



DELIBERA N. 308

13 aprile 2021.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Studio Florio Srl – Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per i servizi di ingegneria per l'adeguamento alle norme sulla prevenzione incendi nella sede del Consiglio Regionale del Lazio, via della Pisana, 1301, Roma – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 63.389,74– S.A.: Consiglio Regionale del Lazio.

PREC 69/2021/5

Riferimenti normativi

Art. 83 del d.lgs. n. 50/2016

Art. 3 del Decreto del Ministero dei Trasporti 2 dicembre 2016 n. 263

Parole chiave

Requisiti delle società di ingegneria – Professionista antincendio – Rapporto di consulenza o di lavoro subordinato – Servizi tecnici – Principio dell'avvenuto espletamento

Massima

Non massimabile

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 aprile 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0016751 del 25.2.2021, con la quale la società Studio Florio Srl contesta la legittimità della procedura di gara e, dunque, il suo esito, giacché la Stazione appaltante



avrebbe aggiudicato l'appalto ad un operatore economico privo dei requisiti di cui all'art. 3.1, lett. f) dell'avviso pubblico e del paragrafo IV della lettera di invito (*"iscrizione del professionista, o di almeno un socio o dipendente o consulente per ciascun operatore economico, nell'elenco del Ministero dell'Interno, ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 8 marzo 2006, n. 139"*), nonché dei requisiti di cui all'art. 3.2, lett. b) dell'avviso pubblico paragrafo e del paragrafo IV della lettera di invito (*"avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione dell'Avviso di almeno 25 servizi tecnici complessivi, in maggioranza in materia antincendio per richiesta di SCIA, antincendio o CPI, comprese eventuali attività accessorie e strumentali all'interno delle attività principali"*);

CONSIDERATO, più in dettaglio, in relazione al primo requisito, che a giudizio dell'istante «l'art. 3 del decreto del Ministero dei Trasporti 2 dicembre 2016 n. 263, concernente i "Requisiti delle società di ingegneria", stabilisce che ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, il progettista può essere anche un consulente su base annua, munito di partita I.V.A. che firmi i progetti, o i rapporti di verifica dei progetti, o faccia parte dell'ufficio di direzione lavori e che abbia fatturato nei confronti della società una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo risultante dall'ultima dichiarazione I.V.A. Orbene, nel caso di specie, al contrario di quanto apoditticamente affermato dal Consiglio Regionale nella nota prot. n. 0003084 del 22.2.2021, è evidente come all'interno della documentazione presentata dal concorrente primo classificato ai fini dell'ammissione al confronto concorrenziale non risulta presente alcuno dei suindicati elementi indispensabili per poter considerare effettiva la collaborazione con i ridetti professionisti esterni. Tale circostanza risulta, come ognuno vede, del tutto idonea ad invalidare il provvedimento di aggiudicazione reso in favore della [omissis], non essendo stata data prova della concreta partecipazione degli ingg.ri[omissis] all'attività di progettazione svolta dalla società di ingegneria collocatasi al primo posto della graduatoria finale»;

CONSIDERATO, relativamente al secondo requisito, che la società aggiudicataria avrebbe «*indicato in sede di gara alcuni servizi tecnici ancora in corso di esecuzione*», cosicché non avrebbe dato prova «*di aver svolto – id est, eseguito ed ultimato – almeno 25 servizi tecnici complessivi nel decennio antecedente l'indizione della procedura negoziata che ci impegna. Detraendo i quattro servizi suindicati, infatti, il numero di prestazioni eseguite scende sotto il minimo richiesto per la partecipazione alla gara e impone l'esclusione del concorrente*»;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante rigetta entrambe le contestazioni precisando, rispettivamente, che:

