



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

Parere n.83 del 14/10/2014

PREC 87/14/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dalla TELOS S.r.l. – “*Procedura aperta per l’affidamento del servizio di redazione di progettazione urbanistica di aree dismesse e sottoutilizzate in contesti urbanizzati della città di Palermo*”– Data di pubblicazione del bando: 27.2.2013 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 307.135,25 – S.A.: Comune di Palermo.

Possesso dei requisiti speciali di capacità tecnico-professionale – Dichiarazione resa in sede di partecipazione alla gara – Avalimento e requisiti in proprio – Soccorso istruttorio - Esclusione.

Il concorrente che in sede di domanda di partecipazione alla gara dichiara di voler ricorrere, mediante apposito contratto di avalimento, ai requisiti del soggetto ausiliario, non può colmare la carenza che ha comportato la sua esclusione, attraverso l’esibizione di un documento non contemplato né inserito in sede di dichiarazione, teso ad attestare il possesso, in proprio, del requisito richiesto, in quanto ciò costituirebbe l’ingresso di un elemento nuovo, in violazione al principio della *par condicio*.

Artt. 49, 46 del d.lgs. n. 163/2006.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 24 marzo 2014 è pervenuta da parte della società Telos S.r.l l’istanza di parere indicata in epigrafe, relativamente alla procedura di gara per l’affidamento del servizio di redazione di progettazione urbanistica di aree dismesse e sottoutilizzate in contesti urbanizzati della città di Palermo, da aggiudicare mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, l’istante chiede se sia legittima la propria esclusione dalla gara in oggetto in qualità di mandante del costituendo raggruppamento orizzontale con la mandataria Veneto Progetti s.c.r.l.

L’impresa, invero, in sede di dichiarazione resa sul possesso del requisito di capacità tecnico-professionale di cui al punto 15.c.1) del bando – “*avere prestato, negli ultimi tre anni antecedenti la data di*



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

scadenza del termine ultimo di presentazione delle offerte, servizi di progettazione di strumenti urbanistici di importo complessivamente non inferiore ad euro 307.000,00” – richiesto per partecipare alla gara de qua, aveva menzionato di voler fare ricorso all’avvalimento con l’ausiliario arch. Francesco Nigro, facendo seguire la tabella riepilogativa dei servizi della Telos in proprio e di quelli prestati dal soggetto ausiliario. Con riferimento al servizio prestato da quest’ultimo, l’importo massimo dichiarato risulta pari a euro 90.485,00, inferiore a quello minimo di euro 92.100,00 richiesto dal bando stesso per la quota percentuale di pertinenza dell’impresa mandante.

A fronte dell’esclusione dalla gara, come da verbale di gara n. 1 del 26.12.2013, il citato raggruppamento inviava alla stazione appaltante nota a valere sia come comunicazione ai sensi dell’art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006 sia come istanza a promuovere un procedimento di autotutela, censurando l’operato della Commissione di gara che, a fronte della rilevata *“incongruenza della dichiarazione Telos che nell’elencazione dei servizi ha indicato importi fatturati non coerenti con la dichiarazione del possesso dei requisiti, non ha avviato alcuna procedura volta a consentire all’ATI di chiarire [quanto sopra] in sede di soccorso istruttorio e secondo le modalità del giusto procedimento ex art. 3 dalla L. 7 agosto 1990, n. 241 e del principio del favor participationis”*.

Al riguardo, infatti, l’operatore economico escluso ha sostenuto di poter dimostrare il possesso dei requisiti, con riferimento ad un proprio servizio (come da tabella riepilogativa allegata alla dichiarazione resa in sede di presentazione della domanda, per l’importo di euro 74.784,00), mediante un’ulteriore fattura n. 8 del 29.12.2012 di euro 29.689,24, non calcolata per mero errore, che sommata alla precedente cifra dichiarata, avrebbe consentito il raggiungimento di un importo superiore a quello minimo richiesto di euro 92.100,00.

Pertanto, per competenza il RUP esprimeva il proprio parere con nota del 10.1.2014, ritenendo la documentazione integrativa esibita dal raggruppamento escluso come *“introduzione di elementi nuovi successivi alla data di scadenza fissata per la presentazione delle offerte”*, affermando che *“tale integrazione è inammissibile a differenza dell’attività di mera integrazione e chiarimento, così come affermato con la sentenza C.D.S. Sez. III, 2.9.2013, n. 4370”*, ma ravvisando, tuttavia, per la Commissione di gara, ancora la possibilità di chiedere all’impresa esclusa chiarimenti sulla insufficienza degli importi trascritti per i servizi prestati dall’ausiliario.

Sulla scorta delle considerazioni sopra formulate, la Commissione di gara, come da verbale n. 4 del 21.2.2014, prendendo atto di quanto espresso dal RUP nel proprio parere, ha proceduto a



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

riesaminare la documentazione integrativa prodotta dal raggruppamento escluso, accertando, tra l'altro, che la fattura n. 8 di cui sopra “*contrariamente a quanto affermato, non può integrare l'importo minimo previsto dal bando di gara, stante che trattasi, come si evince palesemente dalla fattura stessa, non di attività inerente a quella già fatturata e dichiarata, anche perché è indicato un diverso CIG*” e per questo aveva confermato l'esclusione dalla gara del concorrente.

