

Illegittima esclusione per la produzione, in luogo del certificato della Camera di Commercio completo della dicitura antimafia, di un'autocertificazione.

E' corretto che una Stazione appaltante imponga che <le concorrenti possano adoperare l'istituto della dichiarazione sostitutiva per comprovare il possesso del requisito di iscrizione alla Camera di Commercio e tutti i dati afferenti l'argomento, ma non possano autocertificare il possesso del nulla osta previsto dalla normativa antimafia> si può affermare che l'art.46 del D.P.R. n.445/2000 prevederebbe espressamente la possibilità di comprovare, mediante dichiarazione sostitutiva, l'iscrizione in albi, registri o elenchi tenuti da pubbliche amministrazioni e, quindi, anche la iscrizione presso la Camera di Commercio con i relativi dati.? Tale possibilità risulterebbe confermata dalla disposizione contenuta nell'art.77 bis del medesimo Decreto, il quale rende applicabili le disposizioni contenute nei capi II e III del citato D.P.R. a tutte le fattispecie in cui sia prevista una certificazione o una attestazione, anche nelle procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture?

Nel caso in cui un'impresa concorrente abbia presentato un certificato di iscrizione nel registro della Camera di commercio privo della dicitura antimafia, la stessa non può essere esclusa nella fase di ammissione delle offerte, in quanto la richiamata normativa stabilisce che, in tale caso, sia la P.A. procedente a richiedere la relativa comunicazione alla Prefettura, in base al combinato disposto degli artt. 3, 6, commi 3 e 4 del D.P.R. 3 giugno 1998 n. 252, e dell'art. 10 della legge 31 maggio 1965 n. 575 _Si noti, infatti, come, in applicazione dell'art.3, co. 4, DPR 252/98, l'assenza della attestazione circa la insussistenza di cause ostative non si traduce di per sé nella esistenza di tali cause impeditive, e rileva, comunque, nella fase preliminare alla stipulazione del contratto, in cui la P.A. deve, comunque, accertare che non sussista alcuna delle cause di incapacità a contrattare;_ **la presentazione di una dichiarazione sostitutiva della certificazione richiesta è, in fase di ammissione delle offerte alla gara, equipollente rispetto alla certificazione, in base al combinato disposto degli artt.46 e 77 bis del D.P.R. n.445/2000.**_Nel caso in esame, la motivazione adottata dalla Commissione di gara a sostegno della esclusione, dapprima in ragione della produzione di una autocertificazione riferita a dati asseritamente non autocertificabili ai sensi dell'art.46 del D.P.R. n.445/2000 (verbale del 30 settembre 2008), è stata integrata – o meglio corretta - a seguito della presentazione del reclamo da parte della ricorrente, nel senso che le imprese, pur potendo presentare una dichiarazione sostitutiva per comprovare il possesso del requisito della iscrizione alla Camera di commercio, tuttavia, non potevano autocertificare il possesso del nulla osta antimafia (verbale del 28 ottobre 2008)._Sotto tale profilo, quindi, la motivazione postuma fa venire meno, quantomeno in parte, la originaria causa di esclusione, in quanto lo stesso seggio di gara ammette che le imprese avrebbero ben potuto autocertificare l'iscrizione alla Camera di commercio. Tanto più, in considerazione del chiaro contenuto dell'art.77 bis del D.P.R. n.445/2000, a mente del quale le dichiarazioni sostitutive si applicano in tutti i casi in cui sia prevista una certificazione, «ivi comprese quelle concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali»._ Ora, il richiamo alla dicitura antimafia non può essere inteso ai danni del concorrente, in quanto, a mente dell'art.6, comma 4, del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, “ Le attestazioni o certificazioni delle camere di commercio prive della dicitura di cui all'articolo 9 non implicano di per sé la sussistenza di una delle cause di decadenza, di divieto o di sospensione di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, ma in tal caso deve essere richiesta la comunicazione di cui all'articolo 3”._ **Si aggiunga a quanto finora evidenziato che il suddetto requisito costituisce presupposto indefettibile solo nella fase della stipulazione del contratto di appalto, contratto che le amministrazioni non possono stipulare, approvare o autorizzare, prima di avere acquisito dal prefetto tutte le informazioni necessarie in materia antimafia. _Quindi – in disparte la considerazione che, nella lex specialis in esame non era prevista con chiarezza una causa di esclusione al riguardo – in ogni caso, detta sanzione, nella fase dell'esame dei documenti, sarebbe stata ingiustificata**

Merita di essere segnalata la sentenza numero 633 del 2 aprile 2009, emessa dal Tar Sicilia, Palermo

Nel merito, il ricorso è fondato, avuto riguardo ad entrambi i motivi, riferiti ai verbali di gara impugnati. D) Fondato si rivela, in primo luogo, il primo motivo di ricorso, con il quale viene contestata la asserita esistenza della espressa comminatoria di esclusione per il caso di mancata presentazione della copia del certificato in interesse.

