

Parere n.137 del 25/07/2012

PREC 111/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Barletta - "Procedura aperta per l'appalto della progettazione definitiva, esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e realizzazione di urbanizzazioni primarie nel Piano di zona della nuova 167 - 2° e 3° triennio" - Data di pubblicazione del bando: 28.10.2011 - Importo a base d'asta: euro 12.031.206,22 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Barletta.

Corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento ed esecuzione. Obbligo di dichiarazione - Obbligo di indicazione delle risorse messe a disposizione dell'impresa concorrente in caso di avalimento - Indicazione del professionista incaricato della progettazione in caso di appalto integrato. Potere di soccorso - Esaustività del requisito di attestazione SOA riportante l'annotazione a comprova della qualificazione per prestazione di progettazione e costruzione per partecipare ad un appalto integrato. Alternatività degli altri requisiti indicati nel bando di gara - Sigillatura con ceralacca dei plichi contenenti le offerte a pena di esclusione. Compatibilità con la novella legislativa di tassatività delle cause di esclusione.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 13 aprile 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Barletta ha formulato quattro distinti quesiti relativi alla procedura di gara in oggetto.

1) La stazione appaltante fa presente che "nella dichiarazione dell'impresa DEC, capogruppo del costituendo raggruppamento in ATI con la mandante Maggi S.r.l., non si evincono le quote in percentuale di partecipazione allo stesso raggruppamento. Inoltre la DEC, priva del requisito di attestazione SOA OG6, class.V (categoria prevalente), dichiara di avvalersi del requisito dell'impresa Istria Sviluppo (ausiliaria), omettendo, quest'ultima, di indicare le risorse, i mezzi, ecc. messi a disposizione dell'impresa concorrente" La stazione appaltante chiede se le suddette omissioni possano costituire motivo di esclusione .

2. La stazione appaltante specifica che l'ATI Ciro Menotti/Costruzioni Pama e la Cooperativa Muratori Pugliesi s.c.a r.l. ha omesso di indicare, tra la documentazione amministrativa prodotta, il professionista incaricato della progettazione, così come previsto dal bando e dal disciplinare di gara. In ragione di tale omissione, il Comune di Barletta ha richiesto alle suddette concorrenti la presentazione successiva di detta dichiarazione, ai sensi dell'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006. La stazione appaltante chiede quindi di conoscere il parere di questa Autorità in ordine all'integrazione documentale disposta nei confronti delle ditte sopra richiamate

3. Con il terzo quesito l'amministrazione procedente chiede se in caso di partecipazione di un concorrente che abbia individuato nel proprio staff tecnico, stante il possesso di attestato SOA per la prestazione di progettazione e di costruzione, i professionisti incaricati della progettazione, sia sufficiente la produzione del solo certificato SOA o sia invece necessario indicare i nominativi dei professionisti e le referenze tecnico professionali in possesso di questi ultimi. E, ancora, se sia possibile che risultino firmatari della progettazione i soli legali rappresentanti delle imprese facenti parte del raggruppamento, senza nessuna indicazione relativa al possesso dei requisiti tecnico professionali e se sia possibile che i professionisti qualificatisi "collaboratori" firmino gli atti tecnici progettuali unitamente ai rappresentanti legali dell'ATI, senza aver effettuato alcuna dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di carattere tecnico professionale e finanziari.

4. Il Comune di Barletta chiede infine di sapere se sia legittima l'ammissione dell'impresa che abbia, in difformità a quanto prescritto nel bando e nel disciplinare di gara, presentato la busta relativa all'offerta tecnica priva della idonea chiusura con ceralacca.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 23 maggio 2012, le ditte direttamente coinvolte nella richiesta di parere quali partecipanti alla gara in oggetto hanno fatto pervenire le loro rispettive deduzioni e controdeduzioni.

Considerato in diritto

L'istanza di parere in esame concerne una serie di quesiti relativi alla procedura indetta dal Comune di Barletta per l'affidamento dei lavori in oggetto, meglio specificati nella parte in fatto.