- «*ha acquisito il profilo della collaborazione dell'ing. [omissis], iscritto all'albo dei V.V.F. al n. RM 29188/04264, per il quale è verificato di essere stato assunto con contratti annuali di consulenza, che si allegano alla presente. Nell'organigramma aziendale il medesimo è classificato come lavoratore dipendente, con contratti di lavoro a tempo determinato e pieno, cui è applicato il CCNL Commercio – Terziario e servizi, con la conseguenza di dover essere soggetto all'art. 3, [comma 5 –n.d.r.] lettera c), del d.m. 263/2016*»;
- «*25 servizi tecnici affidati ed in corso di verifica d'ufficio, tenuto conto della loro eterogeneità e rilevanza (che include la progettazione di edifici direzionali e residenziali), svolti sia in Italia che all'estero, possa aggiungere aliunde corroboranti elementi idonei ad avvalorare l'idoneità e qualificazione professionale dell'operatore economico aggiudicatario nella procedura negoziata in oggetto, tenuto anche conto del principio di proporzionalità ai fini della fissazione delle condizioni e requisiti per la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici, importato dalla direttiva comunitaria 2014/14/UE. Oltremodo, dalla lettura delle dichiarazioni contenute nella manifestazione di interesse dell'istante Studio Florio s.r.l. non è dato riscontrare se i dichiarati servizi tecnici siano stati svolti o siano tuttora in corso; di contro, dal medesimo punto di vista dell'eterogeneità e rilevanza, essi riguardano esclusivamente prestazioni antincendio in ambito sanitario ed ospedaliero*»;



VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 16.3.2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO, in merito alla prima contestazione, che dalla documentazione acquisita al fascicolo istruttorio (e specificamente dalla Manifestazione di interesse e dal DGUE, rubricato nell'ambito della documentazione di gara come "Modello 1.bis") emerge che la società risultata aggiudicataria dell'appalto, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito di idoneità professionale di cui all'art. 3.1, lett. f) dell'avviso pubblico ("professionista antincendio"), abbia effettivamente qualificato tanto il responsabile che il progettista antincendio come «*Consulenti su base annua*»;

CONSIDERATO, tuttavia, che dalla documentazione in possesso della Stazione appaltante e da quest'ultima prodotta in copia, in allegato alla propria memoria controdeduttiva, emerge altrettanto chiaramente che, nonostante la qualificazione del rapporto in termini di "consulenza", tra la società aggiudicataria e l'ing. [omissis] è stato stipulato un contratto di lavoro a tempo determinato attualmente in proroga fino alla data del 31.7.2021, la verifica della cui regolarità e rispondenza ai requisiti di legge spetta per competenza alla Stazione appaltante;

RITENUTO che l'evidente contraddizione tra la qualificazione in termini di consulenza della prestazione lavorativa dei soggetti responsabili antincendio in discussione (nelle dichiarazioni contenute nel DGUE) e il loro inserimento nell'organigramma dell'azienda in qualità di dipendenti (*rectius* di lavoratori subordinati) necessitava di una verifica volta a stabilire con esattezza la tipologia di contratto che lega tali professionisti alla società aggiudicataria, che la Stazione appaltante dichiara di aver svolto con l'esito (positivo) conosciuto;

RITENUTO, quindi, che la prova del possesso del requisito di cui all'art. 3.1, lett. f) dell'avviso pubblico, attesa la qualifica formale (contrattuale) di "dipendente" e non di "consulente" del responsabile antincendio iscritto nell'apposito elenco del Ministero dell'Interno di cui si discute, deve essere valutata con riferimento all'art. 3, comma 5, lett. c) e non in relazione ai presupposti indicati nella successiva lett. d), come invece sostenuto dall'istante e che l'erronea qualifica indicata nella domanda di partecipazione risulta irrilevante, stante anche la possibilità di regolarizzare comunque tale dichiarazione mediante soccorso istruttorio;

CONSIDERATO, con riferimento alla seconda contestazione, che l'art 3.2 dell'avviso pubblico prevedeva, tra i requisiti di idoneità amministrativa, tecnica, economica e finanziaria, alla lettera b), «*l'avvenuto espletamento di almeno 25 servizi tecnici complessivi, in maggioranza in materia antincendio per richiesta di SCIA, antincendio o CPI, comprese eventuali attività accessorie e strumentali all'interno delle attività principali. A tal fine occorre redigere un elenco, nel quale indicare l'oggetto, la Committenza e l'importo dell'onorario*»;

RITENUTO che l'interpretazione offerta dalla Stazione appaltante del requisito in parola, secondo la quale il numero di 25 servizi tecnici complessivi non sarebbe da considerare tassativo poiché nel caso di specie «*tenuto conto della loro eterogeneità e rilevanza (che include la progettazione di edifici direzionali e residenziali), svolti sia in Italia che all'estero, possa aggiungere aliunde corroboranti elementi idonei ad avvalorare l'idoneità e qualificazione professionale dell'operatore economico aggiudicatario nella procedura negoziata in oggetto, tenuto anche conto del principio di proporzionalità ai fini della fissazione delle condizioni e requisiti per la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici, importato dalla direttiva comunitaria 2014/14/UE*», non può essere accolta, atteso che ciò che rileva in presenza di una clausola formulata in modo chiaro come quella in esame non è il volere recondito dell'Amministrazione, ma unicamente il senso esplicito delle parole utilizzate;



