

Procedimento semplificato ed autocertificazioni

di Marilisa Bombi

Scia, autocertificazioni, integrazioni e dovere di soccorso: il complesso quadro normativo rende necessaria una rilettura delle disposizioni che si sono succedute nel tempo. Ciò in quanto l'enfasi della semplificazione potrebbe indurre l'interprete ad applicare soluzioni estranea alla volontà e scelta del legislatore.

Il diritto si sa è una “cosa” complessa. Ciò in quanto le sue componenti: legislazione, giurisprudenza e dottrina, progrediscono gradualmente e, quando questo avviene impercettibilmente, diventa difficile coglierne la portata innovativa. E' quanto è successo con l'introduzione della Scia e con la modifica all'articolo 2 della legge 241/1990 che ha introdotto la chiusura del procedimento in forma semplificata, disposta dalla legge 190/2012.

Due sono i fatti che ci inducono a riprendere in considerazione la questione connessa alla Scia ed alle autocertificazioni che la caratterizzano: il primo è collegato alla recente diffusione di un decreto di archiviazione per il reato di falso disposto dal GIP di Rovigo; l'altro fatto, invece, peraltro strettamente collegato al primo, riguarda la regolarità della Scia, ovvero la segnalazione certificata di inizio attività, introdotta dall' articolo 49, comma 4 bis del D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con la legge 30 luglio 2010, n. 122. Adempimento, quello della segnalazione/comunicazione che ancora in troppi faticano ad incasellare giuridicamente ma il cui procedimento va riletto alla luce della modifica all'articolo due della legge 241/1990, secondo la novella disposta dalla legge 190/2012.

La Scia: adempimento e requisiti.

Con la riformulazione dell'articolo 19 della legge sul procedimento amministrativo, operata dalla legge 122/2010, la Dichiarazione di inizio attività (DIA) è stata sostituita dalla Segnalazione certificata di Inizio attività (SCIA). L'istituto della Scia, così come in precedenza quello della Dia, è conseguenza della scelta del legislatore di trasformare il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione eliminando, laddove possibile, il potere autorizzatorio preventivo della pubblica amministrazione a favore di una responsabilizzazione del privato, nel senso che quest'ultimo può iniziare ad esercitare una attività economica, senza il preventivo intervento dell'amministrazione. Essendo sufficiente, in pratica, ai fini dell'avvio della stessa la semplice segnalazione alla autorità amministrativa competente. L'istituto, a partire dalla sua introduzione, ha conosciuto particolari modifiche nel corso degli anni, volte ad estenderne l'ambito di applicazione, oltre che a modificarne in parte la disciplina. L'evoluzione normativa, in questo caso, ha determinato quel fatto negativo che induce l'interprete non accorto a trascurare l'esatta portata della rivoluzione intercorsa. La circostanza della novella, in pratica, ha fatto maturare in molti il convincimento che poco o nulla sia cambiato nel passaggio dalla Dia alla Scia. Mentre, in realtà, si è passati da un procedimento che presupponeva una verifica ex post, ad un procedimento la cui istruttoria è antecedente alla presentazione della Scia ed è svolta direttamente dal futuro prestatore e dai suoi tecnici. Si può dire che lo stesso sia avvenuto, più di recente, con lo Sportello unico per le attività produttive, disciplinato dal dPR 160/2010, che – di fatto – poco ha a che vedere con l'originario sportello unico voluto dal legislatore con il d.lgs 112/1998 ed attuato con il dPR 447/1998.

Tuttavia, il pronunciamento del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria (cfr sentenza 29 luglio 2011 n. 15) non lascia più alcuna ombra di dubbio su questo fronte: la Scia disciplinata dall'articolo 19 della legge 241/1990 è un mero adempimento attraverso il quale il prestatore informa (onere amministrativo) circa la sussistenza in capo al medesimo dei requisiti e dei presupposti necessari per l'esercizio legittimo dell'attività (obblighi informativi).

