

Parere n. 98 del 08 ottobre 2009

Protocollo PREC 87/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Consorzio Rete - Servizi tecnici di progettazione definitiva, esecutiva, direzione lavori, contabilità e assistenza, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione dei lavori di realizzazione della nuova scuola media intercomunale in Mezzocorona - Importo a base d'asta: € 990.752,63 - S.A.: Comune di Mezzocorona (TN)

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 21 luglio 2009 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale il Consorzio Rete, ha rappresentato di aver partecipato in qualità di capogruppo mandataria dell'associazione temporanea di concorrenti da costituirsi con Hilson Moran Italia S.p.A. e tramite le Consorziato Euro Project Engineering Consulting S.r.l. e D.B.A. Progetti S.p.A., alla procedura di gara di cui all'oggetto, indetta dal Comune di Mezzocorona e che il costituendo raggruppamento è stato escluso dalla procedura per i seguenti motivi: 1) insufficiente possesso del requisito dei servizi dei dieci anni per categoria IG/IF per la progettazione esecutiva; 2) mancanza delle firme di quattro professionisti (Arch. Marco Bonera, Geom. Tarcisio Arduini; Ing. Giovanni Consonni, Ing. Giuseppe Dibari), sul modello A3, predisposto dalla Stazione Appaltante ed allegato al bando di gara, relativo alla dichiarazione sulla ripartizione del servizio.

A fronte del provvedimento di esclusione emesso, il raggruppamento escluso ha chiesto alla Stazione Appaltante di essere riammesso alla procedura di gara, contestando la legittimità della scelta dell'Amministrazione sia in ordine al possesso del requisito tecnico-professionale sia per il mancato rispetto della formalità relativa alla sottoscrizione, asserendo che, poiché il bando non prevede espressamente a pena di esclusione alcuna condizione al riguardo, la relativa violazione costituisce una mera irregolarità formale e sarebbe, pertanto, legittimamente consentita una integrazione documentale.

In relazione alla richiesta di riammissione alla procedura di gara, il Comune di Mezzocorona, pur rivedendo la motivazione addotta a fondamento del provvedimento di esclusione per il profilo concernente il mancato possesso del requisito tecnico-professionale prescritto, ha comunque confermato l'esclusione medesima per la mancata sottoscrizione, da parte dei professionisti esecutori del servizio, del modello A3 (dichiarazione sul riparto del servizio) da allegare alla domanda di partecipazione.

In ordine ai fatti rappresentati, il Consorzio Rete, in qualità di capogruppo del costituendo raggruppamento di imprese escluso, intende conoscere il parere dell'Autorità relativamente alla legittimità dell'esclusione disposta dalla Stazione Appaltante, ritenuta sproporzionata e ingiustamente penalizzante, in quanto il bando non prevede espressamente l'indicazione e la sottoscrizione di ulteriori soggetti oltre i rappresentanti legali, né, in particolare, di professionisti dipendenti delle società associate nel raggruppamento, mentre tale prescrizione è indicata esclusivamente nel modello A3 allegato al bando.

Conseguentemente, il Consorzio Rete sostiene che la fattispecie sia ascrivibile alle ipotesi di adozione di uno schema di domanda di partecipazione difforme dalle prescrizioni del disciplinare di gara che, costituendo un comportamento equivoco dell'Amministrazione, idoneo a generare convincimenti inesatti, non può determinare l'esclusione dalla gara dei concorrenti, ma legittima invece un'integrazione documentale.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da quest'Autorità, il Comune di Mezzocorona ha confermato il proprio operato, sostenendo la legittimità del provvedimento di esclusione adottato, poiché il concorrente non si è scrupolosamente attenuto alle disposizioni del bando integrale di gara nella compilazione dell'Allegato A3, atteso che a pagina 19 del bando medesimo (punto A3, primo capoverso, ultima frase) è espressamente previsto che "vanno rispettate le modalità di compilazione e sottoscrizione indicate nel modello", all'interno del quale è chiaramente indicato (in grassetto) che "ciascun professionista che esegue una parte del servizio dovrà datare e firmare [...] pena l'esclusione dalla gara".

Secondo la Stazione Appaltante, inoltre, sebbene l'utilizzo del modello predisposto dall'Amministrazione non sia obbligatorio, ciò non esonera i concorrenti a riprodurre pedissequamente il contenuto previsto nel modello medesimo all'interno della propria dichiarazione, rispettando le relative modalità di compilazione e sottoscrizione, che ne costituiscono elementi vincolanti, la cui violazione non può che essere sanzionata con l'esclusione.

Ritenuto in diritto

La problematica sottoposta a questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati attiene alla legittimità di un provvedimento di esclusione adottato da una Stazione Appaltante nei confronti di un concorrente che aveva presentato una documentazione di partecipazione non conforme alle prescrizioni del bando di gara previste a pena di esclusione.

