

# *Autorità per la vigilanza*

*sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*

**Parere n. 35**

**del 31.01.2008**

**PREC416/07**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Centro Sviluppo e Gestione dei Servizi Informatici d'Ateneo dell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna – procedura ristretta per la fornitura di servizi NOC per la rete dati dell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna. S.A.: Alma Mater Studiorum Università di Bologna - Centro Sviluppo e Gestione dei Servizi Informatici d'Ateneo.

## **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

*Considerato in fatto*

Il Centro Sviluppo e Gestione dei Servizi Informatici d'Ateneo dell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna ha indetto con bando pubblicato sulla GUCE in data 19.10.2006 una gara, nelle forme della procedura ristretta, ad oggetto la fornitura di servizi per il monitoraggio della rete dati dell'Ateneo di Bologna, la manutenzione delle apparecchiature di rete, l'erogazione di servizi professionali. Successivamente alle operazioni di prequalifica, la stazione appaltante ha inviato ai partecipanti qualificatisi le lettere di invito nelle quali veniva richiesto di confermare o modificare quanto dichiarato in prequalifica. La commissione nella prima seduta di gara ha proceduto a verificare la documentazione amministrativa e ad effettuare il sorteggio ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. 163/2006. All'impresa estratta, Società Laboratori Guglielmo Marconi S.p.A., la commissione di gara ha richiesto di comprovare il possesso di quanto dichiarato in prequalifica ed in particolare: "a) il fatturato globale dell'impresa relativo al triennio 2003-2005 di importo non inferiore a due volte il valore della base d'asta; b) il fatturato per servizi analoghi, relativo al triennio

2003-2005, di importo pari o superiore alla base d'asta; c) esibizione del contratto per servizi analoghi, dichiarato in prequalifica, e del valore pari ad almeno 1/3 della base d'asta". In fase di esame dei documenti successivamente prodotti, la stazione appaltante ha rilevato coerenza documentale rispetto ad i punti a) e b), ed una discordanza per quanto attiene al punto c), avendo l'impresa in sede di prequalifica indicato come oggetto del contratto "servizi di help desk informatico, gestione tecnica e software integrato per la gestione centralizzata dei servizi"; mentre successivamente, in sede di verifica ai sensi dell'art. 48, ha esibito un contratto avente ad oggetto "servizi di help desk informatico, gestione tecnica delle stazioni di lavoro compresa la fornitura di un software integrato per la gestione centralizzata dei suddetti servizi". La stazione appaltante, oltre a rilevare la discordanza tra quanto dichiarato e quanto presentato, è entrata anche nel merito del contratto, rilevando che tale contratto non trattasse servizi analoghi ai servizi oggetto del bando di gara.

In data 31 luglio 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto con la quale la Alma Mater Studiorum Università di Bologna ha richiesto di esprimersi, alla luce di quanto sopra esposto, in merito ai seguenti quesiti: i) in quale fase della procedura di una gara ristretta vada applicato l'art. 48 del D.Lgs. 163/2006, e precisamente se in sede di prequalifica, ovvero al momento di presentazione delle offerte; ii) se sia possibile per la stazione appaltante entrare nel merito del contratto oggetto della verifica, ovvero se debba limitarsi ad una mera presa d'atto della documentazione prodotta; iii) se, nella fattispecie descritta, vi sia o meno difformità tra quanto dichiarato nell'istanza di partecipazione e quanto prodotto, in sede di applicazione del predetto art. 48.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la Società Laboratori Guglielmo Marconi S.p.A. ha evidenziato come il contratto fornito riguardi servizi nel settore oggetto della gara e analoghi a quelli oggetto della gara stessa. Pertanto esso, secondo quanto sostenuto dalla società, sarebbe conforme al dettato dell'art. 41 del D.Lgs. 163/2006 il quale richiede referenze relative ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara e, pertanto, di servizi non necessariamente identici a quelli oggetto della gara. L'art. 48 del D.Lgs. 163/2006, secondo quanto sostenuto dalla società, prevede una verifica da parte della stazione appaltante che deve limitarsi al solo controllo della veridicità di quanto dichiarato in sede di prequalifica e non alla natura del contratto, che è stata già appurata in sede di prequalifica.

*Ritenuto in diritto*

Il dettato dell'art. 48, comma 1, del D.Lgs. 163/2006 dispone testualmente che *“le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito”*. Il citato disposto normativo, ai sensi del quale il sorteggio deve avvenire *“prima di procedere all'apertura delle offerte”* presuppone il fatto che la fase di prequalifica sia già stata realizzata e siano, pertanto, state presentate le offerte, la cui apertura deve essere preceduta dal sorteggio. Tale interpretazione è confermata dalla seconda parte del comma, dove viene precisato che i requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico organizzativa richiesti sono indicati nel bando di gara o nella lettera di invito. E' evidente che il legislatore abbia voluto riferirsi con la previsione *“bando di gara”* alle procedure aperte, e con *“lettera di invito”* alle procedure ristrette.

Alla luce del sopra riportato articolo, di conseguenza, è agevolmente possibile rispondere al primo quesito posto dalla stazione appaltante che il sorteggio ex art. 48 del D.Lgs. 163/2006 nelle procedure ristrette vada eseguito successivamente alla fase di prequalifica e prima dell'apertura delle offerte presentate dai soggetti qualificatisi, che hanno formulato l'offerta sulla base delle indicazioni contenute nella lettera di invito, come del resto correttamente ha agito la Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

Passando al secondo quesito in ordine alla possibilità o meno per la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. 163/2006, di entrare nel merito del contratto oggetto della verifica e di valutare se esso sia o meno analogo a quello oggetto del bando, ovvero se detta verifica debba limitarsi alla comprova dei requisiti precedentemente dichiarati dal partecipante si osserva quanto segue.

Secondo una interpretazione rigorosa, la funzione dell'art. 48 del D.Lgs. 163/2006 è quella di comprova della veridicità delle dichiarazioni presentate e, pertanto, il compito regolato da tale norma in capo alla stazione appaltante sarebbe limitato alla suddetta verifica.

Ciò posto, deve, tuttavia, osservarsi, in via generale, che, come anche enunciato dal giudice amministrativo, la prequalificazione nelle procedure ristrette costituisce un'autonoma fase subprocedimentale, funzionalmente diretta ad una prima selezione dei soggetti da invitare e di carattere prodromico al procedimento di gara vero e proprio, avente rilievo eminentemente esplorativo, perché diretta all'individuazione di tutte le imprese potenzialmente interessate che *prima facie* appaiano in possesso della necessaria affidabilità ed idoneità tecnico-operativa. Tale fase è diretta ad individuare non già le imprese più diligenti nella redazione formale della documentazione, ma quelle potenzialmente idonee sotto il profilo tecnico, sicché si connota per una preliminare, non formalistica né risolutiva, valutazione dell'idoneità tecnica e finanziaria degli aspiranti all'invito, mentre nella successiva fase di presentazione delle offerte vere e proprie la stazione appaltante potrà e dovrà valutare nuovamente e concretamente la loro posizione in rapporto ai requisiti sostanziali richiesti dalla lettera d'invito, escludendo coloro che ne siano oggettivamente privi. Ne discende, nella medesima fase di prequalificazione, un minor rigore nell'interpretazione delle clausole del bando, in ossequio al canone per cui gli atti di gara vanno interpretati nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, tenuto anche conto che la cosiddetta regolarizzazione costituisce un principio generale in materia di gare comunitarie, espressione di un ordinario modo di procedere, quando vi sia un principio di prova relativamente al possesso in concreto dei requisiti richiesti (TAR Lazio, Sez. III, 4 novembre 2003 n. 9431; T.A.R. Lazio, sez. III ter, 28/6/2006 n. 5278).

Di conseguenza allorché la stazione appaltante, come nel caso di specie, ad una ulteriore verifica, in sede di applicazione dell'art. 48 del D.Lgs. 163/2006, si accorga che il requisito dichiarato non sia conforme alla *lex specialis* di gara, sarà senz'altro legittimata ad entrare nel merito del contratto prodotto, per verificare se lo stesso abbia o meno un oggetto analogo a quello del bando di gara, eventualmente modificando la valutazione adottata previamente in sede di prequalificazione.

Ad ogni buon conto, la stazione appaltante conserva, in ogni caso, in base al principio costituzionale di buon andamento e con l'obbligo di dare esplicita e puntuale contezza del potere esercitato, il potere di riesaminare gli atti adottati, se ciò risulta opportuno a seguito di circostanze sopravvenute o sulla base di un diverso apprezzamento della situazione preesistente, ed eventualmente revocare in autotutela le determinazioni previamente adottate. L'adozione di provvedimenti in autotutela rappresenta come noto, infatti, un potere/dovere in capo alla stazione appaltante, da esplicarsi in qualunque momento nel corso di una procedura ad evidenza pubblica si manifestino vizi determinanti per l'individuazione del contraente, fermo restando tuttavia il rispetto degli elementi di principio (obbligo di motivazione, concrete

ragioni di pubblico interesse, contraddittorio procedimentale, adeguata istruttoria) cui l'adozione di provvedimenti in autotutela per la rettifica di atti invalidi è subordinata.

Infine in ordine all'ultimo quesito in merito alla valutazione della eventuale difformità tra quanto dichiarato nell'istanza di partecipazione e quanto prodotto, in sede di applicazione dell'art. 48 del D.Lgs. 163/2006, si osserva che questa è una valutazione che deve essere operata dalla stazione appaltante medesima, sulla base delle caratteristiche e delle specifiche tecniche contenute nel capitolato speciale di gara.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

Ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- il sorteggio ex art. 48 del D.Lgs. 163/2006 nelle procedure ristrette vada eseguito successivamente alla fase di prequalifica;
- la stazione appaltante conserva il potere di verificare nel merito la rispondenza dell'oggetto del contratto prodotto in sede di verifica, ai sensi dell'art. 48 D.Lgs. 163/2006, con quello oggetto del bando di gara.

**I Consiglieri Relatori**

Piero Calandra

Guido Moutier

**Il Presidente**

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 febbraio 2008