Ed invero, si rende necessario prendere le mosse dall'esame del bando di gara, nella parte in cui viene richiesto il citato documento.

Detto bando, a pag.4, con riferimento alla busta "A" ("contiene documentazione"), ha prescritto che detta busta dovesse contenere "copia del Certificato della Camera di Commercio con dicitura antimafia (con data di emissione non anteriore a sei mesi), nonché, a pena di esclusione dalla gara" (il sottolineato e il grassetto sono nel bando), i seguenti documenti:", e procede, quindi, all'elencazione dei documenti previsti certamente a pena di esclusione dalla gara.

Si osserva, quindi, come la produzione del certificato della Camera di Commercio non fosse prevista a pena di esclusione o, comunque, non fosse chiaro, dalla lettura della *lex specialis*, che la produzione della copia del predetto certificato fosse assistita da tale sanzione: ciò, in quanto l'espressione "a pena di esclusione dalla gara" - peraltro, come già evidenziato, in neretto e sottolineata - è stata inserita nel bando di seguito alla clausola concernente la richiesta del certificato della Camera di Commercio, e al fine di indicare i documenti contrassegnati come: MODULO A - MODULO B - cauzione provvisoria - dichiarazione bancaria - MODULO C - attestazione di presa visione luoghi - modello GAP - relazione. _Ora, ad avviso del Collegio, la non invero chiara ed inequivoca formulazione della predetta disposizione ben poteva ingenerare nei partecipanti la convinzione che la sanzione dell'esclusione dalla gara fosse correlata, come dedotto in seno al ricorso introduttivo, solo alla mancata presentazione dei documenti successivamente elencati nella medesima disposizione._ Peraltro, è noto che, per costante giurisprudenza, nelle ipotesi di clausole ambigue del bando di gara, si deve preferire l'interpretazione che tuteli gli interessati in buona fede, salvaguardando così l'ammissibilità delle offerte e consentendo la maggiore partecipazione di offerenti, sì da tutelare l'interesse pubblico al più ampio confronto. _In particolare, in caso di clausole equivoche o di dubbio significato, deve preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara, piuttosto che quella che la ostacoli (cfr., fra le tante: Consiglio di Stato, sez. V, 26 giugno 1993, n. 753; sez. VI, 12 maggio 1994, n. 759; sez. V, 8 marzo 2006, n. 1224; C.G.A. 8 maggio 1997, n. 96; 20 gennaio 2003, n. 4)._ Non condivisibili appaiono, pertanto, le difese dell'Amministrazione resistente, nella parte in cui fanno leva proprio sulla asserita sussistenza di una espressa comminatoria di esclusione per la mancata produzione della copia del certificato camerale.>

Ma non solo

< E) Fondato si presenta anche il secondo motivo di ricorso.

Preme rilevare che l'interpretazione del bando, nel senso della mancata comminatoria di esclusione, ben si colloca all'interno del quadro normativo di riferimento, rinvenibile, innanzitutto, negli artt. 3,6 e 10 del D.P.R. n.252/1998.

L'art.3 del citato D.P.R 252/98 stabilisce che:

"1. Salvo quanto previsto dall'articolo 1, la documentazione circa la sussistenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, su richiesta nominativa della stessa amministrazione, anche per elenchi, è effettuata mediante comunicazione scritta della prefettura della provincia in cui l'amministrazione ha sede, ovvero, se richiesta dai soggetti privati interessati, dalla prefettura della provincia in cui gli stessi risiedono o hanno sede, soltanto quando:

a) i collegamenti informatici o telematici di cui all'articolo 4 non sono attivati o non sono comunque operanti, ovvero l'attestazione risultante richiede la conferma scritta della prefettura;

b) il certificato rilasciato dalla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, è privo della dicitura antimafia di cui all'articolo 9”.

“2. La richiesta da parte dei soggetti privati interessati, corredata della documentazione di cui all'articolo 10, comma 3, ancorché priva della dicitura di cui all'articolo 9, ovvero della documentazione di cui all'articolo 10, comma 4, è ammessa previa informativa all'amministrazione procedente e può essere effettuata da persona delegata. La delega può indicare anche la persona incaricata del ritiro ed è sempre effettuata con atto recante sottoscrizione autenticata. La delega deve essere esibita, unitamente ad un documento di identificazione, sia all'atto della richiesta, che all'atto del ritiro. Nel caso di ritiro a mezzo di persona delegata, la comunicazione è rilasciata in busta chiusa a nome del richiedente”.

“3. La comunicazione è rilasciata entro quindici giorni dal ricevimento della richiesta”.

Il successivo art.6 (Certificazioni o attestazioni delle camere di commercio, industria e artigianato) recita testualmente:

“1. Le certificazioni o attestazioni delle camere di commercio, industria e artigianato, d'ora in avanti indicate come camere di commercio, recanti la dicitura di cui all'articolo 9, sono equiparate, a tutti gli effetti, alle comunicazioni delle prefetture che attestano l'insussistenza delle cause di decadenza, divieto o sospensione di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575”.