Nel caso in esame, la *lex specialis* prevedeva espressamente che il concorrente inserisse nella busta A - Documentazione amministrativa, a pena di esclusione dalla gara, "quanto previsto dalle successive lettere A), A1), A2), A3), A4), A5), A6), A7), A8), A9) e con le modalità ivi indicate. Sarà motivo di esclusione la mancanza, l'incompletezza o la difformità anche di uno solo degli elementi indicati nel presente bando, oltre la mancata sottoscrizione delle dichiarazioni."

Nella sezione relativa alla dichiarazione sul riparto di servizio (A3, pagina 19) viene, inoltre, specificato che il concorrente deve utilizzare "l'allegato modello A3 (o similare)" ed è espressamente previsto che "vanno rispettate le modalità di compilazione e sottoscrizione indicate nel modello".

Nel modello allegato al bando (Modello A3) vengono puntualmente precisate le modalità di compilazione e di sottoscrizione del modello stesso, in ossequio al rinvio operato dal bando medesimo, mediante l'espressa indicazione dei soggetti che devono apporre in calce la propria sottoscrizione: tra i quali figura anche ciascun professionista che esegue una parte del servizio, chiaramente indicato in grassetto, con la precisazione che costui dovrà datare e firmare la relativa dichiarazione, accanto all'indicazione dei propri dati anagrafici e fiscali, allegando copia fotostatica del proprio documento di identità pena l'esclusione dalla gara.

Alla luce di quanto sopra, si evince che le prescrizioni indicate nel modello allegato al bando di gara, volte a precisare le modalità operative con cui il concorrente avrebbe dovuto procedere alla relativa compilazione, sebbene inserite solo nel modello allegato non costituiscono una difformità rispetto alle condizioni prescritte nel bando medesimo. E' invece possibile attribuire ad esse una funzione integrativa delle disposizioni della *lex specialis*, previste a pena di esclusione, trattandosi di un modello che costituisce parte integrante del bando, a cui il bando medesimo espressamente attribuisce tale funzione.

La scelta operata dalla Stazione Appaltante di riportare le modalità di compilazione e di sottoscrizione nel modello allegato al bando di gara sembra, infatti, volta ad indirizzare il concorrente con specifiche istruzioni contenute proprio nell'atto da compilare o da utilizzare come modello per redigerne uno proprio, mediante la previsione di disposizioni di dettaglio rispetto a quelle previste nel bando, al fine di scongiurare il rischio di confusione delle numerose prescrizioni di cui al bando con quelle formali di compilazione, specifiche per ogni modello.

Non è, pertanto, condivisibile l'assunto del consorzio istante, secondo cui l'operato dell'Amministrazione sarebbe ascrivibile ad una fattispecie di predisposizione di un modello di domanda di partecipazione difforme dalle prescrizioni della *lex specialis*, costituendo quindi un comportamento equivoco, idoneo a generare convincimenti non esatti, che impedisce di escludere dalla gara quei concorrenti che non abbiano correttamente presentato quanto richiesto nel disciplinare di gara, consentendo una integrazione documentale.

Al contrario, ad una diligente lettura, il bando non lascia margini di dubbio sulla necessità che vengano rispettate le modalità di compilazione e sottoscrizione indicate nel modello, compresa la sottoscrizione di ciascun professionista che esegue una parte del servizio, formalità, peraltro, conforme al costante principio di personalizzazione dell'attività di progettazione e quindi rispondente ad un preciso e superiore interesse dell'Amministrazione.

Pertanto, anche a voler considerare le indicazioni riportate nel modello prive di una forza vincolante analoga a quella delle prescrizioni del bando di gara, la cui violazione è espressamente sanzionata con l'esclusione dalla gara, essendo tuttavia le indicazioni contenute nel modello riconducibili all'esigenza della Stazione Appaltante di tutelare uno specifico interesse essenziale, trova comunque applicazione nel caso di specie l'orientamento giurisprudenziale per cui anche qualora la sanzione dell'esclusione di un concorrente non sia stata espressamente prevista dal bando di gara, la medesima può essere comminata nell'ipotesi in cui il concorrente abbia comunque violato previsioni poste a tutela degli interessi sostanziali dell'Amministrazione (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, sentenza n. 4003 del 22 aprile 2009; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3703 del 22 giugno 2006)

Né sarebbe possibile ammettere alla procedura soggetti che non hanno rispettato tali previsioni, in quanto siffatto operato costituirebbe una palese violazione del principio di *par condicio*.

Alla luce dei principi esposti ed in considerazione dei fatti rappresentati, il fatto che il concorrente costituendo raggruppamento temporaneo abbia presentato una dichiarazione di impegno non conforme al modello A3 predisposto dall'Amministrazione, in quanto privo delle prescrizioni minime di sottoscrizione ivi indicate, legittima il Comune di Mezzocorona ad escluderlo dalle successive fasi della procedura di gara, essendo in tal caso impossibile ammettere una integrazione documentale senza incorrere in una violazione del principio della *par condicio*, che non potrebbe in tal caso essere superato dall'opposto e recessivo principio del *favor participationis*.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione adottato dal Comune di Mezzocorona nei confronti del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese composto dal Consorzio Rete e dalla Hilson Moran Italia S.p.A. è conforme ai principi in materia di contratti pubblici.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2009