

Parere n.239 del 21/12/2011

PREC 250/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla ECOMAR srl – “*Procedura aperta per l’appalto dei servizi di consulenza specialistica di supporto all’Ufficio Tecnico relativi ai lavori di riconversione irrigua e sistemazione idraulica della zona S. Tammaro Santa Maria la Fossa, Grazzanise – Comprensorio irriguo Carditello in sinistra Volturno – Il Lotto*” – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: euro 223.300,00 – S.A.: Consorzio Generale di Bonifica del Bacino Inferiore del Volturno.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 22 settembre 2011 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale la Società ECOMAR S.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto disposta dal Consorzio Generale di Bonifica del Bacino Inferiore del Volturno.

In riscontro all’istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha sostenuto la legittimità del proprio operato, per le ragioni di seguito esposte.

Con deliberazione commissariale n. 576/ADN del 4 novembre 2011, la S.A. ha proceduto all’aggiudicazione definitiva dei servizi in oggetto. Con successiva comunicazione n. 7936 dell’8 novembre 2011 è stata data informazione ai partecipanti dell’esito della gara.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell’esclusione disposta dal Consorzio Generale di Bonifica del Bacino Inferiore del Volturno nei confronti della ditta ECOMAR S.r.l.

Al riguardo, vanno rilevate una serie di criticità che in tutta evidenza emergono già dalla memoria prodotta dalla S.A. incrinandone a tal punto l’impianto deduttivo da lasciare intravedere nell’operato della stessa uno sviamento dalla normativa di settore.

Valga, invero, considerare quanto segue:

1. Viene, anzitutto, in rilievo lo sviamento indotto dall’improprietà lessicale (“consulenza”) adoperata per definire l’oggetto dell’appalto dei “servizi di ingegneria” posto a base di gara; tale improprietà lessicale è vieppiù evidente sol che si consideri quanto categoricamente affermato da questa Autorità nella Determinazione n. 5 del 27 luglio 2010 (“*Linee guida per l’affidamento dei*”

servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria”), sub 1.1 (“*Inquadramento generale*”), al paragrafo 20, dove si legge: “*In relazione all'affidamento di attività di supporto alla progettazione, si ribadisce quanto affermato con la deliberazione n. 76/2005 in merito al fatto che la “consulenza” di ausilio alla progettazione di opere pubbliche nel quadro normativo nazionale non è contemplata*”.

Pertanto, alla prestazione professionale di che trattasi – costituente, come del resto si evince *de plano* dagli elaborati posti a base di gara, “*Attività di progettazione definitiva*” – si attaglia piuttosto il termine di esternalizzazione della funzione, per come divisata ai sensi del 6° comma dell'art. 90 (“*Progettazione... esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici*”) del D.Lgs. n. 163/2006 e come d'altronde si deduce dagli obblighi derivanti a carico dei professionisti esterni, ai sensi dell'ultimo inciso del precedente comma 5, del medesimo articolo.

2. Di seguito, si rileva l'ulteriore sviamento, insito nell'affermazione secondo cui “*La gara prevedeva quale requisito tecnico di partecipazione servizi tecnici ricadenti in categoria VII b secondo le specifiche ex art. 66, comma 1, del DPR 554/99 riportate con chiarezza al punto 2.3.1. del Disciplinare di gara*”.

Al riguardo si evidenzia che l'art. 66, comma 1 (attuale art. 263, comma 1, del DPR n. 207/2010) si riferisce espressamente ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di partecipazione alle gare, ai quali è affatto estraneo l'improprio rinvio alla categoria VII b contemplata dall'art. 14 della legge n. 143 del 2.3.1949 (Tariffa professionale degli Ingegneri ed Architetti), esclusivamente dettato “*agli effetti della determinazione degli onorari a percentuale dovuti al professionista*”, per cui le opere ivi considerate vengono suddivise nelle classi e categorie descritte nell'elenco ai medesimi fini predisposto, ove per l'appunto è contemplata l'anzidetta categoria concernente “*Bonifiche ed irrigazioni con sollevamento meccanico di acqua (esclusi i macchinari). Derivazioni d'acqua per forza motrice e produzione di energia elettrica*”.

Sarebbe stato opportuno, al riguardo, che la S.A. approfondisse quanto dedotto *ab initio* sul punto dalla Società istante e cioè che la medesima si proponeva di partecipare alla gara in oggetto, unitamente al s.i.a. (Studio Ingegneri Associati di Milano), in forza di una vasta e consolidata esperienza professionale in “*progettazioni di reti irrigue tubate in pressione*”, le quali, tuttavia, erano certificate dai soggetti attuatori con la classe VIII, in aderenza ad analogo parere del Consiglio Nazionale degli Ingegneri, per tale tipo di opere. Secondo detto parere, infatti, ai soli fini dell'applicazione della tariffa professionale, gli studi di impianti d'irrigazione, tenuto presente il disposto dell'art. 2 della tariffa, sarebbero da classificarsi, per analogia, a quelli della classe VIII.

E' evidente, pertanto, lo sviamento da cui è affetta, per contro, l'interpretazione della S.A., consistito nella pretermissione dell'interesse pubblico di verificare l'attitudine tecnica del candidato in riferimento alla tipologia delle attività professionali effettivamente svolte per vari committenti pubblici – come in atti – e ciò indipendentemente dalla classificazione delle stesse, peraltro conferente a fini del tutto estranei al vaglio di detta idoneità tecnica.

Viepiù si palesa il suddetto sviamento, se si considera il monito di questa Autorità contenuto nella citata Determinazione n. 5/2010, contenuto nel paragrafo 2.2., punti 32 e 34, secondo cui “*deve essere considerato illegittimo ogni bando di gara che produca l'effetto di restringere la concorrenza e la massima partecipazione degli operatori del settore senza un'ammissibile ragione, in violazione dell'articolo 49 (ex 59) del Trattato CE, norma applicabile a tutti gli appalti, di qualsiasi importo essi siano...In particolare, nelle gare per l'aggiudicazione di servizi di ingegneria, una costante giurisprudenza afferma che, in ossequio al principio dell'interesse pubblico alla più ampia partecipazione, in assenza di tassativa disposizione normativa in ordine*

alle forme di dimostrazione dei requisiti, occorre rifuggire ogni inutile formalismo che conduca a restringere il numero dei concorrenti”.

Giova *a fortiori* considerare, sul punto, che sulle “*cause di esclusione*” è opportunamente intervenuto di recente il legislatore con l’art. 4, comma 2, lett. d), del D.L. 13 maggio 2011, n.70, conv. in legge 12 luglio 2011, n. 106 – che, non a caso, ha aggiunto l’attuale comma 1-*bis* nel corpo dell’art. 46 del Codice dei contratti, cui pure ha fatto concreto riferimento la S.A. a proposito della richiesta di documenti e informazioni complementari, come si dirà nel prosieguo – stabilendone espressamente la tassatività, onde evitare il ricorso ad interpretazioni riferite, caso per caso, a situazioni non tipizzate ed alla distinzione tra irregolarità sostanziali e formali.

Ciò sia detto, *incidenter tantum*, al fine di meglio lumeggiare il filo conduttore del parere richiesto, costituito dal ripudio delle irregolarità formali, privilegiato dallo stesso legislatore.

Le suddette novità sono in vigore dal 14 maggio 2011, essendo state introdotte con decreto legge e non modificate dalla legge di conversione; sul piano transitorio, si applicano, quindi, soltanto alle procedure i cui bandi o avvisi siano successivi alla suddetta data di entrata in vigore del citato D.L. n. 70/2011, *ex art.* 4, comma 3; a rigore, quindi, non si applicherebbero al bando di gara in oggetto, pubblicato il giorno precedente (13 maggio 2011) e, tuttavia, si consideri che il medesimo bando fissava la scadenza per il ricevimento delle offerte il giorno 23 giugno 2011, per cui motivi di buon andamento procedimentale avrebbero consigliato un prudente apprezzamento delle circostanze del caso concreto, in ossequio al *favor participationis*, specie considerando l’esiguo numero (3) di candidati alla gara in oggetto.

3. Quanto, poi, all’asserita irricevibilità della richiesta della Ecomar di partecipare alla gara – in quanto in possesso dei requisiti di idoneità tecnica per lo svolgimento della prestazione richiesta – pervenuta alla S.A. alle ore 18.36 del 16 giugno 2011 e cioè dopo il termine assegnato ai candidati quale “*data ultima di accesso ai documenti e/o richiesta*” fissato per le ore 12.00 del medesimo giorno (16 giugno 2011), la stessa è palesemente priva di un valido fondamento giuridico, dal momento che il riscontro del RUP alla richiesta medesima ha univocamente confermato il carattere meramente ordinatorio del suddetto termine, nell’interpretazione datane dalla stessa S.A.

Priva di alcuna utilità, ai fini che ne occupano, è anche la considerazione circa l’assenza di ricorsi, tanto avverso il bando di gara quanto avverso il provvedimento di aggiudicazione n. 576/ADN del 4 novembre 2011.

4. Va puntualizzato che, ai sensi del prefato art. 46, comma 1, del Codice dei contratti – e non già “*in un atteggiamento di voler ampliare la partecipazione anche in totale assenza dei requisiti di qualificazione (partecipazione) del concorrente*”, come impropriamente dedotto dalla S.A. – la Commissione di gara decideva di richiedere alla Ecomar la documentazione integrativa ritenuta necessaria ad attestare il possesso della qualificazione tecnico-economica del candidato e detta richiesta veniva poi formalizzata con nota consortile n. 4071 del 12 luglio 2011.

In particolare, viene evidenziato che tra la documentazione suddetta v’era quella con “*esplicita descrizione, a firma del RUP, delle attività oggetto degli affidamenti...con elenco dettagliato delle singole categorie di lavoro interessate dal progetto*”, sulla quale s’è appuntato il giudizio di carenza della S.A., posto a fondamento della esclusione della Ecomar. Senonché, il giudizio *ut supra* formulato risulta, anch’esso, affetto da un palese sviamento, in quanto la dichiarazione del RUP non era affatto “*necessaria alla identificazione delle opere*”, potendosi agevolmente dedurre la “tipologia” e la “classe” delle medesime dalla documentazione prodotta dalla Ecomar.

In buona sostanza, si è osservato che la Ecomar ha interpellato la S.A. in data 16 giugno 2011, prima della presentazione dell'offerta, sulla questione della tipologia della prestazione professionale richiesta dal bando in Classe VII b della legge 2/3/149 n. 143, al fine di ottenere un assenso a produrre la documentazione relativa alla progettazione di interventi irrigui corredati di certificazioni nella Classe VIII della stessa legge (Declaratoria: acquedotti e fognature). Il costituendo raggruppamento possedeva, infatti, come dimostrato, una consistente esperienza in progettazione di reti irrigue con sollevamento meccanico dell'acqua per importi complessivi (lavori a base d'asta) di oltre 100.000.000,00 di euro negli ultimi 10 anni, certificati dagli Enti Committenti (tutti Consorzi di Bonifica) sempre in Classe VIII, ai fini della tariffa professionale.

La suddetta richiesta di tenere conto delle certificazioni di impianti irrigui, indipendentemente dal tipo di classificazione assegnata, ad altri fini, dagli Enti committenti, è stata pertinentemente suffragata dal richiamo all'interesse della S.A. di *“verificare l'attitudine tecnica del candidato in riferimento alla tipologia delle attività effettivamente svolte, indipendentemente da come esse siano state classificate da altri soggetti, rifuggendo ogni inutile formalismo”*, come espressamente previsto dalla prefata Determinazione di questa Autorità del 27/7/2010.

La società istante ha, pertanto, ritenuto di poter partecipare alla gara, fornendo a supporto della documentazione prodotta la seguente dichiarazione: *“Si chiarisce che le progettazioni sopraindicate sono tutte riferite ad impianti irrigui tubati, con sollevamento meccanico, classificati contrattualmente in classe VIII, per le condotte, in classe IIIa per le opere elettromeccaniche ed impiantistiche dei sollevamenti e in classe IIIc per gli impianti di telecomando, telecontrollo e automazione comiziale...”*.

Lo stesso Consorzio, con la prefata nota del 12/7/2011, in merito alle attività svolte dalla Ecomar, rientranti nella classe VIII e non nella classe VIIb richiesta dal Disciplinare di gara, decideva di richiedere la documentazione integrativa di cui sopra. Da qui, l'ulteriore sviamento palesato da un indebito aggravio del procedimento *ex art. 1, comma 2, della legge n. 241/1990* – al cui rispetto l'art. 2, comma 3, del D.lgs. n. 163/2006 richiama esplicitamente le stazioni appaltanti – per non avere coerentemente utilizzato il c.d. “potere di soccorso” di cui al primo comma del prefato art. 46, in aderenza alla recente modifica di tale disposizione ad opera dell'aggiunto comma 1-bis, che, nell'introdurre il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, ha vieppiù avvalorato il principio di matrice comunitaria della prevalenza della sostanza rispetto a quella della forma (cfr. tra le più recenti: T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 7 ottobre 2011, n. 7785).

E che la documentazione prodotta con nota del 2/8/2011 dalla Ecomar fosse *ictu oculi* sufficiente a dare contezza della tipologia di opere (irrigue) progettate, al fine della dimostrazione del requisito di idoneità richiesto, è chiaramente evincibile dalla distinta degli interventi irrigui per i quali risultavano essere stati eseguiti i servizi di ingegneria, come da allegate certificazioni rilasciate dagli enti committenti e, in alcuni casi, anche dai voti di approvazione tecnica da parte dei Provveditorati o Comitati Tecnici, descrittivi con precisione le tipologie delle opere progettate, individuate quali opere irrigue – realizzate con reti tubate – con sollevamento meccanico dell'acqua.

In tal senso, è ulteriormente conferente la precisazione della Società istante, per cui *“l'importo delle suddette certificazioni prodotte per progettazioni di opere irrigue presentate ammonta ad euro 102.043.980,24 che, aggiornati ai sensi dall'art. 50 comma 2, del D.P.R. 554/99 ammontano ad euro 118.702.886,85. Tale importo, ottenuto quale somma delle due classi sopra indicate (il riferimento è alla classificazione, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 143/1949, in Classe VIII per le condotte e opere di linea ed in Classe III, categoria a, per le apparecchiature elettromeccaniche degli impianti di sollevamento relativi), è logicamente da raffrontarsi con il valore di euro 63.000.000,00*

corrispondente all'importo complessivo di opere irrigue progettate, richiesto a base di gara e pari a 3 volte l'importo determinato nella tabella dell'elaborato A (all. 3) di € 21.000.000,00, che comprende euro 1.600.000,00 per apparecchiature elettromeccaniche relative a impianti di sollevamento meccanico dell'acqua".

5. Un ulteriore sviamento è riscontrabile nell'asserto della Commissione di gara, circa la carenza della *"esplicita descrizione a firma del RUP dei lavori dichiarati per l'identificazione delle opere classificate in categoria VII b, richiesta dal bando di gara"*, posta a fondamento dell'esclusione della Società istante. Essa è, infatti, del tutto estranea alla finalità sostanziale sottesa al ricorso all'art. 46 sopra citato, che avrebbe dovuto essere unicamente quella di appurare l'idoneità della documentazione prodotta, al fine di dimostrare, al di fuori di ogni ragionevole dubbio, la rispondenza delle caratteristiche delle opere progettate alle specifiche richieste del bando di gara.

6. Infine, l'indice sintomatico di ulteriori sviamenti è costituito dalle affermazioni della S.A., secondo cui *"la Commissione di gara, secondo le prescrizioni dettate dal disciplinare di gara, era tenuta alla verifica pedissequa dei requisiti tecnici prescritti dal bando. Disattendere le prescrizioni del bando sarebbe stata una chiara e grave violazione della "par condicio"... La richiesta fatta alla Ecomar circa la esplicita dichiarazione, a firma del RUP... non presente nella documentazione integrativa, era condicio sine qua non per poter asserire l'affinità delle opere certificate alle opere oggetto della gara"*.

Invero, quanto alla *"verifica pedissequa dei requisiti tecnici prescritti dal bando"*, l'affermazione relativa si pone in palese contraddizione con l'espressa finalità dell'art. 46 del Codice dei contratti, in tal modo configurando, come sopra precisato, un indebito aggravio del procedimento; ma, quel che più conta, la stessa affermazione contraddice la funzionale connotazione di ausiliare tecnico della S.A. della Commissione giudicatrice, segnatamente ai sensi del secondo comma dell'art. 84 dello stesso Codice, secondo cui *"la Commissione... è composta da... componenti... esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto"*.

Inoltre, quanto alla tutela della *"par condicio"*, essa risultava all'evidenza non vulnerata dal *"potere di soccorso"*, esercitabile – come in effetti esercitato dalla S.A. attraverso il meccanismo dell'integrazione di cui all'art. 46 del Codice dei contratti – per consolidato orientamento giurisprudenziale, allo scopo di completare o fornire chiarimenti sulla documentazione presentata, come nel caso di specie, dal concorrente (cfr. *ex multis*: Consiglio Stato, sez. V, 3 agosto 2011, n. 4628; Id., Sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365; Id., Sez. III, 3 marzo 2011, n. 1371; Id., Sez. V, 2 agosto 2010, n. 5084).

Infine, è stato dianzi osservato come la documentazione prodotta, a tal fine, dalla Ecomar fosse, di per sé, idonea a soddisfare i requisiti richiesti e, per tal verso, come sia sintomatico lo sviamento deducibile dall'affermazione per cui la richiesta di una esplicita dichiarazione, a firma del RUP, non presente nella documentazione integrativa, fosse *"condicio sine qua non per poter asserire l'affinità delle opere certificate alle opere oggetto della gara"*.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei sensi di cui in motivazione, non conforme all'ordinamento di settore l'operato della S.A..

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data

Il Segretario: Maria Esposito

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 dicembre 2011

Il Segretario Maria Esposito