“2. L'acquisizione agli atti dell'amministrazione interessata e degli altri soggetti di cui all'articolo 1 del presente regolamento, ovvero del concessionario di opere o servizi pubblici, delle certificazioni o attestazioni di cui al comma 1, munite della dicitura ivi prevista, rilasciate in data non anteriore a sei mesi, esonera dalla richiesta della comunicazione prevista dall'articolo 3 e dall'acquisizione dell'autocertificazione di cui all'articolo 5”.

“3. Le richieste delle certificazioni o attestazioni di cui al comma 1 devono essere presentate alle camere di commercio dalla persona interessata o da persona dalla stessa delegata a norma dell'articolo 3, comma 2”.

“4. Le attestazioni o certificazioni delle camere di commercio prive della dicitura di cui all'articolo 9 non implicano di per sé la sussistenza di una delle cause di decadenza, di divieto o di sospensione di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, ma in tal caso deve essere richiesta la comunicazione di cui all'articolo 3”.

“5. Le camere di commercio, nell'esercizio della loro attività amministrativa, utilizzano il collegamento telematico disciplinato dal presente regolamento per acquisire, nei casi previsti dalla legge, le comunicazioni di cui all'articolo 3”.

E, infine, l'art.10, commi da 1 a 6, del Decreto (Informazioni del prefetto), stabilisce che:

“1. Salvo quanto previsto dall'articolo 1, ed in deroga alle disposizioni dell'articolo 4 del decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490, fatto salvo il divieto di frazionamento di cui al comma 2 del predetto articolo, le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e gli altri soggetti di cui all'articolo 1, devono acquisire le informazioni di cui al comma 2 del presente articolo, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire le concessioni o erogazioni indicati nell'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, il cui valore sia:

a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati;

b) superiore a 300 milioni di lire per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali;

c) superiore a 300 milioni di lire per l'autorizzazione di subcontratti, concessioni o cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche”.

“2. Quando, a seguito delle verifiche disposte dal prefetto, emergono elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate, le amministrazioni cui sono fornite le relative informazioni, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni”.

“3. Le informazioni del prefetto, sono richieste dall'amministrazione interessata, indicando l'oggetto e il valore del contratto, subcontratto, concessione o erogazione ed allegando, esclusivamente, copia del

certificato di iscrizione dell'impresa presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura corredato della apposita dicitura antimafia. Nel caso di società consortili o di consorzi, il certificato è integrato con la indicazione dei consorziati che detengono una quota superiore al 10% del capitale o del fondo consortile, nonché dei consorziati per conto dei quali la società consortile o il consorzio opera in modo esclusivo nei confronti della pubblica amministrazione. Per le imprese di costruzioni il certificato è integrato con l'indicazione del direttore tecnico”.

“4. In luogo o ad integrazione del certificato di cui al comma 3 può essere allegata una dichiarazione del legale rappresentante recante le medesime indicazioni”.

“5. Ai fini di cui ai commi 1 e 2, la richiesta di informazioni è inoltrata al prefetto della provincia nella quale hanno residenza o sede le persone fisiche, le imprese, le associazioni, le società o i consorzi interessati ai contratti e subcontratti di cui al comma 1, lettere a) e c), o che siano destinatari degli atti di concessione o erogazione di cui alla lettera b) dello stesso comma 1”.

“6. La richiesta può essere effettuata anche dal soggetto privato interessato o da persona da questi specificamente delegata, previa comunicazione all'amministrazione destinataria di voler procedere direttamente a tale adempimento. La delega deve risultare da atto recante sottoscrizione autenticata e deve essere esibita unitamente ad un documento di identificazione personale. In ogni caso la prefettura fa pervenire le informazioni direttamente all'amministrazione indicata dal richiedente”.>

In conclusione

< Sul punto, la resistente amministrazione sostiene di non essere obbligata ad attivarsi presso la Prefettura per assumere le necessarie informazioni, e ciò, sia per la asserita presenza di una espressa comminatoria di esclusione che imponeva ai concorrenti di produrre il documento in argomento; sia in ragione della natura di appalto sotto soglia.

Le argomentazioni non convincono.

In ordine al primo aspetto – espressa comminatoria di esclusione – si è ampiamente argomentato in ordine alla insussistenza di una univoca clausola in tal senso; in ordine al secondo aspetto, la circostanza che l'appalto sia sottosoglia costituisce, in concreto, circostanza ininfluyente, in quanto è stata la stessa stazione appaltante a tradurre una facoltà in obbligo, e ad essersi autovincolata all'applicazione della normativa in materia di informazioni antimafia, soggiacendo alla sua puntuale ed integrale applicazione.

