



DELIBERA N. 359

17 luglio 2024

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata da SEA Costruzioni Srl – Gara telematica a procedura aperta per l'affidamento in appalto integrato della progettazione esecutiva ed esecuzione lavori di efficientamento energetico del palazzo comunale - Piazza Pasquale Festa Campanile - Melfi - Importo a base di gara: euro 827.277,83 – S.A. Comune di Melfi (PZ) – CIG: A023582CCB - **istanza presentata singolarmente**

UPREC-PRE 0167-2024-L-PREC

Riferimenti normativi

Art. 5 d.lgs. n. 36/2023; d.m. 17 giugno 2016

Parole chiave

Categorie - servizi analoghi - chiarimento – errore - affidamento

Massima

Categorie - servizi analoghi – chiarimento – errore – affidamento

In applicazione dei principi di trasparenza e proporzionalità, nonché di buona fede e tutela dell'affidamento, la S.A. deve consentire di sanare l'errore indotto da un chiarimento non conforme alla *lex specialis*, ammettendo i concorrenti a produrre dimostrazione della capacità professionale, ai fini della partecipazione, secondo le categorie e il grado di complessità richiesti dal disciplinare di gara, purché il possesso del requisito sia dimostrato con riferimento al termine di presentazione delle offerte.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17 luglio 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 63666 del 5 giugno 2024, e la relativa memoria, presentata dall'operatore economico SEA Costruzioni S.r.l., che rappresenta di essersi collocato al secondo posto nella graduatoria stilata dalla commissione di gara nella procedura aperta per l'affidamento dell'appalto



integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di efficientamento energetico del palazzo comunale di Melfi, e contesta la proposta di aggiudicazione a favore dell'A.t.i. Laganaro S.r.l. con Geom. Giuseppe Bocchetti S.r.l.. In particolare, l'istante rappresenta che il suddetto raggruppamento avrebbe designato per la progettazione esecutiva un R.T.P. privo del requisito di capacità professionale dei servizi analoghi, in quanto tutti i progetti dichiarati dai progettisti componenti del raggruppamento sarebbero riferiti alla categoria edilizia E.20, che presenta un grado di complessità 0,95, invece della categoria E.21 con grado di complessità 1,20 richiesta dal disciplinare di gara. L'istante ritiene in proposito inammissibile, per contrasto con quanto previsto dalla *lex specialis*, il chiarimento fornito dalla S.A. con la quale essa ammetteva, ai fini della partecipazione, la dimostrazione del requisito anche in «categorie più generiche come la E.20 relativa ad edifici e manufatti esistenti e la E.16 relativa a edifici sedi di uffici comunali», consentendo quindi la partecipazione in presenza del requisito maturato nella categoria E.20, che presenta grado di complessità inferiore a quanto richiesto dal disciplinare. L'istante rileva in proposito che il chiarimento fornito dalla S.A. non potrebbe apportare rettifiche al bando e si porrebbe comunque in contrasto con il d.m. 17 giugno 2016 e con le Linee guida Anac n. 1. Chiede pertanto all'Autorità di esprimersi in ordine all'ammissione alla gara e alla proposta di aggiudicazione a favore di un concorrente che sarebbe privo dei requisiti adeguati;

VISTO l'avvio del procedimento con nota prot. n. 70673 in data 21 giugno 2024;

VISTA la memoria della stazione appaltante Comune di Melfi, acquisita al prot. n. 74228 del 28 giugno 2024, con cui essa, nel premettere che la gara è condizionata al finanziamento statale, rappresenta che al momento non è stato pubblicato alcun provvedimento di aggiudicazione e che essa non adotterà alcun atto pregiudizievole prima del rilascio del presente parere. La S.A. evidenzia poi di aver effettivamente commesso un errore materiale nel fornire il chiarimento richiesto in merito alle categorie di lavori svolti considerate ammissibili ai fini della partecipazione. Infatti, nell'intento di ampliare le possibilità di partecipazione, forniva un'indicazione errata perché, invece di dare la possibilità di dimostrazione del requisito anche tramite la ID E.22, che presenta grado di complessità superiore rispetto alla E.21 ma è anche una categoria più comune, indicava erroneamente la possibilità di dimostrazione del requisito tramite la ID E.20, che presenta invece un grado di complessità inferiore a quanto richiesto dal bando di gara. La S.A. osserva che tale indicazione creava tuttavia un affidamento nei concorrenti, i quali dichiaravano ai fini della partecipazione progetti in E.20 ritenuti meritevoli, pur se in possesso anche del requisito nella categoria E.21 prevista dal disciplinare;