1. Con riferimento al primo quesito, si osserva quanto segue.

Il D.lgs. 163/2006, all'art. 37 comma 13, prevedendo che i concorrenti riuniti in raggruppamenti temporanei devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione, pone la regola del parallelismo tra quote di partecipazione e quote di esecuzione e quindi tra quote di qualificazione e quote di partecipazione all'A.T.I., affinché la stazione appaltante possa concretamente verificare la serietà ed affidabilità dell'offerta; sicché, la indicazione delle rispettive quote percentuali di partecipazione ai lavori in seno all'offerta del concorrente raggruppato, ha la specifica finalità di consentire alla stazione appaltante di verificare che tale indicazione venga concretamente rispettata nella fase di attuazione del programma contrattuale, ancorché la fase dell'esecuzione non sia connotata da una rigida e meccanica applicazione di tale regola della corrispondenza, in quanto, qualora dopo la stipulazione del contratto si verificassero eventi sopravvenuti idonei ad incidere sul contenuto del contratto, è possibile, nei limiti consentiti dal codice degli appalti, adeguare il contenuto di quest'ultimo alla nuova situazione fattuale venutasi a determinare, anche, eventualmente, con riferimento alla distribuzione delle quote di esecuzione.

Deve, pertanto, ritenersi sussistente lo specifico obbligo delle imprese associate in ATI di dichiarare espressamente le quote di partecipazione, di svolgere la corrispondente percentuale del lavoro ed altresì di essere qualificata, ciascuna, per un importo non inferiore alla quota assunta: ciò in quanto l'ATI serve bensì a consentire a più imprese associate di potersi aggiudicare gare per cui non sarebbero state singolarmente idonee sotto il profilo tecnico o finanziario, ma senza che ciò consenta loro di aggirare le norme sulla qualificazione, che, appunto, deve sussistere in capo a ciascuna in misura almeno pari all'entità di lavoro che essa dovrà svolgere.

Il suddetto obbligo, ai sensi dell'art. 37 del Codice dei contratti, sussiste già al momento dell'offerta, atteso che una dichiarazione ex post, in sede di esecuzione, non potrebbe assolvere allo stesso modo alle esigenze di trasparenza ed affidabilità che impongono la perfetta corrispondenza tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento, stabilite e manifestate sin dall'atto della partecipazione alla gara (ex multis: Cons. St., sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8253).

Un tale obbligo, inoltre, è espressione di un principio generale che prescinde dall'assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria e non consente distinzioni legate alla stessa morfologia del raggruppamento (verticale o orizzontale) o alla tipologia delle prestazioni, principali o secondarie, scorporabili o unitarie (TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 gennaio 2012, n. 160; Cons. St., sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6538; sez. III, 15 luglio 2011, n. 4323; sez. V, 27 ottobre 2011, n. 5736; Id., sez. V, 8 novembre 2011, n. 5892).

In definitiva, l'art. 37, comma 13, cit., con disposizione valida per tutti gli appalti, stabilisce che i concorrenti riuniti in ATI devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, per cui è evidente che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori (o, nel caso di forniture o servizi, di parti di esse) eseguita dal singolo operatore economico e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento, e che vi è la necessità che sia l'una che l'altra siano specificate dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara.

Per quanto ne occupa più specificamente, inoltre, con riferimento all'appalto integrato di cui trattasi, secondo il Consiglio di Stato (v. sez. III, 16 novembre 2011, n. 6048), anche per le gare pubbliche aventi ad oggetto il conferimento di un incarico di progettazione trova applicazione il suddetto principio generale, nel caso di partecipazione di associazione temporanea d'imprese, con la conseguenza che, in caso di mancata osservanza di tale obbligo, l'offerta contrattuale è inammissibile.

1.1. Inoltre, la prescrizione del disciplinare di gara imponeva espressamente che il prestito delle risorse oggetto di avvalimento fosse esplicitamente ostentato con dichiarazione unilaterale recettizia dell'impresa ausiliaria e nel contratto di avvalimento, non potendosi peraltro intendere per "risorse" la mera attestazione SOA, bensì le specifiche dotazioni aziendali ad essa sottostanti.

In punto di diritto, è principio diffusamente condiviso (cfr. da ultimo, TAR Piemonte, 16 giugno 2011, n. 631, TAR Campania Napoli, sez. I, 25 luglio 2011, n. 3967, e Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344) quello per cui sia preciso onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a "prestare" il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo e strumentale: al qual fine è, appunto, utilmente preordinata proprio la clausola disciplinare prescrittiva della dettagliata indicazione delle risorse oggetto di avvalimento (al di là delle generica assunzione di impegni e correlative responsabilità ed in aggiunta alla mera allegazione della attestazione SOA); si tratta quindi di una clausola che, in linea con l'art. 49 del Codice dei contratti, così come interpretato dalla più recente giurisprudenza amministrativa sopra citata, non comporta alcun inutile aggravio del procedimento (né violazione dei principi di economicità e proporzionalità dell'azione amministrativa), risultando, essa, ragionevolmente preordinata a garantire la stazione appaltante circa l'effettivo possesso da parte dell'impresa ausiliata, non del solo documento certificativo dell'astratta idoneità (di altra impresa) all'esecuzione dell'oggetto dell'appalto, bensì dei concreti requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria prescritti dalla legge di gara e attestati dalla

certificazione.