Né assume pregio l'argomentazione del resistente Comune di Niscemi, riferita ad una integrazione dell'art.14 del bando di gara che ha richiesto, tra la documentazione da produrre, anche la copia della “richiesta informativa antimafia”, in quanto la commissione di gara, nel provvedimento di esclusione della ricorrente, non ha fatto il minimo cenno – a differenza che per altre imprese escluse per la mancanza della copia della “richiesta informativa antimafia” (cfr. verbale del 30.09.2008) - a tale parte dell'art.14, riferendosi solo alla mancata produzione del certificato della camera di commercio, né a tale motivo ha fatto riferimento nel verbale di rigetto del reclamo.

Pertanto, tale aspetto non può costituire oggetto di esame, in quanto il Collegio non ne è stato investito; lo stesso potrà, se del caso, venire in rilievo in sede di riesame delle offerte.

Non conducente è, neppure, il richiamo, operato da parte controinteressata, al D. Lgs. n. 490/1994, in quanto la disposizione riportata (art.3) è stata abrogata dall'art. 13 del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252.>

N. 00633/2009 REG.SEN.

N. 02562/2008 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2562 del 2008, proposto da: ALFA Service S.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, per procura a margine del ricorso introduttivo, dagli avv.ti Girolamo Rubino e Leonardo Cucchiara, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Palermo, via G. Oberdan, 5;

contro

Il Comune di Niscemi, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso, giusta procura rilasciata in calce al ricorso notificato e deliberazione di Giunta Comunale n.254 del 12.12.2008, dall'avv. Daniela Rita Sollima, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Christian Conti in Palermo, via Brunetto Latini, 34;

nei confronti di

Impresa BETA di DB Andrea, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, giusta procura a margine della memoria di costituzione, dall'avv. Maurizio Cannizzo, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Palermo, via Resuttana Colli, 366;

per l'annullamento

- dei verbali di gara relativi al pubblico incanto per l'affidamento del servizio di pulizia ambienti comunali, con i quali è stata disposta l'esclusione della ditta odierna ricorrente (verbale del 29.9.2008) e la successiva aggiudicazione in favore dell'Impresa BETA (verbale del 14.10.2008);

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva;
- ove occorra, del verbale del 28.10.2008, con il quale la Commissione di Gara ha ritenuto di rigettare il reclamo prodotto dalla Ditta ricorrente avverso la propria esclusione dalla gara;
- ove occorra e per quanto di ragione, del bando di gara;
- degli atti prodromici, connessi e consequenziali;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata, con le relative difese;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata, con le relative difese;

Vista la memoria depositata dal Comune di Niscemi il 16 febbraio 2009;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il referendario Dott. Maria Cappellano;

Uditi all'udienza pubblica del giorno 27/02/2009 l'Avv. Rubino per la ricorrente, l'Avv. Sollima per il Comune di Niscemi e l'Avv. Cannizzo per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

A) Con ricorso notificato il 25 novembre 2008 e depositato il successivo 4 dicembre, la ALFA Service S.a.s. di ALFA Francesco Antonio & C. ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, con cui è stata disposta la sua esclusione e la successiva aggiudicazione in favore dell'impresa BETA; con lo stesso mezzo, ha impugnato anche il bando di gara, se inteso nel senso di imporre la presentazione, a pena di esclusione, del certificato della Camera di Commercio con dicitura antimafia.

Premette la ricorrente che il Comune di Niscemi ha indetto un pubblico incanto per l'affidamento del "servizio di pulizia ambienti comunali" e che, durante le operazioni di gara del 29 settembre 2008, la Commissione di gara ha proceduto alla esclusione della medesima ricorrente in quanto "è stata presentata autocertificazione dei dati Camera di Commercio non autocertificabili ai sensi

dell'art.46 del D.P.R. n.445/2000; quindi, con successivo verbale del 14 ottobre 2008, ha disposto l'aggiudicazione in favore dell'odierna controinteressata, la quale aveva offerto un ribasso percentuale del 28,3700 %.

Poiché la ricorrente aveva offerto un ribasso superiore (30,1200 %), se la stessa non fosse stata esclusa, avrebbe potuto risultare aggiudicataria dell'appalto.

Espone, altresì, che, a seguito di formale reclamo presentato avverso l'esclusione, la Commissione ha confermato le determinazioni già adottate, in quanto "le concorrenti potevano adoperare l'istituto della dichiarazione sostitutiva per comprovare il possesso del requisito di iscrizione alla Camera di Commercio e tutti i dati afferenti l'argomento, ma non potevano autocertificare il possesso del nulla osta previsto dalla normativa antimafia".

B) Quindi, ha impugnato gli atti di cui in epigrafe chiedendone l'annullamento, deducendo:

I) Violazione e falsa applicazione degli artt.6 e 10 del D.P.R. n.252/1998 – violazione e falsa applicazione dell'art.46 del D.P.R. n.445/2000 – violazione della *lex specialis* – eccesso di potere per arbitrio e difetto dei presupposti.