Le autocertificazioni

La prima differenza tra la Dia e la Scia riguarda i requisiti soggettivi e, a tale proposito, non è superfluo ricordare che, subito dopo l'entrata in vigore della legge 241/1990, venne emanato il decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1992, n. 300, Regolamento concernente le attività private sottoposte alla disciplina degli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale, all'articolo 3, comma 2, dispone che:

2. La denuncia e la domanda devono identificare le generalità del richiedente e le caratteristiche specifiche dell'attività da svolgere; inoltre, alla denuncia o alla domanda deve essere allegata una dichiarazione del richiedente che indichi la sussistenza dei presupposti, ivi compreso il versamento di eventuali tasse e contributi, e dei requisiti prescritti dalla legge per lo svolgimento di quell'attività. Quando la legge richieda particolari requisiti soggettivi, la denuncia e la domanda devono contenere anche i dati necessari per verificare il possesso o conseguimento dei requisiti stessi.

Come appare evidente dalla disposizione sopraindicata, i requisiti andavano "indicati" al fine di consentire alla PA la successiva verifica circa il loro effettivo possesso. Oggi il quadro di riferimento normativo è completamente mutato. Anche se il dpr 300/1992 è tuttora in vigore, la sua applicazione va ovviamente coordinata con il testo dell'articolo 19 così come recentemente novellato.

(primo periodo) Ogni atto di autorizzazione [...] per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato.

(secondo periodo) La segnalazione è corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, nonché, ove espressamente previsto dalla normativa vigente, dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, [...] relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo; tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione.

Dalla lettura del sopraindicato articolo si ricava, senza alcun dubbio interpretativo, che i requisiti personali (moralì e professionali) non vanno soltanto indicati, come originariamente previsto nella prima formulazione dell'articolo 19 della legge 241/1990 e nel relativo regolamento attuativo, dpr 300/1992, ma formalmente inseriti all'interno di una dichiarazione sostitutiva di certificazione o di atto di notorietà. Di conseguenza la PA che riceverà la Scia non avrà alcun obbligo di accertamento circa la sussistenza di tali requisiti. Bensì soltanto il dovere di controllare la veridicità, o meno, di tali dichiarazioni sostitutive.

Per quanto riguarda i presupposti tecnici (edilizi, urbanistici ecc.) la questione è più complessa. Ciò in quanto moltissima della modulistica che circola on-line prevede tuttora il sistema che era stato introdotto a seguito dell'originaria formulazione dell'articolo 19, quando, in pratica, la comunicazione (dichiarazione o segnalazione che dir si voglia) non era ancora "certificata", com'è avvenuto soltanto con la modifica introdotta dalla legge 122/2010 ma prevedeva soltanto l'obbligo di indicare la sussistenza dei presupposti. Oggi la situazione è notevolmente mutata, come ha ben chiarito il Gip del tribunale di Rovigo, con il provvedimento 447/2013. Con riferimento ad un procedimento di subingresso nella conduzione di un pubblico esercizio di somministrazione, avviato da un Comune della regione Veneto, un determinato soggetto nel compilare il modello prestampato messo allo stesso a disposizione, aveva "autocertificato" (barrando la relativa casella) di aver rispettato relativamente ai locali dell'esercizio quanto la vigente disciplina prevede per l'esercizio legittimo dell'attività, ovvero i regolamenti edilizi, le norme urbanistiche e quelle relative alla destinazione d'uso dei locali.

Tenuto conto che, in sede d'istruttoria, il Comune ebbe ad accertare la non veridicità delle dichiarazioni rese, aveva provveduto a trasmettere alla competente Procura, notizia di reato così come previsto dall'articolo 19, comma 6, delle legge 241/1990. Ma, relativamente a tale comunicazione, la Procura in questione (nella fattispecie quella di Rovigo) ha proposto al Giudice per le indagini preliminari richiesta di archiviazione anche con riferimento al residuale reato ex articolo 483 c.p.. Ciò in quanto, a suo dire, la norma di cui all'articolo 19 punisce penalmente chi dichiara il falso "negli atti a corredo" della Scia, mentre in sostanza, il barrare le caselline sul modellino del Comune non è stessa cosa. Inoltre, con riferimento all'articolo 483, il reato non è configurabile perché il falso punito è quello delle false dichiarazioni rese negli atti di notorietà, concernenti stati, qualità personali o fatti "che siano a diretta conoscenza dell'interessato", e la conformità dei locali ai requisiti previsti dalle norme tecniche appartiene ad una competenza specifica professionale che, evidentemente, il prestatore non possiede.

