

Parere n. 7 del 06/02/2013

PREC 278/12/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 società Edilma.Di srl – Procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori per la costruzione di n. 43 alloggi di edilizia residenziale sociale – Importo a base d'asta € 3.750.000,00- S.A.: Azienda casa Emilia Romagna (ACER) Ferrara –

Art. 46, comma 1, D.Lgs. 163/2006: limite all'esercizio del c.d. potere di soccorso

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 7 dicembre 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe indicata, con cui la Edilma.Di srl ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla propria esclusione dalla gara in oggetto, per difetto dei requisiti di capacità tecnica del progettista.

Il disciplinare di gara prevedeva, per quanto qui rileva, che il progettista doveva aver espletato negli ultimi dieci anni antecedenti alla pubblicazione del bando, servizi di progettazione di cui all'art. 252 del D.P.R. 207/2010, relativi a lavori, afferenti alla classe III categoria b per un importo globale di euro 971.000,00.

Al fine di agevolare i concorrenti, la stazione appaltante aveva predisposto apposito modello (modello VI - c.d. Dichiarazione a cura di ciascuno dei progettisti indicati o associati-), da utilizzare per la dimostrazione dei requisiti richiesti al progettista.

L'istante partecipava alla gara, indicando la volontà di fruire della collaborazione di progettisti esterni in raggruppamento temporaneo, precisamente Studio Tecnico BFP srl di Bari (capogruppo), ing. Mariano Marseglia di Orta Nova (FG), Studio DI & CA Ingegneri Associati di Orta Noca (FG), e, conseguentemente, presentava i modelli VI redatti da tali progettisti.

La commissione di gara, in sede di verifica dei requisiti dichiarati, accertava che in relazione alla voce " *impianti termici, condizionamento, trasporti classe III cat.b* ", riportata nel modello VI compilato dallo Studio Tecnico BFP srl, veniva dichiarato l'espletamento negli ultimi dieci anni antecedenti alla pubblicazione del bando di servizi di progettazione di cui all'art. 252 del D.P.R. 207/2010 per un ammontare pari a 265.000,00, che sommato a quello dichiarato dagli altri membri del raggruppamento dava un totale di euro 912.030,02 (378.282+268.748,02+265.000,00), inferiore ai 971.000,00 euro richiesti dal disciplinare di gara.

Il rappresentante dell'istante faceva verbalizzare che per mero errore materiale per i servizi di progettazione relativi alla classe III categoria b in possesso dello Studio Tecnico BFP srl non era stato riportato l'importo esatto di euro 440.000,00, che sommato all'importo dei servizi di progettazione indicato degli altri due componenti il raggruppamento avrebbe soddisfatto il requisito *de quo*. Conseguentemente, chiedeva alla stazione appaltante l'esercizio del potere di soccorso istruttorio, in maniera tale da consentire al concorrente di dimostrare il possesso del requisito in esame.

La stazione appaltante non riteneva di poter accogliere la richiesta del concorrente ex art. 46, comma 1, D.Lgs. 163/2006 e si determinava per l'esclusione dello stesso.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha confermato il proprio operato. In particolare la stessa ha sottolineato che la commissione di gara, a seguito della dichiarazione resa dal rappresentante dell'istante, esaminava nuovamente la documentazione pervenuta e constatava che anche nella scheda delle referenze professionali (allegato O DPR 207/2010) era riportato in relazione all'importo dei servizi di progettazione afferenti alla classe III categoria b la medesima somma indicata nei modelli VI. Conseguentemente la commissione, dopo un confronto a porte chiuse, rigettava la richiesta di rettifica, in quanto in tal caso non si sarebbe trattato di consentire al concorrente di formulare un chiarimento e/o una precisazione, bensì di assentire ad una modifica sostanziale della dichiarazione presentata, mediante la sua sostituzione e/o cancellazione. Tutto ciò non solo sarebbe stato in contrasto con l'art. 46, comma 1, D.Lgs. 163/2006, ma con lo stesso disciplinare di gara, il quale prevedeva che il plico giunto a destinazione non poteva essere ritirato, sostituito, integrato o, comunque, modificato. La stazione appaltante ha, inoltre, precisato che le circostanze di fatto sopra descritte non consentivano il ricorso al potere di soccorso istruttorio, in quanto nel caso in esame non vi erano dichiarazioni ambigue o imprecise da chiarire, bensì due asserzioni chiare e coincidenti, che non era possibile modificare, senza alterare la *par condicio* dei concorrenti e senza violare il principio di paritarietà dei termini di presentazioni delle offerte e della correlativa documentazione.