VISTA la memoria del concorrente controinteressato Laganaro S.r.l., mandatario del raggruppamento con Geom. Giuseppe Bocchetti S.r.l. collocato al primo posto della graduatoria stilata dalla commissione di gara, il quale rappresenta che il raggruppamento di professionisti da esso indicato in realtà è in possesso dei requisiti richiesti nella categoria edilizia E.21 ma che, ai fini della partecipazione, riteneva più agevole dimostrare il possesso del requisito nella E.20, come consentito dalla S.A. tramite chiarimento fornito sul portale. Il concorrente trasmette poi copia dell'elenco dei servizi svolti dai propri professionisti nella categoria E.21, a dimostrazione del fatto che sussiste il possesso dei requisiti richiesti dal bando, e invoca la legittima aggiudicazione a proprio favore;

VISTE le memorie di replica prodotte dall'istante SEA Costruzioni S.r.l., acquisite ai prot. 73311 del 27 giugno 2024 e n. 75602 del 2 luglio 2024, con cui l'operatore economico rileva l'inidoneità della documentazione prodotta nel presente procedimento da Laganaro S.r.l. al fine di dimostrare la capacità professionale dei progettisti, affermando che non potrebbe essere presa in considerazione, ai fini della gara, documentazione prodotta *ex post* con l'intento di sostituire quella prodotta in gara. L'operatore economico istante richiama, in proposito, il principio del divieto di integrazione postuma dei requisiti in



base al rilievo per cui il concorrente non può modificare l'elenco dei servizi analoghi indicati al fine di spendere servizi diversi da quelli indicati in sede di offerta. L'istante insiste quindi nell'affermare che il concorrente A.t.i. Laganaro S.r.l. - Geom. Giuseppe Bocchetti S.r.l., per quanto dichiarato in sede di offerta, risulta privo dei requisiti di partecipazione e non doveva essere ammesso alla gara;

VISTO il disciplinare di gara, che al punto 6.3 (Requisiti di capacità tecnica e professionale) richiede di produrre un elenco di servizi di ingegneria e architettura espletati negli ultimi 10 anni relativi ai lavori di ognuna delle categorie e ID indicate nella tabella, nella quale è riportata la categoria edilizia E.21 con grado di complessità 1,20. Il disciplinare precisa altresì che «le attività svolte per opere analoghe a quelle oggetto dei servizi da affidare sono da ritenersi idonee a comprovare i requisiti quando il grado di complessità sia almeno pari a quello dei servizi da affidare»;

VISTO il chiarimento fornito dalla stazione appaltante con il quale, a fronte della richiesta di confermare la correttezza della *lex specialis* nell'individuazione della ID E.21, essa specificava che tale scelta era dovuta al fatto che l'edificio, sebbene non vincolato, era stato inserito, da parte del Ministero della cultura, in un elenco di opere ritenute significative del secondo novecento e pertanto la ID E.21 si giustifica per la presenza di connotati architettonici di rilievo. Premesso ciò, la S.A. chiariva anche che, ai fini della dimostrazione del requisito, non era necessario dimostrare il possesso della specifica E.21 bensì poteva essere ritenuto «sufficiente anche il possesso del requisito in categorie più generiche come la E.20 e la E.16»;

VISTO il d.m. 17 giugno 2016, che approva le tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione, il cui Allegato (Tavola Z-1) reca le categorie delle opere e il relativo grado di complessità laddove, nell'ambito della categoria "Edilizia", la ID E.21 ha un grado di complessità 1,20, mentre la ID E.20 presenta grado di complessità inferiore di 0,95;

VISTE le Linee guida Anac n. 1 ("Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria") approvate dal Consiglio con delibera n. 973 del 14 settembre 2016 e da ultimo aggiornate con delibera n. 417 del 15 maggio 2019, in particolare il par. V secondo cui «Ai fini della qualificazione, nell'ambito della stessa categoria edilizia, le attività svolte per opere analoghe a quelle oggetto dei servizi da affidare (non necessariamente di identica destinazione funzionale) sono da ritenersi idonee a comprovare i requisiti quando il grado di complessità sia almeno pari a quello dei servizi da affidare»;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 36/2023, sussiste, «anche prima dell'aggiudicazione, un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede»;

CONSIDERATO che è principio fondamentale nella gestione delle gare pubbliche quello per cui «alle regole di gara deve essere data puntuale esecuzione nel corso della procedura, costituendo esplicitazione del principio del c.d. autovincolo, senza che in capo all'organo amministrativo, cui compete l'attuazione delle medesime, residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento, posto che le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, sì da esserne preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettivo incertezza del loro significato letterale» (Cons. Giust. Amm. Sicilia, 8 aprile 2024, n. 283, che richiama Cons. Stato, Sez. V, 2 dicembre 2019, n. 8237);

CONSIDERATO l'orientamento consolidato della giurisprudenza (C.G.A., 8 aprile 2024, n. 28; Cons. Stato, Sez. V, 2 gennaio 2024, n. 50; 7 settembre 2022, n. 7793; Sez. III, 23 novembre 2022, n. 10301), secondo



cui i chiarimenti della stazione appaltante sono ammissibili nei limiti in cui non comportino una modifica o integrazione della disposizione della *lex specialis*, ma rendano solo più trasparenti le previsioni di gara;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, il disciplinare era chiaro nel richiedere la dimostrazione del requisito di capacità professionale dei servizi analoghi con riferimento alla categoria E.21 o comunque a servizi per opere analoghe con grado di complessità almeno pari a quello dei servizi da affidare;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, appare evidente che il chiarimento errato fornito dalla stazione appaltante ingenerava tuttavia nei concorrenti un affidamento sul fatto che il requisito di capacità professionale ai fini della partecipazione potesse essere dimostrato anche tramite il possesso nelle categorie E.20 ed E.16. Pertanto, non possono essere addebitate al concorrente le conseguenze dell'errore indotto dal comportamento della S.A., in termini di esclusione dalla procedura di gara. Infatti, alla luce dei principi di trasparenza e proporzionalità, nonché di buona fede e tutela dell'affidamento, la S.A. deve consentire di sanare l'errore causato da un proprio chiarimento non conforme alla legge di gara. Occorre quindi ammettere i concorrenti a produrre dimostrazione della capacità professionale ai fini della partecipazione secondo quanto disposto dal disciplinare di gara, purché il possesso del requisito sia dimostrato con riferimento al termine di presentazione delle offerte;

RITENUTO, alla luce di tutto quanto sopra considerato, che nel caso di specie la S.A. è tenuta a consentire ai concorrenti di sanare l'errore che sia stato indotto dal comportamento della S.A. tramite un chiarimento non conforme alla legge di gara.

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- nel caso di specie, in applicazione dei principi di trasparenza e proporzionalità, nonché di buona fede e tutela dell'affidamento, la S.A. deve consentire di sanare l'errore causato da un chiarimento non conforme alla *lex specialis*, ammettendo i concorrenti a produrre dimostrazione della capacità professionale, ai fini della partecipazione, secondo le categorie e il grado di complessità richiesti dal disciplinare di gara, purché il possesso del requisito sia dimostrato con riferimento al termine di presentazione delle offerte.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente