

Parere n. 32 del 13/03/2013

PREC 273/12/F

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Avv. Fabio Saliento in nome e per conto della società Selex Elsag s.p.a.– “Ammodernamento tecnologico e potenziamento operativo del sistema di radiocomunicazione del Corpo Forestale della Regione Siciliana, compresa l'installazione di una dorsale digitale pluricanale e la realizzazione di un sistema di videosorveglianza di nuova generazione a tutela del patrimonio boschivo e delle aree naturali protette”. - Importo a base d'asta €27.023.200,00 – S.A.: Regione Sicilia – Assessorato Regionale del Territorio e dell'Ambiente – Comando Corpo Forestale – Area 3- Palermo.

Appalto misto. Art. 14 D.Lgs. 163/2006. Appalto di fornitura. Offerta incompleta per omessa presentazione progetto esecutivo. Applicazione in via analogica disciplina lavori pubblici non contrastante con disciplina pubbliche forniture. Legittima esclusione.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 16 novembre è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'Avv. Fabio Saliento, in nome e per conto della Selex Elsag s.p.a., mandataria del costituendo Raggruppamento con Telecom Italia e GEG telecomunicazioni, ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'esclusione dalla gara indetta dalla Regione Sicilia per l'affidamento dell'ammodernamento tecnologico ed il potenziamento operativo del sistema di radiocomunicazione del Corpo Forestale, del suddetto raggruppamento.

In particolare, il raggruppamento istante, come da verbale n. 10 del 05.07.2012, è stato escluso in quanto l'offerta tecnica presentata è risultata “*non rispondente al bando per importanti e numerose carenze rispetto al livello di progettazione esecutiva*” oltre che per la mancanza, sugli elaborati presentati, del timbro e della firma di progettisti abilitati all'esercizio della professione, come previsto dall'art. 15, co. 12 del D.P.R. n. 207/2010.

Dalla lettura del citato verbale n. 10 si evince, peraltro, che anche gli altri concorrenti partecipanti alla gara sono stati esclusi con la medesima motivazione, fatta eccezione per Sistet s.r.l., aggiudicataria provvisoria.

Il raggruppamento istante contesta la suddetta esclusione sull'assunto che, trattandosi di appalto di forniture, la disciplina dettata dal codice per i lavori non poteva trovare applicazione.

Lo stesso contesta poi la mancata riapertura dei termini per la presentazione delle offerte da parte della stazione appaltante che, con le risposte fornite ai numerosi quesiti presentati, avrebbe modificato la legge di gara. Altra contestazione attiene, invece, alla procedura di nomina della commissione di gara, ritenuta dal raggruppamento istante illegittima per violazione dell'art. 84 del Codice.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità, la Regione Sicilia ha ribadito la legittimità del proprio operato, e la Sistet S.r.l., che in data 26 novembre si è definitivamente aggiudicata la gara *de qua*, nel difendere l'operato della stazione appaltante ha ribadito la legittimità della *lex specialis* che richiedeva espressamente il possesso dell'attestazione SOA nella categoria OS 19, a conferma della applicabilità alla gara in questione anche della disciplina dettata per i lavori pubblici.

Ritenuto in diritto

La prima questione controversa, oggetto del presente esame, concerne l'esclusione del raggruppamento istante dalla gara in oggetto disposta in quanto l'offerta tecnica da quest'ultimo

presentata è risultata *“non rispondente al bando, per importanti e numerose carenze rispetto al livello di progettazione esecutiva”*.

Più specificamente, la Commissione di gara ha rilevato, rispetto alla suddetta offerta tecnica, l'assenza della maggior parte dei documenti di cui si compone il progetto esecutivo ai sensi dell'art. 33 del D.P.R. n. 207/2010. Dal verbale n. 10 del 5 luglio 2012 emerge, infatti, che il raggruppamento istante non ha presentato le relazioni specialistiche (art. 33 punto b)), gli elaborati grafici (punto c)), i calcoli esecutivi delle strutture e degli impianti (punto d)), il piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti (punto e)), il piano di sicurezza e coordinamento e lo studio dell'impatto ambientale di cui all'art. 24 del D.P.R. n. 207/2010.