Ritenuto in diritto

La questione controversa attiene alla possibilità di esercitare nel caso di specie il c.d. potere di soccorso istruttorio in applicazione dell'art. 46, comma 1, D.Lgs.163/2006.

Al riguardo occorre considerare che la norma in esame costituisce attuazione dei principi del *favor participationis* e del giusto procedimento e, essendo volta, da un lato, ad evitare che la partecipazione ad una gara possa essere limitata da carenze documentali di ordine meramente formale e, dall'altro, ad orientare l'azione amministrativa sulla concreta verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti. La predetta disposizione codifica, quindi, un ordinario *modus procedendi* della stazione appaltante, volto a far prevalere, entro determinati limiti, la sostanza sulla forma. Generalmente questi ultimi sono connessi alla necessità di garantire la *par condicio* dei concorrenti, conseguentemente, il potere di soccorso non può essere utilizzato per supplire all'omessa produzione di documenti o alla carenza di elementi sostanziali della domanda o per colmare lacune imputabili ad un comportamento negligente del concorrente. L'esercizio del potere istruttorio trova spazio, invece, nel caso in cui si tratti di porre rimedio a mere irregolarità formali o ad incertezze ed equivoci generati da ambiguità della stessa *lex specialis* relativa alle dichiarazioni da rendere o ai documenti da presentare ovvero nell'ipotesi in cui gli atti tempestivamente prodotti costituiscano un ragionevole indizio del possesso di un requisito di partecipazione non espressamente o univocamente documentato. In tal caso, infatti, la stazione appaltante, senza ledere la *par condicio*, può invitare un concorrente a fornire chiarimenti o precisazioni sul contenuto di documenti o dichiarazioni già acquisiti.

La predetta norma, interpretata nei termini sopra indicati, esclude che nella fattispecie in esame la stazione appaltante possa consentire al concorrente di modificare un elemento essenziale della dichiarazione resa in ordine al possesso del requisito *de quo*, senza violare il principio di *par condicio*.

Da un lato, infatti, la disposizione del disciplinare di gara è chiara nel richiedere, ai fini della partecipazione, che il progettista abbia espletato negli ultimi dieci anni antecedenti alla pubblicazione del bando, servizi di progettazione di cui all'art. 252 del D.P.R. 207/2010, relativi a lavori, afferenti alla classe III categoria b, per un importo globale di euro 971.000,00, e, dall'altro, è pacifico tra le parti che in ben due documenti presenti nel plico dell'istante viene dichiarato per i servizi di cui sopra un importo globale inferiore a quello minimo richiesto. Ne deriva che non si rileva nella fattispecie in oggetto, a differenza di quanto riscontrato in altri casi esaminati da questa Autorità, né quell'ambiguità della *lex specialis* né quel principio di prova che consentirebbero l'esercizio del potere di soccorso.

A ciò si aggiunga che lo stesso concorrente nella nota inviata alla stazione appaltante, per provare il possesso del requisito *de quo*, non ritiene sufficiente precisare e chiarire che è incorso in un mero errore materiale, ma vorrebbe esibire l'attestazione di buona esecuzione delle opere impiantistiche progettate di classe III categoria b in possesso dello Studio Tecnico BFP srl. Ciò però determinerebbe una violazione della *par condicio* dei concorrenti e della perentorietà dei termini di presentazione dell'offerta, in quanto consentirebbe all'istante di introdurre nella documentazione di gara un atto nuovo.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la stazione appaltante non possa legittimamente esercitare il c.d. potere di soccorso istruttorio.

Il Consigliere Relatore: Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 febbraio 2013

Il Segretario: Rosetta Greco