Parere n. 23 del 13/03/2013

PREC 88/12/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate da Industria Acqua Siracusana S.p.a. (IAS) – Gara per l'affidamento delle "inadigini Geognostiche Geofisiche e prove Geotecniche Indagini Strutturali" - - S.A.: IAS S.p.a..

Indagini geotecniche da parte di laboratori autorizzati. Legittimità. Obbligo di sopralluogo. Legittimità dell'esclusione. Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15 marzo 2012 è pervenuta dall'Industria Acqua Siracusana S.p.a. l'istanza di parere indicata in oggetto con la quale la suddetta società, quale stazione appaltante, ha chiesto opportuni chiarimenti su due differenti rilievi, fatte pervenire da due concorrenti, con le quali si contesta, da un lato (posizione della INGEO IESSE) la qualificazione dei servizi oggetto della gara e la doverosa necessità di utilizzare laboratori autorizzati e, dall'altro (posizione dell'architetto Antonello Fabrizio Briguglio), la richiesta di un sopralluogo sulla situazione di fatto, quale condizione di partecipazione.

In particolare, la prima censura attiene in concreto all'applicabilità o meno dell'art. 263 del Regolamento di cui al D.P.R. n. 207 del 2010 unitamente al precedente art. 252, appositamente richiamato. Connessa a tale problema interpretativo si pone anche la questione relativa al possesso dell'autorizzazione ministeriale richiesta dalla circolare n. 349/1999 del Ministero delle Infrastrutture.

Relativamente alla seconda censura, potrebbe avere una sua rilevanza l'applicazione dell'art. 46, comma 1/bis, del Codice dei contratti pubblici, così come novellato dalla legge 12.07.2011, n. 106, di conversione del D.L. n. 70/2011, che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali.

Secondo la Società esponente, l'art. 263 del citato regolamento sarebbe inapplicabile nella misura in cui fissa requisiti di capacità tecnica che avrebbero una loro ricaduta nell'ambito di una procedura che prevede attività di tipo professionale. Ne consegue che le prestazioni oggetto della gara, essendo esclusivamente "extra professionali", consentono di negare rilevanza ai precedenti citati dal concorrente Ingeo.

Contrariamente a quanto sostenuto da quest'ultimo concorrente, la società esponente rileva che l'espletamento delle indagini geotecniche da parte dei laboratori a ciò espressamente autorizzati, trovi fonte nell'art. 59 del D.P.R. n. 380 del 2001, citando sull'argomento un precedente giurisprudenziale (Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2011 n. 818).

Infine, per ciò che riguarda la legittimità della richiesta, contenuta nel bando, di effettuare un sopralluogo nei siti oggetto dell'attività di indagine, si osserva che tale prescrizione sia del tutto coerente con la natura ed il contenuto della prestazione richiesta.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità, la INGEO ha fatto presente che in pari data sono state pubblicate due sentenze del TAR Lazio, Sez. III, n. 3757 e n. 3761 con cui il giudice amministrativo ha annullato le circolari ministeriali nn. 7618 e 7619 di cui all'art. 59 del D.P.R. n. 380 del 2011.

Ritenuto in diritto

Le questioni prospettate dalla stazione appaltante (IAS s.p.a.), relative alle censure riportate in fatto, hanno trovato nell'intenzione del soggetto proponente già una prima definizione: in tutti i casi le questioni sono state, con diverse e pertinenti motivazioni, ritenute prive di fondamento.

La prima censura, relativa alla qualificazione dei servizi, non ha trovato seguito poiché la descrizione delle attività oggetto di gara non consentirebbe l'applicazione dell'art. 263 del regolamento di applicazione del codice dei contratti pubblici, bensì il richiamo alla disciplina generale di cui agli artt. 41 e 42 del predetto codice.

Le disposizioni contenute negli artt. 263 e 252 del D.P.R. n. 207 /2010 si applicano, attraverso un ulteriore rinvio all'art. 90, comma 6, del codice dei contratti, alle ipotesi in cui le amministrazioni aggiudicatrici affidano la redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, nonché lo svolgimento di attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione, ai soggetti di cui al comma 1, lettere *d*), *e*), *f*), *f-bis*), *g*) e *h*), in caso di carenza in organico di personale tecnico, ovvero di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto, ovvero in caso di lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale o in caso di necessità di predisporre progetti integrali, così come definiti dal regolamento, che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze, casi che devono essere accertati e certificati dal responsabile del procedimento.

Dalla lettura del capitolato speciale d'appalto, predisposto dall'Industria Acqua Siracusana (IAS S.p.a.), e del conseguente bando di gara, si ricava che l'oggetto del servizio è dato da indagini geognostiche geofisiche e prove geotecniche ed indagini strutturali per la redazione ed attuazione delle verifiche tecniche dei livelli di sicurezza sismica ai sensi dell'ordinanza P.C.M. n. 3274 del

2003, relative alle strutture ed ai manufatti costituenti l'impianto di depurazione consortile IAS S.p.a. sito in Priolo Gargallo (SR).

