

PROCEDURA APERTA PER L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI ARCHITETTURA, INGEGNERIA RELATIVI A: PROGETTAZIONE DI FATTIBILITÀ TECNICA ED ECONOMICA, DEFINITIVA ED ESECUTIVA E COORDINAMENTO DELLA SICUREZZA IN FASE DI PROGETTAZIONE, CON RISERVA DI POTER AFFIDARE, TOTALMENTE O PARZIALMENTE, ANCHE I SERVIZI DI DIREZIONE LAVORI, MISURA E CONTABILITÀ, ASSISTENZA AL COLLAUDO E LIQUIDAZIONE E COORDINAMENTO DELLA SICUREZZA IN FASE DI ESECUZIONE, INERENTI I LAVORI DI MESSA A NORMA ANTINCENDIO DEL PRESIDIO OSPEDALIERO "ANTONIO SEGNI" DI OZIERI

CIG 8053835AE2 - CUP B53D18000000006

VERBALE N. 3 – SEDUTA RISERVATA

Addì quattordici del mese di maggio dell'anno duemilaventi alle ore 10:00 presso gli uffici della S.C. Progettazione e LL.PP. ubicati a Nuoro, c/o vecchio ospedale San Francesco in via Demurtas 1, il seggio di gara, nella persona del Dott. Filia Franco Luigi, in qualità di figura di supporto al RUP - Responsabile del Procedimento per la fase di affidamento, ha proceduto ad esaminare la nota inviata via PEC dal concorrente r.t.p. Mytos e più (in seguito Mytos) -assunta al protocollo col n. PG/2020/86508 in data 07/04/2020- avente ad oggetto: "Istanza di annullamento in autotutela dell'esclusione e di riammissione alla gara".

La ridetta nota è allegata al presente verbale per costituirne parte integrante e sostanziale.

All'istruttoria dell'istanza procede il Dott. Franco Luigi Filia, in virtù di quanto stabilito dalla Determinazione N. 6319 del 12.12.2019; gli esiti della suddetta attività e la proposta motivata di adozione dei conseguenti provvedimenti verranno sottoposti al RUP per seguito di competenza, ai sensi dall'art 31 del D. Lgs. N. 50/2016 e degli artt. 34 e 35 della L.R. N. 8/2018.

Mytos ha contestato il provvedimento di esclusione adottato nei suoi confronti per le motivazioni indicate nel relativo verbale delle sedute riservate nelle quali si è proceduto all'esame di merito della documentazione amministrativa contenuta nella "Busta (A) di Qualifica", al fine di accertarne la conformità a quanto richiesto nel disciplinare di gara.

L'esclusione è stata comminata per l'accertata carenza, non sanabile, di uno dei requisiti di partecipazione che la legge speciale di gara richiedeva come obbligatorio a pena di esclusione; in sintesi, il provvedimento espulsivo è stato adottato per quanto previsto dall'art. 7 del disciplinare di gara ed in particolare del paragrafo "7.3 Requisiti di capacità tecnico-professionali" che alla "lett. J)" disciplinava la composizione minima del gruppo di lavoro (complessivamente costituito da almeno sei persone fisiche distinte) e le possibili coincidenze tra le figure professionali costituenti il predetto gruppo "minimo" (per cui si rimanda alla relativa tabella esplicativa nel dettaglio della composizione del gruppo con previsione delle possibili ipotesi di coincidenza fra le molteplici professionalità ivi richieste).

Nel caso di specie, è stato evidenziato come il gruppo di lavoro proposto, seppure composto da sette persone fisiche distinte, compreso tuttavia, in tale numero anche il giovane professionista, e comunque di consistenza numerica regolare, prevede ipotesi di coincidenza non consentite e precisamente, nella persona dell'Ing. Enrico Sini, fra le figure di:

- Progettista Elettrico – Esperto impiantista elettrico, Elettrotecnico
- Progettista Esperto in materia di Prevenzione Incendi

Il ricorrente non contesta, anzi condivide, la lettura e l'interpretazione delle disposizioni del disciplinare di gara poste a fondamento dell'esclusione, che tuttavia ritiene illegittima affidando le proprie doglianze ad un unico motivo, come di seguito testualmente richiamato:

"Come si evince chiaramente dal modulo della domanda di partecipazione presentata dalla scrivente, il gruppo di lavoro proposto è costituito da sette professionisti distinti e quindi da un numero pacificamente maggiore rispetto a quello minimo richiesto.