Su questa questione, a suo tempo, del resto, era intervenuto anche il Ministero dell'ambiente con una nota datata 30 novembre 2011 e indirizzata alla Federazione Regionale dell'Ordine degli Ingegneri della Toscana in risposta a due quesiti sul significato normativo di "relazione acustica" e di "tecnico abilitato".

L'integrazione della Scia

Il comma 3 dell'articolo 3 del dPR 300/1992, dispone che:

"3. Qualora la denuncia o la domanda del privato non siano regolari o complete, l'amministrazione ne dà comunicazione al richiedente entro dieci giorni, indicando le cause di irregolarità o di incompletezza. In questi casi, il termine di cui al comma 1 decorre dal ricevimento della denuncia o della domanda regolari.

Dalla lettura di questa disposizione si potrebbe dedurre che la Scia irregolare e incompleta può essere perfezionata, così come può esserlo la domanda. Ovviamente, così non è. Ciò in quanto la norma in questione non tratta(va) specificatamente le denunce ad efficacia immediata, bensì quelle ad efficacia differita. Con la conseguenza che i termini per l'efficacia della stessa venivano difatto differiti a decorrere dalla presentazione della nuova Dia regolare e completa.

Stando così le cose, diventa indiscutibile che per la Scia diventa impossibile sanarne una irregolarità o una incompletezza. Diversa questione, invece, è la conformazione dell'attività, espressamente prevista dal primo periodo, terzo comma dell'articolo 19 legge 241/1990:

"3. L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni."

Relativamente a tale problematica, comunque ci si è già ampiamente soffermati un paio di anni fa, in un approfondimento dal titolo: La scia ed i "creatori" del diritto. Il contributo è, facilmente reperibile in rete ed alla lettura di questo approfondimento, quindi, si rinvia.

Il procedimento semplificato

L'argomento al quale, invece, oggi si intende accennare è quello collegato alla modifica dell'articolo 2 della legge 241/1990, ed in particolare la modifica introdotta dall'articolo 1, comma 38 della legge 6 novembre 2012, n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, che, a dire il vero, ha disposto un vero e proprio restyling della sopraindicata 241.

Per effetto delle intervenute modifiche, oggi, l'articolo 2, comma 1, recita che: *Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della*

domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo”.

La scelta del legislatore di intervenire nell’articolato normativo, prevedendo la possibilità di concludere, in particolari ipotesi, il procedimento in forma semplificata, è strettamente connesso al fatto che la PA si è sempre trovata in estrema difficoltà ad elaborare e codificare soluzioni, al di là del tracciato rigido della legge. Con la conseguenza che anche per procedimenti che non avrebbero dovuto avere un seguito si è sempre seguita la strada maestra prevista per i procedimenti regolari.

La novella dell’articolo 2 della legge 241/1990 stabilisce oggi un nuovo percorso, ma fa riferimento a termini, quali: *irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza*, senza darne alcuna qualificazione. Con ciò trasferendo alla dottrina ed alla giurisprudenza futuri, il compito di colmare la lacuna.

Con riferimento all’argomento in trattazione, ed al solo fine di riuscire, attraverso qualche semplice esempio, a far catturare l’attenzione su questa significativa nuova disposizione, si ritiene che la mancata presentazione delle dichiarazioni sostitutive, ad esempio, comporti l’improcedibilità della Scia, mentre la mancanza della firma ne comporta l’irricevibilità.

Ad ogni buon conto, Luigi Oliveri, dal suo blog <http://rilievoaiaceblogliveri.wordpress.com/2012/11/18/legge-anticorruzione-ennesime-modifiche-alla-2411990/>

ha fornito alcune indicazioni interessanti:

“Rifacendosi in generale alle definizioni reperibili nella normativa codicistica dei procedimenti giurisdizionali, si possono qualificare la ricevibilità, l’ammissibilità e la procedibilità alla stregua di presupposti procedurali la cui assenza consente il rigetto della domanda non per valutazioni di merito, ma per l’impossibilità di farla valere.