Per le indagini geognostiche si prevede l'installazione dell'attrezzatura di perforazione, il prelievo di campioni di tipo indisturbato, la fornitura di cassette catalogatrici, l'installazione di piezometri a tubo aperto ed altre specifiche attività.

Per le indagini strutturali, sono previste prove sclerometriche, prove ultrasoniche, prove meccaniche sui campioni di calcestruzzo ed altri specifici esami.

La dettagliata descrizione delle prestazioni oggetto di gara induce a ritenere che la qualificazione della gara sia incompatibile, come ritenuto giustamente dalla società appaltante, con la disciplina dettata dal combinato disposto degli art. 263 e 252 del D.P.R. n. 207 del 2010.

Per ciò che riguarda la seconda doglianza, la stazione appaltante assume che l'obbligo della preventiva autorizzazione ministeriale dipende dalla puntuale prescrizione dell'art. 59 del D.P.R. n. 380 del 2001.

La questione, al di là delle argomentazioni espresse dal singolo concorrente e dai precedenti giurisprudenziali citati, si sviluppa intorno alla domanda principale relativa alla necessità o meno delle suindicate autorizzazioni ministeriali, che finirebbero per limitare fortemente la partecipazione di quei soggetti in possesso dei requisiti di capacità tecnica di cui all'art. 42 del D.Lgs. n. 163 del 2006, necessari per essere ammessi alle gare per l'affidamento di un pubblico servizio.

La questione è stata già esaminata, come rilevato dalla INGENO, anche se in un contesto diverso (legittimità della circolare ministeriale n. 7618 dell'8 settembre 2010), dal TAR Lazio, sez. III, con sentenza n. 3757 del 26 aprile 2012.

In tale ambito, il giudice amministrativo ha altresì affrontato il problema della possibilità della suddetta circolare di sottoporre alcune attività di indagine e certificative ad una preventiva autorizzazione ministeriale, con possibile limitazione alla libera attività professionale di chi fosse già in possesso di un titolo di studio e di una connessa iscrizione all'albo, di per sé idonei a fornire la giusta legittimazione.

Afferma il giudice adito che la suddetta circolare trova la sua fonte nella norma dell'art. 59 del D.p.r. n. 380 del 2001 che, non solo al comma 2 attribuisce espressamente al Ministero delle

Infrastrutture il potere di autorizzare con proprio decreto altri laboratori ad effettuare prove su materiali da costruzione, comprese quelle geotecniche su terreni e rocce, ma al terzo comma afferma anche che l'attività di laboratorio è considerata servizio di pubblica utilità.

Viene, altresì, posto in evidenza che la disciplina dettata dalla circolare in esame non si pone in contrasto, e non ha nessuna funzione limitativa, con le prerogative professionali assegnate dalla legge ai liberi professionisti che svolgono l'attività di geologi. I citati laboratori devono assicurare l'indispensabile affidabilità nell'esecuzione delle prove stesse e nel certificare i risultati. Infatti, attesa la delicatezza della funzione ad essi demandata, è stato istituito con il D.M. 14 gennaio 2008 un sistema organico di qualificazione e di controllo, di modo che i progetti strutturali interagenti con il terreno siano basati su modelli geotecnici dedotti da specifiche indagini e prove, costituenti parti integranti del progetto e caratterizzate da sicura autorevolezza ed affidabilità, proprio in quanto condotte e certificate dai laboratori autorizzati secondo la disciplina che fa comunque capo all'art. 59 del D.P.R. n. 380 del 2001.

Sul punto, la stazione appaltante ha ribadito che le specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto hanno imposto la necessità di far eseguire le prove, gli esami ed analisi in situ e di laboratorio, a laboratori ufficiali ovvero a laboratori in possesso di specifiche autorizzazioni rilasciate specificamente dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Tale ricostruzione normativa ed esegetica induce a superare ogni sforzo argomentativo teso a discriminare, nell'ambito delle prestazioni oggetto del servizio da appaltare, tra quello che doveva essere oggetto di esame da parte di laboratori e quello che poteva essere demandato all'attività di geologi appositamente iscritti all'albo.

Infatti, nel caso che ci occupa, non è necessario stabilire se tutto o parte dei servizi appaltati potessero essere svolti da soggetti iscritti all'albo dei geologi, ma semmai se è logico e coerente richiedere un'attività di certificazione da parte di appositi laboratori appositamente a ciò autorizzati, senza che questo comporti un'inedebita limitazione di ammissione alla gara *de qua*.