In particolare, per quanto riguarda la ripartizione dei vari ruoli, per un mero errore di trascrizione nella tabella riportata nella domanda di partecipazione, l'Ing. Enrico Sini è stato indicato sia per il ruolo di Progettista Elettrico sia per il ruolo di Progettista Esperto in materia di Prevenzione Incendi.

Quanto precede costituisce però un mero errore formale.

Infatti, quest'ultima figura, ossia il Progettista Esperto in materia di Prevenzione Incendi, avrebbe dovuto essere ricoperta dall'Ing. Dario Solmona, il quale è stato indicato quale Coordinatore della Sicurezza in fase di progettazione e in fase di esecuzione.

Come detto sopra, infatti, in base alla tabella del Disciplinare di gara, tali figure possono coincidere tra loro e l'Ing. Dario Solmona è in possesso dei requisiti professionali necessari per entrambi i ruoli.

Da ciò deriva che, sotto il profilo sostanziale, il RTI è senz'altro in possesso del requisito di partecipazione in questione, la cui mancanza è stata rilevata solo a causa del suddetto errore formale.

Dal momento che il possesso del requisito è pacificamente dimostrato sulla base dei documenti presentati in gara, l'esclusione del RTI è illegittima."

Mytos, a sostegno della richiesta di annullamento dell'esclusione e la riammissione in gara, richiama alcuni precedenti giurisprudenziali; questi richiami avvalorano la tesi di parte per cui le irregolarità formali della documentazione amministrativa non possono comportare l'esclusione, senza avere prima consentito al concorrente la regolarizzazione tramite l'istituto del soccorso istruttorio.

Il soccorso istruttorio, nella ricostruzione di Mytos, sarebbe legittimamente attivabile in quanto la carenza - seppure correttamente rilevata - dei requisiti di partecipazione sia addebitabile ad una mera irregolarità documentale o dichiarativa, che può essere regolarizzata senza ledere il principio della "par condicio" a ciò ostando solo l'eventuale carenza sostanziale del requisito di partecipazione richiesto negli atti di gara.

Così delineati i termini della questione, ad avviso del seggio, l'istanza, siccome motivata adducendo un errore meramente formale che ha determinato un vizio altrettanto formale della dichiarazione, seppure validamente presentata ma, per quanto detto, irregolare, in presenza tuttavia del possesso sostanziale del requisito, può trovare positivo accoglimento per le motivazioni che seguono.

L'art. 14 del disciplinare di gara "Soccorso Istruttorio" -che fa richiamo all'art. 83 comma 9 del Codice riproducendone parzialmente i contenuti ed esplicitando le coordinate ermeneutiche della norma- per quanto interessa la presente questione, così afferma: *"L'irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata. La successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta.*

Nello specifico valgono le seguenti regole:

- il mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione non è sanabile mediante soccorso istruttorio ed è causa di esclusione dalla procedura di gara;*
- l'omessa o incompleta nonché irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione e ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità del DGUE e della domanda, ivi compreso il difetto di sottoscrizione, sono sanabili, ad eccezione delle false dichiarazioni;"*.

Anche la Giurisprudenza Amministrativa si è espressa favorevolmente, in un caso assimilabile a quello del quale ci si occupa, la legittima attivazione del soccorso istruttorio (c.d. "processuale")

"In particolare, si tratta di stabilire, in assenza di puntuali regole legislative, la disciplina sostanziale e processuale delle vicende nelle quali, come nel caso in esame, risulta accertato in giudizio che:

a) la stazione appaltante abbia illegittimamente ammesso alla gara un'offerta carente, sotto il profilo meramente formale, del prescritto supporto documentale, idoneo a dimostrare in modo adeguato il possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione del concorrente;

b) l'indicata carenza documentale e probatoria, se riscontrata tempestivamente nel corso dello svolgimento della procedura di gara, non avrebbe consentito l'immediata esclusione dell'offerta, ma avrebbe imposto alla

stazione appaltante l'attivazione del procedimento del soccorso istruttorio sostanziale, disciplinato dal codice dei contratti pubblici.

23.2. La Sezione richiama, preliminarmente, l'ampia giurisprudenza di questo Consiglio, la quale ha delineato la portata oggettiva e sistematica della disciplina del soccorso istruttorio, la quale, attuando nell'ordinamento nazionale un istituto del diritto europeo dei contratti pubblici a recepimento facoltativo, ha enfatizzato l'impostazione sostanzialistica delle procedure di affidamento.

La disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario.

In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili.

23.4. Ritiene infatti il Collegio che la scelta sostanzialistica del legislatore, diretta ad impedire l'esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è prova del possesso del requisito, deve applicarsi anche quando l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione (non essendone avveduta la stazione appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento.