Infatti, ineludibile esigenza delle procedure concorrenziali, conformate ai principi di trasparenza e buon andamento, è che l'avvalimento dei requisiti di qualificazione sia reale e concreto, destinato ad arricchire la capacità tecnica ed economica in vista della corretta esecuzione delle opere. Al riguardo, significativamente l'art. 88 del D.P.R. n. 207 del 2010 ha prescritto nel contratto d'avvalimento l'esplicita indicazione delle risorse e dei mezzi prestati.

Ne consegue che le omissioni evidenziate sono pregiudiziali al prosieguo della gara da parte dell'ATI DEC/MAGGI.

2. Con riferimento al secondo quesito, si osserva quanto segue.

Dalle deduzioni fornite al riguardo dall'Impresa Cooperativa Muratori Pugliesi s.c.a r.l. si rileva che, ai sensi del par. 2.4 del disciplinare di gara (Requisiti del progettista) era sufficiente, ai fini della partecipazione alla procedura, che il concorrente producesse l'attestazione SOA di "Qualificazione per prestazione di progettazione e costruzione", a comprova della disponibilità di un proprio staff tecnico, in alternativa al ricorso ad un'ATI (con) o all'individuazione (di) "un soggetto tra quelli elencati all'articolo 90, comma 1, lettere d), e), f), g) e h) del D.Lgs. n. 163/2006".

Inoltre, i soggetti incaricati della progettazione definitiva ed esecutiva dovevano possedere e dichiarare, oltre alle qualifiche professionali, l'assenza di cause di esclusione e i requisiti di ordine generale, nonché l'iscrizione all'albo professionale.

Infine, la lex specialis nettamente differenziava la posizione dei concorrenti (singoli o associati) ut supra qualificati per le prestazioni di progettazione e costruzione, partecipanti come tali alla gara con l'attestazione SOA - costituente condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria - dalla diversa posizione dei soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lettere d), e), f), g) e h), del d.lgs. n. 163/2006, individuati o associati da altri concorrenti sprovvisti della necessaria qualificazione che, invece, dovevano dimostrare, con idonea documentazione probatoria, il possesso di tali requisiti.

Orbene, se corrisponde al vero quanto affermato dalla deducente Impresa - e cioè che "tutte le dichiarazioni in parola sono state presentate dai tecnici incaricati ma, avendo la Stazione Appaltante allegato al bando di gara numerosi fac-simile di dichiarazioni da compilare ed avendo omesso quella relativa all'indicazione dei professionisti incaricati della progettazione" - l'erronea omissione in ordine a quest'ultima dichiarazione configura un "errore scusabile", sicuramente suscettibile, in quanto tale, del c.d. "potere di soccorso" esercitato nel caso di specie dalla S.A., ai sensi del comma 1, dell'art. 46 del Codice dei contratti.

Pertanto, (anche) alla stregua del criterio teleologico- sostanzialista sotteso al comma 1-bis del citato art. 46 del Codice, si può senz'altro affermare che l'omissione suddetta non poteva costituire causa automatica di esclusione dei concorrenti n. 5 ATI Ciro Menotti/Costruzioni Parma e n. 7 Cooperativa Muratori Pugliesi s.c.a r.l., essendo la fattispecie de qua suscettibile del legittimo esercizio del "potere di soccorso" delineato dal comma 1, del citato art. 46.

3. Con riferimento al terzo quesito, si osserva quanto segue.

Il concorrente n. 6, ATI Tecnomec Engineering srl/Sie Solari spa/Sie Solari Impianti srl, ha dichiarato di essere in possesso della qualificazione SOA per la prestazione di progettazione e di costruzione Classifica VIII, in capo a tutte le ditte facenti parte del raggruppamento, e pertanto di partecipare alla progettazione con il proprio staff tecnico, non facendo alcun riferimento ai suoi componenti ed ai requisiti di carattere generale e tecnico-finanziario in capo agli stessi. Tra la documentazione prodotta risultavano, peraltro, presenti dichiarazioni a firma di n. 4 professionisti, autoqualificatisi "collaboratori".

