

Parere n. 55 del 19 marzo 2014

PREC 217/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Ingegneria Futura Srl - "Procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione di opere di potenziamento, ammodernamento e completamento dell'urbanizzazione del polo industriale di Pettoranello di Molise in loc. Pantaniello" - Importo a base di gara: euro 2.605.910,10 - S.A.: Comune di Pettoranello di Molise (IS).

Art. 38, comma 1 e art. 53, comma 3, del D.lgs. n. 163/2006 - Dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di carattere generale da parte di tutti i progettisti incaricati della progettazione esecutiva.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 28 giugno 2013 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la società di ingegneria Ingegneria Futura Srl, in rappresentanza del costituendo raggruppamento con la ISEA Spa di Lodi, riferisce di essere stata esclusa dalla gara in oggetto per mancanza delle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 da parte dei progettisti facenti parte del raggruppamento medesimo, fatte salve le sole dichiarazioni indicate nelle lettere b) e c) della norma. Il concorrente escluso ha chiesto la riammissione alla procedura di gara in quanto le dichiarazioni richieste ai punti 5.2.1. e 5.2.2. del disciplinare, relative al menzionato art. 38, sono state integralmente rese dalla mandataria del raggruppamento e gli ulteriori soggetti del raggruppamento medesimo hanno limitato la dichiarazione alle sole ipotesi di cui al comma 1, lettere b) e c), come consentito dallo stesso disciplinare di gara, soggiungendo che la *lex specialis* ai summenzionati punti "non prevede che la mancanza di questo tipo di dichiarazioni determini l'esclusione dalla gara", mentre l'art. 38 "prevede l'esclusione nel solo caso in cui la stazione appaltante abbia accertato la mancanza dei requisiti di cui al comma 1 e non nel caso in cui abbia riscontrato la mancata dichiarazione circa il possesso di detti requisiti". Infine, soggiunge l'istante, "il R.T.P. non è stato associato, quindi non è un partecipante alla procedura di gara, ma dal partecipante è stato indicato per la progettazione".

All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 3 ottobre 2013, hanno fatto seguito le controdeduzioni della della S.A. e quelle della ditta MELFI Srl, aggiudicataria controinteressata, che convergono nel ritenere conforme alla *lex specialis* di gara la disposta esclusione.

Considerato in diritto

Dalla *lex specialis* di gara si evince la necessaria presentazione della dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici da parte di tutti i progettisti incaricati della progettazione esecutiva, anche di quelli facenti parte di un apposito raggruppamento temporaneo di professionisti.

Infatti, nel bando di gara si prevede al punto III.2.2, tra le condizioni di partecipazione, quanto alla situazione personale dei professionisti incaricati della progettazione, l'insussistenza delle condizioni di esclusione di cui all'art. 38. Inoltre, al punto 2.1.2.1 del disciplinare si legge che "i requisiti di cui al punto III.2.2 lett. A) del bando di gara devono essere posseduti e dichiarati dai soggetti, nei modi indicati alla successiva Sezione 5 punto 5.2.1 del presente disciplinare di gara, dal professionista incaricato della progettazione esecutiva (o da ciascun soggetto formante l'eventuale raggruppamento temporaneo)". Il richiamato art. 5.2.1 del disciplinare, a proposito dei "professionisti incaricati della progettazione esecutiva", prevede che sia prodotta "Dichiarazione del titolare o del/i legale/i rappresentante/i del professionista - accompagnata da una fotocopia leggibile del documento d'identità del sottoscrittore in corso di validità che ne consenta l'identificazione - di non trovarsi in alcuna delle cause di esclusione previste dall'art. 38 del D.Lgs.n. 163/2006".

Inoltre, da una lettura della seconda parte dell'art. 5.2.1 del disciplinare, emerge in tutta evidenza come gli unici soggetti abilitati a produrre la dichiarazione ex art. 38, comma 1, limitata alle lettere b) e c), siano il "socio/i e direttore/i tecnico/i" del concorrente, ma non certo i mandanti del costituendo raggruppamento. Né, infine, rileva che il RTP dell'appalto integrato in oggetto sia un soggetto indicato dall'impresa esecutrice dei lavori, giacché la facoltà riconosciuta al concorrente di indicare un progettista esterno non può incidere sulla necessità che sia garantita l'affidabilità e l'onorabilità nei riguardi di chi venga comunque in rapporto diretto con la pubblica amministrazione. Dal punto di vista normativo, si richiama la previsione di cui al comma 3 dell'art. 53 del D.Lgs. 163 del 2006, a tenore del quale "quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione".

Si evidenzia inoltre quanto espresso da questa Autorità con Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 recante " **BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli**

articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici”, in particolare che “ Costituisce causa di esclusione la mancanza di uno dei requisiti soggettivi di cui all’art. 38 del Codice, a prescindere dalle indicazioni riportate nel bando di gara (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. III, n. 2557 del 4 maggio 2012). Le cause di esclusione di cui all’art. 38 concernono tutti i contratti pubblici (art. 3, comma 3, del Codice), qualunque ne sia la tipologia e l’oggetto ed indipendentemente dal valore del contratto e dalla procedura di scelta del contraente adottata (si vedano, al riguardo, le determinazioni dell’Autorità n. 1 del 12 gennaio 2010 e n. 1 del 16 maggio 2012)”.

In proposito, il Consiglio di Stato, sent. n. 1896/2012, ha puntualizzato che nel caso di omissione dichiarativa ex art. 38 del codice dei contratti, non potrebbe sussistere “...alcuna esigenza di integrazione o di regolarizzazione di un documento incompleto o difettoso sotto un qualche profilo”, trattandosi di “plateale omissione di una dichiarazione obbligatoria”; ciò in quanto “...i limiti che, in generale, incontra il potere-dovere di chiedere una integrazione documentale e regolarizzare le dichiarazioni lacunose o incomplete, sono molto stringenti dovendo conciliarsi con la esigenza di par condicio, che esclude il soccorso a fronte di inosservanza di adempimenti procedurali significativi o di omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara (Sez. III, n. 2906/2011). Si ritiene pertanto conforme alla normativa di settore l’esclusione dalla gara di Ingegneria Futura Srl, a garanzia del regolare svolgimento della stessa.

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.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 aprile 2014

Il Segretario Maria Esposito