In tale caso, infatti, l'irregolarità della dichiarazione si configura come vizio solo formale e non sostanziale, emendabile secondo l'obbligatoria procedura di soccorso istruttorio.

23.5. La successiva correzione, o integrazione documentale della dichiarazione non viola affatto il principio della par condicio tra i concorrenti, in quanto essa mira ad attestare, correttamente, l'esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l'obbligatorio procedimento di soccorso istruttorio.

26.4. La Sezione ritiene, però, che l'aggiudicataria, per poter validamente invocare in sede processuale il principio del soccorso istruttorio, al fine di paralizzare la doglianza diretta ad ottenere la sua esclusione dalla gara, possa limitarsi ad una deduzione difensiva, diretta a dimostrare, che, in ogni caso, sussiste il possesso dei requisiti sostanziali di partecipazione.

A tal fine la parte è gravata dall'onere, ex art. 2697 c.c., della dimostrazione della natura meramente formale dell'errore contenuto nella dichiarazione: può validamente spendere tale argomento difensivo solo dimostrando in giudizio di disporre del requisito fin dal primo momento, e cioè da quando ha reso la dichiarazione irregolare. (così Consiglio di Stato Sez. III Sent. n. 975 del 2/3/2017).

Anche ANAC nella recente Deliberazione N. 932 del 16.10.2019 ribadisce che "CONSIDERATO, per quanto attiene al rilievo sub a), che il principio sul quale si fonda il soccorso istruttorio, come precisato dalla determinazione ANAC n. 1 dell'8 gennaio 2015 già all'epoca del codice previgente, è quello di dare rilievo all'effettiva sussistenza dei requisiti in capo ai concorrenti, piuttosto che alle formalità e alla completezza del contenuto delle dichiarazioni rese. Il soccorso istruttorio non può essere invocato nel caso dell'assenza di un requisito di qualificazione, posto che esso non consiste nell'integrazione tardiva della documentazione che deve essere acquisita con la domanda di partecipazione, perché tale ipotesi concretizzerebbe una sorta di sanatoria ex post e risulterebbe contraria al principio di par condicio dei concorrenti e di tassatività dei termini per la presentazione delle offerte, nonché alla stessa disciplina di gara ed alle norme in materia di possesso dei requisiti di partecipazione".

Quanto sopra premesso, si è proceduto ad accertare, d'ufficio, trattandosi di informazione ricavabile da documenti pubblici ufficiali, il possesso, in capo all'Ing. Dario Solmona, del titolo di legge richiesto, per lo svolgimento della specifica funzione, dalle norme in materia di prevenzione incendi, ovvero l'iscrizione nell'elenco del Ministero dell'Interno ai sensi dell'art. 16 del d. lgs. N. 139 del 8 marzo 2006 come professionista abilitato antincendio; l'accertamento ha avuto esito positivo, risultando che l'Ing. Dario

Solmona, nato il 23/02/1988, iscritto all'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Sassari, è iscritto nel ridetto albo con il Codice SS01475I00363.

Il seggio di gara, per quanto ritenuto in fatto e considerato in diritto, propone al RUP l'annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione adottato nei confronti del r.t.p. Mytos e più e la conseguente riammissione dello stesso al proseguo della gara.

Alle ore 12:00 il seggio di gara dichiara chiusa la seduta riservata.

Il Seggio di Gara

Dott. Franco Luigi Filia

Responsabile Fase di Affidamento - Verbalizzante

Allegati: 1: nota n. PG/2020/86508 del 07/04/2020

IL RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO

VISTI gli artt. 34 e 35 della L.R. N. 8/2018;

l'art 31 del D. Lgs. N. 50/2016;

VISTO il VERBALE N. 3 – SEDUTA RISERVATA, redatto dal responsabile della fase di affidamento, nel quale vengono riportati gli esiti complessivi dell'attività istruttoria di esame e valutazione della nota del r.t.p. Mytos e più n. PG/2020/86508 del 07/04/2020 avente ad oggetto: "Istanza di annullamento in autotutela dell'esclusione e di riammissione alla gara";

RITENUTO che gli esiti della predetta attività, come espressi nel predetto verbale, e la annessa proposta di adozione dei conseguenti provvedimenti, siano condivisibili e meritevoli di approvazione,

DISPONE

in accoglimento della richiamata istanza, l'annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione e la riammissione al proseguo della procedura in epigrafe del r.t.p. Mytos e più.

Olbia, _____

Il Responsabile Unico del Procedimento

Ing. Giandomenico Padre