La S.A. ha richiesto alla concorrente ATI l'elenco dei professionisti firmatari del progetto quali risultanti dagli elaborati progettuali. L'ATI, in riscontro, ha chiarito che i professionisti firmatari della progettazione erano i legali rappresentanti delle singole imprese costituenti il raggruppamento e che i professionisti autodichiaratisi "collaboratori" avevano svolto solo attività ausiliaria. Questi ultimi risultano firmatari degli atti progettuali di cui all'offerta tecnica, in uno ai legali rappresentanti suddetti, senza peraltro aver effettuato alcuna dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di carattere tecnico-professionale.

Ciò premesso, nel caso di specie non si appalesa alcun profilo di apparente illegittimità attinente alla mancata documentazione dei requisiti per l'attività di progettazione, tenuto conto che: a) il bando di gara non imponeva ai concorrenti in possesso di idonea attestazione SOA per la progettazione e costruzione l'obbligo di attestare e documentare il possesso di ulteriori requisiti (con indicazione dei progettisti e certificazione delle pregresse esperienze professionali), ricadendo tale onere documentale solo sui partecipanti sprovvisti di idonea attestazione SOA (cfr. par.2.4. citato sub 2.); b) il possesso di idonea attestazione SOA costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai (soli) fini

dell'affidamento di lavori pubblici (ex multis: TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 29 novembre 2010, n. 25881); c) in ogni caso, qualsiasi sospetta criticità sarebbe destituita di fondamento, in quanto il raggruppamento concorrente si sarebbe attenuto alle prescrizioni della *lex specialis* che non imponevano tale specificazione alle imprese partecipanti nel caso di attestazione SOA previsto dal par. 2.4. a) 1) del disciplinare: trova, quindi, applicazione il principio di tutela dell'affidamento ingenerato dall'amministrazione con propri atti o comportamenti, quale corollario del generale principio di certezza del diritto nonché, secondo diversa ricostruzione, quale espressione del generale obbligo di comportarsi lealmente e secondo buona fede all'interno del rapporto giuridico, il quale impone che si dia alla *lex specialis* una lettura idonea a salvaguardare la posizione dei concorrenti in buona fede, dispensandoli dal dover ricostruire, attraverso indagini integrative, ulteriori ed inespressi significati della volontà della stazione appaltante, che vanifichino il principio di massima partecipazione e l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta.

Nella specie, la *lex specialis* prevede che il concorrente, per potere partecipare alla gara, deve essere in possesso della attestazione SOA, che deve riportare la "qualificazione per prestazione di progettazione e costruzione". La stazione appaltante, pertanto, non avrebbe potuto escludere il raggruppamento concorrente, in quanto il medesimo ha rispettato la prima delle condizioni alternativamente poste dalla stessa stazione appaltante ai fini della partecipazione alla gara, rendendo con ciò manifesto di ritenere sufficiente per detta partecipazione il possesso della attestazione SOA.

Nel caso in esame risulterebbe, inoltre, che la collaborazione dei professionisti sopra citati sarebbe rimasta circoscritta all'interno della compagine imprenditoriale, senza assumere rilevanza esterna ai fini della partecipazione alla gara, fatta salva, seppure a diversi fini, la responsabilità professionale di tutti i soggetti firmatari del progetto.

Invero, solo qualora l'impresa concorrente (singola o associata) fosse stata sprovvista della qualificazione per la prestazione di progettazione e costruzione, rilasciata dalla SOA, per la classifica corrispondente ai lavori da appaltare, la stessa avrebbe potuto partecipare alla gara individuando o associando uno dei soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lett. d), e), j), g) e h) del D.Lgs. n. 163/2006 e s. m. i. ed, in tal caso, il professionista associato o individuato avrebbe dovuto essere in possesso dei requisiti di capacità economica-finanziaria e di capacità tecnica richiesti dal bando di gara.