Il bando di gara, diversamente da quanto affermato dalla stazione appaltante, non conterebbe alcuna esplicita clausola di esclusione per la mancata produzione del menzionato certificato, in quanto la comminatoria di esclusione – inserita in modo espresso dopo la richiesta della documentazione della Camera di Commercio – sarebbe riferita esclusivamente alla mancata produzione degli altri documenti.

Tale interpretazione del bando di gara ben si attaglierebbe alla normativa di riferimento (D.P.R. n.252/1998), atteso che le informazioni antimafia devono essere acquisite prima della stipulazione del contratto e non in sede di partecipazione alla gara.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del D.P.R. n.445/2000.

L'art.46 del D.P.R. n.445/2000 prevederebbe espressamente la possibilità di comprovare, mediante dichiarazione sostitutiva, l'iscrizione in albi, registri o elenchi tenuti da pubbliche amministrazioni e, quindi, anche la iscrizione presso la Camera di Commercio con i relativi dati.

Tale possibilità risulterebbe confermata dalla disposizione contenuta nell'art.77 bis del medesimo Decreto, il quale rende applicabili le disposizioni contenute nei capi II e III del citato D.P.R. a tutte le fattispecie in cui sia prevista una certificazione o

una attestazione, anche nelle procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture.

L'operato della Commissione sarebbe illegittimo, anche avuto riguardo alla motivazione postuma, con cui la stessa ha confermato l'esclusione della ricorrente, non solo in virtù del chiaro disposto del menzionato art.77 bis, ma anche in considerazione della circostanza che la stazione appaltante non potrebbe, comunque, stipulare il contratto senza prima avere assunto le informazioni dalla Prefettura in materia di antimafia.

C) Per resistere al ricorso si è costituito in giudizio il Comune di Niscemi, il quale, con memoria depositata il 16 dicembre 2008, ha evidenziato come il bando di gara avesse previsto la produzione di tale documento a pena di esclusione, e come l'integrazione al bando di gara, ritualmente pubblicata, avesse chiarito la necessità di tale produzione documentale.

D) Con ordinanza n.1483 del 19 dicembre 2008, attesa la sussistenza del fumus boni iuris, è stata fissata l'udienza di merito.

E) Si è costituita in giudizio anche la controinteressata CO.SA.PI e C. s.n.c., la quale, con memoria depositata il 13 febbraio 2009, ha chiesto il rigetto del ricorso.

F) Con memoria depositata il 16 febbraio 2009, il Comune resistente ha ulteriormente argomentato in ordine alla tardività e alla infondatezza del ricorso.

G) Alla pubblica udienza del 27 febbraio 2009, presenti i difensori delle parti, che si sono riportati alle già rassegnate domande e conclusioni, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

A) Con il ricorso in epigrafe, la ricorrente censura l'attività posta in essere dal Comune di Niscemi in sede di operazioni di gara, con riferimento alla propria esclusione per la produzione, in luogo del certificato della Camera di Commercio completo della dicitura antimafia, di un'autocertificazione.

B) Preliminarmente, il Collegio deve farsi carico di esaminare l'eccezione, sollevata dal Comune di Niscemi, di tardività del ricorso in relazione alla impugnazione, da parte della ricorrente, della clausola del bando di gara contenuta nell'art.4.

Detta eccezione è infondata.

La clausola impugnata, non contenente - come avrà modo di essere chiarito tra breve - un'espressa comminatoria di esclusione in relazione alla produzione del

certificato della Camera di commercio, non rientra tra quelle, che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, devono essere impugnate immediatamente: del contenuto di detta clausola, infatti, non era immediatamente percepibile la lesività, mentre la concreta ed effettiva lesione nella sfera giuridica della ricorrente si è rivelata solo con l'atto di esclusione, motivato in relazione alla presentazione di una autocertificazione di dati asseritamente non autocertificabili (cfr: Consiglio di Stato, 4 marzo 2008, n.901; T.A.R. Trentino Alto Adige, 11 giugno 2008, n.147; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 5 novembre 2007, n.10853).

C) Nel merito, il ricorso è fondato, avuto riguardo ad entrambi i motivi, riferiti ai verbali di gara impugnati.

D) Fondato si rivela, in primo luogo, il primo motivo di ricorso, con il quale viene contestata la asserita esistenza della espressa comminatoria di esclusione per il caso di mancata presentazione della copia del certificato in interesse.

Ed invero, si rende necessario prendere le mosse dall'esame del bando di gara, nella parte in cui viene richiesto il citato documento.

Detto bando, a pag.4, con riferimento alla busta "A" ("contiene documentazione"), ha prescritto che detta busta dovesse contenere "copia del Certificato della Camera di Commercio con dicitura antimafia (con data di emissione non anteriore a sei mesi), nonché, a pena di esclusione dalla gara" (il sottolineato e il grassetto sono nel bando), i seguenti documenti:", e procede, quindi, all'elencazione dei documenti previsti certamente a pena di esclusione dalla gara.

