

## **Parere n.133 del 20/06/2014**

### **PREC 14/14/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 MI.DI. COSTRUZIONI Srl - Procedura aperta per l'affidamento "di appalto integrato per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di Rifunzionalizzazione dei locali dell'ex. G.I.L. (già teatro educativo della Casa del Balilla) PO FESR SICILIA 2007/2013 Asse III" - Criterio di aggiudicazione: Prezzo più basso - Importo a base di gara: € 2.327.517,51 - S.A.: Regione Siciliana-Soprintendenza per i Beni Ambientali e Culturali.

**Dichiarazioni del progettista ai sensi dell'art.38 del D.Lgs. n. 163/2006. Modulistica allegata al disciplinare di gara e compilazione.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

La società MI.DI. COSTRUZIONI S.r.l. ha presentato, in data 14 gennaio 2014, l'istanza di parere in oggetto, con cui ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla propria esclusione dalla procedura bandita dalla Soprintendenza per i Beni Ambientali e Culturali della Regione Siciliana. L'istante ha evidenziato che l'esclusione è stata disposta per i seguenti motivi: "a) mancata elencazione dei servizi di progettazione svolti nel rispetto di quanto riportato al punto III.2.2.1.3. del bando di gara e con riferimento alle classi e categorie del progetto di cui alla tabella II.3.3 del medesimo bando (rif. Art. 266 D.P.R. n. 207/2010); b) i professionisti indicati non rendono la dichiarazione di cui all'art. 38 comma 1 m-ter) del D.Lgs. 163/2006". A seguito di ciò la Società ha presentato alla Stazione appaltante istanza di riammissione alla gara, rappresentando, per il punto sub a), che il bando di gara non richiedeva alcun elenco delle prestazioni eseguite dai soggetti incaricati della progettazione, bensì soltanto di autocertificare il possesso dei requisiti di ordine speciale come dai modelli allegati "I" ed "L".

Rappresentava altresì la insussistenza della mancanza di cui al punto sub b), in quanto il modello L predisposto per la formulazione della domanda di gara conteneva la sola dicitura "di non versare in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del D.Lvo 163/2006" e comunque alla stessa erano allegate le dichiarazioni sostitutive dei professionisti incaricati relative ai servizi di ingegneria svolti nonché quelle relative all'art. 38, comma 1, lett. m-ter) D.Lgs. n. 163/2006 in particolare ciascuna indicando "di non trovarsi nelle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. m-ter) del D.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. e in particolare che non è stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203".

La domanda però veniva respinta, in quanto la S.A, pur accogliendo quanto osservato dall'istante a proposito del motivo di esclusione sub a), ha osservato che le dichiarazioni prodotte ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-ter del D.Lgs. n. 163/2006 non erano state effettuate per esteso.

Secondo l'istante sussisterebbero invece nel caso in esame i presupposti per la riammissione in gara per le ragioni rappresentate.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, formalmente avviata con nota del 10 febbraio 2014, l'istante, con nota del 12 febbraio successivo, ha confermato quanto esposto ed allegato all'istanza di parere in esame.

### **Ritenuto in diritto**

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, confermato a seguito delle rimozioni sollevate dall'istante e motivato nei termini che seguono: "in quanto i professionisti indicati, pur non utilizzando il modello predisposto dalla stazione appaltante, e rendendo le proprie dichiarazioni in maniera autonoma, omettono la dichiarazione, per esteso, dell'art. 38 comma 1 lettera m/ter del D.lgs. n. 163/06 (cfr. nota prot. n. 358305 del 23/12/2013)". Al fine di dirimere la questione, occorre prendere le mosse proprio dall'analisi del disciplinare di gara, con riferimento alla figura del progettista e alla relativa documentazione ivi richiesta. Al punto A2) pag. 8 del disciplinare in questione, è previsto che: "qualora il concorrente intenda indicare il progettista qualificato, si dovranno allegare all'istanza di ammissione alla gara di cui alla lettera A) le dichiarazioni di seguito elencate (All.H):

- Dichiarazione indicante nominativamente il soggetto qualificato di cui l'offerente intende avvalersi per la redazione del progetto esecutivo.
- Il progettista così indicato, a sua volta, tramite il soggetto legittimato ai sensi di legge a consegnare la dichiarazione, dovrà produrre autonoma dichiarazione, sottoscritta in forma semplice, con allegata fotocopia semplice di un documento d'identità, ai sensi del combinato disposto degli artt. 35 e 38 del D.P.R. 445/2000 e ss.mm.ii., attestante (All.I):

a) di essere in possesso dei requisiti indicati nel bando di gara al punto III.2.2.1.3 (requisiti di capacità tecnica);

b) di rientrare tra i soggetti di cui all'art. 90 comma 1 lett. d), e), f), g), ed h) del D.Lvo 163/2006 e ss.mm.ii;

c) con riferimento alla legge n. 383/2001 articolo 1 bis, di non essersi avvalso di piani individuali di emersione ovvero di essersi avvalso dei piani individuali di emersione, ma che il periodo di emersione si è concluso. In caso di avvalimento la presente dichiarazione dovrà essere prodotta, altresì, dal soggetto ausiliario.

Alla suddetta dichiarazione dovranno essere altresì allegate le seguenti ulteriori dichiarazioni con allegata fotocopia semplice di un documento d'identità del/i sottoscrittore/i, attestante l'assenza delle seguenti cause di esclusioni:

#### **In caso di professionista singolo**

Dichiarazione di non versare in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del D.L.vo 163/2006 e ss.mm.ii. (All.L.)".

Orbene, con riferimento ai contenuti della dichiarazione da rendere da parte del progettista professionista singolo, secondo quanto richiesto e previsto nel disciplinare di gara, unitamente all'allegato modulo L, occorre precisare quanto segue.

Dall'analisi del disciplinare di gara e del sopraindicato modulo L allo stesso allegato, risulta che il progettista qualora professionista singolo, dovesse rendere, tra l'altro, una dichiarazione di non sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del Codice dei Contratti.

La società istante ha precisato che, le dichiarazioni rese dai professionisti componenti il R.T.P. indicato per la progettazione esecutiva, in ordine alle cause di esclusione previste dall'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 sono state compilate, seppur con una successiva specificazione dei commi dell'articolo in questione, senza in alcun modo escludere il comma 1, lett. m-ter) dello stesso art. 38, in quanto a priori si dichiara di non versare in alcuna delle cause di esclusione.

Risulta infatti che, in sede di presentazione della domanda di partecipazione, le dichiarazioni allegate relative ai singoli professionisti siano state rese in forma libera, senza indicazione del riferimento al comma 1, lett. m-ter) dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.

Successivamente, mediante ricorso in autotutela l'istante, recepite le motivazioni della propria esclusione, provvedeva ad integrare relativamente ad entrambe i profili motivazionali, le dichiarazioni dei progettisti. Nonostante ciò, la S.A. ha ritenuto che quelle relative all'art. 38, comma 1, lett. m-ter) del Codice non fossero state comunque effettuate per esteso.

Nel caso di specie, si evidenzia che sia l'operatore economico, ma anche la stessa S.A. abbiano generato confusione circa i contenuti della dichiarazione da rendere dal singolo progettista con riferimento all'art. 38 del Codice.

In particolare, da una parte il modulo All. L richiama genericamente le cause di esclusione dell'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, dall'altra, l'istante, seppur in forma libera e per ben due tentativi, non pare riesca a soddisfare quanto la S.A. intende richiedere, in quanto le dichiarazioni relativamente all'art. 38, comma 1, lett. m-ter) non sembrano essere comunque sufficientemente articolate.

Orbene, non può certo negarsi che le dichiarazioni in entrambe i casi (sia in sede di domanda di partecipazione che in sede di autotutela) siano state rese in maniera incompleta, ma ciò non esclude la possibilità di ricorrere all'istituto della c.d. integrazione documentale.

Infatti, giova ricordare che in virtù dell'art 46 del Codice degli appalti pubblici le stazioni appaltanti possono invitare i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in merito al contenuto dei soli "certificati, documenti e dichiarazioni presentati", ossia già allegati agli atti di gara, relativi al possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara.

Ma vie è di più. Dal tenore delle dichiarazioni stesse che riportano nel loro contenuto anche la dicitura circa la mancanza di cause di esclusione di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006, sembra essere stato assolto comunque quanto previsto dalla lex specialis che per il singolo professionista richiedeva: "inoltre di non versare in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006".

In base a quanto sopra considerato,

#### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della S.A. non sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 24 giugno 2014

Il Segretario Maria Esposito