Al riguardo, è sufficiente sottolineare che, per costante giurisprudenza, la Pubblica amministrazione può introdurre nella *lex specialis* della gara d'appalto disposizioni che limitano la platea dei concorrenti, al fine di consentire la partecipazione di soggetti particolarmente qualificati, specialmente per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, se tale scelta non sia eccessivamente o irragionevolmente limitativa della concorrenza, scelta che può essere sindacata dal giudice amministrativo in sede di legittimità solo in quanto sia manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica o contraddittoria (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2009 n. 525 e 23 luglio 2008 n. 3655).

Allo stesso modo, pur in presenza del disposto dell'art. 42 del codice dei contratti pubblici, in tema di appalto di servizi, si è ritenuto che la lettura sistematica della citata norma faccia emergere che l'Amministrazione aggiudicatrice ha il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad una gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge e di pretendere il possesso di requisiti di capacità diversi e ulteriori dalla semplice iscrizione nell'elenco, salvo che la scelta non sia *ictu oculi* manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria (Cfr. TAR Puglia, sezione Staccata di Lecce, 6 ottobre 2008 n. 2787).

Sul punto, anche la citata determinazione di questa Autorità n. 5 del 21 maggio 2009 conferma che

nelle procedure di affidamento di forniture e di servizi, l'individuazione dei requisiti e i valori minimi degli stessi sono definiti dalla stazione appaltante, gara per gara, e sono indicati nel bando e/o nel relativo disciplinare.

Dal raffronto delle suddette argomentazioni con i contenuti specifici e complessi delle attività rientranti nel servizio da appaltare - tra cui sono ricomprese anche prove geotecniche ed indagini strutturali - non si può ritenere che la prescrizione del bando sia priva di un concreto rilievo o causa giustificativa.

Ciò induce a ritenere che i precedenti giurisprudenziali citati non siano di per sé idonei a risolvere la questione particolare nei termini esposti dalla Società INGEO. Pertanto, residuando la rilevanza di parte essenziale delle prestazioni indicate come oggetto della gara, la richiesta autorizzazione ministeriale appare congrua e legittima alla luce del dettato normativo dell'art. 59 citato.

Allo stesso modo non risulta censurabile la richiesta della preventiva conoscenza dello stato dei luoghi, posta come causa di esclusione dalla gara.

Secondo l'art. 74, comma 5, del codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti richiedono gli elementi essenziali di cui al comma 2, nonché gli altri elementi e documenti necessari o utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta.

In relazione alla norma sopra esposta può trovare applicazione, nella gara in questione, il disposto dell'art. 46, comma 1 bis del predetto codice, secondo il quale la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.

Infatti, la prescrizione del preventivo sopralluogo non solo è prevista da determinate prescrizioni del codice come operazione che consente la decorrenza del termine per la presentazione delle offerte, ma può essere ritenuta necessaria, in ragione del contenuto specifico dell'oggetto di gara, per integrare gli elementi essenziali dell'offerta come indicato dal riportato art. 74, comma 5.

Ne consegue, pertanto, che la richiesta di sopralluogo contenuta nel bando possa essere considerata, da una lettura combinata degli artt. 74 e 46 e delle norme del bando di gara, una causa tipica di esclusione non soggetta ad una possibile dichiarazione di nullità.

In tema di tassatività delle cause di esclusione dei soggetti partecipanti alle gare d'appalto, la formulazione dell'art. 46, comma 1 bis D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, pur se non chiarissima, sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle Stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause *de quibus*; pertanto, la lettura della norma - condotta secondo criteri sistematici - induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dalle procedure solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi, laddove ogni altra ragione di non partecipazione non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito (Cfr. TAR Liguria, Sez. II, 22 settembre 2011 n. 1396).

Secondo quanto chiarito da questa Autorità con la Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, la formulazione letterale dell'art. 46, co. 1-bis induce a ritenere che la esclusione possa essere disposta non solo nei casi in cui disposizioni del Codice o del Regolamento la prevedano espressamente, ma anche nei casi in cui impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione.

In termini più generali, ogni qual volta il Codice o il Regolamento si esprimono in termini di divieto ovvero di doverosità degli adempimenti imposti ai concorrenti e candidati, con l'uso delle locuzioni "deve" "devono", "è obbligato", l'adempimento deve ritenersi imposto a pena di esclusione.

Con sentenza n. 7967 del 9.11.2010, la V Sezione del Consiglio di Stato ha affermato che per legittimare l'esclusione sarebbe sempre e comunque necessaria una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative, dovendosi, pertanto, accordare una ampia portata applicativa all'istituto del soccorso istruttorio.

Comunque, nel caso di specie, è proprio un principio sostanzialista ad indurre a ritenere legittima la previsione della citata causa di esclusione.

In base a quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, infondate le censure mosse dalla società INGEO IESSE e dall'Arch. Antonello Fabrizio Briguglio.

Il Consigliere Relatore: Giuseppe Borgia

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 marzo 2013

Il Segretario Maria Esposito