Sostiene però l'istante che l'esclusione sia stata inopinatamente disposta in quanto il progetto esecutivo non era espressamente e puntualmente richiesto dalle disposizioni della legge di gara né, d'altro canto, era previsto dalle richiamate disposizioni di legge, le quali si riferiscono unicamente agli appalti di lavori pubblici e non a quelli di forniture, come è l'appalto in esame. In particolare, si specifica che poiché la fornitura di beni ad alto e complesso contenuto tecnologico costituiva l'oggetto principale dell'appalto, il progetto esecutivo richiesto nella *lex specialis* doveva essere inteso in senso atecnico e generale, essendo, le opere civili e impiantistiche previste, meramente accessorie e secondarie. Inoltre, non essendo state ancora rilasciate le autorizzazioni e le licenze necessarie alla realizzazione del sistema, non sarebbe stato possibile realizzare il progetto esecutivo, e ciò in considerazione di quanto prescritto all'art. 33 co. 1 d.P.R. 207/2010 secondo cui *“Il progetto è redatto nel pieno rispetto del progetto definitivo nonché delle prescrizioni dettate nei titoli abilitativi o in sede di accertamento di conformità urbanistica, o di conferenza di servizi o di pronuncia di compatibilità ambientale, ove previste”*.

Dall'esame della documentazione agli atti, si rileva quanto segue.

Nel disciplinare di gara, sotto la rubrica *“Oggetto d'appalto”*, si legge: *“Il presente bando si riferisce al servizio relativo all'intera progettazione esecutiva dell'intervento nonché alla fornitura e posa in opera dell'intera opera...”*, analogamente il bando di gara all'art. II.1.5 nel fornire una *“Breve descrizione dell'appalto o degli acquisti”* richiama espressamente la *“progettazione esecutiva...”*. Ancora, nel disciplinare, a pag. 3, si legge *“L'idea progettuale di massima, di supporto e indirizzo al progetto esecutivo richiesto nel presente bando...”*.

Inoltre, sempre nel disciplinare di gara si legge (pag. 17) che il concorrente, tra le varie dichiarazioni, deve attestare *“di aver ritirato e preso visione di tutta la documentazione a corredo del bando di gara, necessaria per la redazione del progetto esecutivo”*. A pagina 21 del medesimo disciplinare - lett. B.2) si legge, con riferimento alla busta B *“offerta tecnica”*, ed a pena di esclusione, che *“ai fini della valutazione dell'elemento pregio tecnico, il concorrente dovrà presentare il progetto di livello esecutivo, il quale dovrà prevedere le seguenti necessità...”*.

Anche in tema di chiarimenti ai quesiti (quesito n. 3) –peraltro, espressamente dichiarati vincolanti- la stazione appaltante ha risposto che *“La progettazione che sarà presentata dai concorrenti in sede di offerta avrà carattere esecutivo”*.

Pertanto, dalla lettura delle sopra indicate disposizioni della *lex specialis* di gara, si evince che il progetto esecutivo veniva richiesto ai fini della valutazione dell'offerta, ed a pena di esclusione. Ne consegue che la stazione appaltante, in attuazione delle prescrizioni di gara, ha legittimamente disposto l'esclusione del raggruppamento per le importanti e numerose carenze riscontrate a livello di progettazione esecutiva.

Ora, con riferimento all'appalto in oggetto, è opportuno rilevare che esso costituisce un appalto misto di lavori, servizi e forniture, di cui la fornitura rappresenta la componente prevalente, mentre il servizio e le opere civili costituiscono una componente minoritaria (25%). Ai sensi dell'art. 14 co. 2 lett.a) D.Lgs. 163/2006, *“un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione, è considerato un «appalto pubblico di forniture»”*.

Da ciò ne consegue l'applicabilità in via diretta della disciplina prevalente delle pubbliche forniture, ma, in via analogica, anche di quella dei pubblici lavori, se non in contrasto con la normativa

prevalente, e ciò al fine di evitare vuoti normativi. Ne deriva che i criteri di cui agli artt. 33 e 34 d.P.R. 207/2010, fatti propri dalla stazione appaltante (verbale n. 10/2012), ancorchè relativi agli appalti di lavori pubblici, possono senz'altro trovare applicazione - in quanto non in contrasto con la disciplina delle pubbliche forniture - anche all'appalto misto in esame.