RITENUTO, infatti, che intendere il numero dei servizi tecnici richiesti come non tassativo, bensì unicamente come elemento di valutazione variabile a seconda delle qualifiche generali del concorrente e di mero supporto per “corroborare” l’idoneità e la qualificazione professionale dell’operatore economico già *aliunde* dimostrata, rappresenta una palese violazione del necessario rispetto delle forme procedurali nell’ambito delle procedure ad evidenza pubblica e dei principi generali di parità di trattamento e non discriminazione, dal momento che trasformerebbe il legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa in mero arbitrio;

PRESO ATTO di quanto dichiarato dalla società aggiudicataria in merito alla contestazione del requisito in discussione, ovvero che *«La segnalazione di quattro servizi tecnici riportati come ancora in corso è stata frutto di un eccesso di zelo nella rappresentazione dello stato reale di effettuazione dei servizi. Di seguito, infatti, si conferma che le attività dei quattro servizi tecnici erano in realtà già espletate alla data di sottoscrizione ed invio della domanda di partecipazione:*

- *“MOB NATO AGS Sigonella”*: si fornisce certificato di regolare esecuzione prestazioni che attesta il completamento dei servizi di progettazione già nel 2017.
- *“Costruzione di alloggi e edifici per uffici per OCHA Mogadiscio, Somalia”*: la copia della fattura emessa a saldo dei servizi di progettazione e relativa quietanza di pagamento (Fattura 30/2020), dimostra che alla data del 05/06/2020 i servizi di progettazione erano già stati svolti con efficacia e approvazione del Cliente.
- *Complesso militare “8° Cerimant”*: si fornisce elenco di consegna elaborati approvato e sottoscritto dal RUP in data marzo 2020. Tale documento attesta l’effettivo completamento dei servizi tecnici di interesse nel marzo 2020.
- *Restauro del Complesso monumentale “Santo Spirito in Saxia”*: si fornisce Verbale di riconsegna dei lavori, che attesta che alla data di settembre 2020 i lavori riferiti ai servizi di interesse erano stati consegnati anticipatamente. Di riflesso, i servizi di interesse risultavano conclusi prima di tale data (primo semestre 2020)»;

RITENUTO che, effettivamente, la documentazione prodotta in sede istruttoria dalla società aggiudicataria e sopra menzionata sembrerebbe dimostrare l’avvenuta esecuzione dei 4 servizi oggetto di contestazione da parte dell’istante, così come richiesto dalla *lex specialis* e quindi la circostanza che fossero definiti, in fase di presentazione dell’offerta, come ancora “in corso” appare riconducibile ad una svista compilativa o ad un refuso e non ad una situazione corrispondente alla realtà di fatto;

RITENUTO che le ulteriori argomentazioni svolte dalla Stazione appaltante al fine di motivare la legittimità dell’esito della gara, secondo le quali *«la quantità e qualità degli affidamenti ottenuti nel tempo da Integra AES s.r.l., la loro rilevanza e la loro eterogeneità rispetto ai lavori cui sono dedicati fa certamente presumere, allo stato, una sostanziale ed effettiva idoneità del soggetto allo svolgimento del servizio di ingegneria di adeguamento alle normative antiincendio della sede dell’Amministrazione in Roma, via della Pisana, 1301»*, in uno con l’affermazione, contenuta nella replica alla seconda istanza di annullamento della gara in autotutela, secondo cui i 25 servizi sarebbero ancora *«in corso di verifica d’ufficio»*, così come le altre considerazioni interpretative generali sulle Linee Guida n. 1 in ordine alla definizione di “avvenuto espletamento” delle prestazioni contrattuali, dimostrano che in fase di valutazione delle offerte non sia stata effettuata alcuna verifica di quanto dichiarato dalla società aggiudicataria in merito ai 25 servizi richiesti come requisito di partecipazione, nonostante la stessa li avesse indicati come ancora “in corso” (senza fare alcun riferimento all’opera progettata, che ovviamente ha un seguito rispetto alla progettazione cui si doveva riferire il controllo), che invece doveva essere effettuata, atteso che



dall'eventuale, attestata assenza del requisito in discussione sarebbe dovuta derivare l'esclusione del concorrente;