Ciò posto, nella specie risulta che l'ATI Tecnomec Engineering s.r.l./Sie Solari s.p.a./Sie Solari Impianti s.r.l., essendo in possesso (come dichiarato) della attestazione SOA per prestazioni di progettazione e costruzione nella misura richiesta dalla *lex specialis*, non dovesse, in base alle esposte premesse, fornire alcuna documentazione probatoria dei requisiti d'ordine speciale (economico-finanziario e tecnico-organizzativi) della propria struttura tecnica, in quanto tale dimostrazione era garantita ed assorbita - per manifesta indicazione della S.A. - dal possesso della suddetta attestazione (cfr. al riguardo Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2382).

In conclusione, nel caso di specie è sufficiente il possesso dell'attestazione SOA per la prestazione di progettazione e di costruzione che individua nello staff tecnico del concorrente le professionalità idonee all'affidamento dei livelli di progettazione richiesti, senza che sia necessario che vengano indicati i nominativi dei professionisti e le referenze di ciascuno di essi; è, in tal caso, fatta salva, a fini diversi dalla partecipazione alla gara per l'affidamento di un appalto integrato, la responsabilità professionale dei soggetti che risultino firmatari a qualsiasi titolo della progettazione.

4. Con riferimento al quarto ed ultimo quesito, infine, si osserva quanto segue.

Il criterio teleologico-sostanzialista, di cui al citato comma 1-bis dell'art. 46 del Codice dei contratti - invocato dal deducente Consorzio stabile Appalti Grandi Opere (AGO s.p.a.) come idoneo a dirimere la questione controversa, costituita dal fatto che quest'ultimo ha prodotto la busta n. 2 "offerta tecnica" priva della chiusura con sigilli di ceralacca, in difformità delle prescrizioni del disciplinare di gara - è effettivamente idoneo, nel caso di specie, al fine suddetto.

Nonostante, infatti, la dizione della legge di gara sia inequivoca sul punto, la stessa si appalesa incoerente con la novella normativa sopra richiamata, in quanto viola irragionevolmente i principi di proporzionalità e di favor participationis, senza peraltro che alcun interesse sostanziale (nel caso di specie quello della necessaria segretezza dell'offerta, del rispetto del principio dell'integrità e imputabilità della medesima all'offerente, che governano la materia delle gare pubbliche) sia stato in concreto leso.

Pare, quindi, che le deduzioni conservative dell'effetto utile della partecipazione meritino di essere condivise, apparendo senz'altro sproporzionata la sanzione di esclusione automatica del Consorzio in relazione ad una offerta che, se pure in concreto "sigillata", risultava carente della specifica modalità di sigillatura prescritta dalla legge di gara, per quanto non potesse in alcun modo dubitarsi circa eventuali manomissioni.

Invero, l'interesse sostanziale tutelato dalle modalità di sigillatura è quello della segretezza delle offerte: si vuole, cioè, evitare che le medesime siano facilmente esposte a possibili manomissioni.

Si ritiene allora che, se da una parte è logico e rispondente ad un interesse di gara che la stazione appaltante prescriva ex ante una specifica forma di "sigillatura" che vada oltre la mera chiusura ottenibile anche con altre modalità, diverso è sostenere che sia corretta l'esclusione automatica per la mancanza di una prescritta forma di sigillatura, in un contesto – quale quello in esame – in cui sia oltretutto pacifica l'integrità del plico contenitore, di fatto "sigillato", ancorché difformemente dalle prescrizioni di gara.

La sanzione di esclusione automatica per un plico che, pur potendosi definire sigillato, manchi, in parte, delle forme di chiusura prescritte dalla legge di gara pare, in sostanza, confliggere con il principio di proporzionalità e del favor participationis sopra richiamati.

Da ciò può, quindi, trarsi il corollario secondo cui non è dato alla stazione appaltante, in sede di redazione della legge di gara – specie dopo la novella legislativa sopra richiamata – introdurre sanzioni automatiche di esclusione che prescindano da un apprezzamento di pericolo "concreto" e non meramente "astratto", perché ritenute sproporzionate rispetto all'obiettivo di garantire l'interesse sostanziale che esse intendono proteggere.

In conclusione, quindi, si può affermare, nel caso all'esame, l'illegittimità di un eventuale provvedimento di esclusione del Consorzio AGO s.p.a.

In margine al parere come sopra articolato rispetto a ciascuno dei quattro quesiti posti, si ritiene opportuno offrire alla S.A. alcune ulteriori considerazioni in ordine alla richiesta avanzata dall'Impresa di Costruzioni ALLERTA s.r.l. di applicazione alla procedura in parola del disposto dell'art. 12 del decreto legge n. 52 del 7.5.2012 (in Gazz. Uff., 8 maggio 2012, n. 106) – concernente l'aggiudicazione di appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – secondo cui: "1. Al comma 2 dell'articolo 120 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, è premesso il seguente periodo: "La commissione apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti (...)".