L’irricevibilità consiste nell’assoluta carenza della possibilità stessa di ricevere l’istanza, ad esempio per assoluta carenza di competenza da parte dell’ente (non così se incompetente è l’ufficio dell’amministrazione competente: l’ufficio ha il dovere di trasmettere gli atti all’organizzazione competente).

E’ bene chiarire che irricevibilità non significa divieto o possibilità per l’ente o l’ufficio di nemmeno protocollare l’istanza e, dunque, non valutarla.

La novellazione introdotta dalla legge 190/2012 si incastra pur sempre nella norma che impone di concludere ogni provvedimento con un provvedimento espresso, ma la amplia permettendo un esame semplificato limitato ai presupposti fondamentali per la stessa apertura del procedimento, che deve comunque concludersi con un provvedimento, sia pure in forma semplificata. Dunque, tutte le istanze debbono essere protocollate ed esaminate. L’irricevibilità è solo una delle motivazioni, uno dei presupposti di fatto che consentono di rigettare l’istanza senza entrare nella fase di istruttoria di merito.

L’inammissibilità può essere considerata la mancanza assoluta dei requisiti soggettivi che la norma pretende in capo all’istante, come la carenza di interesse ad agire o di qualificazione giuridica.

L’improcedibilità, ancora, è una ragione ostativa all’avvio del procedimento, causata dall’omissione di un’attività esterna o di un’azione oggettiva obbligatoriamente richieste dalla legge all’istante (mancata effettuazione di un tentativo di conciliazione, violazione dei termini entro i quali depositare atti).” Molto più problematico, conclude Oliveri nella sua analisi, è il quarto presupposto, l’infondatezza. “In questo caso, infatti, egli afferma, non si determina il rigetto della domanda per l’assenza di un presupposto finalizzato all’avvio dell’istruttoria di merito, come nei tre casi precedenti. L’assenza della fondatezza è necessariamente rilevata sulla base di un’analisi non solo di fatti e presupposti, ma anche degli elementi di diritto e del merito. L’infondatezza, dunque, presuppone comunque un’istruttoria estremamente snella, ma che in ogni caso deve dare conto non solo di fattori oggettivi o esterni, bensì anche di elementi intrinseci al merito dell’istanza.

Il soccorso istruttorio

Alcune considerazioni ancora sono necessarie con riferimento al cosiddetto “potere di soccorso” previsto, espressamente, per i contratti pubblici dall’art. 46 del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 e, più in generale, dall’articolo 6, Compiti del responsabile del procedimento, della legge 241/1990:

1. Il responsabile del procedimento:

a) valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l’emanazione del provvedimento;

b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all’uopo necessari, e adotta ogni misura per l’adeguato e sollecito svolgimento dell’istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali;

c), d) ed e) omissis

A tale proposito, si segnala la giurisprudenza più recente:

T.A.R. Torino (Piemonte) sez. I 7 novembre 2013 n. 1165

Ai sensi dell’art. 6 comma 1 lett. b), l. 7 agosto 1990 n. 241 l’Amministrazione è tenuta a chiedere al soggetto privato le integrazioni documentali utili alla più completa istruttoria procedimentale e non può limitarsi ad addurre l’incompletezza dei documenti posti a supporto dell’istanza per concludere nel senso dell’adozione di un provvedimento negativo, senza aver preventivamente posto il soggetto istante in condizione di completare l’istanza in questione; si tratta di un principio a valenza generale, il quale può essere derogato solo nelle ipotesi in cui il consentire integrazioni documentali in favore di uno dei richiedenti può risolversi in uno svantaggio competitivo a carico di altri aspiranti alla medesima utilitas finale.

T.A.R. Palermo (Sicilia) sez. II 23 ottobre 2013 n. 1924

Il dovere di «soccorso istruttorio» previsto dall’art. 6 lett. b), l. n. 241 del 1990, va ricollegato alla carenza o alla scarsa intelligibilità di requisiti formali, e dunque alla sola esistenza in atti di dichiarazioni che siano state effettivamente rese, senza che con ciò sia possibile integrare elementi essenziali mancanti o omessi. Pertanto, anche se non è previsto un obbligo assoluto e incondizionato di chiedere la regolarizzazione delle dichiarazioni lacunose e della documentazione incompleta, dovendo comunque essere rispettati alcuni limiti, quali quello della par condicio (che ne esclude l’utilizzazione suppletiva nel caso dell’inosservanza di adempimenti procedurali significativi) ed il cd. limite degli elementi essenziali (nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda), l’art. 6, l. n. 241 del 1990 va necessariamente applicato dall’Amministrazione qualora gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione ad una procedura.

T.A.R. Milano (Lombardia) sez. IV 25 settembre 2013 n. 2203

L’istituto del cd. "soccorso istruttorio" è previsto in via generale dall’art. 6 lett. b), l. 7 agosto 1990 n. 241; il "dovere di soccorso istruttorio", in base al quale le amministrazioni possono invitare i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, è subordinato alla sola esistenza in atti di dichiarazioni che siano state effettivamente rese, ancorché non in modo pienamente intellegibile o senza il rispetto dei requisiti formali.

L’Adunanza generale

Sulla questione specifica del soccorso istruttorio è intervenuto, recentemente, anche il Consiglio di Stato con la sentenza Adunanza generale, n. 9 del 2014. Pur trattando, specificatamente il dovere di soccorso previsto dal già indicato codice dei contratti pubblici, l’Adunanza ha preso in esame anche le problematiche connesse al soccorso di cui all’art. 6 legge 241/1990 e, fornendo comunque, principi a valenza generale. In particolare, ha affermato che “[...] 7.4.1. Un primo elemento di differenza sostanziale rispetto al “potere di soccorso” disciplinato dall’art. 46, co. 1, codice dei

contratti pubblici, emerge dal raffronto fra il tenore testuale delle due disposizioni: invero, l'art. 6, l. n. 241 del 1990 cit., si limita a prevedere la mera facoltà a che il responsabile del procedimento eserciti il "potere di soccorso", mentre l'art. 46 cit. obbliga la stazione appaltante a fare ricorso al "potere di soccorso", sia pure nei precisi limiti derivanti dalla rigorosa individuazione del suo oggetto e della sua portata applicativa.

[...] e) per meglio definire il perimetro del "soccorso istruttorio" è necessario distinguere tra i concetti di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale": la linea di demarcazione discende *naturaliter* dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso"; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi;

f) giusta il tenore testuale dell'incipit del comma 1 in esame (<<1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45...>>), il "soccorso istruttorio" consente di completare dichiarazioni o documenti già presentati (ma, giova ribadirlo, non di introdurre documenti nuovi), solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa; esso non può essere mai utilizzato per supplire a carenze dell'offerta sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi;

g) il "soccorso istruttorio" ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento; in tal caso non si sta discutendo della esistenza del requisito ma soltanto di una (consentita) precisazione che non innova e non altera la par condicio e la legalità della gara, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo, da un punto di vista formale, di una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita;"

In conclusione, confidando di essere riusciti a delineare il complesso quadro di riferimento normativo (anche con l'aiuto della relativa giurisprudenza interpretativa), si ritiene di poter o meglio ancora di dover affermare che la Scia, in quanto mero strumento attraverso il quale il prestatore dimostra, mediante la documentazione redatta dallo stesso o dai suoi tecnici di fiducia, non è né integrabile né rettificabile. Perché, se così fosse, in relazione al fatto che la stessa consente l'inizio immediato dell'attività, sarebbe implicitamente reso legittimo l'esercizio dell'attività in carenza dei requisiti e presupposti. Particolare attenzione andrà posta, pertanto, alle informative pubblicate on-line nei siti istituzionali e dai SUAP, circa la necessità che le dichiarazioni sostitutive di certificazione, di atti di notorietà, le attestazioni e le asseverazioni dei tecnici siano regolari e complete all'atto della loro trasmissione.

(estratto da Disciplina del commercio e dei servizi, n. 2/2014, Maggioli editore, su gentile concessione dell'editore)