In seguito all'avvio del procedimento comunicato con nota del 15 aprile 2014, la stazione appaltante con propria memoria del 28 aprile 2014 ha dedotto che la circostanza sopra descritta avrebbe costituito un “fatto nuovo”, consistente nel possesso in proprio dei requisiti senza più fare ricorso all'avvalimento così come dichiarato in sede di partecipazione alla gara.

Al contrario, l'impresa Telos S.r.l. nelle proprie memorie ha sottolineato che la fattura in questione afferisce all'unitaria prestazione di coordinamento di redazione dello strumento urbanistico della provincia di Avellino, poi confluito in un solo PTCP, successivamente integrato.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto di parere verte sulla legittimità o meno dell'esclusione posta a carico dell'impresa istante.

Per rispondere al quesito occorre tenere presente la precisa ricostruzione delle circostanze di gara, così come rappresentate dalle parti interessate nonché del quadro normativo di riferimento.

Emerge, infatti, che l'impresa Telos S.r.l., quale mandante del costituendo raggruppamento orizzontale, sia risultata sprovvista dei requisiti relativi alla capacità tecnico-professionale così come richiesti dal bando di gara, precisamente al punto 15.c.1) sia in proprio che con riferimento ai requisiti prestati dal soggetto ausiliario sulla scorta di apposito contratto di avvalimento.

In particolare, la stazione appaltante sostiene la correttezza del proprio operato ritenendo che l'ulteriore fattura (n. 8/2012), successivamente esibita al fine di dimostrare il possesso in proprio dei requisiti sopra descritti, e non inserita nella tabella riepilogativa allegata alla dichiarazione resa in sede di domanda di partecipazione, secondo la Telos non calcolata per mero errore materiale, sia da ritenersi quale elemento/fatto nuovo e, pertanto non accoglibile secondo la corretta applicazione del principio del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 46, d.lgs. n. 163/2006.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

La Commissione di gara, sulla scorta del parere reso dal RUP, ma anche sulla base della volontà espressa dal concorrente di ricorrere ad un contratto di avvalimento per la dimostrazione del requisito ad essa mancante, ha offerto alla società la possibilità di fornire chiarimenti limitatamente alla insufficienza degli importi trascritti per i servizi prestati dall'ausiliario. L'impresa in questione, anziché esplicitare quanto richiestole, esibisce, a sostegno del possesso del requisito di capacità tecnico-professionale richiesto al punto 15.c.1) del bando, una fattura relativa ad attività svolta in proprio, riferibile ad un "affidamento del servizio di coordinamento scientifico per la valorizzazione degli obiettivi di qualità paesistica per il PTCP della Provincia di Avellino". Sul punto, la società istante ritiene che la fattura in questione possa ritenersi elemento sufficiente ad integrare quanto già dichiarato in sede di domanda di partecipazione circa il possesso in proprio del requisito richiesto, ancorché non inserito nella tabella riepilogativa e, pertanto, niente affatto lo stesso possa considerarsi quale "fatto nuovo".

Orbene, appare preliminarmente doveroso precisare quanto segue.

Se è vero che, per mero errore materiale di trascrizione, la fattura n. 8/2012 non compare né risulta essere stata calcolata, nella tabella riepilogativa da allegare necessariamente alla dichiarazione da rendere in sede di presentazione della domanda di partecipazione circa il possesso del requisito speciale di capacità tecnico-professionale (punto 15.1.c) del bando), non si comprende la ragione in base alla quale il concorrente abbia dovuto fare ricorso all'istituto dell'avvalimento. Delle due l'una: o il concorrente riesce a soddisfare in proprio il requisito richiesto dalla *lex specialis* e, consapevole di ciò, ne tiene adeguatamente conto in sede di partecipazione, con l'esatta indicazione e/o calcolo oppure, nella consapevolezza di non riuscire a soddisfare, in proprio, il requisito richiesto, supplisce mediante avvalimento.

Nel caso di specie, risulta evidentemente che la concorrente abbia fatto ricorso all'avvalimento proprio per dimostrare, tramite soggetto ausiliario, il requisito ad essa mancante inerente l'esecuzione di "almeno n. uno servizio di importo non inferiore al 30%" dell'importo a base di gara pari a euro 307.000,00 al netto di IVA e pertanto pari a euro 92.100,00.

Ne consegue che, l'ingresso della fattura n.8/2012 si risolve quale elemento nuovo rispetto a quanto espressamente dichiarato dal concorrente e pertanto non idoneo ad essere considerato come documento integrativo e/o di specificazione rispetto ad una iniziale carenza. In caso contrario, infatti, il



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

rischio sarebbe quello della lesione del principio della *par condicio*, ammettendo dopo la scadenza del termine di presentazione delle domande l'ingresso di documentazioni o dichiarazioni mancanti.

Nel caso di specie, il concorrente ha modificato *in itinere* la propria partecipazione alla gara, in considerazione dell'insufficienza del requisito prestato dal soggetto ausiliario, rafforzando il proprio mediante esibizione di un nuovo documento.

Pertanto, appare legittima l'esclusione adottata nei confronti della società istante e ogni ulteriore contestazione risulta assorbita.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 novembre 2014

Il Segretario Maria Esposito