In merito, con la dovuta attenzione al percorso legislativo di conversione in legge di detto decreto, si può affermare che, allo stato della novella normativa di cui sopra, l'applicazione di essa è limitata "alle procedure di affidamento per le quali non si sia ancora proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche alla data di entrata in vigore del presente decreto".

Sul punto, si è espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con la decisione del 28 luglio 2011, n. 13, ha chiarito che il principio di pubblicità delle gare per i contratti pubblici è radicato in canoni di trasparenza diritto comunitario e interno.

In proposito, vengono richiamate espressamente le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, da cui è scaturito il Codice dei contratti pubblici, che, nel recepirle, all'art. 2, comma 1, specifica il precetto comunitario imponendo che l'aggiudicazione degli appalti pubblici avvenga nel rispetto del principio, oltre che di trasparenza, di "pubblicità con le modalità indicate dal presente codice". E se è vero che il D.lgs. n. 163/2006 non enuncia direttamente alcuna regola specifica in materia di svolgimento delle sedute di gara, per un verso, al comma 3, dello stesso art. 2 rende applicabili le disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241 del 1990 "per tutto quanto non espressamente previsto nel presente codice"; per altro verso, rimette al regolamento di cui al DPR n. 207/2010 la disciplina delle modalità con le quali devono operare le commissioni che procedono alla scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 84).

Quanto alla normativa regolamentare, l'attenta analisi che ne ha condotto la giurisprudenza amministrativa ivi citata è pervenuta alla conclusione, confortata anche dall'orientamento della giurisprudenza contabile (Corte dei conti, sez. contr. St., 9.12.1999, n. 108), secondo cui, onde stabilire la necessità o meno di rendere pubbliche le operazioni compiute in determinate fasi di un procedimento amministrativo finalizzato alla scelta di un contraente, occorre distinguere il momento inderogabile, costituito dall'apertura dei plichi contenenti le offerte, che è operazione preliminare, rispetto alla diversa operazione costituita dalla valutazione delle offerte stesse che, invece, a certe condizioni, può svolgersi senza la presenza delle parti.

Ciò depone nel senso che si debba comunque svolgere in pubblico la verifica della integrità di tutti i plichi contenenti l'offerta presentata, con esplicita menzione anche di quello riguardante l'offerta tecnica, essendo la stessa destinata, altresì, a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara.

Con riferimento specifico alla paventata ostensione di documenti al pubblico presente, in pretesa violazione dell'art. 13 del d.lgs. n. 163 del 2006, viene altresì precisato che la verifica dei documenti contenuti nella busta consiste in un semplice controllo preliminare degli atti inviati, che non può eccedere la funzione, che ad essa riconosce la giurisprudenza, di ufficializzare l'acquisizione della documentazione di cui si compone l'offerta tecnica. L'operazione, pertanto, non deve andare al di là del mero riscontro degli atti prodotti dall'impresa concorrente, restando esclusa ogni facoltà degli interessati presenti di prenderne visione del contenuto.

La garanzia di trasparenza richiesta in questa fase si considera assicurata quando la commissione,

aperta la busta del singolo concorrente, abbia proceduto ad un esame della documentazione leggendo il solo titolo degli atti rinvenuti, e dandone atto nel verbale della seduta.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

1. Le evidenziate omissioni siano pregiudiziali al prosieguo della gara da parte dell'ATI DEC/MAGGI;
2. la stazione appaltante abbia legittimamente richiesto l'integrazione documentale ai sensi dell'art. 46, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006;
3. nel caso evidenziato sia da ritenersi sufficiente il possesso dell'attestazione SOA per la prestazione di progettazione e di costruzione, che individua nello staff tecnico del concorrente le professionalità idonee all'affidamento dei livelli di progettazione richiesti, senza che sia necessario che vengano indicati i nominativi dei professionisti e le referenze di ciascuno di essi;
4. la stazione appaltante non possa disporre l'esclusione del concorrente che abbia presentato la busta contenente l'offerta tecnica priva della sigillatura con ceralacca richiesta nel bando.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 luglio 2012

Il Segretario: Maria Esposito