La circostanza evidenziata dall'istante secondo cui l'assenza delle autorizzazioni amministrative di cui all'art. 33 co. 1 d.P.R. cit. non consentiva l'effettiva esecuzione del progetto, non ha alcun rilievo ai fini della necessaria presentazione del progetto esecutivo, come peraltro evidenziato nella risposta al quesito n.3, dove l'amministrazione, dopo avere precisato il carattere esecutivo della progettazione da presentare in sede di offerta, ha specificato che *“entro 30 giorni dalla stipula del contratto, il soggetto aggiudicatario dovrà aver consegnato al Direttore dell'esecuzione del contratto la documentazione finale con gli elementi che mettano la regione nella condizione di presentare agli Enti interessati le domande per ottenere le autorizzazioni relative alle frequenze radio e alla realizzazione delle infrastrutture o all'ospitalità nei siti destinati ad installare i ponti radio e i ridiffusori del sistema.”*

Né può avere alcun rilievo il richiamo, fatto dall'istante, al potere di soccorso o alla tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46 D.Lgs. 163/2006.

Per quanto riguarda il potere di soccorso, è il caso di precisare che questo non è esercitabile in caso di incompleta presentazione dell'offerta, pena la sicura violazione della *par condicio* tra i concorrenti.

A tal proposito, il Cons. Stato Sez. V, 31-03-2012, n. 1896 ha stabilito che *“L'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 codifica uno strumento inteso a far valere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma nell'esibizione della documentazione ai fini della procedura selettiva, onde non sacrificare l'esigenza della più ampia partecipazione per carenze meramente formali nella documentazione; tuttavia, i limiti che, in generale, incontra il potere-dovere di chiedere una integrazione documentale e regolarizzare le dichiarazioni lacunose o incomplete, sono molto stringenti dovendo conciliarsi con la esigenza di par condicio, che esclude il soccorso a fronte di inosservanza di adempimenti procedurali significativi o di omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara”*; il Cons. Stato Sez. VI, 06-06-2011, n. 3365, analogamente, ha stabilito che *“Ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, la stazione appaltante invita le imprese partecipanti alla gara a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni. La norma contempla il c.d. "potere di soccorso" della stazione appaltante, che si articola in una duplice possibilità accordabile ai concorrenti, ossia il completamento della documentazione ed il chiarimento in ordine al contenuto della documentazione già presentata. La norma, pur ispirata al principio della massima partecipazione, va coordinata con l'esigenza di tutela della par condicio tra i concorrenti e di celerità dell'azione amministrativa. Pertanto non è consentita la produzione, dopo la scadenza dei termini fissati dal bando, di documenti richiesti a pena di esclusione, né la stazione appaltante può, al riguardo, formulare una richiesta di integrazione documentale”*. Inoltre, il T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 06-07-2011, n. 739 ha espresso un principio di portata assorbente e pienamente applicabile alla fattispecie in esame, secondo cui *“L'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 ed il relativo dovere di soccorso alle imprese non è invocabile, quando la procedura di gara è pervenuta alla fase di valutazione dell'offerta. Invero, il perimetro applicativo del citato art. 46 resta circoscritto e contenuto alla fase della prequalificazione, atteso che la norma dispone che la stazione appaltante invita i concorrenti a chiarire il contenuto di dichiarazioni o documenti presentati in sede di offerta ed è doverosamente delimitato temporalmente e confinato alla fase nella quale l'Amministrazione deve ammettere alla gare le imprese. Viceversa la norma non può trovare applicazione per interpretare, chiarire o completare dati afferenti alla successiva fase dell'offerta in senso proprio, pena la violazione della par condicio”*.

Con riguardo alla tassatività delle cause di esclusione, sicuramente la presentazione di un'offerta incompleta, mancante del progetto esecutivo, determina la legittimità della causa di esclusione, trattandosi di un'ipotesi di difetto degli elementi essenziali dell'offerta, ai sensi dell'art. 46 co. 1

bis D.Lgs. 163/2006. Inoltre, come sopra evidenziato, gli atti di gara disponevano espressamente l'esclusione in caso di omessa presentazione del progetto esecutivo.