RITENUTO, nondimeno, che la corretta procedura da seguire nel caso di specie avrebbe previsto l'esperimento del soccorso istruttorio per consentire al concorrente di chiarire, in ordine ai servizi tecnici già dichiarati nell'offerta, lo stato di realizzazione di quei 4 servizi indicati come ancora "in corso" e che tale soccorso, alla luce della documentazione prodotta ai fini del presente parere, avrebbe avuto esito verosimilmente positivo, stante la comprovata presenza di documenti attestanti l'avvenuta realizzazione di siffatti servizi alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

CONSIDERATO quanto da tempo sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa in tema di soccorso istruttorio, laddove in particolare viene valorizzato «*il potere di regolarizzazione come strumento di correzione dell'eccessivo rigore delle forme, donde la tendenza a privilegiare, proprio attraverso l'invito alla regolarizzazione, il dato sostanziale su quello meramente formale in tutti i casi in cui non sia in discussione la sussistenza dei requisiti di partecipazione e la capacità tecnica ed economica dell'impresa; si ammette, pertanto, che la mera previsione (di adempimento cartolare), inserita nella lex specialis a pena di esclusione, non varrebbe di per sé ad esonerare la stazione appaltante dall'onere del soccorso istruttorio, almeno in tutti i casi in cui i vizi di ordine formale che inficiano la dichiarazione del concorrente non siano tali da pregiudicare, sotto il profilo sostanziale, il conseguimento del risultato verso il quale l'azione amministrativa è diretta; la richiesta di regolarizzazione documentale, privilegiando l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti, in tutti i casi in cui i motivi di ordine formale non alterino la parità di condizioni tra gli stessi concorrenti e la carenza formale, non impedirebbe il raggiungimento del risultato avuto di mira*» (così Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 25 febbraio 2014, n. 9);

RITENUTO, in questa più complessiva ed equa valutazione degli interessi in gioco, che gli errori procedurali commessi dall'Amministrazione committente non possono tradursi in un danno per il concorrente aggiudicatario considerato che, di fatto, se fosse stato attivato il dovuto soccorso istruttorio egli avrebbe potuto dimostrare il possesso del requisito richiesto a prescindere dalla erronea qualificazione dei 4 servizi tecnici in discussione come ancora in corso di esecuzione;

RITENUTO, infine, sotto altro profilo, che tale conclusione non appare neppure lesiva della *par condicio competitorum* posto che la Stazione appaltante si è astenuta dall'effettuare la verifica dell'avvenuto espletamento anche dei 25 servizi tecnici dichiarati dalla società odierna istante, nonostante essa stessa non avesse provveduto ad indicare, nella manifestazione di interesse, la data della loro ultimazione, in quanto – come esplicitato nella memoria integrativa dell'istanza – «*l'avviso pubblico richiedeva soltanto la redazione di un elenco recante l'oggetto, la committenza e l'importo dell'onorario*», cosicché le informazioni ulteriori (non richieste dalla *lex specialis*) fornite dalla società aggiudicataria, tra cui appunto la "durata del contratto", non potrebbero logicamente essere usate contro la dichiarante, salvo nell'ipotesi in cui non fosse confermata *per tabulas* la loro veridicità; ciò che però nel caso che ci occupa si deve escludere per le motivazioni più sopra esplicitate,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che:

- il possesso del requisito di idoneità professionale di cui all'art. 3.1, lett. f) dell'avviso pubblico, debba essere verificato sulla base dei presupposti normativi di cui all'art. 3, comma 5, lett. c) del D.M. 2 dicembre 2016, n. 263;



- nonostante la mancata verifica delle dichiarazioni circa il possesso del requisito di idoneità tecnica, economica e finanziaria di cui all'art. 3.2, lett. b) dell'avviso pubblico, nonché la mancata, doverosa attivazione del soccorso istruttorio in favore dell'operatore economico risultato aggiudicatario, l'effettivo possesso di siffatto requisito non può essere pregiudicato né da un mero errore materiale commesso nella compilazione della manifestazione di interesse, né dall'omissione procedurale della Stazione appaltante;
- pertanto, il provvedimento di aggiudicazione non risulta essere in contrasto con le disposizioni normative e della *lex specialis* sopra richiamate.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 aprile 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente