

## **Parere n. 143 del 20/07/2011**

### **PREC 27/10/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla FERSIT Sistemi Integrati Tecnologici – “Gara per l’affidamento dei lavori di adeguamento alle norme di sicurezza con particolare riferimento al D.Lgs. 626/94 e ss. mm. ii. presso l’ITI di San Salvatore Telesino (BN)” – Procedura aperta, con il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: euro 281.517,35 – S.A.: Provincia di Benevento

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

Con istanza pervenuta in data 21 gennaio 2010, la FERSIT Sistemi Integrati Tecnologici ha chiesto un parere circa la legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dalla Provincia di Benevento per non aver prodotto copia del certificato di iscrizione alla Camera di Commercio, munito del nulla osta antimafia di cui all’art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, come richiesto a pena di esclusione al punto 7 del disciplinare di gara.

Più specificamente, l’istante ha reso dichiarazione sostitutiva della suddetta certificazione, ai sensi del D.P.R. n. 445/2000.

In riscontro all’istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità in data 17 febbraio 2010, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del proprio operato, rappresentando come atto dovuto l’esclusione disposta nei confronti della FERSIT Sistemi integrati Tecnologici.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa oggetto di esame concerne la legittimità del provvedimento di esclusione disposto dal Comune di Benevento nei confronti della FERSIT Sistemi integrati Tecnologici per le ragioni rappresentate in fatto.

Dall’esame della documentazione in atti emerge che il disciplinare di gara richiedeva a pena di esclusione “*la produzione della certificazione della Camera di Commercio in corso di validità munita dell’apposito nulla osta antimafia ai fini dell’art. 10 della legge 31.05.1965, n. 575...*”; l’impresa istante è stata esclusa perchè ha reso dichiarazione sostitutiva di tale certificazione ai sensi del DPR 445/2000.

Al riguardo può richiamarsi l’orientamento costantemente seguito dall’Autorità secondo cui la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all’organo amministrativo, cui compete l’attuazione delle regole stabilite nel bando, residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento.

Quindi, qualora il bando commini espressamente l'esclusione dalla gara, in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a darvi precisa ed incondizionata esecuzione, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento del bando.

Tuttavia, le disposizioni in materia di documentazione amministrativa, fra le quali è riconducibile quella riguardante le dichiarazioni sostitutive ex art. 77 bis D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, si applicano in tutti i casi in cui sia prevista una certificazione, ivi compresi quelli concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolati da norme speciali; pertanto, le prescrizioni dei bandi e degli altri atti regolatori di gare per la scelta del migliore contraente da parte delle pubbliche amministrazioni, vanno sempre intese nel senso che, in assenza di un espresso richiamo alla norma appena citata, deve ammettersi la certificazione semplificata e sostitutiva prevista dal menzionato D.P.R. n. 445, salva sempre la possibilità, per la stazione appaltante, di accertare la sussistenza del requisito cui la dichiarazione è preordinata (cfr. in tal senso: Cons. St., sez. V, 24 agosto 2006, n.4972; sez. V, 10 dicembre 2003, n.8139).

Fra l'altro, è lo stesso comma 2, dell'art.38 del D.Lgs. n.163/2006 a sancire che *“il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione”*.

Ne consegue che è illegittima l'esclusione di un concorrente da una gara pubblica dovuta alla presentazione della sola dichiarazione sostitutiva e non anche dell'apposita certificazione prescritta dal bando, stante la piena equiparazione *ad probationem tantum* sul piano normativo, fra certificato e dichiarazione sostitutiva in materia di documentazione dei requisiti di partecipazione a procedure concorsuali per l'affidamento di un appalto, ex art. 77 bis del D.P.R. 445/2000 (cfr.: TAR Lazio, Roma, sez. II, 11 dicembre 2006, n.14126).

Del resto, il silenzio del bando, nel caso di specie, sulla possibilità di dimostrare il possesso dei requisiti richiesti mediante lo strumento dell'autocertificazione non può essere interpretato come divieto di avvalersene, in quanto detta facoltà discende direttamente dalla legge e, segnatamente, dall'art. 77 bis D.P.R. 445/00; pertanto, anche a fronte della previsione del bando che richiede la produzione di apposita certificazione, è ben possibile la dimostrazione del possesso del requisito mediante la produzione di un'autocertificazione (cfr.: TAR Sicilia, Catania, sez. I, 8 luglio 2008, n.1279), salva la *condicio iuris* di efficacia dell'aggiudicazione definitiva ai sensi del comma 8, dell'art. 11 del D.Lgs. 163/2006, costituita nel caso di specie dall'accertamento documentale del requisito autodichiarato in sede di offerta.

Ciò premesso, si ritiene che nel caso in esame possa concludersi per la non conformità alla normativa di settore dell'esclusione dell'impresa istante laddove la prescrizione di esclusione sia interpretata in funzione dello scopo primario perseguito dall'amministrazione appaltante di conseguire la migliore offerta al corrispettivo per essa più conveniente, tenuto conto del principio della più ampia partecipazione alla gara e dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione procedimentale, oltre che del generale divieto di aggravamento degli oneri burocratici (cfr. in tal senso TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 7 dicembre 2007, n.1314).

In base a tutto quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della ditta istante non sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29 luglio 2011

Il Segretario: Maria Esposito