La seconda questione controversa, oggetto del presente esame, concerne l'ulteriore motivo di esclusione del suddetto raggruppamento ovvero *“la presentazione di elaborati privi di firma e di timbro da parte di progettisti abilitati all'esercizio della professione, come previsto dalla legge”*. L'istante sostiene che non possa trovare applicazione il co. 12 dell'art. 15 d.P.R. 207/2010 secondo cui *“Tutti gli elaborati devono essere sottoscritti dal progettista o dai progettisti responsabili degli stessi nonché dal progettista responsabile dell'integrazione fra le varie prestazioni specialistiche”*, poiché trattasi di appalto di forniture.

Anche questa censura non è fondata, in quanto, come sopra evidenziato, la disciplina degli appalti di lavori pubblici, se non contrastante con quella relativa alle pubbliche forniture, può senz'altro riempire i vuoti normativi e trovare applicazione in via analogica. Inoltre, la sottoscrizione di un progetto tecnico (sia esso di livello preliminare, definitivo o esecutivo) deve necessariamente derivare da un professionista abilitato, in quanto, altrimenti, è *tamquam non esset*. Con l'ulteriore conseguenza che, nel caso di specie, non necessitava una specifica disposizione del bando che la prevedesse come causa di esclusione, essendo, la legittimità dell'esclusione, derivazione dei principi generali esposti e della suddetta disposizione di legge.

Oltre a contestare i motivi dell'esclusione disposta in suo danno, l'istante chiede a questa Autorità se, in seguito alle rilevanti modifiche apportate alla *lex specialis* di gara con le risposte ai quesiti (cfr. nn. 14, 25, 44, 46, 6, 48, 2, 7, 8, 4 e 9), la stazione appaltante avrebbe dovuto riaprire i termini per la presentazione delle offerte, ai sensi dell'art. 70 D.Lgs. 163/2006. Rappresenta, poi, che, anche laddove si volessero ipotizzare motivi di urgenza tali da giustificare la fissazione di un termine ridotto per la presentazione delle offerte, la Regione avrebbe comunque omesso di esplicitare tali supposte ragioni, sicché la mancata assegnazione ai concorrenti di un nuovo termine risulterebbe illegittima per assoluto difetto di motivazione.

La censura va respinta in fatto, posto che le risposte ai quesiti non costituiscono modifiche alla legge di gara, ma meri chiarimenti che non obbligavano l'amministrazione alla riapertura dei termini. Peraltro, su apposita istanza della Selex, i termini erano stati riaperti e prorogati di ulteriori giorni 20, al fine di consentire ai concorrenti di elaborare il progetto esecutivo così come richiesto nel bando.

Infine, l'istante lamenta la violazione dell'art. 84 D.Lgs. 163/2006 nella nomina dei componenti la commissione di gara da parte della stazione appaltante che, omettendo di verificare preventivamente la presenza di adeguate professionalità nel proprio organico, avrebbe proceduto ad un irrituale e atipico sorteggio tra i nominativi di esperti forniti dalle università, senza accertare l'effettiva esperienza dei candidati commissari nel settore oggetto d'appalto; la Regione Sicilia, inoltre, non avrebbe applicato il criterio di nomina a rotazione.

La censura va respinta in quanto, innanzitutto, non risulta che la stazione appaltante, prima di procedere alla nomina dei commissari, non abbia verificato la presenza di adeguate professionalità al suo interno. Inoltre, l'amministrazione ha fatto legittima applicazione del citato art. 84 laddove stabilisce che *“i commissari diversi dal presidente sono scelti... con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie: ...b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza”*. Detto elenco è stato formato - previa richiesta dei nominativi alla Presidenza delle facoltà di ingegneria - dalle Università di Catania, Enna, Firenze, Messina, Napoli, Palermo, Pisa, Roma, Salerno, Torino. Infine il criterio di rotazione era ininfluenza poiché nessuno dei componenti della commissione giudicatrice era stato mai nominato dalla stazione appaltante.

Conseguentemente, deve ritenersi che l'esclusione nei confronti del raggruppamento istante sia stata legittimamente disposta e che la procedura seguita dalla Regione Sicilia per l'affidamento dell'appalto in oggetto sia conforme all'ordinamento di settore e non presenti profili di illegittimità.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che i motivi di censura mossi dall'istante siano infondati e che l'esclusione disposta nei confronti del raggruppamento Selex Eltag s.p.a./Telecom Italia/GEG Telecomunicazioni sia legittima.

Il Consigliere Relatore: Luciano Berarducci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 aprile 2013

Il Segretario Maria Esposito