e dalla lettera d'invito a pena di esclusione), priva della sottoscrizione del dichiarante in calce al documento, ma presente solo sulla prima pagina dello stesso.

Il Tar Lazio, in accoglimento del ricorso della seconda classificata aveva annullato gli atti impugnati, facendo una rigida applicazione dell'art.46 cod. app. e delle stesse regole di gara, anche di natura meramente formali. Secondo il primo giudice, infatti, il bando di gara e la lettera d'invito avevano entrambi previsto, a pena di esclusione, una dichiarazione sostitutiva ex DPR 445/2000 che attestasse una serie di circostanze e che, questa dichiarazione, sebbene inserita nella documentazione di gara, era priva di sottoscrizione. Di qui la conclusione che la mancata sottoscrizione del documento comportava **l'inesistenza della dichiarazione** ed impediva, anche, la sua regolarizzazione, essendo irrilevante la firma apposta sulla prima pagina.

Chiamata a pronunciarsi sugli appelli riuniti, autonomamente proposti dalla stazione appaltante e dall'a.t.i. originaria aggiudicataria, con la pronuncia in esame il Consiglio di Stato ne dispone il rigetto considerando che, alla luce del combinato disposto degli artt. 38, comma 3, e 47 DPR 455/2000, la sottoscrizione della dichiarazione è un requisito essenziale dell'autocertificazione, in quanto volto a garantire l'esatta paternità della dichiarazione stessa e, soprattutto, teso a far adempiere all'obbligo di assunzione di autoresponsabilità da parte di ciascun concorrente in ordine all'assenza di cause di esclusione.

Nel confermare l'annullamento degli atti impugnati dinanzi al Tar, il Consiglio di Stato afferma che la sottoscrizione della dichiarazione è un elemento essenziale della stessa, che serve ad individuarne la provenienza e la paternità, sicché la sua assenza lungi dal costituire una semplice irregolarità, sanabile, **non le consente di produrre alcun effetto**. Nella costruzione del Collegio, dalla mancanza di sottoscrizione deriva la non imputabilità della dichiarazione, cui consegue l'ineidoneità ad attestare le circostanze in essa menzionate. Di talchè, con riferimento a tali attestazioni il documento non è idoneo a produrre l'effetto dichiarativo voluto e, quindi, conduce alla esclusione dalla gara.

Dalla inidoneità del documento a produrre l'effetto dichiarativo, il Consesso fa anche derivare l'insussistenza dei poteri integrativi previsti dall'art. 6 comma 1 lett. c) L.241/90 e dall'art.46 comma 1 D.lgs 163/2006, sul presupposto che, *"ove le imprese che hanno presentato dichiarazioni complete e regolari venissero trattate nello stesso modo del concorrente che, a causa di una negligenza facilmente evitabile, non ha, invece rispettato, nel rendere la dichiarazione, le chiare previsioni della lex specialis e delle disposizioni normative in essa richiamate"* verrebbe violato il principio della *par condicio* dei concorrenti. Soprattutto, verrebbe frustrata l'esigenza sottesa alla previsione dell'obbligo dichiarativo anzidetto, che è quella di assicurare alla stazione appaltante la verifica preliminare della sussistenza dei requisiti di partecipazione attraverso un atto di assunzione di autoresponsabilità dei concorrenti, che si

traduce sul piano pratico in una riduzione dei tempi di svolgimento della procedura, a tutto vantaggio dell'amministrazioni e delle stesse imprese concorrenti.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza in esame merita di essere segnalata sia perché contribuisce a consolidare l'orientamento giurisprudenziale che privilegia il principio della *par condicio* dei concorrenti, a scapito del principio *del favor participationis*, attribuendo preminente valore alla forma, rispetto alla sostanza, sia perché nel confermare la pronuncia di primo grado, qualifica in termini diversi la patologia della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà. Ed infatti, mentre il Giudice di prime cure aveva ritenuto che la dichiarazione priva di sottoscrizione fosse **totalmente inesistente**, il Consiglio di Stato, contribuendo a mantenere vivo l'annoso dibattito sulla esistenza del vizio di inesistenza, la qualifica, invece, come **inefficace**, essendo il documento che la contiene esistente, ma inidoneo a produrre gli effetti dichiarativi voluti.

## PERCORSO BIBLIOGRAFICO

*F. Caringella-M. Protto*, Codice dei Contratti Pubblici, 2012, 228 ss, Dike Giuridica.

*A. Bargone*, Manuale dei lavori pubblici, Milano 2001, 282.

*R. Damonte e C. Giampaolo*, La nuova legge-quadro sui lavori pubblici, Milano, 1999, 326 a cura di F. Caringella.

*R. De Nictolis*, I contratti di lavori, servizi e forniture, Milano, 2007.

*M.A. Sandulli*, Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria 63/2005, Milano 2005.