Si osserva, quindi, come la produzione del certificato della Camera di Commercio non fosse prevista a pena di esclusione o, comunque, non fosse chiaro, dalla lettura della lex specialis, che la produzione della copia del predetto certificato fosse assistita da tale sanzione: ciò, in quanto l'espressione "a pena di esclusione dalla gara" - peraltro, come già evidenziato, in neretto e sottolineata - è stata inserita nel bando di seguito alla clausola concernente la richiesta del certificato della Camera di Commercio, e al fine di indicare i documenti contrassegnati come: MODULO A - MODULO B – cauzione provvisoria – dichiarazione bancaria – MODULO C – attestazione di presa visione luoghi – modello GAP – relazione.

Ora, ad avviso del Collegio, la non invero chiara ed inequivoca formulazione della predetta disposizione ben poteva ingenerare nei partecipanti la convinzione che la sanzione dell'esclusione dalla gara fosse correlata, come dedotto in seno al ricorso introduttivo, solo alla mancata presentazione dei documenti successivamente elencati nella medesima disposizione.

Peraltro, è noto che, per costante giurisprudenza, nelle ipotesi di clausole ambigue del bando di gara, si deve preferire l'interpretazione che tuteli gli interessati in buona fede, salvaguardando così l'ammissibilità delle offerte e consentendo la maggiore partecipazione di offerenti, sì da tutelare l'interesse pubblico al più ampio confronto.

In particolare, in caso di clausole equivoche o di dubbio significato, deve preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara, piuttosto che quella che la ostacoli (cfr., fra le tante: Consiglio di Stato, sez. V, 26 giugno 1993, n. 753; sez. VI, 12 maggio 1994, n. 759; sez. V, 8 marzo 2006, n. 1224; C.G.A. 8 maggio 1997, n. 96; 20 gennaio 2003, n. 4).

Non condivisibili appaiono, pertanto, le difese dell'Amministrazione resistente, nella parte in cui fanno leva proprio sulla asserita sussistenza di una espressa comminatoria di esclusione per la mancata produzione della copia del certificato camerale.

Sul punto, peraltro, non è superfluo evidenziare che la eventuale comminatoria di esclusione sarebbe illegittima, se intesa come impediente alle concorrenti di presentare dichiarazioni sostitutive, anziché il certificato: sul punto, la ricorrente ha, d'altronde, espressamente impugnato la clausola del bando, se intesa in tal modo.

Si ritiene, peraltro, che, la *lex specialis* possa, in tale parte, essere interpretata – e dunque salvaguardata da una declaratoria di illegittimità – nel senso di non escludere la produzione di dichiarazione sostitutiva in luogo della copia del certificato camerale.

E) Fondato si presenta anche il secondo motivo di ricorso.

Preme rilevare che l'interpretazione del bando, nel senso della mancata comminatoria di esclusione, ben si colloca all'interno del quadro normativo di riferimento, rinvenibile, innanzitutto, negli artt. 3,6 e 10 del D.P.R. n.252/1998.

L'art.3 del citato D.P.R 252/98 stabilisce che:

“1. Salvo quanto previsto dall'articolo 1, la documentazione circa la sussistenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, su richiesta nominativa della stessa amministrazione, anche per elenchi, è effettuata mediante comunicazione scritta della prefettura della provincia in cui l'amministrazione ha sede, ovvero, se richiesta dai soggetti privati interessati, dalla prefettura della provincia in cui gli stessi risiedono o hanno sede, soltanto quando:

a) i collegamenti informatici o telematici di cui all'articolo 4 non sono attivati o non sono comunque operanti, ovvero l'attestazione risultante richiede la conferma scritta della prefettura;

b) il certificato rilasciato dalla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, è privo della dicitura antimafia di cui all'articolo 9”.

“2. La richiesta da parte dei soggetti privati interessati, corredata della documentazione di cui all'articolo 10, comma 3, ancorché priva della dicitura di cui all'articolo 9, ovvero della documentazione di cui all'articolo 10, comma 4, è ammessa previa informativa all'amministrazione precedente e può essere effettuata da persona delegata. La delega può indicare anche la persona incaricata del ritiro ed è sempre effettuata con atto recante sottoscrizione autenticata. La delega deve essere esibita, unitamente ad un documento di identificazione, sia all'atto della richiesta, che all'atto del ritiro. Nel caso di ritiro a mezzo di persona delegata, la comunicazione è rilasciata in busta chiusa a nome del richiedente”.

“3. La comunicazione è rilasciata entro quindici giorni dal ricevimento della richiesta”.

Il successivo art.6 (Certificazioni o attestazioni delle camere di commercio, industria e artigianato) recita testualmente:

“1. Le certificazioni o attestazioni delle camere di commercio, industria e artigianato, d'ora in avanti indicate come camere di commercio, recanti la dicitura di cui all'articolo 9, sono equiparate, a tutti gli effetti, alle comunicazioni delle prefetture che attestano l'insussistenza delle cause di decadenza, divieto o sospensione di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575”.

“2. L'acquisizione agli atti dell'amministrazione interessata e degli altri soggetti di cui all'articolo 1 del presente regolamento, ovvero del concessionario di opere o servizi pubblici, delle certificazioni o attestazioni di cui al comma 1, munite della dicitura ivi prevista, rilasciate in data non anteriore a sei mesi, esonera dalla richiesta della comunicazione prevista dall'articolo 3 e dall'acquisizione dell'autocertificazione di cui all'articolo 5”.

“3. Le richieste delle certificazioni o attestazioni di cui al comma 1 devono essere presentate alle camere di commercio dalla persona interessata o da persona dalla stessa delegata a norma dell'articolo 3, comma 2”.

“4. Le attestazioni o certificazioni delle camere di commercio prive della dicitura di cui all'articolo 9 non implicano di per sé la sussistenza di una delle cause di decadenza, di divieto o di sospensione di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio

1965, n. 575, ma in tal caso deve essere richiesta la comunicazione di cui all'articolo 3”.

“5. Le camere di commercio, nell'esercizio della loro attività amministrativa, utilizzano il collegamento telematico disciplinato dal presente regolamento per acquisire, nei casi previsti dalla legge, le comunicazioni di cui all'articolo 3”.

E, infine, l'art.10, commi da 1 a 6, del Decreto (Informazioni del prefetto), stabilisce che:

“1. Salvo quanto previsto dall'articolo 1, ed in deroga alle disposizioni dell'articolo 4 del decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490, fatto salvo il divieto di frazionamento di cui al comma 2 del predetto articolo, le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e gli altri soggetti di cui all'articolo 1, devono acquisire le informazioni di cui al comma 2 del presente articolo, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire le concessioni o erogazioni indicati nell'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, il cui valore sia:

- a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati;
- b) superiore a 300 milioni di lire per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali;
- c) superiore a 300 milioni di lire per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni o cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche”.

“2. Quando, a seguito delle verifiche disposte dal prefetto, emergono elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate, le amministrazioni cui sono fornite le relative informazioni, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni”.

“3. Le informazioni del prefetto, sono richieste dall'amministrazione interessata, indicando l'oggetto e il valore del contratto, subcontratto, concessione o erogazione ed allegando, esclusivamente, copia del certificato di iscrizione dell'impresa presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura corredato della apposita dicitura antimafia. Nel caso di società consortili o di

consorzi, il certificato è integrato con la indicazione dei consorziati che detengono una quota superiore al 10% del capitale o del fondo consortile, nonché dei consorziati per conto dei quali la società consortile o il consorzio opera in modo esclusivo nei confronti della pubblica amministrazione. Per le imprese di costruzioni il certificato è integrato con l'indicazione del direttore tecnico”.

“4. In luogo o ad integrazione del certificato di cui al comma 3 può essere allegata una dichiarazione del legale rappresentante recante le medesime indicazioni”.

“5. Ai fini di cui ai commi 1 e 2, la richiesta di informazioni è inoltrata al prefetto della provincia nella quale hanno residenza o sede le persone fisiche, le imprese, le associazioni, le società o i consorzi interessati ai contratti e subcontratti di cui al comma 1, lettere a) e c), o che siano destinatari degli atti di concessione o erogazione di cui alla lettera b) dello stesso comma 1”.

“6. La richiesta può essere effettuata anche dal soggetto privato interessato o da persona da questi specificamente delegata, previa comunicazione all'amministrazione destinataria di voler procedere direttamente a tale adempimento. La delega deve risultare da atto recante sottoscrizione autenticata e deve essere esibita unitamente ad un documento di identificazione personale. In ogni caso la prefettura fa pervenire le informazioni direttamente all'amministrazione indicata dal richiedente”.

Dall'esame della riportata normativa, è possibile desumerne alcuni corollari:

a) nel caso in cui un'impresa concorrente abbia presentato un certificato di iscrizione nel registro della Camera di commercio privo della dicitura antimafia, la stessa non può essere esclusa nella fase di ammissione delle offerte, in quanto la richiamata normativa stabilisce che, in tale caso, sia la P.A. procedente a richiedere la relativa comunicazione alla Prefettura, in base al combinato disposto degli artt. 3, 6, commi 3 e 4 del D.P.R. 3 giugno 1998 n. 252, e dell'art. 10 della legge 31 maggio 1965 n. 575 (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2319).

Si noti, infatti, come, in applicazione dell'art.3, co. 4, DPR 252/98, l'assenza della attestazione circa la insussistenza di cause ostative non si traduce di per sé nella esistenza di tali cause impeditive, e rileva, comunque, nella fase preliminare alla stipulazione del contratto, in cui la P.A. deve, comunque, accertare che non sussista alcuna delle cause di incapacità a contrattare;

b) la presentazione di una dichiarazione sostitutiva della certificazione richiesta è, in fase di ammissione delle offerte alla gara, equipollente rispetto alla certificazione, in base al combinato disposto degli artt.46 e 77 bis del D.P.R. n.445/2000.

Nel caso in esame, la motivazione addotta dalla Commissione di gara a sostegno della esclusione, dapprima in ragione della produzione di una autocertificazione riferita a dati asseritamente non autocertificabili ai sensi dell'art.46 del D.P.R. n.445/2000 (verbale del 30 settembre 2008), è stata integrata – o meglio corretta - a seguito della presentazione del reclamo da parte della ricorrente, nel senso che le imprese, pur potendo presentare una dichiarazione sostitutiva per comprovare il possesso del requisito della iscrizione alla Camera di commercio, tuttavia, non potevano autocertificare il possesso del nulla osta antimafia (verbale del 28 ottobre 2008).

Sotto tale profilo, quindi, la motivazione postuma fa venire meno, quantomeno in parte, la originaria causa di esclusione, in quanto lo stesso seggio di gara ammette che le imprese avrebbero ben potuto autocertificare l'iscrizione alla Camera di commercio. Tanto più, in considerazione del chiaro contenuto dell'art.77 bis del D.P.R. n.445/2000, a mente del quale le dichiarazioni sostitutive si applicano in tutti i casi in cui sia prevista una certificazione, «ivi comprese quelle concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali».

Residua, come motivazione della causa di esclusione, la circostanza che, a detta della commissione, la ricorrente ha autocertificato un dato che non avrebbe potuto autocertificare, e che, per tale ragione, andava esclusa.

Ora, il richiamo alla dicitura antimafia non può essere inteso ai danni del concorrente, in quanto, a mente dell'art.6, comma 4, del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, “ Le attestazioni o certificazioni delle camere di commercio prive della dicitura di cui all'articolo 9 non implicano di per sé la sussistenza di una delle cause di decadenza, di divieto o di sospensione di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, ma in tal caso deve essere richiesta la comunicazione di cui all'articolo 3”.

Si aggiunga a quanto finora evidenziato che il suddetto requisito costituisce presupposto indefettibile solo nella fase della stipulazione del contratto di appalto, contratto che le amministrazioni non possono stipulare, approvare o autorizzare, prima di avere acquisito dal prefetto tutte le informazioni necessarie in materia antimafia (cfr. art.10 decreto).

Quindi – in disparte la considerazione che, nella lex specialis in esame non era prevista con chiarezza una causa di esclusione al riguardo – in ogni caso, detta sanzione, nella fase dell'esame dei documenti, sarebbe stata ingiustificata (cfr. C.G.A., decisione 8 luglio 2002, n.408).

Sul punto, la resistente amministrazione sostiene di non essere obbligata ad attivarsi presso la Prefettura per assumere le necessarie informazioni, e ciò, sia per la asserita presenza di una espressa comminatoria di esclusione che imponeva ai concorrenti di produrre il documento in argomento; sia in ragione della natura di appalto sotto soglia.

Le argomentazioni non convincono.

In ordine al primo aspetto – espressa comminatoria di esclusione – si è ampiamente argomentato in ordine alla insussistenza di una univoca clausola in tal senso; in ordine al secondo aspetto, la circostanza che l'appalto sia sottosoglia costituisce, in concreto, circostanza ininfluyente, in quanto è stata la stessa stazione appaltante a tradurre una facoltà in obbligo, e ad essersi autovincolata all'applicazione della normativa in materia di informazioni antimafia, soggiacendo alla sua puntuale ed integrale applicazione.

Né assume pregio l'argomentazione del resistente Comune di Niscemi, riferita ad una integrazione dell'art.14 del bando di gara che ha richiesto, tra la documentazione da produrre, anche la copia della “richiesta informativa antimafia”, in quanto la commissione di gara, nel provvedimento di esclusione della ricorrente, non ha fatto il minimo cenno – a differenza che per altre imprese escluse per la mancanza della copia della “richiesta informativa antimafia” (cfr. verbale del 30.09.2008) - a tale parte dell'art.14, riferendosi solo alla mancata produzione del certificato della camera di commercio, né a tale motivo ha fatto riferimento nel verbale di rigetto del reclamo.

Pertanto, tale aspetto non può costituire oggetto di esame, in quanto il Collegio non ne è stato investito; lo stesso potrà, se del caso, venire in rilievo in sede di riesame delle offerte.

Non conducente è, neppure, il richiamo, operato da parte controinteressata, al D. Lgs. n. 490/1994, in quanto la disposizione riportata (art.3) è stata abrogata dall'art. 13 del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252.

F) Alla luce delle superiori considerazioni, il ricorso deve, quindi, essere accolto, con annullamento dei verbali impugnati.

G) Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Terza, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe indicato e, per l'effetto, annulla i verbali di gara impugnati.

Condanna il Comune di Niscemi e la controinteressata, in solido fra di loro, al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in favore della ricorrente in complessivi euro 2.000,00 (euro duemila), oltre IVA e CPA come per legge, oltre alla rifusione dell'importo del contributo unificato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 27/02/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Nicola Maisano, Primo Referendario

Maria Cappellano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/04/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO